Court of Appeal File No. COA-25-CV-0226
Court File No. BK-24-3014702-31

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY OF PROEX LOGISTICS INC., GURU LOGISTICS INC., 1542300 ONTARIO INC. AND 221589 ONTARIO INC.

RESPONDING BOOK OF AUTHORITIES OF SWINDERPAL SINGH RANDHAWA
(Returnable September 17, 2025)

August 8, 2025

STIKEMAN ELLIOTT LLP
Barristers & Solicitors
5300 Commerce Court West
199 Bay Street
Toronto, Canada M5L 1B9

Aaron Kreaden LSO#: 60157U
Tel: 416-869-5565
Email: akreaden@stikeman.com

Lee Nicholson LSO#: 66412I
Tel: 416-869-5604
Email: leenicholson@stikeman.com

Sam Dukesz LSO# 74987T
Tel: 416-869-5612
Email: sdukesz@stikeman.com

Lawyers for Swinderpal Singh Randhawa

TO: THE SERVICE LIST

INDEX

1. *YG Limited Partnership and YSL Residences Inc. (Re)*, 2023 ONCA 505
2. *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33
3. *Benhaim v. St-Germain,* 2016 SCC 48
4. *Salomon v. Matte-Thompson,* 2019 SCC 14
5. *Hydro-Quebec v. Matta,* 2020 SCC 37
6. *Harris v. Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft et al.*, 2024 ONSC 2341
7. *Rimon v. CBC Dragon Inc.,* 2024 ONCA 128
8. *Guergis v. Hamilton*, et al., 2014 ONSC 438
9. *Garrett v. Oldfield*, 2016 ONCA 424
10. *Kaiman v. Graham*, 2009 ONCA 77
11. *Credifinance Securities Limited v. DSLC Capital Corp.*, 2011 ONCA 160
12. *Kaiser (Re)*, 2012 ONCA 838
13. *Morris v. Khadr,* 2021 ONSC 7018
14. *Farm Credit Corp. v. Holowach (Trustee of)*, 68 C.B.R. (N.S.) 255 (Alb. CA)
15. *Timminco Ltd., Re*, 2014 ONSC 3393
16. *Galaxy Sports Inc. (Re)*, 2004 BCCA 284
17. *YG Limited Partnership and YSL Residences Inc.,* 2022 ONSC 6548

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: YG Limited Partnership and YSL Residences Inc. (Re), 2023 ONCA 505
DATE: 20230720
DOCKET: COA-22-CV-0451

Huscroft, Miller and Paciocco JJ.A.

In the Matter of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, as amended

And in the Matter of the Notices of Intention to Make a Proposal of YG Limited Partnership and YSL Residences Inc.

Deborah Palter and Alexander Soutter, for the appellants, YongeSL Investment Limited Partnership, 2124093 Ontario Inc., SixOne Investment Ltd., E&B Investment Corporation, and TaiHe International Group Inc.

Haddon Murray, for the respondent, CBRE Limited

Robin Schwill and Matthew Milne-Smith, for the respondent, KSV Restructuring Inc.

Heard: June 30, 2023

On appeal from the order of Justice Peter J. Osborne of the Superior Court of Justice, dated November 22, 2022, with reasons at 2022 ONSC 6548.

PACIOCCO J.A.:

OVERVIEW

[1] YongeSL Investment Limited Partnership, 2124093 Ontario Inc., SixOne Investments Ltd., E&B Investment Corporation, and TaiHe International Group Inc. are the limited partners of YG Limited Partnership (the “Limited Partners”). At the conclusion of the oral hearing, we dismissed the appeal by the Limited Partners

2023 ONCA 505 (CanLII)

from the order of a motion judge denying them standing to appear at an appeal motion brought by a creditor of YG Limited Partnership pursuant to s. 135(4) of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), relating to the denial by a Proposal Trustee of the creditor's proof of claim. The following reasons explain that decision.

2023 ONCA 505 (CanLII)

THE MATERIAL FACTS

[2] YSL Residences Inc. ("YSL") was the registered owner of "the YSL project", a condominium development, acting as bare trustee for YG Limited Partnership. The general partner of YG Limited Partnership is 9615334 Canada Inc. ("the General Partner"). Both YSL and the YG Limited Partnership were members of the Cresford Group, a real estate development enterprise.

[3] On April 30, 2021, as a result of financial difficulties with the YSL project, YSL and YG Limited Partnership filed notices of intention to make a joint liquidation proposal pursuant to s. 50(1) of the *BIA*. Although KSV Restructuring Inc. ("the Proposal Trustee", and a respondent in this appeal) and the General Partner supported the initial proposal, the Limited Partners, who together had filed two applications challenging the proposal, were given standing by Dunphy J. to do so at the sanction hearing, pending on June 23, 2021 (the "Dunphy J. decision"). The Limited Partners succeeded in that challenge and the proposal was denied.

[4] A second proposal transferring the YSL project to Concord Properties Development Corp. (“Concord”) was subsequently approved. Under the terms of that proposal, Concord agreed to pay $30.9 million to the Proposal Trustee to fund creditors. Article 5.05 of the approved proposal provides that the Limited Partners are entitled to any residual funds held by the Proposal Trustee after final distribution to the creditors.

[5] As events transpired, the extent of recovery for the Limited Partners, if any, came to depend upon the claims of three creditors, including a real estate broker, CBRE Limited (“CBRE”), a respondent in this appeal. The Limited Partners would recover up to $16.038 million if all three claims were denied. CBRE’s proof of claim was for approximately $1.2 million. If allowed, it would reduce the Limited Partners potential recovery by that amount.

[6] The Proposal Trustee initially disallowed CBRE’s proof of claim because of insufficient proof, on the understanding that CBRE would appeal the disallowance and the appeal determination would resolve the claim on a more complete evidentiary record. CBRE brought an appeal motion under s. 135(4) of the *BIA*. Based on affidavits CBRE filed on the appeal, the Proposal Trustee changed its position, but concluded that the most expeditious way to approve the claim would be to permit CBRE’s appeal to proceed unopposed.

2023 ONCA 505 (CanLII)

[7] The Limited Partners, whose interest lay in CBRE's proof of claim failing, sought to oppose CBRE's appeal at the appeal hearing, arguing that they had the right to appear and do so. In the alternative, they sought relief pursuant to s. 37 of the *BIA*. The motion judge denied the Limited Partners standing to appear at CBRE's motion, held that the Limited Partners were not "persons aggrieved" within the meaning of s. 37 of the *BIA*, and allowed CBRE's appeal.

2023 ONCA 505 (CanLII)

THE ISSUES

[8] The Limited Partners appealed that decision, arguing:

1. The motion judge erred in denying the Limited Partners standing, and
2. The motion judge erred in concluding that CBRE had proven its claim.

[9] As indicated, at the end of the oral hearing, we dismissed the Limited Partners' appeal for reasons to follow. Since we are upholding the motion judge's decision that the Limited Partners lacked standing at CBRE's appeal hearing, it is unnecessary to consider ground of appeal 2, which addresses the merits of an appeal decision that the Limited Partners are not entitled to participate in.

ANALYSIS

[10] With respect to the standing issue raised in ground of appeal 1, we were not persuaded by the Limited Partners' primary submission that based on general common law principles of standing the motion judge erred by denying them the

right to standing, as their economic interests would be affected by the CBRE appeal decision.

2023 ONCA 505 (CanLII)

[11] It is not clear that the claimed common law "right" of standing exists. The authorities relied upon by the Limited Partners do not say so. *Ivandaeva Total Image Salon Inc. v. Hlembizky* (2003), 63 O.R. (3d) 769 (C.A.), at para. 27, involved an interpretation of rule 37.14(1) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, which permits a party who "is affected by" an *ex parte* or registrar's order to move to set the order aside. *Fontaine v. Canada (Attorney General)*, 2018 ONCA 1023, at para. 21, spoke of the standing that the Canadian judicial system "generally" gives to those "who will be subject to an order of the court". The Limited Partners were not subject to the order under appeal. Rule 13.01(1), which the Limited Partners did not invoke, empowers courts to grant leave to intervene to parties that claim to have "an interest in the subject matter of the proceedings", a judicial power that would arguably be unnecessary if persons whose interests are affected by an order already have a right to standing. In any event, we need not resolve the contours of the common law right to standing in this case because even if the claimed right exists, the Limited Partners cannot avail themselves of that right in the circumstances of this case.

[12] First, in *Ivandaeva*, at para. 27, in describing the basis for standing Borins J.A. stipulated that "the order must be one that directly affects the rights of the moving party in respect of the proprietary or economic interests of the party." The

Limited Partners do not have a direct economic interest in CBRE's claim. By virtue of its constating partnership agreement and the *Limited Partnership Act*, R.S.O. 1990, c. L. 16, ss. 8-12, the business of a limited partnership is managed by its general partner. This is the price limited partners pay for their limited liability: *Kucor Construction & Developments & Associates v. Canada Life Assurance Co.* (1999), 41 O.R. (3d) 577 (C.A.), at pp. 588-91. The limited partners therefore enjoy the economic benefits from the partnership through their contractual relationship with the general partner, and not through direct legal rights tenable against debtors or creditors of the partnership. As a result, the direct economic interest at stake during CBRE's appeal belonged to the partnership, an economic interest that is to be exercised by the General Partner even where the outcome of the appeal could ultimately inure to the financial benefit of the Limited Partners. Simply put, even if the general common law principles of standing relied upon by the Limited Partners do exist and are tenable in the appeal of a creditor's proof of claim arising out of the *BIA*, the Limited Partners lacked the direct economic interest in the outcome of the proceedings that would be required to support their standing claim.

[13] Second, and in any event, we are persuaded that the general standing principles that the Limited Partners invoke do not apply during proof of claim appeals under s. 135(4) of the *BIA*. Although the *BIA* does not speak explicitly to "standing" at proof of claim appeals, s. 135(4) is explicit in granting the authority to appeal the disallowance of a "claim" to "the person to whom the notice was

2023 ONCA 505 (CanLII)

provided." Subsection 135(3) stipulates, in material part, that the notice of disallowance contemplated by s. 135(4) is provided to "the person whose claim …was disallowed" by the trustee. Under the terms of s. 135(4) it is therefore CBRE that has standing to address the disallowance of its claim, not the Limited Partners.

[14] We are not persuaded by the Limited Partners' argument that s. 135(4) is relevant only to who can bring an appeal. We are satisfied that the Legislature intended that equity owners of the debtor, such as limited partners, would not have a right of standing, for two reasons.

[15] First, as the Proposal Trustee argued before us, by design, the *BIA* processes, including the process for appealing proof of claim decisions, are "between the trustee, the creditor claimant and the debtor." This not only reflects the relevant direct interests at stake in the material claim it also safeguards the mission of "the *BIA* to provide summary and expeditious procedures to determine the questions that arise in bankruptcy with a minimum cost": *Re McEwen*, 2021 ONCA 566, at para. 1; *Romspen Investments Corporation v. Courtice Auto Wreckers Limited*, 2017 ONCA 301, 138 O.R. (3d) 373, at para. 70, leave to appeal refused, [2018] S.C.C.A. No. 37636; *Canada (A.G.) v. Rassell*, 1999 ABCA 232, 237 A.R. 137. If equity owners had automatic rights of standing in creditor claim appeals, it would impose notice requirements and have time implications that are contrary to the interest in the prompt and effective disposition of *BIA* claims.

2023 ONCA 505 (CanLII)

[16] Second, when the *BIA* is read as a whole, it becomes clear that the right of standing the Limited Partners claim was not intended. Section 135(5), addressing the right of appeal where a proof of claim is allowed, limits the right of appeal to "the creditor or the debtor", in other words, the parties to the debt, which, as the motion judge found, would exclude the Limited Partners. If equity owners of a debtor nonetheless had a right of standing to participate in such appeals, it would be an irrationally fickle right. They could not appeal a trustee's decision approving a creditor's claim because of s. 135(5) but could, fortuitously, join in an appeal by another if that appeal happens to be launched.

[17] When considering the statute as a whole, s. 37 of the *BIA* is also important. To the extent that the *BIA* contemplates conferring standing on others to participate in the processes between the trustee, debtors and creditors, s. 37 provides the mechanism, limiting the right to apply to a person "aggrieved by any act or decision of the trustee". Section 37 is therefore the legislative provision available to fulfil the function of the common law standing principles the Limited Partners seek to invoke, by providing a statutory mechanism for interested persons to participate. Given that the statute sets out the parameters for such participation, the common law principles cannot be used in preference to the statutory regime that has been created. It bears repeating in this regard, that "as is often observed, the *BIA* is a complete code governing the bankruptcy process": *Re McEwen*, at para. 1.

2023 ONCA 505 (CanLII)

[18] We also reject the Limited Partners' submission that the motion judge's assessment of standing was tainted by a mistaken belief that the CBRE appeal was brought under s. 135(5) instead of s. 135(4). We accept that the motion judge misspoke at one point by describing the appeal as having been brought under s. 135(5), but he recognized explicitly on more than one occasion that the appeal was brought under s. 135(4). We are satisfied from his reasons that he considered standing under s. 135(5) for completeness, and to consider the impact of the statute as a whole on the Limited Partners' submissions, as I have done. In any event, his ultimate decision did not rest on his analysis of s. 135(5).

[19] Therefore, the motion judge did not err in denying the Limited Partners their right of standing arising from their economic interest in the outcome. No such right exists.

[20] We also rejected the Limited Partners' submission that the motion judge erred in finding that the Limited Partners could not seek relief under s. 37 because they are not "aggrieved by any act or decision of the trustee". That determination is a decision of mixed fact and law, reviewable on a "palpable and overriding error" standard. The Limited Partners failed to persuade us that the motion judge erred in law in making this determination or committed a palpable and overriding error. Indeed, the outcome he arrived at is in keeping with recognition that any interest the Limited Partners can assert in the outcome of the appeal is indirect, and

2023 ONCA 505 (CanLII)

tenable through the General Partner who they empowered to act on their behalf in managing claims made by creditors of the Limited Partnership.

[21] We also rejected the Limited Partners' submission that the motion judge erred by not observing the principles of judicial comity in not following the Dunphy J. decision. It is unnecessary to explore the reach and effect of the principles of judicial comity or to comment on whether Dunphy J. was correct in effectively granting the Limited Partners standing at the sanction hearing. The Dunphy J. decision does not address the same issue that was before the motion judge. Justice Dunphy was not conducting a creditor's proof of claim appeal but rather a sanction hearing that would determine the underlying validity of a proposal that would ground the entire bankruptcy proceeding, where issues paralleling those raised by the Limited Partners in related proceedings needed resolution. In any event, Dunphy J. permitted the Limited Partners to participate in the sanction hearing in part because he recognized that they would not have standing in later proceedings. In this material sense the Dunphy J. decision supports the motion judge's decision.

[22] Finally, none of what wI have said is affected by the fact that the potential recovery of the Limited Partners was specifically identified in the approved proposal. Even if express provision had not been made in the proposal for their recovery rights, the Limited Partners would have partnership rights in any equity remaining in the partnership assets after creditors have been paid. Put simply, the

2023 ONCA 505 (CanLII)

Limited Partners would have had an indirect economic interest in the resolution of creditor claims, even if not mentioned in the proposal. The mention in the proposal cannot be taken to elevate their standing.

CONCLUSION

[23] We therefore denied ground 1 of the appeal, an outcome that prevents the Limited Partners from advancing ground 2 of the appeal, and we dismissed this appeal.

[24] Costs of the appeal of $20,000 are payable by the Limited Partners to CBRE Limited, inclusive of HST and disbursements. No costs were sought by the Proposal Trustee, and none will be awarded.

Released: July 20, 2023 “G.H.”

“David M. Paciocco J.A.”
“I agree. B.W. Miller J.A.”
“I agree. Grant Huscroft J.A.”

2023 ONCA 505 (CanLII)

Paul Housen *Appellant*

v.

Rural Municipality of Shellbrook No. 493 *Respondent*

INDEXED AS: HOUSEN *v.* NIKOLAISEN

Neutral citation: 2002 SCC 33.

File No.: 27826.

2001: October 2; 2002: March 28.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Torts — Motor vehicles — Highways — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

Municipal law — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.

Appeals — Courts — Standard of appellate review — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — Standard of review for questions of mixed fact and law.

The appellant was a passenger in a vehicle operated by N on a rural road in the respondent municipality. N

Paul Housen *Appelant*

c.

Municipalité rurale de Shellbrook nº 493 *Intimée*

RÉPERTORIÉ : HOUSEN *c.* NIKOLAISEN

Référence neutre : 2002 CSC 33.

Nº du greffe : 27826.

2001 : 2 octobre; 2002 : 28 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA SASKATCHEWAN

Délits civils — Véhicules automobiles — Routes — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

Droit municipal — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.

Appels — Tribunaux judiciaires — Norme de contrôle applicable en appel — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — Norme de contrôle applicable à l'égard des questions mixtes de fait et de droit.

L'appelant était passager dans le véhicule conduit par N sur une route rurale située sur le territoire de la

2002 SCC 33 (CanLII)

failed to negotiate a sharp curve on the road and lost control of his vehicle. The appellant was rendered a quadriplegic as a result of the injuries he sustained in the accident. Damages were agreed upon prior to trial in the amount of $2.5 million, but at issue were the respective liabilities, if any, of the municipality, N and the appellant. On the day before the accident, N had attended a party at the T residence not far from the scene of the accident. He continued drinking through the night at another party where he met up with the appellant. The two men drove back to the T residence in the morning where N continued drinking until a couple of hours before he and the appellant drove off in N's truck. N was unfamiliar with the road, but had travelled on it three times in the 24 hours preceding the accident, on his way to and from the T residence. Visibility approaching the area of the accident was limited due to the radius of the curve and the uncleared brush growing up to the edge of the road. A light rain was falling as N turned onto the road from the T property. The truck fishtailed a few times before approaching the sharp curve where the accident occurred. Expert testimony revealed that N was travelling at a speed of between 53 and 65 km/hr when the vehicle entered the curved portion of the road, slightly above the speed at which the curve could be safely negotiated under the conditions prevalent at the time of the accident.

The road was maintained by the municipality and was categorized as a non-designated local access road. On such non-designated roads, the municipality makes the decision to post signs if it becomes aware of a hazard, or if there are several accidents at one spot. The municipality had not posted signs on any portion of the road. Between 1978 and 1987, three other accidents were reported in the area to the east of the site of the appellant's accident. The trial judge held that the appellant was 15 percent contributorily negligent in failing to take reasonable precautions for his own safety in accepting a ride from N, and apportioned the remaining joint and several liability 50 percent to N and 35 percent to the municipality. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the municipality was negligent.

Held (Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the judgment of the trial judge restored.

municipalité intimée. N a été incapable de prendre un virage serré et il a perdu la maîtrise de son véhicule. L'appelant est devenu quadriplégique à la suite des blessures subies dans l'accident. Les parties ont convenu avant le procès du montant des dommages-intérêts, qui ont été fixés à 2,5 millions de dollars. La question en litige était celle de savoir si la municipalité, N et l'appelant étaient responsables et, dans l'affirmative, dans quelles proportions. Le jour qui a précédé l'accident, N avait assisté à une fête à la résidence des T, non loin de la scène de l'accident. Durant la nuit, il a continué de boire à une autre fête, où il a rencontré l'appelant. Le matin, les deux hommes sont retournés en automobile à la résidence des T, où N a continué de boire, cessant de le faire quelques heures avant de prendre la route dans sa camionnette en compagnie de l'appelant. N n'était pas familier avec le chemin en question, mais il l'avait emprunté à trois reprises au cours des 24 heures qui avaient précédé l'accident pour aller et venir de la résidence des T. À l'approche de l'endroit de l'accident, la distance de visibilité était réduite en raison du rayon de courbure du virage et de la présence de broussailles poussant jusqu'au bord du chemin Une faible pluie tombait lorsque N s'est engagé sur le chemin en quittant la résidence des T. L'arrière de la camionnette a zigzagué à plusieurs reprises avant que le véhicule n'arrive aux abords du virage serré où l'accident est survenu. Selon le témoignage d'un expert, N roulait à une vitesse se situant entre 53 et 65 km/h lorsque le véhicule s'est engagé dans la courbe, soit une vitesse légèrement supérieure à celle à laquelle le virage pouvait être pris en sécurité eu égard aux conditions qui existaient au moment de l'accident.

Le chemin, qui était entretenu par la municipalité, appartenait à la catégorie des voies d'accès locales non désignées. La municipalité installe des panneaux de signalisation sur ces chemins si elle constate l'existence d'un danger ou si plusieurs accidents se produisent au même endroit. Elle n'avait installé aucune signalisation le long de cette portion du chemin. On a signalé trois autres accidents survenus de 1978 à 1987 à l'est du lieu de l'accident dont a été victime l'appelant. La juge de première instance a estimé que l'appelant était responsable de négligence concourante dans une proportion de 15 p. 100, du fait qu'il avait omis de prendre des précautions raisonnables pour assurer sa propre sécurité en acceptant de monter à bord du véhicule de N, et elle a réparti le reste de la responsabilité solidairement entre N (50 p. 100) et la municipalité (35 p. 100). La Cour d'appel a infirmé la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la municipalité avait été négligente.

Arrêt (les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la décision de la juge de première instance est rétablie.

2002 SCC 33 (CanLII)

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: Since an appeal is not a re-trial of a case, consideration must be given to the standard of review applicable to questions that arise on appeal. The standard of review on pure questions of law is one of correctness, and an appellate court is thus free to replace the opinion of the trial judge with its own. Appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law because their primary role is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application.

The standard of review for findings of fact is such that they cannot be reversed unless the trial judge has made a "palpable and overriding error". A palpable error is one that is plainly seen. The reasons for deferring to a trial judge's findings of fact can be grouped into three basic principles. First, given the scarcity of judicial resources, setting limits on the scope of judicial review in turn limits the number, length and cost of appeals. Secondly, the principle of deference promotes the autonomy and integrity of the trial proceedings. Finally, this principle recognizes the expertise of trial judges and their advantageous position to make factual findings, owing to their extensive exposure to the evidence and the benefit of hearing the testimony *viva voce*. The same degree of deference must be paid to inferences of fact, since many of the reasons for showing deference to the factual findings of the trial judge apply equally to all factual conclusions. The standard of review for inferences of fact is not to verify that the inference can reasonably be supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts, a stricter standard. Making a factual conclusion of any kind is inextricably linked with assigning weight to evidence, and thus attracts a deferential standard of review. If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Arbour : Étant donné que l'appel ne constitue pas un nouveau procès, il faut se demander quelle est la norme de contrôle applicable en appel à l'égard des diverses questions que soulève le pourvoi. La norme de contrôle applicable aux pures questions de droit est celle de la décision correcte et, en conséquence, il est loisible aux cours d'appel de substituer leur opinion à celle des juges de première instance. Les cours d'appel ont besoin d'un large pouvoir de contrôle à l'égard des questions de droit pour être en mesure de s'acquitter de leur rôle premier, qui consiste à préciser et à raffiner les règles de droit et à veiller à leur application universelle.

Suivant la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, ces conclusions ne peuvent être infirmées que s'il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante ». Une erreur manifeste est une erreur qui est évidente. Les diverses raisons justifiant la retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance peuvent être regroupées sous trois principes de base. Premièrement, vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, le fait de limiter la portée du contrôle judiciaire a pour effet de réduire le nombre, la durée et le coût des appels. Deuxièmement, le respect du principe de la retenue envers les conclusions favorise l'autonomie et l'intégrité du procès. Enfin, ce principe permet de reconnaître l'expertise du juge de première instance et la position avantageuse dans laquelle il se trouve pour tirer des conclusions de fait, étant donné qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur et d'entendre les témoignages de vive voix. Il faut faire preuve du même degré de retenue envers les inférences de fait, car nombre de raisons justifiant de faire preuve de retenue à l'égard des constatations de fait du juge de première instance valent autant pour toutes ses conclusions factuelles. La norme de contrôle ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis, ce qui suppose l'application d'une norme plus stricte. Une conclusion factuelle — quelle que soit sa nature — exige nécessairement qu'on attribue un certain poids à un élément de preuve et, de ce fait, commande l'application d'une norme de contrôle empreinte de retenue. Si aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle.

2002 SCC 33 (CanLII)

Questions of mixed fact and law involve the application of a legal standard to a set of facts. Where the question of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, it should be deferred to by appellate courts, in the absence of a legal or palpable and overriding error. Requiring a standard of "palpable and overriding error" for findings of negligence made by either a trial judge or a jury reinforces the proper relationship between the appellate and trial court levels and accords with the established standard of review applicable to a finding of negligence by a jury. Where the issue on appeal involves the trial judge's interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error. A determination of whether or not the standard of care was met by the defendant involves the application of a legal standard to a set of facts, a question of mixed fact and law, and is thus subject to a standard of palpable and overriding error, unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law, subject to a standard of correctness.

Here, the municipality's standard of care was to maintain the road in such a reasonable state of repair that those requiring to use it could, exercising ordinary care, travel upon it with safety. The trial judge applied the correct test in determining that the municipality did not meet this standard of care, and her decision should not be overturned absent palpable and overriding error. The trial judge kept the conduct of the ordinary motorist in mind because she stated the correct test at the outset, and discussed implicitly and explicitly the conduct of a reasonable motorist approaching the curve. Further, her apportionment of negligence indicates that she assessed N's conduct against the standard of the ordinary driver as does her use of the term "hidden hazard" and her consideration of the speed at which motorists should have approached the curve.

The Court of Appeal's finding of a palpable and overriding error by the trial judge was based on the erroneous presumption that she accepted 80km/h as the speed at which an ordinary motorist would approach the curve, when in fact she found that a motorist exercising

Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. Lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est une conclusion de négligence, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard de cette conclusion en l'absence d'erreur de droit ou d'erreur manifeste et dominante. Le fait d'exiger l'application de la norme de l'« erreur manifeste et dominante » aux fins de contrôle d'une conclusion de négligence tirée par un juge ou un jury consolide les rapports qui doivent exister entre les juridictions d'appel et celles de première instance et respecte la norme de contrôle bien établie qui s'applique aux conclusions de négligence tirées par les jurys. Si la question litigieuse en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. La question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits, ce qui en fait une question mixte de fait et de droit. Cette question est alors assujettie à la norme de l'erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n'ait clairement commis une erreur de principe en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l'erreur peut constituer une erreur de droit, qui est assujettie à la norme de la décision correcte.

En l'espèce, la norme de diligence à laquelle devait se conformer la municipalité consistait à tenir le chemin dans un état raisonnable d'entretien, de façon que ceux qui devaient l'emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. La juge de première instance a appliqué le bon critère juridique en concluant que la municipalité n'avait pas respecté cette norme et sa décision ne devrait pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. La juge de première instance a eu à l'esprit la conduite de l'automobiliste moyen puisqu'elle a commencé son examen de la norme de diligence en formulant dès le départ le critère approprié, puis elle s'est interrogée, tant explicitement qu'implicitement, sur la façon dont conduirait l'automobiliste raisonnable en s'approchant du virage. De plus, le fait qu'elle a imputé une partie de la responsabilité à N indique qu'elle a évalué sa conduite au regard du critère du conducteur moyen, tout comme l'indique le fait qu'elle a utilisé l'expression « danger caché » et qu'elle s'est demandé à quelle vitesse les automobilistes auraient dû approcher du virage.

La conclusion de la Cour d'appel portant que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante reposait sur la présomption erronée selon laquelle la juge aurait accepté que l'automobiliste moyen approcherait du virage à 80 km/h, alors que dans les faits

2002 SCC 33 (CanLII)

ordinary care could approach the curve at greater than the speed at which it would be safe to negotiate it. This finding was based on the trial judge's reasonable and practical assessment of the evidence as a whole, and is far from reaching the level of palpable and overriding error.

The trial judge did not err in finding that the municipality knew or ought to have known of the disrepair of the road. Because the hazard in this case was a permanent feature of the road, it was open to the trial judge to draw the inference that a prudent municipal councillor ought to be aware of it. Once this inference has been drawn, then unless the municipality can rebut the inference by showing that it took reasonable steps to prevent such a hazard from continuing, the inference will be left undisturbed. Prior accidents on the road do not provide a direct basis for finding that the municipality had knowledge of the particular hazard, but this factor, together with knowledge of the type of drivers using this road, should have caused the municipality to investigate the road which would have resulted in actual knowledge. To require the plaintiff to provide concrete proof of the municipality's knowledge of the state of disrepair of its roads is to set an impossibly high burden on the plaintiff. Such information was within the particular sphere of knowledge of the municipality, and it was reasonable for the trial judge to draw an inference of knowledge from her finding that there was an ongoing state of disrepair.

The trial judge's conclusion on the cause of the accident was a finding of fact subject to the palpable and overriding error standard of review. The abstract nature of the inquiry as to whether N would have seen a sign had one been posted before the curve supports deference to the factual findings of the trial judge. The trial judge's factual findings on causation were reasonable and thus should not have been interfered with by the Court of Appeal.

Per Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. (dissenting): A trial judge's findings of fact will not be overturned absent palpable and overriding error principally in recognition that only the trial judge observes witnesses and hears testimony first hand and is therefore better able to choose between competing versions of events. The process of fact-finding involves

elle a estimé qu'il était possible qu'un automobiliste prenant des précautions normales s'approche du virage à une vitesse supérieure à la vitesse sécuritaire pour effectuer la manœuvre. Loin de constituer une erreur manifeste et dominante, cette conclusion découlait d'une évaluation raisonnable et réaliste de l'ensemble de la preuve par la juge de première instance.

La juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin. Étant donné que, en l'espèce, le danger était une caractéristique permanente du chemin, il était loisible à la juge de première instance d'inférer que le conseiller municipal prudent aurait dû être au fait du danger. Dès l'instant où une telle inférence est tirée, elle demeure inchangée à moins que la municipalité ne puisse la réfuter en démontrant qu'elle a pris des mesures raisonnables pour faire cesser le danger. Les accidents survenus antérieurement sur le chemin ne constituent pas une preuve directe permettant de conclure que la municipalité connaissait l'existence du danger particulier en cause, mais ce facteur, conjugué à la connaissance du type de conducteurs utilisant le chemin, aurait dû inciter la municipalité à faire enquête à l'égard du chemin en question, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance concrètement de l'existence du danger. Exiger du demandeur qu'il apporte la preuve concrète de la connaissance par la municipalité du mauvais état d'entretien de ses chemins revient à imposer à ce dernier un fardeau inacceptablement lourd. Il s'agit d'information relevant du domaine de connaissance de la municipalité et, selon nous, il était raisonnable que la juge de première instance infère de sa conclusion relative au mauvais état d'entretien persistant du chemin que la municipalité possédait la connaissance requise.

La conclusion de la juge de première instance quant à la cause de l'accident était une conclusion de fait assujettie à la norme de contrôle de l'« erreur manifeste et dominante ». Le caractère théorique de l'analyse de la question de savoir si N aurait aperçu un panneau de signalisation installé avant la courbe justifie de faire montre de retenue à l'égard des conclusions factuelles de la juge de première instance. Les constatations factuelles de cette dernière relativement à la causalité étaient raisonnables et la Cour d'appel n'aurait donc pas dû les modifier.

Les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel (dissidents) : Les conclusions de fait du juge de première instance ne sont pas modifiées en l'absence d'erreur manifeste ou dominante, principalement parce qu'il est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix, et qu'il est, de ce fait, plus à même de choisir entre deux versions

2002 SCC 33 (CanLII)

not only the determination of the factual nexus of the case but also requires the judge to draw inferences from facts. Although the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, an analytical distinction must be drawn between the two. Inferences can be rejected for reasons other than that the inference-drawing process is deficient. An inference can be clearly wrong where the factual basis upon which it relies is deficient or where the legal standard to which the facts are applied is misconstrued. The question of whether the conduct of the defendant has met the appropriate standard of care in the law of negligence is a question of mixed fact and law. Once the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met will in most cases be reviewable on a standard of correctness since the trial judge must appreciate the facts within the context of the appropriate standard of care, a question of law within the purview of both the trial and appellate courts.

A question of mixed fact and law in this case was whether the municipality knew or should have known of the alleged danger. The trial judge must approach this question having regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. Even if the trial judge correctly identifies this as the applicable legal standard, he or she may still err in assessing the facts through the lens of that legal standard, a process which invokes a policy-making component. For example, the trial judge must consider whether the fact that accidents had previously occurred on different portions of the road would alert the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor to the existence of a hazard. The trial judge must also consider whether the councillor would have been alerted to the previous accident by an accident-reporting system, a normative issue reviewable on a standard of correctness. Not all matters of mixed fact and law are reviewable according to the standard of correctness, but neither should they be accorded deference in every case.

Section 192 of the *Rural Municipality Act, 1989*, requires the trial judge to examine whether the portion of the road on which the accident occurred posed a hazard to the reasonable driver exercising ordinary care. Here, the trial judge failed to ask whether a reasonable driver exercising ordinary care would have been able to safely drive the portion of the road on which the accident

divergentes d'un même événement. Le processus de constatation des faits exige non seulement du juge qu'il dégage le nœud factuel de l'affaire, mais également qu'il tire des inférences des faits. Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Des inférences peuvent être rejetées pour d'autres raisons que le fait que le processus qui les a produites est lui-même déficient. Une inférence peut être manifestement erronée si ses assises factuelles présentent des lacunes ou si la norme juridique appliquée aux faits est mal interprétée. Dans le contexte du droit relatif à la négligence, la question de savoir si la conduite du défendeur est conforme à la norme de diligence appropriée est une question mixte de fait et de droit. Une fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée, question de droit qui relève autant des cours de première instance que des cours d'appel.

En l'espèce, la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le danger dont on alléguait l'existence était une question mixte de fait et de droit. Le juge de première instance doit examiner cette question eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Même en supposant que le juge de première instance détermine correctement la norme juridique applicable, il lui est encore possible de commettre une erreur lorsqu'il apprécie les faits à la lumière de cette norme juridique, processus qui implique notamment l'établissement de politiques d'intérêt général. Par exemple, il doit se demander si le fait que des accidents se soient déjà produits à d'autres endroits du chemin alerterait le conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent de l'existence d'un danger. Il doit également se demander si ce conseiller aurait appris l'existence de l'accident antérieur par un système d'information sur les accidents, question normative qui est contrôlable selon la norme de la décision correcte. Les questions mixtes de fait et de droit ne sont pas toutes contrôlables suivant cette norme, mais elles ne commandent pas systématiquement une attitude empreinte de retenue.

Suivant la norme de diligence énoncée à l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, la juge de première instance devait se demander si le tronçon du chemin sur lequel s'est produit l'accident constituait un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. En l'espèce, la juge de première instance a omis de se demander si un tel conducteur aurait pu rouler

2002 SCC 33 (CanLII)

occurred. This amounted to an error of law. The duty of the municipality is to keep the road in such a reasonable state of repair that those required to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety. The duty is a limited one as the municipality is not an insurer of travellers using its streets. Although the trial judge found that the portion of the road where the accident occurred presented drivers with a hidden hazard, there is nothing to indicate that she considered whether or not that portion of the road would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. Where an error of law has been found, the appellate court has jurisdiction to take the factual findings of the trial judge as they are and to reassess these findings in the context of the appropriate legal test. Here, the portion of the road on which the accident occurred did not pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care because the condition of the road in general signalled to the reasonable driver that caution was needed.

The trial judge made both errors of law and palpable and overriding errors of fact in determining that the municipality should have known of the alleged state of disrepair. She made no finding that the municipality had actual knowledge of the alleged state of disrepair, but rather imputed knowledge to it on the basis that it should have known of the danger. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality with regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. The question is then answered through the trial judge's assessment of the facts of the case. The trial judge erred in law by approaching the question of knowledge from the perspective of an expert rather than from that of a prudent municipal councillor and by failing to appreciate that the onus of proving that the municipality knew or should have known of the disrepair remained on the plaintiff throughout. She made palpable and overriding errors in fact by drawing the unreasonable inference that the municipality should have known that the portion of the road on which the accident occurred was dangerous from evidence that accidents had occurred on other parts of the road. As the municipality had not received any complaints from motorists respecting the absence of signs on the road, the lack of super-elevation on the curves, or the presence of vegetation along the sides of the road, it had no particular reason to inspect that segment of the road for the presence of hazards. The question of the municipality's knowledge is inextricably linked to the standard of care. A municipality can only be expected to have knowledge of those hazards which pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care, since these are the only hazards for which there is

en sécurité sur le tronçon en question. Il s'agissait d'une erreur de droit. Les municipalités ont l'obligation de tenir les chemins dans un état raisonnable d'entretien de façon que ceux qui doivent les emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Il s'agit d'une obligation de portée limitée, car les municipalités ne sont pas les assureurs des automobilistes qui roulent dans leurs rues. Bien que la juge de première instance ait conclu que la portion du chemin où s'est produit l'accident exposait les conducteurs à un danger caché, il n'y a rien qui indique qu'elle s'est demandé si cette portion du chemin présentait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. La cour d'appel qui décèle une erreur de droit a compétence pour reprendre telles quelles les conclusions de fait du juge de première instance et les réévaluer au regard du critère juridique approprié. En l'espèce, la portion du chemin où s'est produit l'accident ne présentait pas de risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales, car l'état de ce chemin en général avertissait l'automobiliste raisonnable que la prudence s'imposait.

La juge de première instance a commis et des erreurs de droit et des erreurs de fait manifestes et dominantes en statuant que la municipalité intimée aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétendait-on, le chemin. La juge de première instance n'a pas conclu que la municipalité intimée connaissait concrètement le prétendu mauvais état du chemin, mais elle lui a plutôt prêté cette connaissance pour le motif qu'elle aurait dû connaître l'existence du danger. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s'il y a lieu de présumer que la municipalité connaissait ce fait, eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Il répond ensuite à cette question en appréciant les faits de l'espèce dont il est saisi. Dans la présente affaire, la juge de première instance a fait erreur en droit en examinant la question de la connaissance requise du point de vue du spécialiste plutôt que du point de vue du conseiller municipal prudent et en ne reconnaissant pas que le fardeau de prouver que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ne cessait jamais d'incomber au demandeur. La juge de première instance a commis une erreur de fait manifeste et dominante en inférant déraisonnablement que la municipalité intimée aurait dû savoir que la partie du chemin où l'accident s'est produit était dangereuse, compte tenu de la preuve que des accidents avaient eu lieu ailleurs sur ce chemin. La municipalité n'avait aucune raison particulière d'aller inspecter cette portion du chemin pour voir s'il y existait des dangers, puisqu'elle n'avait reçu aucune plainte d'automobilistes relativement à l'absence de signalisation, à l'absence de surélévation des courbes ou à la présence d'arbres et de végétation en bordure du

2002 SCC 33 (CanLII)

a duty to repair. Here, the municipality cannot have been expected to have knowledge of the hazard that existed at the site of the accident, since the hazard did not pose a risk to the reasonable driver. Implicit in the trial judge's reasons was the expectation that the municipality should have known about the accidents through an accident reporting system, a palpable error, absent any evidence of what might have been a reasonable system.

With respect to her conclusions on causation, which are conclusions on matters of fact, the trial judge ignored evidence that N had swerved on the first curve he negotiated prior to the accident, and that he had driven on the road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident. She further ignored the significance of the testimony of the forensic alcohol specialist which pointed overwhelmingly to alcohol as the causal factor which led to the accident, and erroneously relied on one statement by him to support her conclusion that a driver at N's level of impairment would have reacted to a warning sign. The finding that the outcome would have been different had N been forewarned of the curve ignores the fact that he already knew the curve was there. The fact that the trial judge referred to some evidence to support her findings on causation does not insulate them from review by this Court. An appellate court is entitled to assess whether or not it was clearly wrong for the trial judge to rely on some evidence when other evidence points overwhelmingly to the opposite conclusion.

Whatever the approach to the issue of the duty of care, it is only reasonable to expect a municipality to foresee accidents which occur as a result of the conditions of the road, and not, as in this case, as a result of the condition of the driver. To expand the repair obligation of municipalities to require them to take into account the actions of unreasonable or careless drivers when discharging this duty would signify a drastic and unworkable change to the current standard.

chemin. La question de la connaissance de l'intimée est intimement liée à celle de la norme de diligence. Une municipalité est uniquement censée avoir connaissance des dangers qui présentent un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales, puisqu'il s'agit des seuls dangers à l'égard desquels existe une obligation d'entretien. En l'espèce, on ne pouvait attendre de l'intimée qu'elle connaisse le danger qui existait à l'endroit où l'accident est survenu, puisque ce danger ne présentait tout simplement pas de risque pour le conducteur raisonnable. Il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance que la municipalité aurait censément dû connaître l'existence des accidents grâce à un système d'information en la matière, erreur manifeste en l'absence de quelque élément de preuve indiquant ce qui aurait pu constituer un système raisonnable.

Relativement aux conclusions de la juge de première instance sur le lien de causalité, qui sont des conclusions de fait, celle-ci a fait abstraction de la preuve que le véhicule de N avait fait une embardée dans la première courbe et que ce dernier avait roulé à trois reprises sur le chemin en question au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident. La juge de première instance a également omis de tenir compte de l'importance du témoignage du spécialiste judiciaire en matière d'alcool, qui menait irrésistiblement à la conclusion que l'alcool avait été le facteur causal de l'accident, et elle a erronément invoqué une déclaration de celui-ci au soutien de sa conclusion que N aurait réagi à un panneau de signalisation. La conclusion que le résultat aurait été différent si N avait été prévenu de l'existence de la courbe ne tient pas compte du fait qu'il savait déjà qu'elle existait. Le fait que la juge de première instance ait mentionné certains éléments de preuve au soutien de ses conclusions sur le lien de causalité n'a pas pour effet de soustraire ces conclusions au pouvoir de contrôle de notre Cour. Le tribunal d'appel est habilité à se demander si le juge de première instance a clairement fait erreur en décidant comme il l'a fait sur le fondement de certains éléments de preuve alors que d'autres éléments mènent irrésistiblement à la conclusion inverse.

Indépendamment de l'approche choisie à l'égard de la question de l'obligation de diligence, il n'est que raisonnable d'attendre d'une municipalité qu'elle prévoit les accidents qui surviennent en raison de l'état du chemin, et non, comme en l'espèce, ceux qui résultent de l'état du conducteur. Élargir l'obligation d'entretien des municipalités en exigeant qu'elles tiennent compte, dans l'exécution de cette obligation, des actes des conducteurs déraisonnables ou imprudents, entraînerait une modification radicale et irréalisable de la norme actuelle.

2002 SCC 33 (CanLII)

to the following types of questions: (1) questions of law; (2) questions of fact; (3) inferences of fact; and (4) questions of mixed fact and law.

A. *Standard of Review for Questions of Law*

On a pure question of law, the basic rule with respect to the review of a trial judge's findings is that an appellate court is free to replace the opinion of the trial judge with its own. Thus the standard of review on a question of law is that of correctness: Kerans, *supra*, at p. 90.

There are at least two underlying reasons for employing a correctness standard to matters of law. First, the principle of universality requires appellate courts to ensure that the same legal rules are applied in similar situations. The importance of this principle was recognized by this Court in *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at p. 515:

> It is fundamental to the due administration of justice that the authority of decisions be scrupulously respected by all courts upon which they are binding. Without this uniform and consistent adherence the administration of justice becomes disordered, the law becomes uncertain, and the confidence of the public in it undermined. Nothing is more important than that the law as pronounced . . . should be accepted and applied as our tradition requires; and even at the risk of that fallibility to which all judges are liable, we must maintain the complete integrity of relationship between the courts.

A second and related reason for applying a correctness standard to matters of law is the recognized law-making role of appellate courts which is pointed out by Kerans, *supra*, at p. 5:

> The call for universality, and the law-settling role it imposes, makes a considerable demand on a reviewing court. It expects from that authority a measure of expertise about the art of just and practical rule-making, an expertise that is not so critical for the first court. Reviewing courts, in cases where the law requires settlement, make law for future cases as well as the case under review.

les normes de contrôle se rapportant à chacune des catégories de questions suivantes : (1) les questions de droit; (2) les questions de fait; (3) les inférences de fait; (4) les questions mixtes de fait et de droit.

A. *La norme de contrôle applicable aux questions de droit*

Dans le cas des pures questions de droit, la règle fondamentale applicable en matière de contrôle des conclusions du juge de première instance est que les cours d'appel ont toute latitude pour substituer leur opinion à celle des juges de première instance. La norme de contrôle applicable à une question de droit est donc celle de la décision correcte : Kerans, *op. cit.*, p. 90.

Au moins deux raisons justifient l'application de la norme de la décision correcte aux questions de droit. Premièrement, le principe de l'universalité impose aux cours d'appel le devoir de veiller à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires. Notre Cour a reconnu l'importance de ce principe dans *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504, p. 515 :

> [TRADUCTION] Il est fondamental, pour assurer la bonne administration de la justice, que l'autorité des décisions soit scrupuleusement respectée par tous les tribunaux qui sont liées par elles. Sans cette adhésion générale et constante, l'administration de la justice sera désordonnée, le droit deviendra incertain et la confiance dans celui-ci sera ébranlée. Il importe plus que tout que le droit, tel qu'il a été énoncé, [. . .] soit accepté et appliqué comme l'exige notre tradition; et même au risque de nous tromper, tous les juges étant faillibles, nous devons préserver totalement l'intégrité des rapports entre les tribunaux.

Une deuxième raison, connexe, d'appliquer la norme de la décision correcte aux questions de droit tient au rôle qu'on reconnaît aux cours d'appel en matière de création du droit et qu'a souligné Kerans, *op. cit.*, p. 5 :

> [TRADUCTION] Le principe de l'universalité — et le rôle de création du droit qu'il emporte — exige beaucoup du tribunal de révision. Il exige de ce tribunal qu'il fasse preuve d'un certain degré d'expertise dans l'art d'élaborer une règle de droit juste et pratique, expertise qui ne revêt pas une importance aussi cruciale pour le premier tribunal. Dans les affaires où le droit n'est pas fixé, le tribunal de révision élabore des règles de droit applicables tout autant à d'éventuelles affaires qu'à celle dont il est saisi.

8

9

2002 SCC 33 (CanLII)

Thus, while the primary role of trial courts is to resolve individual disputes based on the facts before them and settled law, the primary role of appellate courts is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application. In order to fulfill the above functions, appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law.

B. *Standard of Review for Findings of Fact*

10 The standard of review for findings of fact is that such findings are not to be reversed unless it can be established that the trial judge made a "palpable and overriding error": *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12, at para. 42; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 57. While this standard is often cited, the principles underlying this high degree of deference rarely receive mention. We find it useful, for the purposes of this appeal, to review briefly the various policy reasons for employing a high level of appellate deference to findings of fact.

11 A fundamental reason for general deference to the trial judge is the presumption of fitness — a presumption that trial judges are just as competent as appellate judges to ensure that disputes are resolved justly. Kerans, *supra*, at pp. 10-11, states that:

> If we have confidence in these systems for the resolution of disputes, we should assume that those decisions are just. The appeal process is part of the decisional process, then, only because we recognize that, despite all effort, errors occur. An appeal should be the exception rather than the rule, as indeed it is in Canada.

12 With respect to findings of fact in particular, in *Gottardo Properties*, *supra*, Laskin J.A. summarized the purposes underlying a deferential stance as follows (at para. 48):

Ainsi, alors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d'appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle. Pour s'acquitter de ces rôles, les cours d'appel ont besoin d'un large pouvoir de contrôle à l'égard des questions de droit.

B. *La norme de contrôle applicable aux questions de fait*

Suivant la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, ces conclusions ne peuvent être infirmées que s'il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante » : *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12, par. 42; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 57. On cite souvent cette norme, mais rarement les principes justifiant ce degré élevé de retenue. Pour les besoins du présent pourvoi, nous estimons qu'il est utile d'examiner brièvement les diverses considérations de principe qui incitent les cours d'appel à faire preuve d'un degré élevé de retenue à l'égard des conclusions de fait.

L'une des raisons fondamentales de cette retenue générale à l'égard des conclusions des juges de première instance tient à la présomption d'aptitude à juger — présomption selon laquelle les juges de première instance sont tout aussi aptes que les juges d'appel à apporter des solutions justes aux litiges. Kerans, *op. cit.*, dit ceci aux p. 10-11 :

> [TRADUCTION] Si nous nous fions à ces systèmes pour régler les différends, il nous faut présumer que les décisions qu'ils produisent sont justes. La procédure d'appel ne fait en conséquence partie du processus décisionnel que parce que nous reconnaissons que, malgré tous les efforts déployés, des erreurs se produisent. L'appel devrait être l'exception plutôt que la règle, ce qui est d'ailleurs le cas au Canada.

Pour ce qui est des conclusions de fait en particulier, dans *Gottardo Properties*, précité, le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario a résumé ainsi les objectifs qui sous-tendent le principe de la retenue judiciaire (au par. 48) :

2002 SCC 33 (CanLII)

operational basis, whether at head office or across the sea.

35 Stated differently, the lower courts committed an error in law by finding that sub-delegation was a factor identifying a person who is part of the "directing mind" of a company, when the correct legal factor characterizing a "directing mind" is in fact "the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy". This mischaracterization of the proper legal test (the legal requirements to be a "directing mind") infected or tainted the lower courts' factual conclusion that Captain Kelch was part of the directing mind. As this erroneous finding can be traced to an error in law, less deference was required and the applicable standard was one of correctness.

36 To summarize, a finding of negligence by a trial judge involves applying a legal standard to a set of facts, and thus is a question of mixed fact and law. Matters of mixed fact and law lie along a spectrum. Where, for instance, an error with respect to a finding of negligence can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness. Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of "mixed law and fact". Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of "mixed law and fact" and is subject to a more stringent standard. The general rule, as stated in *Jaegli Enterprises*, *supra*, is that, where the issue on appeal involves the trial judge's interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

le simple fait de mettre en œuvre ces politiques dans un cadre opérationnel, que ce soit au siège social ou en mer.

En d'autres termes, les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en concluant que la subdélégation était un facteur permettant de qualifier une personne d'« âme dirigeante » d'une société, alors que le facteur juridique applicable à cet égard est en fait « la capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale ». Cette formulation erronée du critère juridique approprié (les conditions juridiques requises pour être une « âme dirigeante ») a entaché ou vicié la conclusion factuelle des juridictions inférieures selon laquelle le capitaine Kelch était une âme dirigeante de la société. Comme cette conclusion erronée était imputable à une erreur de droit, un degré moindre de retenue s'imposait et la norme applicable était celle de la décision correcte.

En résumé, la conclusion de négligence que tire le juge de première instance suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et constitue donc une question mixte de fait et de droit. Les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre. Lorsque, par exemple, la conclusion de négligence est entachée d'une erreur imputable à l'application d'une norme incorrecte, à l'omission de tenir compte d'un élément essentiel d'un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d'erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte. Les cours d'appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu à la négligence, puisqu'il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n'est pas facilement isolable, il s'agit alors d'une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale énoncée dans l'arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, si la question litigieuse en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

2002 SCC 33 (CanLII)

Albert Benhaim and Michael O'Donovan *Appellants*

v.

Cathie St-Germain, personally and in her capacity as tutor to her minor son, whose name is being kept confidential, and in her capacity as universal legatee of the late Marc Émond *Respondent*

Albert Benhaim et Michael O'Donovan *Appelants*

c.

Cathie St-Germain, personnellement et en sa qualité de tutrice à son fils mineur dont le nom est gardé confidentiel, et en sa qualité de légataire universelle de feu Marc Émond *Intimée*

Indexed as: Benhaim *v.* St-Germain

2016 SCC 48

File No.: 36291.

2016: April 28; 2016: November 10.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

Répertorié : Benhaim *c.* St-Germain

2016 CSC 48

N° du greffe : 36291.

2016 : 28 avril; 2016 : 10 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Civil liability — Medical malpractice — Negligence — Causation — Evidence — Presumption of fact — Physicians negligently delaying patient's cancer diagnosis — Patient dying of lung cancer — Physicians' negligence undermining plaintiff's ability to prove causation — Trial judge refusing to apply presumption of fact in favour of causation and finding causation not established — Whether trial judge required to draw adverse inference of causation or apply presumption of fact where defendant's negligence undermines plaintiff's ability to prove causation and where at least some evidence of causation adduced — Whether Court of Appeal justified in reversing trial judge's decision on basis of error of law — Whether trial judge committed palpable and overriding error in appreciation of facts — Civil Code of Québec, art. 2849.

Responsabilité civile — Faute médicale — Négligence — Causalité — Preuve — Présomption de fait — Diagnostic de cancer chez le patient retardé en raison de la négligence des médecins — Décès du patient atteint de cancer du poumon — Possibilité pour la demanderesse de prouver l'existence du lien de causalité minée par la négligence des médecins — Refus par la juge de première instance d'admettre une présomption de fait en faveur de la causalité et conclusion selon laquelle le lien de causalité n'a pas été établi — Le juge des faits est-il tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'admettre la présomption de fait lorsque la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsqu'au moins certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits? — La Cour d'appel a-t-elle infirmé à bon droit la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit? — La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits? — Code civil du Québec, art. 2849.

E, a non-smoker who exercised regularly and took care of himself, died tragically of lung cancer at the age of 47. His partner, in her own name, in her capacity as tutor to her son, and as E's universal legatee, brought an action against E's physicians. She alleged that the negligent

Non-fumeur qui faisait régulièrement de l'exercice et prenait soin de sa personne, E est décédé tragiquement d'un cancer du poumon à l'âge de 47 ans. Sa conjointe, personnellement, en sa qualité de tutrice à son fils et en sa qualité de légataire universelle de E, a intenté une action

2016 SCC 48 (CanLII)

2016 SCC 48 (CanLII)

delay in diagnosing E's cancer caused his death. The physicians argued that the cancer would likely have taken E's life even if he had been promptly diagnosed, and therefore, that the delay in diagnosing him was not the cause of his death. At trial, the three expert witnesses formed opinions on the basis of incomplete information and each opinion involved some degree of speculation and estimation as to the staging of E's lung cancer. The trial judge allowed the action in part on the basis that while E's physicians were both negligent, their negligence did not cause E's death. In coming to this conclusion, the trial judge recognized that she could draw an adverse inference of causation against the physicians because their negligence made it impossible to prove causation, but she drew no such inference. Damages were only awarded to E's partner personally and in her capacity as universal legatee for the anguish caused by the physicians' negligent handling of E's treatment. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. The majority held that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation. The concurring judge concluded that the trial judge should have found that causation had been established.

Held (Abella, Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: A trier of fact is not required to draw an adverse inference of causation or apply a presumption of fact as defined in art. 2849 of the *Civil Code of Québec* in medical liability cases where the defendant's negligence undermines the plaintiff's ability to prove causation and where the plaintiff adduces at least some evidence of causation. This Court's decisions in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, make it clear that in such circumstances, an adverse inference of causation is one that trial judges are permitted to draw. It is not one they are required to draw. In Quebec civil law, the adverse inference discussed in *Snell* constitutes nothing more than a presumption of fact as defined in art. 2849, and the principles laid down in *Snell* for drawing inferences as part of the ordinary fact-finding process apply to triers of fact making determinations on causation. The principles must not be interpreted in a manner that alters the burden of proof or departs from the criteria for establishing presumptions of fact. In weighing the evidence, trial judges may consider

contre les médecins de E. Selon elle, c'est le diagnostic de cancer intervenu trop tard par négligence qui a causé la mort de E. De l'avis des médecins, le cancer aurait vraisemblablement eu raison de E même s'il avait été rapidement diagnostiqué, et, en conséquence, le diagnostic tardif n'a pas causé la mort de E. Au procès, les trois témoins experts ont fondé leurs avis sur des renseignements incomplets, et leurs avis comportaient une certaine part de conjectures et d'hypothèses quant à l'évolution du cancer du poumon de E. La juge de première instance a accueilli l'action en partie au motif que, bien que les médecins de E aient tous deux fait preuve de négligence, leur négligence n'avait pas causé la mort de E. En arrivant à cette conclusion, la juge de première instance a reconnu qu'elle pouvait tirer une inférence de causalité défavorable aux médecins, car, en raison de leur négligence, il était impossible de prouver l'existence d'un lien de causalité; elle n'a toutefois pas tiré une telle inférence. Des dommages-intérêts ont été accordés uniquement à la conjointe de E personnellement et en sa qualité de légataire universelle pour l'angoisse dont celle-ci avait souffert en raison de la négligence des médecins dans le traitement de E. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Dans ses motifs concordants, l'autre juge a estimé qu'elle aurait dû conclure que le lien de causalité avait été établi.

Arrêt (les juges Abella, Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner et Gascon : Le juge des faits n'est pas tenu de tirer une inférence de causalité défavorable ou d'appliquer la présomption de fait prévue à l'art. 2849 du *Code civil du Québec* dans les affaires de responsabilité médicale où la négligence du défendeur compromet la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité et où le demandeur produit au moins certains éléments de preuve du lien de causalité. Les arrêts de la Cour *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, indiquent clairement que dans ces circonstances une inférence de causalité défavorable peut être tirée par le juge des faits. Ce dernier n'est pas obligé de la tirer. En droit civil québécois, l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* n'est rien de plus que la présomption de fait prévue à l'art. 2849, et les principes énoncés dans l'arrêt *Snell* sur les inférences dans le cadre du processus ordinaire d'appréciation des faits s'appliquent lorsqu'il s'agit de décider si le lien de causalité a été établi. Il ne faut pas interpréter ces principes de sorte à modifier le fardeau de preuve ou à rompre

the ability of the parties to produce evidence. Whether the inference or presumption arises on the facts must be assessed according to a legal, not a scientific, standard. Furthermore, because an adverse inference of causation is a component of the fact-finding process, the decision as to whether the inference is warranted in a particular case falls within the discretion of the trier of fact, to be determined with reference to all of the evidence, and is reviewable on the stringent standard of palpable and overriding error.

In this case, despite using permissive language to describe the adverse inference discussed in *Snell*, the Court of Appeal failed to give effect to its discretionary nature. Indeed, by reversing the trial judge's decision on the basis of an error of law the court wrongly treated the inference as compulsory. The trial judge did not commit an error of law in applying the rules of evidence. She applied *St-Jean*, pursuant to which presumptions of causation can be applied only when they are serious, precise and concordant. She did not think that these criteria were met in this case, as she chose to believe the physicians' expert over the plaintiff's experts. She was not required by law to apply a presumption of fact against the physicians simply because (i) it was impossible to prove causation as a result of the physicians' fault; and (ii) the plaintiff adduced some affirmative evidence that the physicians' fault was linked to the loss.

The Court of Appeal also failed to show deference to the trial judge's weighing of the evidence. The trial judge did not improperly rely on the speculative expert evidence adduced in this case at the expense of statistical evidence. Trial judges are empowered to make legal determinations even where medical experts are not able to express an opinion with certainty. Moreover, while courts may take statistics into account when determining causation, statistical evidence should be approached with caution — it is not determinative. It is also for the trial judge to decide what weight, if any, to give to statistical evidence, and drawing an inference from such evidence is an inherent, and often implicit, part of the fact-finding process. It must be interpreted in light of the whole of the evidence, and that interpretation is entitled to considerable deference on appeal. In this case, the trial judge did not commit a palpable and overriding error in relying on the opinion of an expert who acknowledged the uncertainty in his opinion. She carefully weighed the evidence as a whole, including

avec les critères en matière de présomptions de fait. Le juge qui apprécie la preuve peut prendre en considération la possibilité pour chaque partie d'en produire. Il faut décider selon une norme juridique, et non scientifique, si les faits donnent naissance ou non à l'inférence ou à la présomption. De plus, comme une inférence de causalité défavorable s'inscrit dans le processus d'appréciation des faits, la décision sur la question de savoir si une inférence est justifiée dans une affaire donnée relève du pouvoir discrétionnaire du juge des faits, qui tranche au vu de l'ensemble de la preuve, et une telle décision est assujettie à la norme exigeante de l'erreur manifeste et dominante.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel décrit l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* comme étant discrétionnaire, mais elle ne tient pas compte de ce caractère discrétionnaire. En fait, en infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle avait commis une erreur de droit, la cour confère à tort à l'inférence un caractère obligatoire. La juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en appliquant les règles de preuve. Elle a suivi l'arrêt *St-Jean*, selon lequel les présomptions de causalité ne sont appliquées que si elles sont graves, précises et concordantes. Elle ne croyait pas qu'il avait été satisfait à ces critères en l'espèce, car elle a retenu le témoignage de l'expert des médecins, plutôt que ceux des experts de la demanderesse. Elle n'était pas tenue en droit d'appliquer une présomption de fait défavorable aux médecins simplement parce que (i) leur faute empêchait de prouver le lien de causalité et que (ii) la demanderesse avait produit certains éléments de preuve affirmative d'un lien unissant la faute des médecins à la perte.

De plus, la Cour d'appel n'a pas fait preuve de déférence à l'égard de l'appréciation de la preuve par la juge de première instance. Cette dernière ne s'est pas fondée à tort sur la preuve d'expert conjecturale produite en l'espèce au détriment de la preuve statistique. Un juge de première instance a le pouvoir de tirer en droit une conclusion même lorsque les experts médicaux ne sont pas en mesure d'exprimer leur avis avec certitude. En outre, bien que les tribunaux puissent tenir compte des statistiques dans l'analyse relative au lien de causalité, une preuve statistique commande la prudence; elle n'est pas déterminante. Il appartient aussi au juge de première instance de décider quel poids, s'il y en a, accorder à la preuve statistique; tirer une inférence à partir d'une telle preuve constitue une partie inhérente, et souvent implicite, de l'appréciation des faits. Elle doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de la preuve, et cette interprétation commande un degré élevé de déférence en appel. En l'espèce, la juge de première instance n'a pas

2016 SCC 48 (CanLII)

the statistical evidence, the evidence specific to E, and the three expert opinions, all of which involved some speculation. She made no palpable and overriding error in finding that the plaintiff had failed to establish causation on a balance of probabilities.

Per Abella, Côté and Brown JJ. (dissenting): There is agreement with the majority that the Court of Appeal erred in characterizing as an error of law the trial judge's failure to draw an adverse inference or to apply a factual presumption under the *Code*. However, the Court of Appeal did not misstate the rule described in *Snell* and *St-Jean*. Rather, it correctly summarized *Snell* and held that judges are permitted to draw an unfavourable inference in some circumstances.

Nevertheless, the Court of Appeal's mischaracterization of the trial judge's failure to draw an adverse inference is of no consequence to the outcome of the case, because that failure constituted a palpable and overriding error. The trial judge committed three errors in her understanding of the evidence. First, she misconstrued the physicians' expert's testimony. Second, she omitted key objective evidence, namely the fact that E survived more than 31 months even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. This evidence was supported by uncontested statistical data, and while such data should not be the sole basis for drawing an inference or applying a presumption of fact, it may help to confirm the trial judge's factual determinations. Third, she erred in the resulting inference-drawing process itself. Had the trial judge disregarded the highly speculative facts on which the physicians' expert's testimony was based, and had she taken into account E's survival period, she would have drawn an inference of causation. It was a palpable and overriding error not to apply the presumption in art. 2849 of the *Code*. In light of the trial judge's errors, it was the role of the Court of Appeal to intervene and reweigh the evidence.

Cases Cited

By Wagner J.

Referred to: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491;

commis d'erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur l'opinion d'un expert ayant reconnu la part d'incertitude de celle-ci. Elle a soigneusement évalué la preuve dans son ensemble, notamment les statistiques, les éléments propres au cas de E et les avis des trois experts, chacun comportant une certaine part de conjectures. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en concluant que la demanderesse n'avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien de causalité.

Les juges Abella, Côté et Brown (dissidents) : Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que la Cour d'appel a eu tort d'assimiler à une erreur de droit la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable ou de ne pas appliquer la présomption de fait prévue au *Code*. Cependant, la Cour d'appel a bien énoncé la règle établie dans les arrêts *Snell* et *St-Jean*. D'ailleurs, elle a bien résumé l'arrêt *Snell* et conclu qu'il est loisible au juge de tirer une inférence défavorable dans certaines circonstances.

Quoi qu'il en soit, la caractérisation erronée par la Cour d'appel de la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable n'a pas de conséquence sur l'issue de l'affaire, parce que cette décision constitue une erreur manifeste et dominante. La juge de première instance a commis trois erreurs dans son appréciation de la preuve. Premièrement, elle a mal interprété le témoignage de l'expert des médecins. Deuxièmement, elle a fait abstraction d'une preuve objective clé : le fait que E ait survécu plus de 31 mois alors que l'espérance de vie pour les patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Cette preuve était étayée par des données statistiques non contestées, et, bien que de telles données à elles seules ne puissent fonder la décision de tirer l'inférence ou d'appliquer une présomption de fait, elles peuvent toutefois aider à confirmer les conclusions de fait du juge de première instance. Troisièmement, son processus inférentiel lui-même était erroné. Si la juge de première instance n'avait pas tenu compte des conjectures sur lesquelles reposait le témoignage de l'expert des médecins, et avait tenu compte de la période de survie de E, elle aurait tiré une inférence de causalité. La juge a commis une erreur manifeste et dominante en n'appliquant pas la présomption prévue à l'art. 2849 du *Code*. Vu les erreurs commises en première instance, il appartenait à la Cour d'appel d'intervenir et d'apprécier à nouveau la preuve.

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Arrêts mentionnés : *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S.

2016 SCC 48 (CanLII)

Housen v. Nikolaisen, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541; *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959); *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621.

By Côté J. (dissenting)

St-Jean v. Mercier, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98; *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 2846 to 2849.
Code of Civil Procedure, CQLR, c. C-25.01.

Authors Cited

Cohen, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*. Oxford: Clarendon Press, 1977.
Jutras, Daniel. "Expertise scientifique et causalité", dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*. Montréal: Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.
Khoury, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2006.
Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7. Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed. Toronto: LexisNexis, 2015.
Wright, Richard W. "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts" (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Kasirer, Fournier and Bélanger JJ.A.),

Housen c. Nikolaisen, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1; *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557; *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541; *Sentilles c. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959); *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621.

Citée par la juge Côté (dissidente)

St-Jean c. Mercier, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98; *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 2846 à 2849.
Code de procédure civile, RLRQ, c. C-25.01.

Doctrine et autres documents cités

Cohen, L. Jonathan. *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977.
Jutras, Daniel. « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, 1992, 897.
Khoury, Lara. *Uncertain Causation in Medical Liability*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2006.
Larombière, M. L. *Théorie et pratique des obligations*, nouv. éd., t. 7, Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1885.
Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 10th ed., Toronto, LexisNexis, 2015.
Wright, Richard W. « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts » (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Fournier et Bélanger),

2016 SCC 48 (CanLII)

2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190, [2014] AZ-51130892, [2014] J.Q. nº 13772 (QL), 2014 CarswellQue 12131 (WL Can.), setting aside in part a decision of Marcotte J., 2011 QCCS 4755, [2011] AZ-50785409, [2011] J.Q. nº 12173 (QL), 2011 CarswellQue 10033 (WL Can.). Appeal allowed, Abella, Côté and Brown JJ. dissenting.

David E. Platts and *Élisabeth Brousseau*, for the appellants.

Gordon Kugler and *Stuart Kugler*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. was delivered by

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] In some professional liability cases, the defendant's negligence may undermine the plaintiff's ability to prove causation. The plaintiff may nonetheless lead some affirmative evidence of causation. In these circumstances, is the trier of fact required to draw an adverse inference of causation against the defendant? That is the legal issue at the heart of this appeal.

[2] Marc Émond died tragically of lung cancer at the age of 47, leaving behind his partner, Cathie St-Germain, and their young son. Ms. St-Germain brought an action for damages against the appellants, two of Mr. Émond's physicians.

[3] The trial judge concluded that, while the appellant physicians were negligent, the evidence did not establish on a balance of probabilities that their negligence caused Mr. Émond's death. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. The majority held that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation. The

2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190, [2014] AZ-51130892, [2014] J.Q. nº 13772 (QL), 2014 CarswellQue 12131 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision de la juge Marcotte, 2011 QCCS 4755, [2011] AZ-50785409, [2011] J.Q. nº 12173 (QL), 2011 CarswellQue 10033 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Abella, Côté et Brown sont dissidents.

David E. Platts et *Élisabeth Brousseau*, pour les appelants.

Gordon Kugler et *Stuart Kugler*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Karakatsanis, Wagner et Gascon rendu par

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] Dans certaines affaires de responsabilité professionnelle, il se peut que la négligence du défendeur compromette la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité. Le demandeur peut néanmoins produire certains éléments de preuve affirmative de causalité. Dans de telles circonstances, le juge des faits doit-il tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur? C'est la question juridique qui est au cœur du pourvoi.

[2] Marc Émond est décédé tragiquement d'un cancer du poumon à l'âge de 47 ans. Il laissait dans le deuil sa conjointe, Cathie St-Germain, et leur jeune fils. Mme St-Germain a intenté une action en dommages-intérêts contre les appelants, deux des médecins ayant traité M. Émond.

[3] La juge de première instance a conclu que, bien que les médecins, appelants en l'espèce, aient été négligents, la preuve ne permettait pas de conclure, selon la prépondérance des probabilités, que cette négligence avait causé la mort de M. Émond. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première

2016 SCC 48 (CanLII)

concurring judge concluded that the trial judge should have found that causation had been established.

[4] The *Civil Code of Québec* and the *Code of Civil Procedure*, CQLR, c. C-25.01, provide a comprehensive set of evidentiary rules. The rules on presumptions set out in arts. 2846 to 2849 of the *Civil Code* govern the inferences drawn by triers of fact. In my opinion, no rule of law requires the trier of fact to draw an adverse inference of causation where the defendant's negligence has undermined the plaintiff's ability to prove causation, even where there is some evidence of causation.

[5] In this case, the trial judge committed no error of law in her causation analysis, nor did she commit a palpable and overriding error of fact. I would, therefore, allow the appeal.

II. Facts

[6] In November 2005, Mr. Émond appeared to be in excellent health. He was then a 44-year-old nonsmoker who exercised regularly and took care of himself. He also had annual physicals at the Clinique Physimed, where he was under the care of the appellant Dr. Albert Benhaim, a general practitioner.

[7] Mr. Émond attended his annual physical on November 9, 2005. Dr. Benhaim suggested that Mr. Émond undergo a chest X-ray, even though he did not have symptoms of a chest problem.

[8] The appellant Dr. Michael O'Donovan, a radiologist, reviewed Mr. Émond's chest X-ray. According to Dr. O'Donovan's report, there was "a 1.5 to 2 cm ill-defined opacity" in Mr. Émond's right lung, "the etiology of which is uncertain". There were no other associated abnormalities on the X-ray. Dr. O'Donovan suggested that, for purposes

instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Dans ses motifs concordants, l'autre juge a estimé que la juge de première instance aurait dû conclure que le lien de causalité avait été établi.

[4] Le *Code civil du Québec* et le *Code de procédure civile*, RLRQ, c. C-25.01, fournissent un ensemble détaillé de règles de preuve. Les règles de la présomption énoncées aux art. 2846 à 2849 du *Code civil* régissent les inférences que peut tirer le juge des faits. À mon avis, aucune règle de droit n'oblige le juge des faits à tirer une inférence de causalité défavorable lorsque la négligence du défendeur a nui à la possibilité pour le demandeur d'établir le lien de causalité, même si certains éléments de preuve du lien de causalité ont été produits.

[5] Dans l'affaire qui nous occupe, la juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit dans son analyse du lien de causalité. De plus, elle n'a commis aucune erreur de fait manifeste et dominante. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi.

II. Les faits

[6] En novembre 2005, M. Émond semble en excellente santé. Il a alors 44 ans, ne fume pas, fait régulièrement de l'exercice et prend soin de sa personne. Il se soumet annuellement à un examen médical à la Clinique Physimed, où il est suivi par l'un des appelants, le D[r] Albert Benhaim, médecin généraliste.

[7] Lors de son bilan de santé annuel, le 9 novembre 2005, M. Émond est invité par le D[r] Benhaim à subir une radiographie des poumons, même s'il ne présente aucun symptôme de troubles pulmonaires.

[8] L'autre appelant, le D[r] Michael O'Donovan, radiologue, examine la radiographie de M. Émond. Il constate la présence d'une [TRADUCTION] « opacité floue de 1,5 à 2 cm » dans le poumon droit de M. Émond et dont « l'étiologie est incertaine ». Il ne voit aucune autre anomalie associée à cette opacité. Il suggère au D[r] Benhaim de consulter, à des

2016 SCC 48 (CanLII)

of comparison, Dr. Benhaim consult Mr. Émond's previous chest X-rays if they were available. Otherwise, Dr. O'Donovan suggested a follow-up X-ray and "probably a CT scan".

[9] Contrary to Dr. O'Donovan's suggestion, Dr. Benhaim did not attempt to find Mr. Émond's previous chest X-rays. Nor did he consult Mr. Émond's medical file, which contained reports on chest X-rays taken in 1994, 1998 and 1999. However, Dr. Benhaim had a follow-up chest X-ray performed on January 17, 2006.

[10] Dr. O'Donovan reviewed the follow-up X-ray, and noted no change in the opacity in Mr. Émond's right lung. He suspected that the opacity was a chronic lesion and suggested that Mr. Émond undergo a third X-ray in four months' time. That X-ray was never taken.

[11] Mr. Émond had his next annual physical on December 4, 2006, and an X-ray of his chest was taken. Dr. O'Donovan observed that the lesion in Mr. Émond's lung had increased in size to approximately 2.5 cm. Dr. O'Donovan suspected that the lesion might be cancerous, and he suggested further tests.

[12] Mr. Émond underwent a CT scan on December 19, 2006 and a PET scan in January 2007. Those tests confirmed that he had stage IV lung cancer. He was diagnosed in January 2007. The cancer was incurable. At that time, however, Mr. Émond still displayed no symptoms of his disease.

[13] Beginning in February 2007, Mr. Émond received palliative chemotherapy with the hope of slowing the cancer's spread. The chemotherapy treatments were suspended between June and November 2007, as Mr. Émond was feeling well. He exercised regularly and biked over 5,000 km that summer. Mr. Émond began to experience symptoms of his disease in the fall of 2007. The chemotherapy treatments resumed in November 2007, but

fins de comparaison, les radiographies pulmonaires antérieures de M. Émond, si elles sont disponibles. Sinon, il recommande une radiographie de suivi et « probablement une tomographie (*CT scan*) ».

[9] Le D^r^ Benhaim n'essaie pas de trouver des radiographies pulmonaires antérieures de son patient, comme l'avait suggéré le D^r^ O'Donovan. Il ne consulte pas non plus le dossier médical de M. Émond, lequel contient les rapports de radiographies prises en 1994, en 1998 et en 1999. Le D^r^ Benhaim ordonne une radiographie pulmonaire de suivi, qui est prise le 17 janvier 2006.

[10] Le D^r^ O'Donovan examine la radiographie de suivi et ne constate aucun changement quant à l'opacité au poumon droit de M. Émond. Il soupçonne une lésion chronique et suggère que M. Émond subisse une troisième radiographie quatre mois plus tard. Cette radiographie n'est jamais prise.

[11] M. Émond se présente à son bilan de santé annuel, le 4 décembre 2006, et subit une nouvelle radiographie pulmonaire. Le D^r^ O'Donovan observe une augmentation de la taille de la lésion au poumon, qui mesure alors environ 2,5 cm. Il soupçonne la présence d'un cancer et recommande d'autres examens.

[12] M. Émond subit un tomodensitogramme, le 19 décembre 2006, et une tomographie par émission de positrons (TEP) en janvier 2007. Ces examens confirment qu'il souffre d'un cancer du poumon de stade IV. Le diagnostic est posé en janvier 2007. Le cancer est incurable. À cette date, cependant, M. Émond ne présente toujours aucun signe de sa maladie.

[13] Dès février 2007, M. Émond se soumet à des traitements de chimiothérapie de nature palliative dans l'espoir de freiner la propagation du cancer. Les traitements de chimiothérapie sont suspendus entre juin et novembre 2007, car M. Émond se sent bien. Il fait régulièrement de l'exercice et parcourt cet été-là plus de 5 000 km à vélo. M. Émond commence à présenter des signes de sa maladie à l'automne. Il reprend les traitements de chimiothérapie

2016 SCC 48 (CanLII)

were stopped again in February 2008 because they were unsuccessful.

[14] Mr. Émond died on June 6, 2008. He was survived by his partner, Ms. St-Germain, and their eight-year-old son. Ms. St-Germain brought the present action against Drs. Benhaim and O'Donovan in her own name, in her capacity as tutor to her son, and as Mr. Émond's universal legatee.

[15] At trial, the plaintiff argued that, in November 2005 or at least in January 2006, Drs. Benhaim and O'Donovan should have informed Mr. Émond that the opacity on the X-ray of his right lung could be cancerous, and should have conducted further tests to determine whether that was the case. The plaintiff's expert witnesses testified that, in November 2005, the cancer was at stage I or IIA. Had Mr. Émond been promptly diagnosed and treated at that time, he would likely have been cured. However, due to the defendants' errors, Mr. Émond was not diagnosed until January 2007, when the cancer was at stage IV and incurable. Therefore, the plaintiff argued, the negligent delay in diagnosing Mr. Émond's cancer caused his death.

[16] The defendants' expert, Dr. Ferraro, testified that Mr. Émond's cancer was already at stage III or IV in November 2005, and his chances of survival at that time were low. Therefore, the cancer would likely have taken Mr. Émond's life even if he had been promptly diagnosed. The delay in diagnosing Mr. Émond was not the cause of his death.

III. Judgments Below

A. *Quebec Superior Court (Marcotte J., 2011 QCCS 4755)*

[17] After thoroughly reviewing the evidence in her well-crafted reasons, the trial judge, Marcotte J. (as she then was), allowed the action in part.

en novembre, mais les abandonne en février 2008, car ils se révèlent inefficaces.

[14] M. Émond meurt le 6 juin 2008. Il laisse dans le deuil sa conjointe, M^me^ St-Germain, et leur fils de 8 ans. M^me^ St-Germain intente la présente action contre les D^rs^ Benhaim et O'Donovan en son propre nom, en sa qualité de tutrice à son fils et à titre de légataire universelle de M. Émond.

[15] Au procès, la demanderesse fait valoir que dès novembre 2005, ou à tout le moins dès janvier 2006, les D^rs^ Benhaim et O'Donovan auraient dû informer M. Émond de la possibilité que l'opacité observée sur la radiographie de son poumon droit soit cancéreuse, et procéder à d'autres examens pour voir si c'était le cas. Selon les témoins experts cités par la demanderesse, en novembre 2005, le cancer en était au stade I ou IIA. S'il avait été rapidement diagnostiqué et traité, M. Émond aurait probablement guéri. Or, en raison des erreurs des défendeurs, le cancer n'a été diagnostiqué qu'en janvier 2007; il avait alors atteint le stade IV et était incurable. En conséquence, la demanderesse fait valoir que c'est le diagnostic intervenu trop tard par négligence qui a causé la mort de M. Émond.

[16] En revanche, selon le témoin expert des défendeurs, le D^r^ Ferraro, le cancer de M. Émond avait déjà atteint le stade III ou le stade IV en novembre 2005, et les chances de survie étaient alors faibles. En conséquence, le cancer aurait vraisemblablement eu raison de M. Émond même s'il avait été rapidement diagnostiqué. Le diagnostic tardif n'a pas causé la mort de M. Émond.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (la juge Marcotte, 2011 QCCS 4755)*

[17] Après avoir examiné la preuve de manière exhaustive dans des motifs rédigés avec soin, la juge de première instance, la juge Marcotte (maintenant juge à la Cour d'appel du Québec), a accueilli l'action en partie.

2016 SCC 48 (CanLII)

[18] She found that Drs. Benhaim and O'Donovan were both negligent in failing to more thoroughly investigate the opacity on Mr. Émond's chest X-rays of November 2005 and January 2006. Because of the negligence, Mr. Émond's cancer diagnosis was delayed to January 2007. The trial judge's findings of negligence are not contested in this appeal.

[19] However, the trial judge concluded that the evidence did not establish on a balance of probabilities that the negligence of Drs. Benhaim and O'Donovan caused Mr. Émond's death. She was not convinced that, but for the delay in diagnosing Mr. Émond's cancer, he would likely have survived. She found that, by November 2005 and January 2006, Mr. Émond's cancer was likely already at stage III, and was likely incurable.

[20] The trial judge stated that [TRANSLATION] "[m]oreover, no presumption of causation can be drawn on the basis that the defendants' fault made it impossible for the plaintiff to prove causation" (para. 92 (CanLII)). Instead, she recognized that the court may draw [TRANSLATION] "an adverse inference" against the defendant in such circumstances (para. 100).

[21] The trial judge rejected the plaintiff's expert evidence that the cancer was at stage I in November 2005. This evidence was based on three factors: the lesion in Mr. Émond's lung was less than 3 cm in size, Mr. Émond was asymptomatic, and he was in a good state of health. The trial judge found that these three factors were also present in December 2006 and January 2007, when Mr. Émond was diagnosed with stage IV cancer. They were unreliable indicators of the cancer's progression.

[22] The trial judge accepted the opinion of the defendants' expert, Dr. Ferraro, who testified that the cancer was at least at stage III in November 2005. Dr. Ferraro's opinion was based on three considerations. First, Mr. Émond's lung cancer could not

[18] Elle a conclu que les D^rs^ Benhaim et O'Donovan avaient tous deux fait preuve de négligence en ne procédant pas à des examens plus poussés de l'opacité constatée sur les radiographies pulmonaires de M. Émond prises en novembre 2005 et en janvier 2006. À cause de leur négligence, le cancer de M. Émond n'a été diagnostiqué qu'en janvier 2007. Les conclusions de négligence tirées par la juge de première instance ne sont pas contestées dans le pourvoi.

[19] Toutefois, la juge de première instance a conclu que la preuve n'établissait pas, selon la prépondérance des probabilités, que la négligence des D^rs^ Benhaim et O'Donovan ait causé la mort de M. Émond. Elle n'était pas convaincue que, n'eût été la lenteur du diagnostic de cancer, M. Émond aurait probablement survécu. Selon elle, en novembre 2005 et en janvier 2006, le cancer de M. Émond avait selon toute vraisemblance déjà atteint le stade III et il était probablement incurable.

[20] Elle a déclaré qu'« [i]l ne peut par ailleurs y avoir de présomption de causalité du fait que la faute des défendeurs aurait privé la partie demanderesse de la possibilité de prouver l'existence du lien de causalité » (par. 92 (CanLII)). En fait, elle a reconnu que la cour pouvait recourir à la notion « d'inférence défavorable » au défendeur en de telles circonstances (par. 100).

[21] La juge de première instance a rejeté la preuve des experts cités par la demanderesse selon laquelle, en novembre 2005, le cancer en était au stade I. Celle-ci reposait sur trois facteurs : la lésion constatée au poumon de M. Émond mesurait moins de 3 cm, M. Émond ne présentait aucun symptôme et son état de santé était bon. La juge a conclu que ces trois facteurs étaient également présents en décembre 2006 et en janvier 2007, lorsque M. Émond a reçu un diagnostic de cancer de stade IV. Il s'agissait à son avis d'indicateurs non fiables de la progression du cancer.

[22] La juge a retenu l'opinion de l'expert cité par les défendeurs, le D^r^ Ferraro, qui a déclaré que le cancer avait au moins atteint le stade III en novembre 2005. Cette opinion reposait sur trois considérations. Premièrement, le cancer du poumon de M. Émond

2016 SCC 48 (CanLII)

have progressed from stage I to stage IV in approximately 12 months (November 2005 to December 2006) because lung cancer evolves slowly. Second, when the November 2005 X-ray was viewed with the benefit of hindsight — that is, with knowledge of the results of the tests performed in December 2006 and January 2007 — it was apparent that there were shadows on the November 2005 X-ray that were consistent with stage III or IV cancer. Third, the majority of patients diagnosed with cancer are at an advanced stage.

[23] The trial judge considered the evidence that patients with untreated stage III or IV lung cancer typically live for one year or less. One of the plaintiff's experts testified that if Mr. Émond had stage III or IV cancer in November 2005, he would not have been alive for his next annual physical in December 2006. However, the trial judge emphasized Dr. Ferraro's evidence that Mr. Émond's case defied statistics.

[24] Accordingly, the trial judge concluded that the faults of Drs. Benhaim and O'Donovan did not cause Mr. Émond's death. However, she awarded $70,000 in damages to Ms. St-Germain personally and in her capacity as universal legatee for the anguish caused by the defendants' negligent handling of Mr. Émond's treatment.

B. *Quebec Court of Appeal (Kasirer, Fournier and Bélanger JJ.A., 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190)*

[25] The Court of Appeal allowed the appeal and concluded that the faults of Drs. Benhaim and O'Donovan caused Mr. Émond's death.

(1) Majority Reasons (Kasirer and Bélanger JJ.A.)

[26] The majority of the Court of Appeal, Kasirer and Bélanger JJ.A., concluded in a well-crafted decision that the trial judge erred in law in her causation

ne pouvait en 12 mois environ (de novembre 2005 à décembre 2006) passer du stade I au stade IV parce que ce type de cancer évolue lentement. Deuxièmement, a posteriori — c'est-à-dire compte tenu des résultats des examens effectués en décembre 2006 et en janvier 2007 — il était évident que les ombres observées sur la radiographie de novembre 2005 révélaient un cancer de stade III ou IV. Troisièmement, la majorité des cancers diagnostiqués le sont à un stade avancé.

[23] La juge de première instance a examiné la preuve suivant laquelle les patients souffrant d'un cancer de stade III ou IV non traité vivent en général au plus un an. L'un des témoins experts cités par la demanderesse a déclaré que, si M. Émond avait eu un cancer de stade III ou IV en novembre 2005, il n'aurait pas survécu jusqu'au bilan annuel de santé suivant, qui a eu lieu en décembre 2006. La juge de première instance a cependant signalé que, selon le D^r^ Ferraro, le cas de M. Émond défiait les statistiques.

[24] En conséquence, la juge de première instance a conclu que les fautes des D^rs^ Benhaim et O'Donovan n'avaient pas causé la mort de M. Émond. Elle a cependant accordé 70 000 $ en dommages-intérêts à M^me^ St-Germain personnellement et en sa qualité de légataire universelle pour l'angoisse dont celle-ci avait souffert en raison de la négligence des défendeurs dans le traitement de M. Émond.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Fournier et Bélanger, 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190)*

[25] La Cour d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les fautes commises par les D^rs^ Benhaim et O'Donovan avaient causé la mort de M. Émond.

(1) Motifs majoritaires (les juges Kasirer et Bélanger)

[26] Les juges majoritaires de la Cour d'appel, soit les juges Kasirer et Bélanger, ont conclu dans une décision fort bien articulée que la juge de première

2016 SCC 48 (CanLII)

analysis. Her error of law was her failure to draw an unfavourable or adverse inference of causation that, according to Kasirer and Bélanger JJ.A., was required by this Court's decisions in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491.

[27] In the view of Kasirer and Bélanger JJ.A., an adverse inference of causation arises when two criteria are established. First, the defendant physician's negligence must have undermined the plaintiff's ability to prove causation.[1] Second, the plaintiff must adduce at least "some" or "very little affirmative evidence" of causation. These two criteria form the basis for an adverse inference against the defendant that discharges, *prima facie*, the plaintiff's burden of proving causation. It is then open to the defendant to rebut the inference of causation by leading evidence to the contrary. The majority stressed that drawing an adverse inference of causation is not the same as shifting the onus of disproving causation to the defendant. The plaintiff retains the "ultimate burden of showing causation on the balance of probabilities" (C.A. reasons, at para. 168).

[28] In this case, the majority of the Court of Appeal concluded that the criteria for drawing an adverse inference of causation were established.

[29] First, the defendants' negligence undermined the plaintiff's ability to prove causation. The defendants' negligence consisted of their failure to investigate the opacity on Mr. Émond's chest X-rays. Had they investigated and conducted the appropriate tests, they would have determined the stage of Mr. Émond's cancer in November 2005, which would in turn have determined whether his cancer

[1] Elsewhere in its reasons, the majority described this criterion as requiring that the defendant's negligence make it *impossible* for the plaintiff to prove causation, or impossible for the plaintiff to prove causation *scientifically* (paras. 142, 144 and 162).

instance avait commis une erreur de droit dans son analyse relative au lien de causalité. Son erreur a été d'omettre de tirer l'inférence de causalité défavorable que notre Cour lui imposait de tirer, selon eux, dans les arrêts *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491.

[27] Selon les juges Kasirer et Bélanger, une inférence de causalité défavorable s'impose lorsque deux critères sont réunis. Premièrement, la négligence du médecin défendeur doit avoir compromis la possibilité pour le demandeur de prouver le lien de causalité[1]. Deuxièmement, le demandeur doit produire au moins [TRADUCTION] « certains » ou « très peu d'éléments de preuve affirmative ». Ces deux critères permettent de tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur qui dégage a priori le demandeur de son fardeau d'établir le lien de causalité. Le défendeur peut ensuite repousser l'inférence de causalité en présentant des éléments de preuve contraires. Les juges majoritaires soulignent que tirer une inférence de causalité défavorable ne revient pas à faire peser sur le défendeur le fardeau de prouver l'absence de lien de causalité. C'est au demandeur qu'incombe la [TRADUCTION] « charge ultime d'établir le lien de causalité, selon la prépondérance des probabilités » (motifs de la C.A., par. 168).

[28] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que les critères justifiant l'existence d'une inférence de causalité défavorable étaient respectés en l'espèce.

[29] D'une part, la négligence des défendeurs a compromis la possibilité pour la demanderesse de prouver le lien de causalité. Cette négligence tenait au fait qu'ils n'avaient pas cherché à en savoir plus sur l'opacité observée sur les radiographies pulmonaires de M. Émond. S'ils l'avaient fait et avaient procédé aux examens nécessaires, ils auraient déterminé le stade du cancer en novembre 2005, ce

[1] Ailleurs dans leurs motifs, les juges majoritaires précisent que, suivant ce critère, il faut qu'en raison de la négligence du défendeur, il soit *impossible* pour le demandeur de prouver l'existence du lien de causalité, ou impossible pour lui d'en prouver l'existence de façon *scientifique* (par. 142, 144 et 162).

2016 SCC 48 (CanLII)

could likely have been cured with prompt treatment. Therefore, because of the defendants' negligence, "it was impossible for the [plaintiff] to show scientifically, by direct evidence of staging of cancer, that the fault resulted in a delay in the treatment of the disease that ultimately caused Mr. Émond's death" (C.A. reasons, at para. 142).

[30] Second, the plaintiff led some affirmative evidence that the cancer was at an early stage in November 2005, and thus could likely have been cured with prompt diagnosis and treatment. This evidence consisted of a statistic that 78 percent of cancers discovered fortuitously — as Mr. Émond's cancer was — are at stage I. Stage I cancer has a cure rate of 70 percent.

[31] According to Kasirer and Bélanger JJ.A., these two factors gave rise to an adverse inference against the defendants that their negligence caused Mr. Émond's death. It was open to the defendants to lead evidence to rebut the adverse inference — evidence establishing that Mr. Émond was among the 22 percent of persons whose fortuitously discovered cancer is at a late, incurable stage — but they failed to do so. In particular, the majority of the Court of Appeal found Dr. Ferraro's evidence about the slow progression of lung cancer, and his retrospective reading of the November 2005 X-ray, to be speculative and unreliable.

[32] The majority of the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in law by failing to apply an adverse inference of causation. Had she done so, she would have found that causation had been established on a balance of probabilities.

(2) Concurring Reasons (Fournier J.A.)

[33] Fournier J.A. wrote concurring reasons. He found that the trial judge committed a palpable and

qui aurait permis de savoir si un traitement rapide aurait pu le guérir. Ainsi, à cause de la négligence des défendeurs, [TRADUCTION] « il était impossible pour [la demanderesse] de prouver de façon scientifique, au moyen d'une preuve directe de l'évolution du cancer, que la faute avait retardé le traitement de la maladie et que ce retard avait ultimement causé la mort de M. Émond » (motifs de la C.A., par. 142).

[30] D'autre part, la demanderesse a produit certains éléments de preuve affirmative démontrant un stade précoce de cancer en novembre 2005, et la possibilité, selon toute vraisemblance, de guérison s'il avait été diagnostiqué et traité rapidement. Il s'agissait d'une statistique suivant laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement — comme l'avait été celui de M. Émond — en sont au stade I. Le taux de guérison des cancers de stade I est de 70 p. 100.

[31] Selon les juges Kasirer et Bélanger, ces deux facteurs justifiaient la reconnaissance d'une inférence défavorable aux défendeurs : leur négligence avait causé la mort de M. Émond. Les défendeurs avaient tout le loisir de produire une preuve réfutant cette inférence défavorable — une preuve démontrant que M. Émond faisait partie de l'autre groupe, celui composé des 22 p. 100 de gens dont le cancer est découvert fortuitement à un stade avancé et incurable —, mais ils ne l'ont pas fait. En particulier, les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent au caractère conjectural et non fiable du témoignage du D^r^ Ferraro sur l'évolution lente du cancer du poumon et de sa lecture rétrospective de la radiographie de novembre 2005.

[32] Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable. Si elle avait tiré l'inférence, elle aurait conclu que le lien de causalité avait été démontré selon la prépondérance des probabilités.

(2) Motifs concordants (le juge Fournier)

[33] Le juge Fournier a rédigé des motifs concordants. Selon lui, la juge de première instance a

2016 SCC 48 (CanLII)

overriding error when she concluded that causation was not established. He relied principally on the evidence that untreated stage III or IV cancer is generally fatal within 12 months. Mr. Émond received no treatment between November 2005 and January 2007. Therefore, if he had stage III or IV cancer in November 2005, he would likely have died by January 2007. In fact, Mr. Émond survived to June 2008. As a result, in November 2005, Mr. Émond must have had stage I or II cancer, which would likely have been curable with prompt treatment.

[34] Fournier J.A. acknowledged Dr. Ferraro's testimony that, when the November 2005 X-ray was viewed with the benefit of hindsight, there were shadows that were consistent with stage III or IV cancer. However, neither the plaintiff's experts nor Dr. O'Donovan could see these shadows. In the view of Fournier J.A., the shadows alone were not enough to undermine the plaintiff's theory of causation, as X-rays are of limited use in diagnosing the staging of cancer.

[35] Accordingly, Fournier J.A. found that the plaintiff had proved on a balance of probabilities that the defendants' fault caused Mr. Émond's death.

IV. Analysis

A. *Standard of Review*

[36] The standard of review is correctness for questions of law, and palpable and overriding error for findings of fact and inferences of fact: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8, 10 and 19; *St-Jean*, at paras. 33-36. Causation is a question of fact, and so the trial judge's finding on causation is owed deference on appeal: *St-Jean*, at paras. 104-5; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 8; *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 29.

commis une erreur manifeste et dominante en concluant que le lien de causalité n'avait pas été démontré. Il se fonde essentiellement sur la preuve qu'une personne souffrant d'un cancer de stade III ou IV meurt en général dans un délai de 12 mois si elle n'est pas traitée. M. Émond n'a reçu aucun traitement entre novembre 2005 et janvier 2007. Ainsi, s'il était atteint d'un cancer de stade III ou IV en novembre 2005, il serait vraisemblablement mort en janvier 2007 au plus tard. En fait, M. Émond a survécu jusqu'en juin 2008. C'est pourquoi, en novembre 2005, son cancer devait être au stade I ou II, de sorte qu'il aurait vraisemblablement été curable s'il avait été traité rapidement.

[34] Le juge Fournier a pris acte du témoignage du D^r^ Ferraro selon qui, a posteriori, la radiographie de novembre 2005 montrait des ombres qui correspondaient à un cancer de stade III ou IV. Or, ni les experts cités par la demanderesse ni le D^r^ O'Donovan ne voyaient ces ombres. Selon le juge Fournier, elles ne pouvaient en soi miner la thèse du lien de causalité avancée par la demanderesse, puisque les radiographies sont d'une utilité limitée dans le diagnostic des stades de cancer.

[35] En conséquence, le juge Fournier conclut que la demanderesse a prouvé, selon la prépondérance des probabilités, que la faute des défendeurs avait causé la mort de M. Émond.

IV. Analyse

A. *Norme de contrôle*

[36] La norme de contrôle applicable aux questions de droit est celle de la décision correcte, alors que c'est la norme de l'erreur manifeste et dominante qui s'applique aux conclusions et inférences de fait (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 8, 10 et 19; *St-Jean*, par. 33-36). L'existence du lien de causalité est une question de fait, de sorte que la conclusion du juge du procès à cet égard commande la retenue en appel (*St-Jean*, par. 104-105; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 8; *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 29).

2016 SCC 48 (CanLII)

[37] It may be useful to recall the many reasons why appellate courts defer to trial courts' findings of fact, which were described at length in *Housen*, at paras. 15-18. Deference to factual findings limits the number, length and cost of appeals, which in turn promotes the autonomy and integrity of trial proceedings. Moreover, the law presumes that trial judges and appellate judges are equally capable of justly resolving disputes. Allowing appellate courts free rein to overturn trial courts' factual findings would duplicate judicial proceedings at great expense, without any concomitant guarantee of more just results. Finally, according deference to a trial judge's findings of fact reinforces the notion that they are in the best position to make those findings. Trial judges are immersed in the evidence, they hear *viva voce* testimony, and they are familiar with the case as a whole. Their expertise in weighing large quantities of evidence and making factual findings ought to be respected. These considerations are particularly important in the present case because it involves a large quantity of complex evidence.

[38] It is equally useful to recall what is meant by "palpable and overriding error". Stratas J.A. described the deferential standard as follows in *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46:

> Palpable and overriding error is a highly deferential standard of review . . . . "Palpable" means an error that is obvious. "Overriding" means an error that goes to the very core of the outcome of the case. When arguing palpable and overriding error, it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall.

[39] Or, as Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), [TRANSLATION] "a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions."

[37] Il peut être utile de rappeler les nombreuses raisons pour lesquelles les cours d'appel s'en remettent aux conclusions de fait des tribunaux de première instance, raisons que notre Cour a longuement décrites dans l'arrêt *Housen*, par. 15-18. La retenue à l'égard des conclusions de fait réduit le nombre, la durée et le coût des appels, ce qui favorise l'autonomie du procès et son intégrité. Qui plus est, il est présumé en droit que les juges de première instance et les juges d'appel sont également capables d'apporter des solutions justes aux litiges. Donner aux cours d'appel toute latitude pour infirmer les conclusions de fait des tribunaux de première instance reviendrait à reprendre le procès à grands frais, sans garantie de solutions plus justes. Enfin, en traitant avec déférence les conclusions de fait du juge de première instance, on reconnaît qu'il est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait. Il est plongé dans la preuve, entend les témoins et connaît le dossier dans son ensemble. Son expertise lorsqu'il s'agit d'apprécier de grandes quantités d'éléments de preuve et de tirer des conclusions de fait commande le respect. Ces considérations revêtent une importance particulière en l'espèce, vu le dossier de preuve volumineux et complexe.

[38] Il est tout aussi utile de rappeler ce qu'on entend par « erreur manifeste et dominante ». Le juge Stratas décrit la norme déférente en ces termes dans l'arrêt *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46 :

> L'erreur manifeste et dominante constitue une norme de contrôle appelant un degré élevé de retenue [. . .] Par erreur « manifeste », on entend une erreur évidente, et par erreur « dominante », une erreur qui touche directement à l'issue de l'affaire. Lorsque l'on invoque une erreur manifeste et dominante, on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier.

[39] Ou, comme le dit le juge Morissette dans l'arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions. »

2016 SCC 48 (CanLII)

[40] However, the majority of the Court of Appeal did not review the trial judge's finding on causation for palpable and overriding error. After acknowledging that causation is a question of fact, the majority stated that the trial judge's failure to apply an adverse inference of causation constituted an error of law. I now turn to that alleged error of law.

B. *Did the Trial Judge Err in Law by Failing to Draw an Adverse Inference of Causation?*

[41] The majority of the Court of Appeal found that the trial judge erred in law by failing to draw an adverse inference of causation against the defendants in accordance with this Court's decisions in *Snell* and *St-Jean*. According to the majority, these decisions require a trier of fact to draw an adverse inference of causation against a defendant physician where the defendant's negligence has undermined the plaintiff's ability to prove causation and where the plaintiff adduces at least "some" or "very little affirmative evidence" of causation. This adverse inference serves, *prima facie*, to discharge the plaintiff's burden of proving causation. The defendant may resist the inference by leading evidence to the contrary.

[42] This was an error. This Court held in *Snell* that, in such circumstances, an adverse inference of causation *may* discharge the plaintiff's burden of proving causation. Those circumstances do not *trigger* such an inference. Whether an inference of causation is warranted, and how it is to be weighed against the evidence, are matters for the trier of fact. Here, the trial judge's reasons show that she did not draw that inference, although she was aware that it was available (para. 100). That conclusion is a question of fact and deserves deference from a court of appeal.

[40] Or, les juges majoritaires de la Cour d'appel n'ont pas examiné la conclusion de causalité tirée par la juge de première instance pour y déceler une erreur manifeste et dominante. Après avoir reconnu que le lien de causalité est une question de fait, ils ont déclaré que la juge avait commis une erreur de droit en ne tirant pas l'inférence de causalité défavorable. Je vais maintenant analyser cette prétendue erreur de droit.

B. *La juge du procès a-t-elle commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable?*

[41] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur de droit en ne tirant pas d'inférence de causalité défavorable aux défendeurs, comme il aurait fallu suivant les arrêts *Snell* et *St-Jean* de la Cour. À leur avis, ces arrêts exigent que le juge des faits tire une inférence de causalité défavorable au médecin défendeur, lorsque la négligence de ce dernier compromet la possibilité du demandeur d'établir le lien de causalité, et lorsque le demandeur produit au moins [TRADUCTION] « certains » ou « très peu d'éléments de preuve affirmative ». Cette inférence défavorable permet a priori de dégager le demandeur du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité. Le défendeur peut repousser cette inférence de causalité en produisant une preuve contraire.

[42] Cette opinion est erronée. La Cour conclut, dans l'arrêt *Snell*, que dans ces circonstances une inférence de causalité défavorable *peut* dégager le demandeur du fardeau de prouver l'existence du lien de causalité. Ces circonstances n'*emportent* pas une telle inférence. C'est au juge des faits qu'il appartient de décider si une inférence de causalité est justifiée et de quelle manière elle doit être appréciée au regard de la preuve. En l'espèce, les motifs de la juge de première instance révèlent qu'elle n'a pas tiré une telle inférence même si elle savait qu'elle était à sa portée (par. 100). Cette conclusion est une question de fait qui commande la retenue en appel.

2016 SCC 48 (CanLII)

[43] The majority of the Court of Appeal appropriately used permissive language to explain this Court's decision in *Snell*. By reversing the trial judge's decision on the basis of an error of law, however, the majority treated the inference described in *Snell* and *St-Jean* as compulsory once certain criteria were established.

[44] The majority of the Court of Appeal evaluated the evidence in a manner that illustrates this error. It approached the evidence from the perspective that, since the defendants had negligently created the uncertainty, it was for them to rebut the single piece of statistical evidence relating to the fortuitous discovery of cancer. Since it found that the defendants' evidence was speculative as a consequence of that very uncertainty, the majority of the Court of Appeal held that the adverse inference had to result in a finding of causation. The majority of the Court of Appeal did not consider the weaknesses in the plaintiff's expert evidence, as the trial judge had, because it rested the adverse inference on the statistical evidence. With respect for the contrary view, *Snell* and *St-Jean* do not support this approach. Rather, the decision to draw an adverse inference must be based on an evaluation of all of the evidence. To do otherwise has the same effect as impermissibly reversing the burden of proof. I return to this issue below.

[45] As I will now explain, *Snell* and *St-Jean* held that the ordinary rules of causation must be applied in medical malpractice cases. As prime examples of how the ordinary rules of causation operate in medical liability cases, these decisions are equally relevant in Quebec.

[46] I will begin by discussing *Snell*, in which Sopinka J. examined developments in English tort law that purported to reverse the onus of proving causation in some circumstances.[2] Traditionally, the plaintiff in a common law negligence claim

[2] *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.); *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

[43] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont correctement exprimé ce caractère discrétionnaire lorsqu'ils expliquent l'arrêt *Snell* de notre Cour. Toutefois, en infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle avait commis une erreur de droit, les juges majoritaires confèrent à l'inférence décrite dans les arrêts *Snell* et *St-Jean* un caractère obligatoire en présence de certains critères.

[44] La manière dont les juges majoritaires de la Cour d'appel apprécient la preuve illustre cette erreur. Ils examinent la preuve en partant du principe qu'il incombait aux défendeurs, dont la négligence avait entraîné l'incertitude, de réfuter l'unique élément de preuve statistique produit sur la découverte fortuite d'un cancer. Comme, de l'avis des juges majoritaires, la preuve produite par les défendeurs était conjecturale, du fait même de cette incertitude, ils concluent que l'inférence défavorable aurait dû emporter une conclusion de causalité. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ne tiennent pas compte des faiblesses dans la preuve d'expert produite par la demanderesse, comme l'a fait la juge de première instance, car ils tirent l'inférence défavorable sur le fondement de la preuve statistique. Soit dit en tout respect pour l'opinion contraire, les arrêts *Snell* et *St-Jean* n'appuient pas pareille démarche. La décision de tirer ou non une inférence défavorable doit plutôt reposer sur l'appréciation de l'ensemble de la preuve. Sinon, cela équivaudrait à renverser indûment le fardeau de preuve. J'y reviendrai plus loin.

[45] Comme je l'expliquerai maintenant, il ressort des arrêts *Snell* et *St-Jean* que les règles ordinaires de causalité s'appliquent aux affaires de faute médicale. Ces arrêts, qui illustrent tout à fait ces règles dans le contexte de la responsabilité médicale, sont également pertinents au Québec.

[46] J'aimerais commencer par l'examen de l'arrêt *Snell*. Le juge Sopinka se penche sur l'évolution du droit anglais en matière de responsabilité délictuelle tendant à inverser le fardeau de prouver le lien de causalité dans certaines circonstances[2].

[2] *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 (H.L.); *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] 2 W.L.R. 557 (H.L.).

2016 SCC 48 (CanLII)

had to prove on a balance of probabilities that, but for the defendant's negligent conduct, the plaintiff would not have been injured. Sopinka J. stated that his task was "to determine whether a departure from well-established principles is necessary for the resolution of this appeal" (p. 320). Sopinka J. concluded that such a departure was not warranted, provided that the traditional principles are not applied in an overly rigid manner (p. 328).

[47] First, Sopinka J. held that it is not necessary that the plaintiff adduce expert scientific or medical evidence definitively supporting the plaintiff's theory of causation, as "[c]ausation need not be determined by scientific precision" (p. 328; see also pp. 330-31). This is because the law requires proof of causation only on a balance of probabilities, whereas scientific or medical experts often require a higher degree of certainty before drawing conclusions on causation (p. 330). Simply put, scientific causation and factual causation for legal purposes are two different things. Factual causation for legal purposes is a matter for the trier of fact, not for the expert witnesses, to decide: *Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, at pp. 607-8; see also *Sentilles v. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), at pp. 109-10.

[48] Second, in medical malpractice cases, the defendant is often in a better position than the plaintiff to determine the cause of the injury (p. 322). Sopinka J. held that, in such circumstances, the trier of fact may take into account the relative ability of each party to present evidence on a fact in issue:

> The legal or ultimate burden remains with the plaintiff, but in the absence of evidence to the contrary adduced by the defendant, an inference of causation may be drawn although positive or scientific proof of causation has not been adduced. If some evidence to the contrary is adduced by the defendant, the trial judge is

Traditionnellement, en common law, c'était au demandeur dans une action pour négligence qu'il appartenait de prouver, selon la prépondérance des probabilités, qu'il n'aurait pas subi de préjudice, n'eût été la négligence du défendeur. Le juge Sopinka indique que sa tâche consiste à « déterminer s'il est nécessaire de s'écarter des principes bien établis pour résoudre le présent pourvoi » (p. 320). Le juge Sopinka est d'avis qu'il n'est pas justifié de s'en écarter, tant que les principes traditionnels ne sont pas appliqués de manière trop rigide (p. 328).

[47] Premièrement, le juge Sopinka conclut qu'il n'est pas nécessaire pour le demandeur de produire une preuve scientifique ou médicale d'expert étayant fermement sa thèse quant à l'existence d'un lien de causalité, puisque « [l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique » (p. 328; voir également p. 330-331). Le droit exige seulement que le lien de causalité soit démontré selon la prépondérance des probabilités, alors que les experts scientifiques ou médicaux nécessitent souvent, avant de tirer des conclusions sur l'existence du lien de causalité, un degré de certitude plus élevé (p. 330). Bref, la causalité scientifique et la causalité factuelle en droit sont deux choses différentes. La causalité factuelle en droit est une question qu'il appartient au juge des faits, non aux témoins experts, de trancher (*Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, p. 607-608; voir aussi *Sentilles c. Inter-Caribbean Shipping Corp.*, 361 U.S. 107 (1959), p. 109-110).

[48] Deuxièmement, dans les affaires de responsabilité médicale, le défendeur est souvent mieux placé que le demandeur pour déterminer la cause du préjudice (p. 322). Le juge Sopinka ajoute que dans ces circonstances le juge des faits peut donc tenir compte de la possibilité relative pour chacune des parties de produire des éléments de preuve sur un fait en litige :

> Le fardeau ultime de la preuve incombe au demandeur, mais en l'absence de preuve contraire présentée par le défendeur, une inférence de causalité peut être faite même si une preuve positive ou scientifique de la causalité n'a pas été produite. Si le défendeur présente des éléments de preuve contraires, le juge de première

2016 SCC 48 (CanLII)

entitled to take account of Lord Mansfield's famous precept. [p. 330]

This precept, stated by Lord Mansfield in *Blatch v. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, at p. 970, is that evidence should be "weighed according to the proof which it was in the power of one side to have produced, and in the power of the other to have contradicted" (quoted in *Snell*, at p. 328).

[49] An inference of causation is available to trial judges by virtue of the ordinary operation of these principles in the medical malpractice context:

> In many malpractice cases, the facts lie particularly within the knowledge of the defendant. In these circumstances, very little affirmative evidence on the part of the plaintiff will justify the drawing of an inference of causation in the absence of evidence to the contrary.

(*Snell*, at pp. 328-29)

[50] The majority of the Court of Appeal relied in large part on this passage to justify its conclusion that *Snell* created a rule of law that requires an adverse inference of causation in certain circumstances. The inference of causation Sopinka J. described in *Snell* is one that trial judges are *permitted* to draw even in the absence of positive or scientific proof. It is not one that they are required to draw once certain criteria are established. The decision on whether to draw such an inference is left to the discretion of the trial judge. Despite using permissive language to describe the adverse inference in *Snell*, the decision of the majority of the Court of Appeal failed to give effect to the permissive, discretionary nature of that inference.

[51] By overturning the trial judge's decision on the basis of an error of law, the majority of the Court of Appeal implicitly transformed the permissive inference described by this Court in *Snell* into one that is compulsory once certain facts are established. The majority's decision would have the effect of creating a novel legal rule governing presumptions. And yet it is apparent that Sopinka J. was not purporting

instance a le droit de tenir compte du fameux principe de lord Mansfield. [p. 330]

Selon ce principe, énoncé par lord Mansfield dans l'arrêt *Blatch c. Archer* (1774), 1 Cowp. 63, 98 E.R. 969, p. 970, tout élément de preuve doit être [TRADUCTION] « apprécié en fonction de la preuve qu'une partie avait le pouvoir de produire et que la partie adverse avait le pouvoir de contredire » (cité dans *Snell*, p. 328).

[49] Il est loisible au juge des faits de tirer une inférence de causalité par la simple application de ces principes au contexte d'une faute médicale :

> Dans un grand nombre d'affaires en matière de faute professionnelle, le défendeur possède une connaissance particulière des faits. Dans ces circonstances, il suffit de très peu d'éléments de preuve affirmative de la part du demandeur pour justifier une déduction de causalité en l'absence de preuve contraire.

(*Snell*, p. 328-329)

[50] Les juges majoritaires de la Cour d'appel fondent en grande partie sur ce passage leur conclusion selon laquelle l'arrêt *Snell* a créé une règle de droit qui oblige à tirer une inférence de causalité défavorable dans certaines circonstances. L'inférence de causalité que décrit le juge Sopinka dans l'arrêt *Snell peut* être tirée par le juge des faits même en l'absence d'une preuve positive ou scientifique; ce dernier n'est pas obligé de la tirer dès lors que certains critères sont établis. La décision relève du pouvoir discrétionnaire du juge. Les juges majoritaires de la Cour d'appel décrivent l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* comme étant discrétionnaire, mais leur décision ne tient pas compte du caractère non obligatoire ou discrétionnaire de cette inférence.

[51] En infirmant la décision de la juge de première instance au motif qu'elle était entachée d'une erreur de droit, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont transformé implicitement l'inférence non obligatoire décrite par la Cour dans l'arrêt *Snell* en une inférence obligatoire en présence de certains faits. La décision des juges majoritaires aurait pour effet de créer une nouvelle règle de droit régissant les présomptions. Il

2016 SCC 48 (CanLII)

to create such a rule in *Snell*. Rather, he was simply describing how the usual fact-finding process works in the medical malpractice context:

> It is not strictly accurate to speak of the burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant. Whether an inference is or is not drawn is a matter of weighing evidence. The defendant runs the risk of an adverse inference in the absence of evidence to the contrary. This is sometimes referred to as imposing on the defendant a provisional or tactical burden. . . . In my opinion, this is not a true burden of proof, and use of an additional label to describe what is an ordinary step in the fact-finding process is unwarranted. [Emphasis added; pp. 329-30.]

[52] The adverse inference of causation described in *Snell* is permissive precisely because it is a component of the fact-finding process. For the same reason, the question of whether an inference is warranted in a particular case falls within the discretion of the trier of fact, to be determined with reference to all of the evidence. This principle was recently reaffirmed by this Court in *Ediger*, at para. 36. It was therefore not open to the majority to substitute its own decision to draw an unfavourable inference. Rather, the majority of the Court of Appeal would have been bound to find a palpable and overriding error in the trial judge's decision *not* to draw an adverse inference. I return to this point below.

[53] *Snell* itself provides an example of the circumstances in which an inference of causation may be drawn. The plaintiff sued the defendant ophthalmologist after she became blind in her right eye following cataract surgery. Before the surgery, the defendant noticed some bleeding when he injected anaesthetic, yet he negligently continued the surgery. The blindness could have been caused by the bleeding or by natural causes. The expert witnesses could not definitively determine the cause. In concluding

semble pourtant que le juge Sopinka ne cherchait pas à créer une telle règle dans l'arrêt *Snell*. En fait, il décrivait simplement le fonctionnement du processus habituel d'appréciation des faits dans le contexte de la faute médicale :

> Il n'est pas tout à fait exact de parler d'un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu'on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur. Qu'une inférence puisse ou non être tirée dépend de l'évaluation de la preuve. Le défendeur s'expose à une inférence défavorable en l'absence de preuve contraire. Quelquefois cette situation est désignée comme l'imposition au défendeur d'un fardeau provisoire ou tactique. [. . .] À mon avis, il ne s'agit pas d'un véritable fardeau de la preuve et l'utilisation d'une étiquette supplémentaire pour décrire ce qui constitue une étape ordinaire du processus de constatation des faits n'est pas justifiée. [Je souligne; p. 329-330.]

[52] L'inférence de causalité défavorable décrite dans l'arrêt *Snell* est discrétionnaire, précisément parce qu'elle s'inscrit dans le processus d'appréciation des faits. De même, la question de savoir si une inférence est justifiée dans une affaire donnée relève du pouvoir discrétionnaire du juge des faits, qui tranche au vu de l'ensemble de la preuve. La Cour a récemment confirmé ce principe dans l'arrêt *Ediger*, par. 36. Il n'était donc pas loisible aux juges majoritaires de substituer leur décision à celle de la juge de première instance en tirant l'inférence défavorable. Les juges majoritaires de la Cour d'appel n'auraient eu dans ce cas d'autre choix que celui de conclure que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante en décidant de *ne pas* tirer l'inférence défavorable. J'y reviendrai plus loin.

[53] L'affaire *Snell* illustre les circonstances dans lesquelles il est possible de tirer une inférence de causalité. La demanderesse a poursuivi le défendeur, un ophtalmologue, après avoir perdu l'usage de l'œil droit à la suite d'une chirurgie de la cataracte. Avant l'intervention, le défendeur a remarqué un saignement au moment d'injecter l'anesthésiant, mais il a fait preuve de négligence en poursuivant quand même la chirurgie. La cécité pouvait résulter du saignement ou de causes naturelles. Les témoins

2016 SCC 48 (CanLII)

that the plaintiff had established that the defendant's negligence caused her blindness, Sopinka J. stated:

> The [defendant] was present during the operation and was in a better position to observe what occurred. Furthermore, he was able to interpret from a medical standpoint what he saw. In addition, by continuing the operation which has been found to constitute negligence, he made it impossible for the [plaintiff] or anyone else to detect the bleeding which is alleged to have caused the injury. In these circumstances, it was open to the trial judge to draw the inference that the injury was caused by the retrobulbar bleeding. There was no evidence to rebut this inference. . . .
>
> . . . it is not essential to have a positive medical opinion to support a finding of causation. Furthermore, it is not speculation but the application of common sense to draw such an inference where, as here, the circumstances, other than a positive medical opinion, permit. [pp. 335-36]

[54] In sum, the Court held in *Snell* that "the plaintiff in medical malpractice cases — as in any other case — assumes the burden of proving causation on a balance of the probabilities": *Ediger*, at para. 36. Causation need not be proven with scientific or medical certainty, however. Instead, courts should take a "robust and pragmatic" approach to the facts, and may draw inferences of causation on the basis of "common sense": *Snell*, at pp. 330-31; *Clements*, at paras. 10 and 38. The trier of fact may draw an inference of causation even without "positive or scientific proof", if the defendant does not lead sufficient evidence to the contrary. If the defendant does adduce evidence to the contrary, then, in weighing that evidence, the trier of fact may take into account the relative ability of each party to produce evidence: *Ediger*, at para. 36.

[55] I conclude that *Snell* did not create the rule of law attributed to it by the majority of the Court of Appeal. This reading is consistent with the position taken by authors Allen M. Linden and Bruce Feldthusen in *Canadian Tort Law* (10th ed. 2015),

experts n'ont pu en déterminer la cause avec certitude. Concluant que la demanderesse a démontré que la négligence du défendeur avait causé sa cécité, le juge Sopinka déclare :

> [Le défendeur] était présent pendant l'intervention chirurgicale et était mieux placé pour observer ce qui s'est produit. En outre, il était en mesure d'interpréter d'un point de vue médical ce qu'il a vu. De plus, en poursuivant l'intervention qui, a-t-on conclu, a constitué de la négligence, il a rendu impossible pour [la demanderesse] ou pour toute autre personne de déceler le saignement qui, allègue-t-on, a causé le préjudice. Dans de telles circonstances, le juge de première instance pouvait déduire que le préjudice a été causé par le saignement rétrooculaire. Il n'y avait aucun élément de preuve qui réfutait cette déduction. . .
>
> . . . il n'est pas essentiel d'obtenir une opinion médicale positive pour justifier une conclusion de causalité. En outre, ce n'est pas faire des conjectures mais appliquer le bon sens que de faire une telle déduction lorsque, comme en l'espèce, les circonstances, autres qu'une opinion médicale positive, le permettent. [p. 335-336]

[54] En somme, la Cour dans l'arrêt *Snell* affirme que « le demandeur, dans les affaires de responsabilité médicale — comme dans n'importe quelle autre affaire — a la charge d'établir le lien de causalité selon la prépondérance des probabilités » (*Ediger*, par. 36). Il n'est pas nécessaire, cependant, que le lien de causalité soit établi avec une certitude scientifique ou médicale. En fait, les tribunaux doivent aborder les faits d'une façon « décisive et pragmatique », et peuvent tirer des inférences de causalité fondées sur le « bon sens » (*Snell*, p. 330-331; *Clements*, par. 10 et 38). Le juge des faits peut tirer une inférence de causalité même en l'absence de « preuve positive ou scientifique », si le défendeur ne produit pas une preuve contraire suffisante. Si le défendeur en produit une, le juge des faits peut, en la soupesant, tenir compte de la possibilité relative de chacune des parties de produire une preuve (*Ediger*, par. 36).

[55] Je conclus que l'arrêt *Snell* n'a pas créé la règle de droit que lui attribuent les juges majoritaires de la Cour d'appel. Cette lecture s'accorde avec l'approche adoptée par les auteurs Allen M. Linden et Bruce Feldthusen dans leur ouvrage *Canadian*

2016 SCC 48 (CanLII)

at p. 129: "There is nothing unusual about [the holding in *Snell*]; an inference can be drawn in causation fact-finding just the same as in other fact-finding situations. This is not, therefore, a retreat from 'but for' analysis, but an example of it, using ordinary logic and reasoning as in other contexts."

[56] In any event, I am of the view that any doubt which might have existed over the appropriate interpretation of *Snell* in the Quebec civil law context was assuaged by this Court's decision in *St-Jean*. As the Court explained at para. 116 of its judgment:

> To the extent that such a notion is a separate means of proof with a less stringent standard to satisfy, *Snell*, *supra*, and definitely *Laferrière*, *supra*, should have put an end to such attempts at circumventing the traditional rules of proof on the balance of probabilities. There may be a misapprehension of what I said in *Laferrière*, *supra*, at p. 609: "In some cases, where a fault presents a clear danger and where such a danger materializes, it may be reasonable to presume a causal link, unless there is a demonstration or indication to the contrary" . . . . This is merely a reiteration of the traditional approach on presumptions, and does not create another means of proof in Quebec civil law in the establishment of the causal link. The Court of Appeal correctly interpreted this passage as pertaining to presumptions within the traditional rules of causation. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[57] The teachings of *St-Jean* are clear. Properly applied in civil law, *Snell* results simply in the application of the rules of evidence set out in the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure*, more specifically those relating to presumptions (*Civil Code*, arts. 2846 to 2849). This is consistent with the principle that, in Quebec, the *Civil Code* and the *Code of Civil Procedure* are comprehensive and contain all rules of evidence necessary to decide a case. As this Court explained in *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, "[i]t is important to recall . . . that the new Code does not simply lay down a body of private law rules, or 'a law of

Tort Law (10e éd. 2015), p. 129 : [TRADUCTION] « Il n'y a rien d'inhabituel à propos de [la conclusion dans l'arrêt *Snell*]; une inférence peut être tirée dans l'appréciation des faits autant en matière de causalité que dans d'autres matières. Il ne s'agit donc pas d'une rupture avec l'analyse du "facteur déterminant", mais d'une illustration de celle-ci, au moyen de la simple logique et du raisonnement, comme dans d'autres contextes. »

[56] Quoi qu'il en soit, j'estime que, s'il subsistait des doutes quant à l'application de l'arrêt *Snell* au contexte du droit civil québécois, ceux-ci ont été dissipés par la décision de la Cour dans *St-Jean*. Comme elle l'explique au par. 116 :

> Dans la mesure où cette notion est un moyen de preuve distinct comportant une norme moins exigeante à satisfaire, l'arrêt *Snell* et sans aucun doute l'arrêt *Laferrière*, précités, auraient dû mettre fin à ces tentatives de contourner les règles de preuve traditionnelles selon la prépondérance des probabilités. Il se peut que l'on ait mal interprété ce que je dis dans *Laferrière*, p. 609 : « Dans certains cas, lorsqu'une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il peut être raisonnable de présumer l'existence du lien de causalité, sous réserve d'une démonstration ou d'une indication contraire » [. . .] Cet énoncé ne fait que répéter la règle traditionnelle applicable aux présomptions, et ne crée pas d'autres moyens de preuve en droit civil québécois relativement à l'établissement d'un lien de causalité. La Cour d'appel a eu raison de considérer que cet extrait avait trait aux présomptions dans le cadre des règles traditionnelles de causalité. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

[57] Les enseignements de l'arrêt *St-Jean* sont limpides. Correctement appliqué en droit civil, l'arrêt *Snell* a simplement pour effet l'application des règles de preuve prévues au *Code civil* et au *Code de procédure civile*, plus précisément celles relatives aux présomptions (*Code civil*, art. 2846 à 2849). Cette interprétation respecte le principe selon lequel, au Québec, le *Code civil* et le *Code de procédure civile* sont exhaustifs et renferment toutes les règles de preuve nécessaires au règlement d'un litige. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, « [i]l importe [. . .] de souligner que le nouveau Code

2016 SCC 48 (CanLII)

exception'. As stated in its preliminary provision, it is the *jus commune* of Quebec" (para. 28 (emphasis in original)).

[58] While courts must at times interpret or develop the provisions of the *Civil Code* to adapt its principles to novel situations, it is not necessary to do so in this appeal. The discretion afforded to trial judges in drawing presumptions of fact, exercised in accordance with the principles set out in *Snell*, provides us with all the tools necessary to resolve this case. When a Quebec court must decide whether to draw a presumption or an inference in a given case, requiring it to stay within the boundaries of arts. 2846 to 2849 of the *Civil Code*, as those boundaries have been explained in the jurisprudence, ensures the continued stability and predictability of the law.

[59] In Quebec civil law, the adverse inference discussed in *Snell* constitutes nothing more than a presumption of fact, as defined in art. 2849 of the *Civil Code*. Under that provision, "[p]resumptions which are not established by law are left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration", and "[t]he refusal to make presumptions [of fact] is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof": *St-Jean*, at para. 114. As such, a trial judge's decision to draw an adverse inference is a factual decision which will depend solely on the proper application of art. 2849 to the circumstances of the case.

[60] As stated in art. 2849, only *serious*, *precise* and *concordant* presumptions can be taken into consideration by courts. According to Professor M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (new ed. 1885), vol. 7, at p. 216, whose explanation of serious, precious and concordant presumptions was recently quoted by this Court in *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 71:

n'édicte pas seulement un corps de règles de droit privé ou encore, "un droit d'exception". Il constitue, selon sa disposition préliminaire, le droit commun du Québec » (par. 28 (souligné dans l'original)).

[58] Si les tribunaux sont parfois tenus d'interpréter ou d'étendre les dispositions du *Code civil* pour adapter ses principes à des situations inédites, il n'est pas nécessaire de le faire dans ce pourvoi. Le pouvoir discrétionnaire qui permet au juge des faits d'admettre des présomptions de fait, en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Snell*, donne à la Cour tous les outils nécessaires pour lui permettre de trancher le litige. Circonscrire aux limites des art. 2846 à 2849 du *Code civil*, comme ces limites sont expliquées dans la jurisprudence, l'action des tribunaux québécois lorsqu'il s'agit de tirer ou non une présomption ou une inférence dans une affaire donnée assure la stabilité et la prévisibilité du droit.

[59] En droit civil québécois, l'inférence défavorable dont il est question dans l'arrêt *Snell* n'est rien de plus que la présomption de fait prévue à l'art. 2849 du *Code civil*. Aux termes de cette disposition, les « présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes ». Suivant l'arrêt *St-Jean*, « [l]e refus de tirer des présomptions [de fait] est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve » (par. 114). Ainsi, la décision du juge des faits de tirer ou non une inférence défavorable repose sur les faits et dépend exclusivement de l'application correcte de l'art. 2849 aux circonstances de l'affaire.

[60] L'article 2849 dispose que seules les présomptions *graves*, *précises* et *concordantes* peuvent être prises en considération par les tribunaux. Le professeur M. L. Larombière, *Théorie et pratique des obligations* (nouv. éd. 1885), t. 7, p. 216, récemment cité par notre Cour dans l'arrêt *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 71, explique ainsi les présomptions graves, précises et concordantes :

2016 SCC 48 (CanLII)

[TRANSLATION] Presumptions are serious when the connection between the known fact and the unknown fact is such that the existence of one establishes the existence of the other in a clear and obvious manner. . . .

Presumptions are precise when the conclusions that flow from the known fact tend to establish the contested unknown fact in a direct and specific manner. If it were also possible to draw different and even contrary results, to infer the existence of various and contradictory facts, the presumptions would not be precise in nature and would give rise only to doubt and uncertainty.

Finally, they are concordant, whether or not they each spring from a common or different source, when they tend[, as a whole and in how they accord with one another,] to establish the fact to be proven. . . . If, on the contrary, they contradict each other . . . and cancel each other out, they are no longer concordant, and create only doubt in the magistrate's mind.

[61] If the criteria giving rise to a presumption are not met, "the plaintiff must actually establish the unknown fact rather than the trier of fact being permitted to draw an inference from the known fact to the unknown fact": *St-Jean*, at para. 113.

[62] The reasoning in *Snell* complements the application of art. 2849, particularly in the medical malpractice context. I have said that the inference described in *Snell* constitutes a presumption of fact under the *Civil Code*. The principles laid down in *Snell* for drawing inferences as part of the ordinary fact-finding process apply to triers of fact making determinations of causation within the framework of art. 2849. These principles must not be interpreted in a manner that alters the burden of proof or departs from the criteria for establishing presumptions of fact (*St-Jean*, at para. 116), as the majority of the Court of Appeal did in this case.

[63] However, *Snell* does provide guidance on how evidence is to be weighed and evaluated in medical malpractice cases in the civil law context. First, when weighing the evidence, trial judges are entitled to consider the ability of the parties to produce evidence (*Snell*, at p. 330). Second, the distinction between legal and scientific fact-finding

Les présomptions sont graves, lorsque les rapports du fait connu au fait inconnu sont tels que l'existence de l'un établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre. . .

Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait inconnu et contesté. S'il était également possible d'en tirer les conséquences différentes et même contraires, d'en inférer l'existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l'incertitude.

Elles sont enfin concordantes, lorsque, ayant toutes une origine commune ou différente, elles tendent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu'il s'agit de prouver. [. . .] Si, au contraire, elles se contredisent [. . .] et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes, et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat.

[61] Si les critères applicables à la présomption ne sont pas établis, « il incombe au demandeur d'établir effectivement le fait inconnu sans qu'il soit permis au juge des faits de tirer une inférence d'un fait connu à un fait inconnu » (*St-Jean*, par. 113).

[62] Le raisonnement suivi dans l'arrêt *Snell* vient étoffer l'application de l'art. 2849, particulièrement dans le contexte de la faute médicale. Rappelons que l'inférence décrite dans cet arrêt est assimilée à la présomption de fait du *Code civil*. Les principes énoncés dans l'arrêt *Snell* sur les inférences dans le cadre du processus ordinaire d'appréciation des faits s'appliquent lorsqu'il s'agit de décider, dans le cadre de l'art. 2849, si le lien de causalité a été établi. Il ne faut pas interpréter ces principes de sorte à modifier le fardeau de preuve ou à rompre avec les critères en matière de présomptions de fait (*St-Jean*, par. 116), comme l'ont fait les juges majoritaires de la Cour d'appel.

[63] L'arrêt *Snell* donne toutefois des directives sur la manière d'apprécier la preuve dans les affaires de faute médicale dans le contexte du droit civil. Premièrement, le juge qui apprécie la preuve peut prendre en considération la possibilité pour chaque partie d'en produire (*Snell*, p. 330). Deuxièmement, la distinction entre l'appréciation

2016 SCC 48 (CanLII)

articulated in *Snell* (at p. 328) and *Laferrière* (at p. 609) is equally important in the context of presumptions under the *Civil Code*. Whether a serious, precise and concordant presumption arises on the facts must be assessed according to a legal, and not a scientific, standard. There may be cases where little affirmative evidence could be sufficient to establish causation on a balance of probabilities. Moreover, medical uncertainty will not in itself defeat a presumption of fact. For example, if the trial judge in this case had rejected the testimony of the defendants' expert, Dr. Ferraro, and accepted that of the plaintiff's experts, Dr. Langleben and Dr. Agulnik, the principles in *Snell* would have made a presumption of fact available despite the speculative character of their opinions and the existence of a competing explanation.

[64] Though the majority of the Court of Appeal was attempting to redress an injustice which it perceived, its decision was inconsistent with these teachings, as it purported to lower the threshold for drawing presumptions of fact. The majority's view leads to the conclusion that, because of the concern in medical malpractice cases regarding a plaintiff's inability to produce scientific or direct evidence of causation by reason of a physician's fault, a trial judge would be required to draw a presumption against a defendant physician even where the presumption could not be said to be serious, precise and concordant. Rather, greatly lowering the threshold, the majority held that a judge is required to draw a presumption where there is "little affirmative evidence" adduced by the plaintiff.

[65] Additionally, though the holding of the majority of the Court of Appeal seems, at first glance, to be applicable only to a small number of medical malpractice cases, if we were to accept its position, there is no principled reason why its reasoning could not extend to many other professional liability cases where a defendant's negligence precludes proof of causation with scientific certainty.

juridique et scientifique des faits énoncée dans les arrêts *Snell* (p. 328) et *Laferrière* (p. 609) importe également dans le cas des présomptions définies au *Code civil*. Il faut décider selon une norme juridique, et non scientifique, si les faits donnent naissance à une présomption grave, précise et concordante. Dans certains cas, très peu d'éléments de preuve affirmative pourraient suffire à établir le lien de causalité selon la prépondérance des possibilités. En outre, l'absence de certitude médicale en soi ne repoussera pas la présomption de fait. À titre d'exemple, si la juge de première instance avait rejeté le témoignage de l'expert des défendeurs, le D[r] Ferraro, et retenu ceux des experts de la demanderesse, à savoir les D[rs] Langleben et Agulnik, il aurait pu lui être loisible, suivant les principes énoncés dans l'arrêt *Snell*, d'admettre la présomption de fait malgré la nature conjecturale de leurs opinions et l'existence d'une autre explication.

[64] Même si la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel tentait de corriger ce qui leur semblait être une injustice, elle ne respectait toutefois pas ces principes, car elle abaissait les critères applicables à la présomption de fait. Si l'on suit leur raisonnement, dans les affaires de responsabilité médicale, la préoccupation relative à l'impossibilité pour le demandeur de présenter une preuve scientifique ou directe du lien de causalité résultant de la faute du médecin oblige le juge des faits à tirer une présomption défavorable au médecin défendeur, même si celle-ci n'est pas grave, précise et concordante. Selon eux, le juge doit tirer une présomption si le demandeur a produit « peu d'éléments de preuve affirmative ». Ils abaissent ainsi considérablement les critères.

[65] En outre, la décision des juges majoritaires de la Cour d'appel semble a priori ne s'appliquer qu'à un nombre restreint d'affaires de faute médicale. Or, si nous devions l'entériner, aucune raison de principe n'empêcherait son application à nombre d'autres affaires de responsabilité professionnelle lorsque la négligence du défendeur empêche que le lien de causalité soit établi avec une certitude scientifique.

2016 SCC 48 (CanLII)

[66] In cases of causal uncertainty, both parties face the difficulty of attempting to establish facts in the absence of complete information. This case raises the issue of how that difficulty ought to be distributed between plaintiffs and defendants in cases involving what Prof. Lara Khoury calls "negligently created causal uncertainty": *Uncertain Causation in Medical Liability* (2006), at p. 223 (emphasis deleted). That distribution must balance two considerations: ensuring that defendants are held liable for injuries only where there is a substantial connection between the injuries and their fault, on the one hand, and preventing defendants from benefitting from the uncertainty created by their own negligence, on the other. In *Snell*, this Court struck a balance by clarifying that an adverse inference may be available in such circumstances, while leaving the decision on whether to draw that inference to the trial judge as part of the fact-finding process, which is governed by ordinary principles of causation.

[67] The approach taken by the majority of the Court of Appeal disrupts this balance. As Professor Khoury points out:

> In cases fraught with scientific uncertainty, rebutting a factual presumption of causation becomes a difficult task for the defendant unless he benefits from some special knowledge unavailable to the plaintiff. When the defendant must cope with the same evidential difficulties as the plaintiff, calling upon the former to demonstrate alternative cause ultimately imposes the consequences of evidential uncertainty on him. The drawing of an automatic presumption from scarce evidence may lead in effect to the same consequences as pure reversal of the burden of proof. [Footnotes omitted; p. 226.]

This is precisely what results from the approach taken by the majority of the Court of Appeal. Despite its insistence that the burden of proof remained with the plaintiff (paras. 145 and 167), its analysis of the evidence indicates otherwise. Once it found that the statistic that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at stage I gave rise to an adverse inference, the majority of the Court of Appeal reviewed the remainder of the evidence in terms of whether it

[66] Dans les cas où le lien de causalité n'est pas certain, les deux parties ont la tâche difficile d'établir les faits en l'absence de renseignements complets. Il s'agit en l'espèce de déterminer la répartition de cette difficulté entre elles dans les cas présentant ce que la professeure Lara Khoury appelle une [TRADUCTION] « causalité incertaine résultant de la négligence » (*Uncertain Causation in Medical Liability* (2006), p. 223 (italique omis)). Cette répartition doit concilier deux considérations : d'une part, veiller à ce que les défendeurs ne soient tenus responsables que dans les cas où un lien important unit leur faute au préjudice; d'autre part, empêcher que l'incertitude résultant de leur propre négligence ne profite aux défendeurs. Dans l'arrêt *Snell*, la Cour a établi un juste équilibre en précisant qu'il est possible de tirer une inférence défavorable dans de telles circonstances, mais que cette décision appartient au juge des faits, qui tient compte pour ce faire des principes habituels propres à l'établissement du lien de causalité.

[67] La démarche des juges majoritaires de la Cour d'appel rompt cet équilibre. La professeure Khoury souligne :

> [TRADUCTION] Dans les affaires où règne l'incertitude scientifique, il devient difficile pour le défendeur de repousser une présomption de fait quant à l'existence du lien de causalité, à moins qu'il n'ait certaines connaissances spéciales que le demandeur ne possède pas. Lorsque le défendeur et le demandeur sont exposés aux mêmes difficultés en matière de preuve, exiger que le premier démontre une cause subsidiaire lui impose en définitive les conséquences de l'incertitude de la preuve. Qu'une présomption résulte automatiquement d'un dossier de preuve mince pourrait avoir les mêmes conséquences dans les faits que le pur renversement du fardeau de la preuve. [Notes en bas de page omises; p. 226.]

C'est là précisément la résultante de la démarche des juges majoritaires de la Cour d'appel. Même s'ils soutiennent que le fardeau de preuve appartient à la demanderesse (par. 145 et 167), leur analyse de la preuve révèle le contraire. En effet, ayant conclu que la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I faisait naître une inférence défavorable, les juges majoritaires de la Cour d'appel se sont demandé si

2016 SCC 48 (CanLII)

was sufficiently concrete to rebut that statistic: "The real question is . . . whether the respondents brought evidence to demonstrate that he was in the 22% of persons whose cancer was discovered fortuitously at a later stage" (para. 191). The majority of the Court of Appeal found that the defendants had not done so because their expert evidence was speculative. However, as the Court of Appeal recognized, any opinion would have been hypothetical in the absence of a biopsy (para. 162). And yet the statistical evidence that gave rise to the adverse inference insulated the testimony of the plaintiff's experts from that same criticism.

[68] As Professor Khoury points out, an approach that triggers an adverse inference on the basis of scarce evidence has the same effect as reversing the burden of proof, and should generally be avoided (p. 226). She suggests, however, that cases of negligently created causal uncertainty may be recognized as an exception for which a rebuttable legal inference — in the civil law context, a judicial presumption — is warranted (pp. 227 and 236-37). With respect for the contrary view, I do not agree. Shifting the consequences of causal uncertainty in this manner risks turning defendant professionals into insurers. This is something which the Quebec regime of civil liability does not contemplate. In any event, since it would have the same effect as reversing the burden of proof — as the majority of the Court of Appeal's approach to the evidence demonstrates — I find that *Snell* and particularly *St-Jean* do not support such a development in the law.

[69] The trial judge did not commit an error of law in applying the rules of evidence. She applied *St-Jean*, pursuant to which presumptions of causation can be drawn only when they are serious, precise and concordant. She did not think that these criteria were met because she chose to believe Dr. Ferraro, the defendants' expert, over the plaintiff's experts. She was not required by law to draw a presumption of fact which was for the defendants to rebut simply because (i) it was impossible to

les autres éléments de preuve étaient suffisamment concrets pour réfuter cette donnée statistique : [TRADUCTION] « La véritable question est [. . .] de savoir [. . .] si les défendeurs ont présenté des éléments démontrant qu'il appartenait au groupe, représentant 22 p. 100 des cas, de ceux dont le cancer a été découvert fortuitement à un stade avancé » (par. 191). Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont estimé que les défendeurs n'ont pas fait cette démonstration, le témoignage de leur expert étant conjectural. Toutefois, comme la Cour d'appel le reconnaît, toute opinion est hypothétique en l'absence d'une biopsie (par. 162); et pourtant, le témoignage des experts de la demanderesse n'est pas soumis à cette même critique, en raison de la preuve statistique ayant fondé l'inférence défavorable.

[68] Ainsi que le fait remarquer la professeure Khoury, l'inférence défavorable résultant d'une preuve ténue produit le même effet qu'un renversement du fardeau de preuve et devrait généralement être évitée (p. 226). Elle propose toutefois que les tribunaux reconnaissent les cas de causalité incertaine résultant de la négligence à titre d'exception justifiant, en droit, une inférence réfutable — la présomption judiciaire en droit civil (p. 227 et 236-237). Je ne suis pas d'accord. Leur imposer de la sorte les conséquences d'un lien de causalité incertain risque de transformer les professionnels défendeurs en assureurs, ce que le régime de responsabilité civile québécois n'admet pas. Quoi qu'il en soit, comme l'effet serait le même qu'un renversement du fardeau de preuve — à témoin l'appréciation de la preuve par les juges majoritaires de la Cour d'appel — j'estime que l'arrêt *Snell* et l'arrêt *St-Jean* plus particulièrement n'appuient pas pareille évolution du droit.

[69] La juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit en appliquant les règles de preuve. Elle a suivi l'arrêt *St-Jean*, selon lequel les présomptions de causalité ne sont admises que si elles sont graves, précises et concordantes. Elle ne croyait pas qu'il avait été satisfait à ces critères, car elle a retenu le témoignage du D^r^ Ferraro, l'expert des défendeurs, plutôt que ceux des experts de la demanderesse. Elle n'était pas tenue en droit d'admettre une présomption de fait, que les défendeurs

2016 SCC 48 (CanLII)

prove causation as a result of the defendants' fault; and (ii) the plaintiff adduced "some affirmative evidence" that the defendants' fault was linked to the loss.

[70] Therefore, in my respectful view, the trial judge committed no error of law in her causation analysis, and the majority of the Court of Appeal should not have intervened on that basis. The trial judge's finding on causation was thus reviewable solely on the stringent standard of palpable and overriding error.

C. *Did the Trial Judge Commit a Palpable and Overriding Error in Her Appreciation of the Facts?*

[71] Fournier J.A. found that, in evaluating the evidence adduced, the trial judge committed a palpable and overriding error, which justified the intervention of the Court of Appeal. The majority of the Court of Appeal was of the view that the trial judge improperly relied on the speculative evidence offered by the defence expert, Dr. Ferraro, at the expense of statistical evidence that, according to the majority, established that Mr. Émond's cancer was likely at stage I in November 2005 (para. 207). My colleague Justice Côté agrees that the adverse inference described in *Snell* is permissive, but finds that the trial judge's failure to draw it in this case amounted to palpable and overriding error (paras. 95 and 105-7). In my respectful opinion, none of these approaches give sufficient deference to the trial judge's weighing of the evidence.

[72] The majority of the Court of Appeal characterized the task facing the trial judge in weighing the evidence as follows: "The choice was between the concrete statistical evidence, on the one hand, and the speculative explanation for the losses offered by the defence" (para. 212). With respect, I cannot agree with this framing of either the expert evidence or the statistical evidence. Each of the experts formed an opinion on the basis of incomplete information,

pouvaient réfuter, simplement parce que (i) leur faute empêchait de prouver le lien de causalité et que (ii) la demanderesse avait produit [TRADUCTION] « certains éléments de preuve affirmative » d'un lien unissant la faute des défendeurs à la perte.

[70] En conséquence, j'estime que la juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit dans son analyse du lien de causalité et que l'intervention des juges majoritaires de la Cour d'appel n'était donc pas justifiée. La conclusion de la juge sur le lien de causalité ne pouvait donc être révisée que selon la norme exigeante de l'erreur manifeste et dominante.

C. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits?*

[71] Le juge Fournier a conclu que la juge de première instance a commis, dans son appréciation de la preuve, une erreur manifeste et dominante qui justifiait l'intervention de la Cour d'appel. Les juges majoritaires de la Cour d'appel étaient d'avis que la juge avait eu tort de se fonder sur la preuve conjecturale produite par l'expert des défendeurs, le D[r] Ferraro, au détriment de la preuve statistique qui, selon les juges majoritaires, permettait d'établir que le cancer de M. Émond en était au stade I en novembre 2005 (par. 207). Ma collègue, la juge Côté, reconnaît que l'inférence défavorable décrite dans l'arrêt *Snell* n'est pas obligatoire, mais estime que la décision de la juge de première instance de ne pas la tirer constituait une erreur manifeste et dominante en l'espèce (par. 95 et 105-107). Soit dit en tout respect, aucune de ces démarches ne témoigne de la déférence que commande l'appréciation de la preuve par la juge de première instance.

[72] Les juges majoritaires de la Cour d'appel décrivent ainsi cette tâche [TRADUCTION] : « Elle avait le choix entre les éléments concrets de preuve statistique, d'une part, et, d'autre part, les explications de nature conjecturale données par la défense pour justifier les pertes subies » (par. 212). Je ne puis malheureusement souscrire à cette description de la preuve d'expert ou de la preuve statistique. Les experts ont fondé leurs avis sur des renseignements incomplets

2016 SCC 48 (CanLII)

and, as the trial judge recognized, each of these opinions necessarily involved some degree of speculation and estimation (paras. 120, 123, 125 and 147). As this Court recognized in *Snell*, trial judges are empowered to make legal determinations even where medical experts are not able to express an opinion with certainty (p. 330). The trial judge did not commit a palpable and overriding error in relying on the opinion of an expert who acknowledged the inherent uncertainty in his opinion. Indeed, it was her role to make a legal determination of causation in spite of this. To do so, she familiarized herself with the relevant literature. She was aware of the strengths and weaknesses of all of the evidence, including both the expert and the statistical evidence. Upon weighing the whole of the evidence, she was entitled to accept Dr. Ferraro's conclusion.

et, ainsi que l'a reconnu la juge de première instance, leurs avis comportaient nécessairement une certaine part de conjectures et d'hypothèses (par. 120, 123, 125 et 147). Suivant l'arrêt *Snell*, le juge de première instance a le pouvoir de tirer en droit une conclusion même lorsque les experts médicaux ne sont pas en mesure d'exprimer leur avis avec certitude (p. 330). La juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste et dominante en s'appuyant sur l'avis d'un expert ayant reconnu la part d'incertitude inhérente aux circonstances. Au contraire, elle avait pour rôle de se prononcer en droit sur le lien de causalité malgré cette incertitude. Pour ce faire, elle a pris connaissance à fond du dossier et de toute la documentation pertinente disponible. Elle était au fait des points forts et faibles de tous les éléments, y compris la preuve d'expert et la preuve statistique. Il lui était loisible, après avoir apprécié l'ensemble de la preuve, de retenir la conclusion du D^r^ Ferraro.

[73] The reliance on statistical evidence in this case warrants further comment. Two statistics have featured prominently in appellate review of the trial judge's decision: the average survival period of 8 to 12 months for a patient with stage III or IV lung cancer (trial court decision, at para. 143) and the finding that 78 percent of cancers discovered fortuitously are at stage I (*ibid.*, at para. 119). Fournier J.A.'s finding of palpable and overriding error with respect to the progression of Mr. Émond's cancer rested in large part on the question of life expectancy (paras. 92-93). In the view of the majority of the Court of Appeal, the 78 percent statistic provided the "little affirmative evidence" necessary for an adverse inference of causation (para. 143).

[73] Comme la preuve statistique a joué un rôle en l'espèce, d'autres observations s'imposent. Deux données statistiques reviennent souvent dans l'examen en appel de la décision de la juge de première instance : l'espérance de vie moyenne des patients atteints d'un cancer du poumon de stade III ou IV qui varie de 8 à 12 mois (décision de première instance, par. 143) et la conclusion que 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I (*ibid.*, par. 119). La conclusion du juge Fournier de la Cour d'appel quant à l'erreur manifeste et dominante concernant la progression du cancer de M. Émond repose largement sur la preuve relative à l'espérance de vie (par. 92-93). Selon les juges majoritaires de la Cour d'appel, la donnée statistique de 78 p. 100 fournit le « peu d'éléments de preuve affirmative » qui permet de tirer une inférence de causalité défavorable (par. 143).

[74] In my view, statistical evidence of this sort should be approached with some caution. Statistical generalizations are not determinative in particular cases. An example from legal theory — L. Jonathan Cohen's well-known gatecrasher paradox — illustrates the risk of reliance on pure statistical evidence. In a case where it is established that only 499 of 1,000 rodeo spectators paid for admission,

[74] À mon avis, ce genre de preuve statistique commande une certaine prudence. Les généralisations statistiques ne permettent pas de trancher des cas précis. Un exemple tiré de la doctrine — le fameux paradoxe de L. Jonathan Cohen — illustre le risque de la preuve purement statistique. Selon lui, dans un cas où il est établi que seulement 499 des 1 000 spectateurs d'un rodéo ont acquitté leur droit

2016 SCC 48 (CanLII)

and where there is no evidence available of payment or non-payment, it would be unjust to rely on the 50.1 percent probability that a randomly selected attendee is a gatecrasher in order to hold him or her liable for non-payment: *The Probable and the Provable* (1977), at p. 75. Even if a higher probability is available that is more closely tailored to the generic circumstances of the particular rodeo attendee — for example, by age or gender — there is still a risk of injustice where the person nevertheless falls into the minority for whom the generalization does not hold: Cohen, at p. 78. Such a statistic alone does not establish on a balance of probabilities that any *specific* attendee is a gatecrasher:

Regardless of what rule governs the required quantum or preponderance of proof, naked statistics, which are merely reports of accidental groupings, do not count at all as proof of what actually happened on a particular occasion. To determine what actually happened — including how it happened and who did it — we must match particularistic evidence from the particular occasion against possibly applicable causal generalizations . . . .

The problem is not, as some have supposed, that it ordinarily is improper to rely *solely* on naked statistics. Rather, the problem is that naked statistics are not probative at all on the issues of what actually happened, how, and by whom. [Emphasis in original; footnote omitted.]

(R. W. Wright, "Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts" (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001, at pp. 1056-57)

[75] Appellate courts should generally not interfere with a trial judge's decision not to draw an inference from a general statistic to a particular case. Statistics themselves are silent about whether the particular parties before the court would have conformed to the trend or been an exception from it. Without an evidentiary bridge to the specific circumstances of the plaintiff, statistical evidence is of little assistance. For this reason, such general trends are not determinative

d'entrée et où il est impossible de prouver le paiement, il serait injuste de s'appuyer sur une probabilité de 50,1 p. 100 pour démontrer qu'un spectateur choisi au hasard n'a pas payé son droit d'entrée et, de ce fait, le tenir responsable du non-paiement (*The Probable and the Provable* (1977), p. 75). Même si des données indiquaient une probabilité plus élevée dans les cas correspondant étroitement à la situation du spectateur en question — à titre d'exemple, son âge ou son sexe —, il y aurait tout de même un risque d'injustice si la personne appartenait néanmoins à la minorité à l'égard de laquelle la généralisation ne tient pas (Cohen, p. 78). Cette statistique à elle seule ne permet tout simplement pas d'établir, selon la prépondérance des probabilités, qu'un spectateur *donné* n'ait pas payé son droit d'entrée :

[TRADUCTION] Quelle que soit la règle qui régit la norme ou la prépondérance de preuve, les données statistiques pures, qui constituent simplement des regroupements aléatoires, n'établissent aucunement ce qui s'est réellement produit dans une situation précise. Pour déterminer ce qui s'est réellement produit — notamment, le comment et le qui — il faut rapprocher les éléments propres à la situation et les généralisations de causalité qui peuvent s'appliquer . . .

Ce qui pose problème, c'est non pas, comme certains l'ont laissé entendre, qu'il est normalement inopportun de s'appuyer *uniquement* sur des données statistiques pures, mais plutôt que ces données n'ont aucune valeur probante pour déterminer effectivement le quoi, le comment et le qui. [En italique dans l'original; note en bas de page omise.]

(R. W. Wright, « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof : Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts » (1988), 73 *Iowa L. Rev.* 1001, p. 1056-1057)

[75] La cour d'appel ne devrait généralement pas modifier la décision du juge de première instance de ne pas tirer d'inférence en appliquant une statistique générale à un cas en particulier. Les statistiques en soi ne disent pas si les parties au litige se seraient conformées à la tendance ou si elles auraient fait partie des cas d'exception. En l'absence de preuve établissant un lien avec les circonstances particulières du plaignant, la preuve statistique est peu utile.

2016 SCC 48 (CanLII)

in particular cases: *Laferrière*, at p. 609. What inferences follow from such evidence — whether the generalization that a statistic represents is instantiated in the particular case (Wright, at p. 1057) — is a matter for the trier of fact. This determination must be made with reference to the whole of the evidence.

[76] Statistics are derived from observations of a large number of cases. The relationships they reveal between conditions and outcomes are a function of repetition on a large scale: D. Jutras, "Expertise scientifique et causalité", in *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, 897, at pp. 908-9. This is another instance in which we must recognize that scientific and legal fact-finding are distinct processes: *Laferrière*, at p. 606. Legal fact-finding must be concerned with what actually happened between the parties before the court, and not with what happens in most cases, most of the time. As Gonthier J. held in *Laferrière*:

> As far as possible, the court must consider the question of responsibility with the particular facts of the case in mind, as they relate concretely to the fault, causation and actual damage alleged in the case. While probabilities are unquestionably a part of the assessment of these elements in the finding of responsibility, I am very reluctant to remove the analysis from the concrete to the probabilistic plane. [p. 606]

[77] Of course, courts may take statistics into account when determining causation: *Laferrière*, at p. 607. Indeed, causation in this case turned on the stage of Mr. Émond's cancer in November 2005 precisely because the trial judge relied on statistical cure rates to determine the point at which his chances of survival would have dropped below 50 percent, as she was entitled to do (paras. 113-15 and 154-56). The probative value of statistics will vary according to several factors, such as their methodology, how clearly they reveal a trend, and the resemblance between their underlying conditions and the position of the plaintiff: Jutras, at p. 909.

Les tendances générales de ce genre ne sont donc pas déterminantes dans des cas précis (*Laferrière*, p. 609). La décision de tirer ou non une inférence à partir de tels éléments de preuve — à savoir si la généralisation statistique est pertinente en l'espèce (Wright, p. 1057) — appartient au juge des faits, qui tranche au vu de toute la preuve.

[76] Les statistiques sont issues de l'observation d'un grand nombre de cas. Les liens qu'elles révèlent entre les conditions et les résultats sont fonction de la répétition d'événements sur une grande échelle (D. Jutras, « Expertise scientifique et causalité », dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, 897, p. 908-909). La présente affaire nous rappelle la distinction entre l'appréciation scientifique et l'appréciation en droit (*Laferrière*, p. 606). L'appréciation des faits en droit s'attache à ce qui s'est réellement produit entre les parties en litige, et non à ce qui se produit dans la plupart des cas, la plupart du temps. Le juge Gonthier dans l'arrêt *Laferrière* tient les propos suivants :

> Dans la mesure du possible, le tribunal doit examiner la question de la responsabilité en ayant à l'esprit les faits particuliers de l'espèce selon qu'ils se rattachent de façon concrète à la faute, à la causalité et au préjudice réel qui sont allégués dans l'espèce. Bien que les probabilités fassent incontestablement partie de l'évaluation de ces éléments pour décider de la responsabilité, j'hésite beaucoup à transporter l'analyse du plan concret à celui d'un calcul de probabilités. [p. 606]

[77] Certes, les tribunaux peuvent tenir compte des statistiques dans l'analyse relative au lien de causalité (*Laferrière*, p. 607). En l'espèce, l'existence du lien de causalité dépendait du stade du cancer en novembre 2005, précisément parce que la juge de première instance avait à bon droit déterminé, sur le fondement des données statistiques de curabilité, le moment où M. Émond aurait moins d'une chance sur deux de survivre (par. 113-115 et 154-156). La valeur probante des statistiques dépend de plusieurs facteurs, telles la méthodologie utilisée, la clarté de la tendance qui s'en dégage et la ressemblance entre les conditions sous-jacentes et la situation du plaignant (Jutras, p. 909).

2016 SCC 48 (CanLII)

[78] Drawing an inference from a general statistic in a particular case is an inherent, and often implicit, part of the fact-finding process. A statistic alone reveals nothing about a particular case. It must be interpreted in light of the whole of the evidence. This interpretation is the role of the trial judge, and it is entitled to considerable deference on appeal. Respectfully, the Court of Appeal in this case failed to show such deference.

[79] The trial judge in this case acknowledged the statistic that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at stage I. She recognized that Mr. Émond's cancer was fortuitously discovered (para. 119). In considering the evidence as a whole, she declined to infer from those facts that Mr. Émond's cancer was probably at stage I, as she was entitled to do. By contrast, the majority of the Court of Appeal simply treated the statistic as evidence in itself of a 78 percent probability that *Mr. Émond's* cancer was at stage I (paras. 204, 207-8 and 211-12) simply because it was fortuitously discovered. In doing so, the majority usurped the role of the trial judge.

[80] It was for the trial judge to decide what weight, if any, to give to that statistic in Mr. Émond's case. She had a reasonable basis for giving it very little. As originally put to Dr. Ferraro, the defence expert, during cross-examination, the statistic related to cancers fortuitously discovered by CT screening, a more precise diagnostic tool. CT screening would be logically expected to reveal a higher proportion of early stage cancers than fortuitous discovery resulting from a mass initially identified on an X-ray, which is why it was the recommended follow-up to Mr. Émond's November 2005 X-ray in the first place. Moreover, Mr. Émond remained asymptomatic throughout his progression to stage IV cancer: trial court decision, at para. 130. Mr. Émond could easily have had his cancer discovered fortuitously at any stage in its progression. As a result, it was open to the trial judge to find that the general correlation between fortuitous discovery and early stage cancer was a poor basis from which to draw an inference in

[78] Tirer une inférence dans un cas précis à partir d'une statistique générale constitue une partie inhérente, et souvent implicite, de l'appréciation des faits. Une statistique à elle seule ne révèle rien à propos d'un cas précis. Elle doit être interprétée à la lumière de l'ensemble de la preuve. Cette interprétation appartient au juge des faits, et un tel exercice commande un degré élevé de déférence en appel. La Cour d'appel n'a malheureusement pas fait preuve d'une telle déférence.

[79] La juge de première instance a tenu compte de la statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I. Elle a admis que le cancer de M. Émond avait été découvert fortuitement (par. 119). Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, elle a refusé de tirer l'inférence que le cancer de M. Émond en était probablement au stade I comme il lui était loisible de le faire. En revanche, les juges majoritaires de la Cour d'appel accordent à cette statistique la preuve de la probabilité, de l'ordre de 78 p. 100, que le cancer *de M. Émond* en soit au stade I (par. 204, 207-208 et 211-212) du seul fait qu'il avait été découvert fortuitement. Les juges majoritaires ont ainsi usurpé le rôle de la juge de première instance.

[80] Il appartenait à la juge de première instance de décider quel poids, s'il y en avait, à accorder à cette statistique dans la situation de M. Émond. Sa décision de lui accorder très peu de poids reposait sur un fondement raisonnable. Comme on l'avait fait remarquer initialement au D[r] Ferraro, l'expert de la défense, durant son contre-interrogatoire, la statistique portait sur les cancers découverts fortuitement au moyen d'un tomodensitogramme, un outil diagnostique plus précis. On s'attendrait logiquement à ce qu'un tomodensitogramme décèle une proportion plus élevée de cancers à un stade précoce que la découverte fortuite d'une masse décelée sur une radiographie. C'est pourquoi ce suivi avait initialement été recommandé à la suite de la radiographie prise en novembre 2005. En outre, M. Émond ne présentait pas de symptômes au cours de l'évolution de son cancer jusqu'au stade IV (décision de première instance, par. 130). Le cancer de M. Émond aurait donc très bien pu être découvert

2016 SCC 48 (CanLII)

this case. She committed no palpable and overriding error in disregarding it.

[81] The same principle of deference applies to the trial judge's consideration of the average life expectancy of patients diagnosed with stage III or IV lung cancer. According to the plaintiff's expert, Dr. Langleben, a patient diagnosed with stage III lung cancer generally survives 12 months without treatment, and a patient diagnosed with stage IV lung cancer generally survives 8 months without treatment: trial court decision, at para. 143. In this case, from the time he had stage III cancer, Mr. Émond survived 14 months without treatment (from November 2005 to January 2007), and an additional 17 months with treatment (from February 2007 to June 2008). In Fournier J.A.'s view, these figures ought to have precluded a finding that Mr. Émond's cancer was already at an advanced stage at the time the defendants negligently failed to diagnose it (paras. 92-93). As with the 78 percent statistic, the experts' views of the average survival periods for patients with advanced stage lung cancer were available to the trial judge as a basis for inferring that Mr. Émond's cancer could not have been at an advanced stage in November 2005. But they were not determinative. It was open to her to find that Mr. Émond's survival for longer than average between November 2005 and June 2008 was a departure from statistics that could be explained by his overall good health (para. 144).

[82] I will now turn to the facts on which the trial judge did expressly rely. She carefully considered the evidence before her. Faced with competing expert testimony, she chose to believe Dr. Ferraro, the defendants' expert. Dr. Ferraro's opinion, according to the trial judge, was based on three elements. One of these elements was that a great majority of patients suffering from lung cancer are diagnosed at an advanced stage: trial court decision, at para. 134.

fortuitement à n'importe quel stade. C'est pourquoi il était loisible à la juge de première instance de décider que la corrélation générale entre la découverte fortuite et le stade précoce du cancer n'étayait pas l'inférence. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en l'écartant.

[81] Le même principe de déférence s'applique à l'appréciation par la juge de première instance de l'espérance de vie moyenne du patient ayant reçu un diagnostic de cancer pulmonaire de stade III ou IV. Selon l'expert de la demanderesse, le D[r] Langleben, le patient qui reçoit un diagnostic de cancer pulmonaire de stade III survit généralement 12 mois sans traitement et en général 8 mois sans traitement si le cancer en est au stade IV (décision de première instance, par. 143). En l'espèce, à partir du moment où son cancer a atteint le stade III, M. Émond a vécu 14 mois sans traitement (de novembre 2005 à janvier 2007), et encore 17 mois avec traitements (de février 2007 à juin 2008). D'après le juge Fournier de la Cour d'appel, ces résultats ne pouvaient permettre de conclure que le cancer en était déjà à un stade avancé au moment où les défendeurs ont négligé de le déceler (par. 92-93). Les avis des experts sur la période de survie moyenne des patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade avancé, tout comme la statistique de 78 p. 100, auraient pu étayer une inférence par la juge de première instance suivant laquelle il n'était pas possible que le cancer de M. Émond en soit à un stade avancé en novembre 2005. Ces avis n'étaient toutefois pas déterminants. Il était loisible à la juge de conclure que la période de survie de M. Émond supérieure à la moyenne, de novembre 2005 à juin 2008, défiait les statistiques et pouvait s'expliquer par son bon état de santé général (par. 144).

[82] Je vais maintenant m'attarder aux faits ayant expressément fondé la décision de la juge de première instance. Elle a soigneusement examiné la preuve qui lui a été présentée. Les témoignages d'experts étant contradictoires, elle a ajouté foi à celui du D[r] Ferraro, l'expert des défendeurs. Selon elle, l'opinion du D[r] Ferraro se fondait sur trois éléments, dont celui-ci : la grande majorité des patients atteints d'un cancer du poumon reçoivent un

2016 SCC 48 (CanLII)

This statistic is subject to the same caution I have explained. Indeed, because it does not refer to patients whose cancer is discovered fortuitously, it is even less applicable in Mr. Émond's case, as the trial judge recognized (para. 119). In reaching her conclusion on causation, the trial judge did not return to this figure.

[83] The trial judge relied on two additional elements of Dr. Ferraro's opinion. She accepted his view that, when the November 2005 chest X-ray was examined in conjunction with the December 2006 CT scan and the January 2007 PET scan, there was a [TRANSLATION] "prominence" of the hilum and the mediastinum. This supported a finding that Mr. Émond's cancer was at stage III in November 2005, as at stage III the cancer has generally spread to the ganglions of the mediastinum: trial court decision, at para. 108. In accepting this reading, the trial judge noted that Dr. Ferraro, a thoracic surgeon who regularly relied on X-rays and scans to conduct his surgeries, could give a reliable reading of the November 2005 X-ray (para. 150).

[84] In concluding that Mr. Émond's cancer had at least reached stage III by the time of the November 2005 X-ray, Dr. Ferraro's expert report refers only to a hilar prominence. During most of Dr. Ferraro's testimony, he also did not refer to the presence of a mass in the mediastinum. This may appear troublesome, as, according to the trial judge, the presence of a mass in the hilar region (with no presence in the mediastinum) is consistent only with a finding of stage II cancer, and does not indicate stage III cancer. Dr. Ferraro was aware of this difference. However, in re-examination, he stated that, on the November 2005 X-ray, there was a [TRANSLATION] "mass at the level of the hilum and the mediastinum", which is consistent with a finding of stage III cancer. My colleague Justice Côté concludes that this was a mistake on Dr. Ferraro's

diagnostic à un stade avancé de la maladie (décision de première instance, par. 134). Il faut considérer avec prudence pareil énoncé, comme je l'expliquais précédemment. En fait, étant donné qu'il ne mentionne pas les patients dont le cancer a été découvert par hasard, il s'applique encore moins à la situation de M. Émond, comme l'a reconnu la juge de première instance (par. 119). Dans sa conclusion sur le lien de causalité, elle ne revient pas sur cet énoncé.

[83] La juge de première instance a fondé sa décision sur deux autres éléments de l'opinion du D^r^ Ferraro. Elle a retenu l'affirmation de ce dernier selon qui, en comparant la radiographie pulmonaire de novembre 2005 avec le tomodensitogramme de décembre 2006 et la tomographie par émissions de positrons de janvier 2007, on constate la présence d'une « proéminence » (masse) dans les régions hilaire et médiastinale. Cette affirmation étaye la conclusion selon laquelle le cancer de M. Émond avait atteint le stade III en novembre 2005, puisqu'à ce stade, il s'est généralement propagé aux ganglions du médiastin (décision de première instance, par. 108). En acceptant cette affirmation, la juge de première instance a souligné que le D^r^ Ferraro, un chirurgien thoracique dont le travail dépend de radiographies et de tomographies, était à même de faire une lecture fiable de la radiographie de novembre 2005 (par. 150).

[84] Le rapport d'expert du D^r^ Ferraro, en concluant que le cancer de M. Émond en était au moins au stade III en novembre 2005, au moment de la radiographie, ne mentionne que la proéminence dans la région hilaire. De plus, dans l'essentiel de son témoignage, il est muet sur la présence d'une masse dans le médiastin. Cela peut sembler problématique, puisque selon la juge, la présence d'une masse dans la région hilaire (mais non dans le médiastin) permet de conclure que le cancer en est au stade II, et non au stade III. Le D^r^ Ferraro était au fait de cette différence. Or, il a déclaré en réinterrogatoire avoir observé sur la radiographie de novembre 2005 une « masse au niveau du hile et du médiastin », ce qui correspond à un cancer de stade III. Selon ma collègue la juge Côté, il s'agit d'une erreur de la part du D^r^ Ferraro (par. 122) et d'une une erreur manifeste

2016 SCC 48 (CanLII)

part (para. 122) and that the trial judge's reliance on it gave rise to a palpable and overriding error. With respect for the contrary view, the trial judge's reliance on Dr. Ferraro's re-examination testimony on this point is not the sort of error that meets the high threshold for appellate intervention. Appellate courts must be cognizant of the risk of "tunnel vision" in reviewing medical evidence at trial for palpable and overriding error. In this case, the trial judge would have weighed Dr. Ferraro's reference to the mediastinum against all of the evidence, including her assessment of the strengths and weaknesses of each expert's testimony and the reliability of Dr. Ferraro's retrospective reading of the November 2005 X-ray. Respectfully, the fact that she did not specifically address this inconsistency when she concluded that the cancer had likely spread to the mediastinum by November 2005 does not amount to a palpable and overriding error in her evaluation of the evidence.

[85] Finally, the trial judge highlighted Dr. Ferraro's opinion that the cancer could not have progressed from stage I to stage IV between November 2005 and December 2006, as lung cancer generally progresses slowly and can take up to three years to reach stage IV (para. 134). She cited medical literature confirming that lung cancer develops particularly slowly among non-smokers like Mr. Émond. My colleague Justice Côté observes that studies revealing a slower progression among non-smokers do not necessarily indicate that the progression is slow (para. 116). However, the trial judge would not have understood these studies in isolation. She was entitled to find that being a non-smoker could place Mr. Émond at the upper end of the three-year range she identified from Dr. Ferraro's testimony. She also observed that the opacity in Mr. Émond's lung did not increase in size between November 2005 and January 2006 and grew only 0.5 to 1 cm by December 2006 (paras. 138-39). These observations are consistent with her conclusion that the slow progression of Mr. Émond's lung cancer meant that it would already have been beyond a curable stage in November 2005. It was open to the trial judge to exercise her discretion to make this finding on the basis of the evidence before her. To find otherwise requires reweighing the evidence in a manner that,

et dominante de la juge de première instance qui a donné foi à ce témoignage. Malgré tout le respect pour l'opinion contraire, je suis d'avis que ce n'est pas là le genre d'erreur qui satisfait au seuil élevé qui justifie l'intervention en appel. Les tribunaux d'appel doivent se garder d'adopter une « vision étroite » lorsqu'ils examinent la preuve médicale présentée en première instance pour établir s'il y a eu erreur manifeste et dominante. En l'espèce, la juge de première instance a évalué la mention du médiastin au regard de l'ensemble de la preuve et notamment des forces et des faiblesses du témoignage de chaque expert et de la fiabilité de la lecture rétrospective de la radiographie de novembre 2005 faite par le D[r] Ferraro. Toutefois, le fait pour la juge de n'avoir pas mentionné spécifiquement cette incohérence lorsqu'elle a conclu que le cancer s'était vraisemblablement propagé au médiastin en novembre 2005 ne constitue pas une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve.

[85] Enfin, la juge de première instance a souligné l'avis du D[r] Ferraro selon qui le cancer n'aurait pu progresser du stade I au stade IV entre novembre 2005 et décembre 2006, puisque ce type de cancer évolue généralement lentement et peut prendre jusqu'à trois ans avant d'atteindre le stade IV (par. 134). Elle a cité des publications médicales confirmant que le cancer pulmonaire évolue particulièrement lentement chez les non-fumeurs comme M. Émond. Ma collègue, la juge Côté, fait observer que les études qui font état d'une évolution moins rapide du cancer chez les non-fumeurs ne signifient pas nécessairement que cette évolution est lente (par. 116). Or, la juge de première instance n'a pas interprété ces études en vase clos. Il lui était loisible de conclure que le fait pour M. Émond d'être un non-fumeur le plaçait à l'extrémité supérieure de la fourchette de trois ans qu'elle avait relevée dans le témoignage du D[r] Ferraro. Elle a également fait remarquer que l'opacité constatée sur le poumon de M. Émond n'avait pas grossi entre novembre 2005 et janvier 2006, et qu'elle n'avait augmenté que de 0,5 à 1 cm en décembre 2006 (par. 138-139). Ces observations étayent sa conclusion selon laquelle l'évolution lente du cancer de M. Émond faisait en sorte qu'il était déjà trop avancé pour être curable en novembre 2005. La juge de première instance pouvait,

2016 SCC 48 (CanLII)

in my respectful opinion, goes beyond the standard of palpable and overriding error.

[86] It could be said that it would have been open to the trial judge to find in favour of the plaintiff, particularly if individual components of the evidence had been examined in isolation. However, the trial judge carefully weighed the evidence as a whole, including both the statistical evidence and the evidence specific to Mr. Émond. Against that backdrop, she considered and evaluated three expert opinions, all of which necessarily involved some speculation. Her causation analysis was based on all of this evidence. She made no palpable and overriding error in finding that the plaintiff had failed to establish causation on a balance of probabilities, and deference to her conclusion is in order.

V. Disposition

[87] I would allow the appeal with costs throughout.

The reasons of Abella, Côté and Brown JJ. were delivered by

[88] Côté J. (dissenting) — In this matter, we must decide whether the Quebec Court of Appeal erred in reversing the trial judge's finding that the appellants' faulty conduct had not, on a balance of probabilities, caused the death of the late Marc Émond.

I. Whether the Majority of the Quebec Court of Appeal Applied the Correct Standard of Review

[89] Kasirer and Bélanger JJ.A., writing for the majority of the Court of Appeal, held that the trial judge's failure to draw a negative inference against

en vertu de son pouvoir discrétionnaire, tirer cette conclusion au vu de la preuve dont elle disposait. Pour arriver à une autre conclusion, il faudrait réévaluer la preuve d'une manière qui, à mon humble avis, ne respecte pas la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[86] Il est possible d'affirmer, particulièrement si chaque élément de preuve avait été examiné isolément, que la juge de première instance aurait pu donner gain de cause à la demanderesse. Cependant, elle a soigneusement évalué la preuve dans son ensemble, notamment les statistiques et les éléments propres au cas de M. Émond. Dans ce contexte, elle a entendu et évalué les avis de trois experts, chacun comportant nécessairement une certaine part de conjectures. Son analyse du lien de causalité était fondée sur l'ensemble de cette preuve. Elle n'a commis aucune erreur manifeste et dominante en concluant que la demanderesse n'avait pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, l'existence d'un lien de causalité, et sa conclusion commande la déférence.

V. Dispositif

[87] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Abella, Côté et Brown rendus par

[88] La juge Côté (dissidente) — Dans la présente affaire, nous devons décider si la Cour d'appel du Québec a infirmé à tort la conclusion de la juge de première instance, suivant laquelle la faute commise par les appelants, selon prépondérance des probabilités, n'a pas causé le décès de Marc Émond.

I. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont-ils appliqué la bonne norme de contrôle?

[89] Les juges Kasirer et Bélanger, pour la majorité, ont conclu que la décision de la juge de première instance de ne pas tirer d'inférence défavorable aux

2016 SCC 48 (CanLII)

the defendants in this case constituted an error of law and was reviewable as such: 2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190.

[90] It is trite law to say that factual findings made by a trial judge should not be interfered with by an appellate court absent a palpable and overriding error in the trial judge's understanding of the evidence: *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 36; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10-18.

[91] This is also true for factual inferences drawn by trial judges: *Housen*, at paras. 19-25. Indeed, where there is no palpable and overriding error regarding the facts underlying an inference, it is open to an appellate court to interfere with factual inferences made by a trial judge only where *the inference-drawing process itself* constitutes a palpable and overriding error: *Housen*, at paras. 22-23. It is useful to recall this Court's discussion of the standard of review applicable to factual findings in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 52-55:

> Fact finding in the litigation context involves a series of cerebral operations, some simple, others complex, some sequential, others simultaneous. The entire process is generally reserved in Canada to courts of first instance. In the absence of a clear statutory mandate to the contrary, appellate courts do not "rehear" or "retry" cases. They review for error.
>
> The standard of review for error has been variously described. In recent years, the phrase "palpable and overriding error" resonates throughout the cases. Its application to all findings of fact — findings as to "what happened" — has been universally recognized; its applicability has not been made to depend on whether the trial judge's disputed determination relates to credibility, to "primary" facts, to "inferred" facts or to global assessments of the evidence.
>
> Nor has the standard been said to vary according to whether we are concerned with what Hohfeld long ago described as "evidential" or "constitutive" facts (see W. N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied*

défendeurs en l'espèce constituait une erreur de droit justifiant l'intervention de la cour (2014 QCCA 2207, 16 C.C.L.T. (4th) 190).

[90] Il est bien établi qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance, sauf en cas d'erreur manifeste et dominante dans l'interprétation de la preuve (*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 36; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10-18).

[91] Ce principe vaut également pour les inférences de fait tirées par un juge de première instance (*Housen*, par. 19-25). En effet, en l'absence d'erreur manifeste et dominante quant aux faits sur lesquels repose l'inférence, ce n'est que lorsque le *processus inférentiel lui-même* est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier l'inférence factuelle (*Housen*, par. 22-23). Il est utile de rappeler l'analyse de la norme de contrôle applicable aux conclusions factuelles, faite par la Cour dans l'arrêt *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 52-55 :

> L'appréciation des faits dans le contexte d'un litige suppose une série d'opérations mentales qui peuvent être simples ou complexes, successives ou simultanées. Au Canada, elle est généralement du seul ressort des tribunaux de première instance. À moins que le législateur ne lui confère clairement le pouvoir de le faire, une cour d'appel ne « réentend » pas une affaire ni ne « l'instruit à nouveau ». Elle vérifie si la décision est exempte d'erreur.
>
> Le contrôle d'erreur a été décrit de différentes façons. Ces dernières années, l'expression « erreur manifeste et dominante » trouve un écho dans toute la jurisprudence. L'application de cette norme à toutes les conclusions de fait — celles portant sur « ce qui s'est passé » — est universellement reconnue; elle n'est pas subordonnée à ce que la décision contestée du juge de première instance touche à la crédibilité, à des faits prouvés directement, à des faits « inférés » ou à l'appréciation globale de la preuve.
>
> Nul n'a prétendu non plus que la norme variait selon que l'on se trouve ou non en présence de faits que Hohfeld a qualifiés, il y a longtemps, de « probatoires » ou de « constitutifs » (voir W. N. Hohfeld, *Fundamental*

2016 SCC 48 (CanLII)

in Judicial Reasoning and Other Legal Essays (1923), at p. 32). Nor, put differently, has the standard been said to vary according to whether our concern is with direct proof of a fact in issue, or indirect proof of facts from which a fact in issue has been inferred.

"Palpable and overriding error" is at once an elegant and expressive description of the entrenched and generally applicable standard of appellate review of the findings of fact at trial. But it should not be thought to displace alternative formulations of the governing standard. In *Housen*, for example, the majority (at para. 22) and the minority (at para. 103) agreed that inferences of fact at trial may be set aside on appeal if they are "clearly wrong". Both expressions encapsulate the same principle: an appellate court will not interfere with the trial judge's findings of fact unless it can plainly identify the imputed error, and that error is shown to have affected the result. [Emphasis added.]

[92] Causation, without a doubt, is a question of fact (*St-Jean*, at paras. 98 and 103-5):

> Causation here is a question of fact. . . .
>
> . . .

The confusion on this issue perhaps stems from an inability to distinguish between cause in the pure physical sense and cause as it is cognizable in law. The latter is a question of law only insofar as we are looking at facts through the lens of the law. However, the inconsequentiality of this observation is made obvious by the truth that everything in judicial decision making is looked at through the lens of the law. This does not make everything a question of law. For example, even questions of pure fact like whether a person was present in a certain place, or whether a person committed a certain act are determined according to the probability of that being so (or according to certainty beyond a reasonable doubt in the criminal domain). This use of the legal rule of evidence of proof on a balance of probabilities to ascertain facts does not transform the question of fact into one of law.

In the determination of fault one applies norms of behaviour required by law to a set of facts. This obviously makes the question one of mixed law and fact. In contrast, in the determination of causation one is inquiring

Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays (1923), p. 32). L'on n'a pas dit non plus, en d'autres termes, que la norme variait selon que l'on avait affaire ou non à la preuve directe d'un fait en litige ou à la preuve indirecte de faits à partir desquels un fait en litige a été inféré.

L'expression « manifeste et dominante » décrit de manière à la fois élégante et colorée la norme bien établie et généralement applicable en appel à l'égard d'une conclusion de fait tirée lors du procès. Elle ne supplante cependant pas les autres formulations de la norme applicable. Par exemple, dans l'arrêt *Housen*, les juges majoritaires (au par. 22) et les juges minoritaires (au par. 103) ont convenu que les inférences de fait « manifestement erronée[s] » tirées au procès pouvaient être annulées en appel. Les deux expressions consacrent le même principe : une cour d'appel modifiera les conclusions de fait du juge de première instance seulement si elle peut relever clairement l'erreur alléguée et s'il est établi que cette erreur a joué dans la décision. [Je souligne.]

[92] La causalité est indubitablement une question de fait (*St-Jean*, par. 98 et 103-105) :

> La causalité en l'espèce est une question de fait. . .
>
> . . .

La confusion qui entoure cette question découle peut-être d'une difficulté à distinguer la causalité au sens purement physique et la causalité susceptible d'être reconnue en droit. Cette dernière est une question de droit seulement dans la mesure où les faits sont examinés selon leur portée juridique. Cependant, la banalité de cette observation est évidente car, dans les instances judiciaires, tout est examiné selon la portée juridique. Cela ne veut pas dire pour autant que tout est une question de droit. Par exemple, même des questions purement factuelles, comme celles de savoir si une personne était présente à un certain endroit ou celles de savoir si une personne a commis un acte donné, sont tranchées suivant les probabilités (ou suivant une certitude hors de tout doute raisonnable en matière pénale). L'utilisation de la règle juridique de la prépondérance des probabilités dans l'appréciation des faits ne transforme pas la question de fait en une question de droit.

L'attribution d'une faute comporte l'application à un ensemble de faits des normes de comportement prescrites par des règles de droit. Cela en fait évidemment une question mixte de droit et de fait. Par contre, dans

2016 SCC 48 (CanLII)

into whether something happened between the fault and the damage suffered so as to link the two. That link must be legally significant in an evidentiary sense, but it is rendered no less a question of fact.

The difficulty on this point may also arise from the fact that the analysis of causation sometimes depends on presumptions that can be drawn. However, as indicated by the legislator in the *Civil Code of Québec* in making "Presumptions" a chapter in the title on proof, and as L'Heureux-Dubé J. discussed in *Quebec (Public Curator)*, *supra*, at para. 47, these too are means of proof and so are properly within the realm of fact. [Emphasis deleted.]

[93] It should also be remembered that refusal to draw an inference or to apply a presumption under the *Civil Code of Québec* "is as much an evidentiary decision as is any other acceptance or non-acceptance of methods of proof": *St-Jean*, at para. 114.

[94] As a result, I agree with my colleague, Justice Wagner, that the majority of the Court of Appeal erred in finding that the trial judge's decision not to draw a negative inference or to apply a factual presumption under the *Civil Code* was a question of law and therefore reviewable on a correctness standard.

[95] Nonetheless, to say that the standard of review is a stringent one does not mean that it can never be satisfied. Here, in my opinion, Justice Fournier of the Court of Appeal showed the required level of deference and rightly concluded that the court's intervention was justified. Moreover, regardless of the fact that the majority of the Court of Appeal erred in characterizing the trial judge's failure to draw an adverse inference as an error of law, in my opinion, that failure by the trial judge in the present case constitutes a palpable and overriding error. The majority's mischaracterization of the type of error is therefore of no consequence to the outcome of the case at bar.

la détermination de la causalité, on examine si quelque chose s'est produit entre la faute et le préjudice subi qui puisse établir un lien entre les deux. Ce lien doit être juridiquement important au niveau de la preuve, mais il ne s'agit pas moins d'une question de fait.

La difficulté à cet égard peut aussi découler du fait que l'analyse de la causalité se fonde parfois sur des présomptions. Cependant, comme le législateur l'indique dans le *Code civil du Québec* en leur réservant un chapitre intitulé « De la présomption » dans le titre consacré à la preuve, et comme le fait ressortir le juge L'Heureux-Dubé dans *Québec (Curateur public)*, précité, par. 47, les présomptions sont des moyens de preuve parmi d'autres et relèvent à bon droit du domaine des faits. [Soulignement dans l'original omis.]

[93] Il convient également de rappeler que le refus de tirer une inférence ou d'appliquer une présomption de fait prévue au *Code civil du Québec* « est autant une décision sur la preuve que tout autre acceptation ou refus de moyens de preuve » (*St-Jean*, par. 114).

[94] Sur ce point, je suis d'accord avec mon collègue, le juge Wagner, pour dire que les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort que la décision de la juge de première instance de ne pas tirer d'inférence défavorable ou de ne pas appliquer la présomption de fait prévue au *Code civil* était une question de droit et donc assujettie à la norme de la décision correcte.

[95] Quoi qu'il en soit, qualifier de stricte une norme de contrôle ne signifie pas qu'il est impossible d'y satisfaire. En l'espèce, à mon avis, le juge Fournier de la Cour d'appel a démontré la déférence qui s'imposait et a conclu à bon droit que l'intervention de la cour était justifiée. Par ailleurs, même si les juges majoritaires de la Cour d'appel ont eu tort d'assimiler à une erreur de droit la décision de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable, j'estime que cette dernière décision constitue en l'espèce une erreur manifeste et dominante. La caractérisation de la nature de l'erreur par les juges majoritaires n'a donc pas de conséquence sur l'issue de l'affaire.

2016 SCC 48 (CanLII)

[96] But before I turn to the issue of whether the trial judge committed a palpable and overriding error in her understanding of the evidence or in the inference-drawing process itself, it is important to clarify that, in my view, and contrary to my colleague's opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal did not misstate the rule described by this Court in *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and in *St-Jean*. Rather, its reasoning constitutes an example of the inference-drawing process described in those cases.

II. Whether the Quebec Court of Appeal Misstated the Law of Adverse Inference and Presumptions in Causation

[97] According to my colleague's opinion, the majority of the Quebec Court of Appeal created a new rule according to which a trier of fact "must" draw an adverse inference of causation against a defendant when the defendant's negligence has undermined the plaintiff's ability to prove causation, and when the plaintiff has adduced "some" or "very little affirmative evidence" of causation (paras. 27 and 41). In my view, this is a mischaracterization of what the Court of Appeal really held.

[98] In fact, relying on *Snell* and *St-Jean*, the Court of Appeal held that "[w]here a physician, by reason of his or her fault, undermines the plaintiff's ability to prove causation, courts have rightly held that the rules of proof that place the full onus on the plaintiff should be relaxed" (para. 165) and that this is not achieved "by shifting the ultimate burden of proving causation from the plaintiff but, instead, by recognizing that an unfavourable inference may be drawn against the defendant physician where some affirmative evidence of causation is adduced by the plaintiff" (para. 166 (emphasis added)). The Court of Appeal used such permissive language throughout its reasons (see paras. 145, 213 and 218):

> Applying the ultimate burden of proof — which, of course, always rests with the plaintiffs — we are of the respectful view that the judge should have found the unanswered statistical proof advanced by the appellants

[96] Cependant, avant d'aborder la question de savoir si la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante dans son interprétation de la preuve ou dans le processus inférentiel, il importe de préciser que selon moi, et contrairement à l'avis mon collègue, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont bien énoncé la règle établie par la Cour dans les arrêts *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, et *St-Jean*. Leur raisonnement est d'ailleurs conforme au processus inférentiel décrit dans ces arrêts.

II. La Cour d'appel du Québec a-t-elle mal énoncé le droit applicable à l'inférence défavorable et aux présomptions en matière de causalité?

[97] D'après mon collègue, les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec ont créé une nouvelle règle selon laquelle le juge des faits « doit » tirer une inférence de causalité défavorable au défendeur lorsque la négligence de celui-ci compromet la possibilité pour le demandeur de prouver la causalité et lorsque ce dernier produit « certains » ou « très peu d'éléments de preuve affirmative » (par. 27 et 41). J'estime qu'il s'agit d'une interprétation erronée de ce que les juges majoritaires ont réellement décidé.

[98] En fait, la Cour d'appel, se fondant sur les arrêts *Snell* et *St-Jean*, affirme que [TRADUCTION] « [l]orsqu'un médecin compromet, par sa faute, la possibilité pour le demandeur de prouver la causalité, les tribunaux ont conclu à bon droit qu'il convient d'assouplir les règles de preuve qui imposent entièrement le fardeau au demandeur » (par. 165) et que cet assouplissement ne s'obtient pas « en dégageant le demandeur du fardeau ultime de prouver la causalité, mais plutôt en reconnaissant la possibilité de tirer une inférence défavorable contre le médecin défendeur lorsque le demandeur produit certains éléments de preuve affirmative » (par. 166 (je souligne)). Les motifs de la Cour d'appel sont émaillés de termes exprimant le caractère non obligatoire (voir par. 145, 213 et 218) :

> [TRADUCTION] Nous sommes d'avis qu'en appliquant le fardeau de preuve ultime — lequel appartient toujours, bien entendu, aux demandeurs —, la juge aurait dû conclure que la preuve statistique non contredite produite

2016 SCC 48 (CanLII)

allowed causation to be inferred, to the disadvantage of the respondents, given the absence of concrete evidence to the contrary.

. . .

This is an instance in which courts should be on guard against eviscerating the advantages of the evidentiary rules on proving causation spoken to in *Snell* and *St-Jean*. The danger lies in circumstances where, as in this case, the defence raises various hypothetical explanations, as opposed to concrete factual evidence, as to how the damage came about in order to neutralize the "unfavourable inference" spoken to by the Supreme Court. It is safe to say that the defence will often be able to find some hypothesis to advance in the guise of "evidence to the contrary", whatever its probative value, and thereby seek to undermine the unfavourable inference that might weigh against it. . . .

. . .

In emphasizing the factors that allow the unfavourable inference of causation to be drawn against the respondents in this case, it is instructive to contrast the present circumstances with those prevailing in *St-Cyr c. Fisch* and *Aristorenas v. Comcare Heath Services*, respectively Quebec and Ontario cases in which the *Snell* inference was not applied. [Emphasis added; footnotes omitted.]

[99] In my view, the Court of Appeal correctly summarized *Snell*, in which this Court held, at pp. 329-30, that "[i]t is not strictly accurate to speak of the burden shifting to the defendant when what is meant is that evidence adduced by the plaintiff may result in an inference being drawn adverse to the defendant" (emphasis added). This statement of the law is also consistent with the discussion in *Ediger v. Johnston*, 2013 SCC 18, [2013] 2 S.C.R. 98, at para. 36, in which this Court recently confirmed that "[t]he trier of fact may, upon weighing the evidence, draw an inference against a defendant who does not introduce sufficient evidence contrary to that which supports the plaintiff's theory of causation" (emphasis added). In other words, the Court of Appeal correctly held that trial judges are *permitted* to draw an unfavourable inference in some circumstances ("may"), as opposed to being *required* to do

par les appelantes permettait d'inférer la causalité, au détriment des intimés, vu l'absence d'une preuve contraire concrète.

. . .

Il s'agit d'une situation où les tribunaux devraient se garder de réduire à néant les avantages que confèrent les règles de preuve applicables pour prouver la causalité et dont il était question dans les arrêts *Snell* et *St-Jean*. Le danger se pose dans les cas, comme en l'espèce, où la défense avance diverses explications possibles, au lieu de produire une preuve factuelle concrète, pour expliquer ce qui aurait causé le préjudice, dans le but de neutraliser l'« inférence défavorable » mentionnée par la Cour suprême. Il est juste de dire que la défense pourra souvent trouver une hypothèse qu'elle qualifiera de « preuve du contraire », quelle que soit sa valeur probante, pour tenter de miner l'inférence défavorable susceptible de jouer contre elle. . .

. . .

Pour souligner les facteurs qui permettent de tirer une inférence de causalité défavorable aux intimés en l'espèce, il est utile de comparer la présente situation à celle qui existait dans les arrêts *St-Cyr c. Fisch* et *Aristorenas c. Comcare Heath Services*, affaires du Québec et de l'Ontario, respectivement, dans lesquelles l'inférence visée dans l'arrêt *Snell* n'a pas été appliquée. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

[99] J'estime que la Cour d'appel a bien résumé l'arrêt *Snell*, dans lequel la Cour affirme, aux p. 329-330, qu'« [i]l n'est pas tout à fait exact de parler d'un déplacement du fardeau vers le défendeur lorsqu'on veut dire que la preuve présentée par le demandeur peut avoir comme résultat une inférence défavorable au défendeur » (je souligne). Cet énoncé concorde également avec l'analyse effectuée dans l'arrêt récent *Ediger c. Johnston*, 2013 CSC 18, [2013] 2 R.C.S. 98, par. 36, dans lequel la Cour confirme que « [l]e juge des faits peut, en soupesant la preuve, tirer une inférence défavorable au défendeur qui ne produit pas une preuve suffisante contraire à la thèse du demandeur concernant le lien de causalité » (je souligne). Autrement dit, la Cour d'appel a conclu à raison qu'il *est loisible* au juge de première instance de tirer une inférence défavorable dans certaines circonstances (« peut »), mais qu'il n'est pas *obligé*

2016 SCC 48 (CanLII)

so ("must"). The Court of Appeal did not hold that judges should automatically draw an unfavourable inference whenever the above conditions are met, as my colleague suggests it did.

[100] In my opinion, the Quebec Court of Appeal did not create a new legal presumption, nor did it reverse the burden of proof. Although the phrasing it used was sometimes questionable, it seems to me that the majority applied the principles regarding presumptions of fact that were put forward by this Court in *Snell* and recognized to be applicable under Quebec law in *St-Jean*. All the Court of Appeal did was apply a presumption of fact under art. 2849 of the *Civil Code*, which provides that such presumptions are "left to the discretion of the court which shall take only serious, precise and concordant presumptions into consideration".

[101] In the absence of direct evidence, the Court of Appeal simply grounded its finding of causation in indirect evidence and drew a presumption under art. 2849 of the *Civil Code*. It is useful to recall Justice Pigeon's discussion in *Martel v. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] S.C.R. 745, at p. 749:

[TRANSLATION] The Quebec courts, like those of the other provinces and Great Britain, have for quite some time, and for good reason, rejected a certain theory to the effect that direct evidence of fault is necessary in medical malpractice cases. The provisions that allow for proof by presumption of fact (arts. 1238, 1242 C.C.) make no distinction, and there is no reason to introduce one arbitrarily.

The only point to be considered, therefore, is whether the evidence was sufficient to support the conclusion that, in all probability, what happened would not have occurred, in the absence of fault. I use the words "in all probability", because it is clear that when Taschereau J., in the above quoted passage, said "it is evident", he was not intending to require a degree of certainty beyond the standard used in civil cases, i.e., reasonable probability. We are not dealing here with the certainty beyond reasonable doubt which is required only in criminal matters. Much less, may we require mathematical certainty, a demonstration excluding all other probabilities. In *Montreal Tramways v. Léveillé*, this Court accepted a presumption of fact as sufficient evidence of a cause-and-effect relationship

(« doit ») de le faire. La Cour d'appel n'a pas dit que les juges devaient tirer une inférence défavorable dès que les conditions susmentionnées sont remplies, contrairement à ce que suggère mon collègue.

[100] À mon avis, la Cour d'appel du Québec n'a ni créé une nouvelle présomption légale, ni inversé le fardeau de preuve. Même si certains passages des motifs des juges majoritaires peuvent prêter à confusion, il me semble qu'ils ont appliqué les principes énoncés par la Cour dans l'arrêt *Snell* concernant les présomptions de fait, principes dont l'application a été reconnue au Québec dans l'arrêt *St-Jean*. La Cour d'appel n'a fait qu'appliquer la présomption de fait visée à l'art. 2849 du *Code civil*, aux termes duquel ces présomptions sont « laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes ».

[101] Faute de preuve directe, la Cour d'appel a fondé sa conclusion sur la causalité sur la preuve indirecte et a appliqué la présomption visée à l'art. 2849 du *Code civil*. Il est utile de rappeler l'analyse du juge Pigeon dans l'arrêt *Martel c. Hôtel-Dieu St-Vallier*, [1969] R.C.S. 745, p. 749 :

C'est à bon droit que les tribunaux du Québec à l'instar de ceux des autres provinces et de Grande-Bretagne ont depuis assez longtemps rejeté une certaine théorie d'après laquelle en matière de responsabilité médicale, une preuve directe de la faute aurait été nécessaire. Les textes qui admettent la preuve par présomption de fait (art. 1238, 1242, C.C.) ne font aucune distinction et il n'y a pas lieu d'en introduire arbitrairement.

Il faut donc uniquement rechercher si la preuve faite était suffisante pour permettre de conclure qu'en toute probabilité ce qui s'est produit ne serait pas arrivé en l'absence de faute. Je dis « en toute probabilité » car il est clair que lorsque dans le texte ci-dessus cité le juge Taschereau dit « il est évident », il n'entend pas exiger un degré de certitude autre que celui qui doit servir à juger les causes civiles, soit une probabilité raisonnable. Il ne s'agit pas d'une certitude hors de tout doute raisonnable qui est exigée en matière criminelle seulement. Encore moins peut-on exiger une certitude mathématique, une démonstration qui exclut toute autre probabilité. Dans *Montreal Tramways c. Léveillé*, cette Cour a admis une présomption de fait comme preuve suffisante de la relation de cause à

2016 SCC 48 (CanLII)

between a pregnant woman's fall and her child's deformity.

[102] Drawing an unfavourable inference or applying a presumption is a discretionary decision and is but one of many methods of proof available to courts in making factual findings: *St-Jean*, at para. 114. Ultimately, whether or not an inference of causation should be drawn is "a matter of weighing evidence" (*Snell*, at p. 330). Trial judges may draw adverse inferences of causation against a defendant by applying a presumption under the *Civil Code* based on their assessment and weighing of the evidence as a whole. In my opinion, that is what the Court of Appeal did in this case.

III. Whether the Trial Judge Committed a Palpable and Overriding Error in Her Understanding of the Evidence

[103] I also part ways with my colleague on the issue of whether the trial judge's understanding of the evidence before her involved palpable and overriding errors. In my opinion, the judge committed three such errors: (1) she misapprehended the evidence before her by misconstruing Dr. Ferraro's testimony; (2) she omitted key objective evidence; and (3) she erred in the resulting inference-drawing process itself.

[104] A Court of Appeal will be justified in intervening where the trial judge's factual findings are "based on a failure to consider relevant evidence or on a misapprehension of the evidence": *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84; see also *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794; *Housen*, at para. 72.

[105] First, in the case at bar, the trial judge relied on the defence expert's testimony: 2011 QCCS 4755. However, in my opinion, she misapprehended Dr. Ferraro's evidence in several respects. She misconstrued his expert opinion about the rate of progression of lung cancer and his alleged detection of

effet entre une chute faite par une femme enceinte et la difformité de son enfant.

[102] La décision de tirer ou non une inférence défavorable, ou d'appliquer ou non une présomption, est discrétionnaire. La preuve par présomption est un moyen de preuve parmi tant d'autres auxquels le tribunal peut recourir pour tirer des conclusions de fait (*St-Jean*, par. 114). Ultimement, la question de savoir si une inférence de causalité doit être ou non tirée est une question d'« évaluation de la preuve » (*Snell*, p. 330). Les juges de première instance peuvent tirer des inférences de causalité défavorables aux défendeurs en appliquant les présomptions de fait prévues au *Code civil*, selon leur appréciation et pondération de tous les éléments de preuve. À mon avis, c'est ce qu'a fait la Cour d'appel en l'espèce.

III. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur manifeste et dominante dans son appréciation de la preuve?

[103] Mon opinion diffère de celle de mon collègue sur la question de savoir si l'appréciation par la juge de première instance de la preuve dont elle disposait était entachée d'erreurs manifestes et dominantes. Je suis d'avis que la juge a commis trois telles erreurs : (1) elle a fait une lecture erronée du témoignage du D[r] Ferraro; (2) elle a fait abstraction d'une preuve objective clé et (3) son processus inférentiel lui-même était erroné.

[104] L'intervention de la Cour d'appel sera justifiée lorsque, en tirant des conclusions de fait, le juge de première instance « a omis d'étudier un élément de preuve pertinent ou a mal compris la preuve » (*Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, p. 84; voir aussi *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 794; *Housen*, par. 72).

[105] Premièrement, en l'espèce, la juge de première instance a fondé sa décision sur le témoignage de l'expert cité par la défense (2011 QCCS 4755). À mon avis, elle a mal apprécié la preuve du D[r] Ferraro à plusieurs égards. Elle a mal interprété son opinion sur le taux de progression du cancer

2016 SCC 48 (CanLII)

shadows in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray. This misapprehension of the evidence constitutes a palpable and overriding error.

[106] Second, in her reasons, the trial judge ignored essential evidence relating to the condition of the deceased in November 2005: the fact that Mr. Émond survived more than 31 months, i.e. 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment, even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. The failure to consider this highly important key evidence, which was in line with undisputed statistical data showing that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer — which was undeniably the case of Mr. Émond — are at stage I, also constitutes a palpable and overriding error.

[107] Third, as I said above, I agree with my colleague that no trial judge is automatically compelled to draw an inference as soon as certain criteria are met and that this process, instead, is a matter of weighing evidence. To say this, however, does not amount to immunizing the inference-drawing process from appellate scrutiny; in some circumstances, drawing an inference of causation or the failure to do so will constitute a palpable and overriding error. And, as this Court recognized in *H.L.*, at para. 4:

> Like other appellate courts across the country, [an appellate court] may substitute its own view of the evidence and draw its own inferences of fact where the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact that are clearly wrong, unreasonable or unsupported by the evidence. [Emphasis in original.]

The factual evidence before her undoubtedly led to a "serious, precise and concordant presumption" (art. 2849 of the *Civil Code*) that Mr. Émond's cancer was not at stage III or higher in November 2005. In other words, in the case at bar, the inference-drawing process itself — the trial judge's failure to draw a

du poumon et sa déclaration à propos d'opacités qu'il dit avoir constatées sur la radiographie de novembre 2005, dans les régions du hile *et du médiastin*. En ce faisant, la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante.

[106] Deuxièmement, la juge de première instance a complètement ignoré, dans ses motifs, un élément de preuve essentiel relatif à l'état de santé de M. Émond en novembre 2005 : le fait qu'il ait survécu plus de 31 mois, soit 14 mois sans traitement et 17 autres mois avec traitements, alors que l'espérance de vie des patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Le défaut de considérer ce très important élément de preuve clé, en ligne avec la donnée statistique non contestée à l'effet que 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts fortuitement — ce qui était incontestablement le cas de M. Émond — sont au stade I, constitue également une erreur manifeste et dominante.

[107] Troisièmement, je le répète, je suis d'accord avec mon collègue pour dire qu'aucun juge de première instance n'est tenu de tirer une inférence de causalité dès lors que certains facteurs sont réunis, et pour dire que cette décision doit résulter de l'appréciation de la preuve. Dire cela ne signifie cependant pas que le processus inférentiel lui-même est à l'abri de la révision en appel. Dans certaines circonstances, la décision de tirer ou non une inférence de causalité constituera une erreur manifeste et dominante. Et, comme cette Cour l'a reconnu dans *H.L.*, par. 4 :

> À l'instar des autres cours d'appel du pays, [une cour d'appel] peut substituer sa propre appréciation de la preuve et tirer ses propres inférences de fait lorsqu'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve. [Souligné dans l'original.]

La preuve des faits devant elle faisait assurément naître une présomption « grav[e], précis[e] et concordant[e] » (art. 2849 du *Code civil*) selon laquelle le cancer de M. Émond n'avait pas atteint le stade III ou un stade plus avancé en novembre 2005. Autrement dit, le processus inférentiel lui-même — la décision

2016 SCC 48 (CanLII)

negative inference and apply the relevant presumption — also amounts to a palpable and overriding error.

[108] While the majority and the minority of the Court of Appeal took different routes to conclude that the appeal should be allowed, both sets of reasons acknowledged and relied on these errors, which in my opinion are palpable and overriding. Indeed, they are obvious from a simple reading of the trial judge's reasons. As Morissette J.A. put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), these errors fall within the [TRANSLATION] "beam-in-the-eye" category as opposed to the "needle in a haystack" category.

[109] For these reasons, I am of the view that the appeal should be dismissed. I will now discuss each of these errors in more depth.

A. *The Trial Judge Misapprehended the Expert Evidence*

[110] The task of the trial judge in relation to the causation issue in this case was a limited one. The only thing she had to decide was whether the lung cancer of the deceased was at stage II or lower in November 2005. If it was, the plaintiff would have satisfied her burden of proof, since the deceased would likely have survived had he been diagnosed in a timely manner.

[111] It is not contested that it was impossible from a medical standpoint to confirm the exact stage of Mr. Émond's cancer in November 2005 as a result of the defendants' fault. As a matter of fact, the only way to stage his lung cancer would have been to diagnose him in a timely manner, i.e. in November 2005, which the defendants regrettably failed to do. The evidence the trial judge was left with to make a finding in this regard was: the X-ray taken in November 2005, which admittedly could not be the basis of a diagnosis; the results of the December 2006 CT scan and the January 2007 PET scan, which were indicative of the condition of the deceased in

de la juge de première instance de ne pas tirer une inférence défavorable et de ne pas appliquer la présomption qui s'imposait — constitue également une erreur manifeste et dominante.

[108] Bien que les juges majoritaires et le juge minoritaire de la Cour d'appel soient arrivés par des raisonnements différents à la conclusion que l'appel devait être accueilli, leurs motifs respectifs ont reconnu l'existence de ces erreurs et y ont trouvé appui. Il s'agit à mon avis d'erreurs manifestes et dominantes, évidentes à la lecture des motifs de la juge de première instance. Pour reprendre les propos du juge Morissette dans l'arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), ces erreurs tiennent « de la poutre dans l'œil » et non « de l'aiguille dans une botte de foin ».

[109] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Examinons chacune de ces erreurs de plus près.

A. *La juge de première instance a mal interprété la preuve d'expert*

[110] En l'espèce, le rôle de la juge de première instance à l'égard de la question de causalité était limité. Le seul point à trancher était celui de savoir si le cancer du poumon du défunt en était au plus au stade II en novembre 2005. Si c'était le cas, la demanderesse aurait acquitté son fardeau de preuve, étant donné que le défunt aurait probablement survécu s'il avait reçu un diagnostic à temps.

[111] Nul ne conteste que la faute commise par les défendeurs fait en sorte qu'il était impossible, du point de vue médical, de confirmer le stade exact du cancer de M. Émond en novembre 2005. En fait, un diagnostic en novembre 2005 — qui n'est malheureusement pas intervenu à ce moment — aurait été le seul moyen de déterminer le stade du cancer. Les autres éléments de preuve dont disposait la juge de première instance étaient les suivants : la radiographie de novembre 2005, laquelle ne peut fonder le diagnostic; les résultats du tomodensitogramme de décembre 2006 et de la tomographie par émission de positrons de janvier 2007,

2016 SCC 48 (CanLII)

December 2006 only; and the length of time it took for the disease to take Mr. Émond's life.

[112] Three experts testified on the basis of this evidence. The trial judge found that causation had not been proven. She preferred Dr. Ferraro's evidence to that of the plaintiff's experts, Drs. Agulnik and Langleben, for three reasons:

- Since lung cancer grows slowly, it was "impossible" for Mr. Émond's cancer to have progressed from stage I to stage IV in 12 months as the plaintiff suggested;
- Dr. Ferraro allegedly identified a shadow in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray, which was consistent with cancer that had metastasized; and
- She considered the statistics showing that the majority of patients with lung cancer are diagnosed at an advanced stage of the disease.

[113] With regard to the first of these three elements, Dr. Ferraro never actually said that it was "impossible" for Mr. Émond's cancer to have progressed from stage I to stage IV in 12 months. What he actually said was that such a scenario was, according to him, [TRANSLATION] "possible but . . . unlikely" or "very very unlikely". As noted by the trial judge, Dr. Ferraro also admitted that

> [TRANSLATION] there is no medical literature that confirms that it is impossible for cancer to progress from stage I to stage IV in less than 12 months if it is not treated, since it would be unethical not to treat a patient with stage I lung cancer in order to assess the cancer's rate of progression. [para. 137 (CanLII)]

[114] Furthermore, Dr. Ferraro never said that lung cancer necessarily grows slowly. First, he acknowledged that this was not an absolute rule and that in the specific case of Mr. Émond, he did not know if his lung cancer actually grew slowly because it was diagnosed too late:

qui permettaient de connaître l'état de santé du défunt en décembre 2006 seulement; et le laps de temps écoulé avant que la maladie emporte M. Émond.

[112] Trois experts ont témoigné quant à ces éléments de preuve. La juge de première instance a conclu que la causalité n'avait pas été établie. Elle a préféré le témoignage du D^r^ Ferraro à ceux des experts de la demanderesse, D^rs^ Agulnik et Langleben, pour trois raisons :

- Le cancer pulmonaire évoluant lentement, il était « impossible » que le cancer de M. Émond passe d'un stade I à un stade IV en 12 mois, comme le fait valoir la demanderesse.
- D^r^ Ferraro aurait constaté la présence d'opacités dans les régions du hile *et du médiastin* sur la radiographie de novembre 2005, ce qui concorde avec un cancer métastasé.
- Elle a considéré les statistiques démontrant que la majorité des cancers pulmonaires sont diagnostiqués à un stade avancé.

[113] Quant au premier de ces trois éléments, D^r^ Ferraro n'a jamais dit qu'il était « impossible » que le cancer de M. Émond passe du stade I au stade IV en 12 mois. Il a dit qu'un tel scénario était, à son avis « possible mais [. . .] peu probable » ou « très, très peu probable ». Tel que noté par la juge de première instance, D^r^ Ferraro a également admis ce qui suit :

> . . . il n'existe aucune littérature médicale qui confirme qu'il est impossible qu'un cancer progresse d'un stade I à IV en moins de 12 mois lorsqu'il n'est pas traité, puisqu'il serait contraire à l'éthique de laisser un patient atteint d'un cancer du poumon stade I sans traitement pour permettre d'évaluer le rythme de progression du cancer. [par. 137 (CanLII)]

[114] Par ailleurs, D^r^ Ferraro n'a jamais dit que l'évolution d'un cancer pulmonaire est nécessairement lente. Premièrement, il reconnaît qu'il ne s'agit pas d'une règle absolue et que, dans le cas précis de M. Émond, il ne sait pas si ce cancer pulmonaire avait évolué lentement vu que le diagnostic avait été posé trop tardivement :

2016 SCC 48 (CanLII)

[TRANSLATION]

A. As a general rule, lung cancer progresses slowly, as a general rule.

Q. And do you have objective proof that, that it progressed slowly in Mr. Émond's case, or is that an assumption on your part?

A. Um, the only way to assess how quickly it progresses, but when we talked about the natural history, and unfortunately we don't have the natural history in the, for the majority of patients, because we haven't observed the patient for five (5) years without treatment.

So it's an assumption, because we don't have a formal staging at the start and a formal staging at the end that, then, allows us to make a comparison. So we — what I'm saying is — it's an assumption. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 139-40.]

[115] With regard to the rate of progression of the disease, he also said that it often starts with a latent period followed by a period where the cancer becomes more aggressive. In fact, Dr. Ferraro's own expert report states that lung cancer progresses quickly:

[TRANSLATION] Generally speaking, when lung cancer is discovered in a patient, the long-term recovery rate is 10-15%. These poor results are caused by two main factors: (1) the cancer is already an advanced, stage III or IV, cancer at the time of the diagnosis; and (2) the cancer progresses quickly and spreads no matter what treatment is recommended (surgery vs. chemotherapy/radiation therapy vs. combined treatment). [Emphasis added; A.R., vol. VII, at p. 117.]

[116] The trial judge therefore misconstrued Dr. Ferraro's evidence regarding the rate of progression of lung cancer. She tried to supplement her finding that lung cancer progresses slowly, noting that [TRANSLATION] "the medical literature supports the view that the progression of lung cancer is slow, particularly in non-smoking patients" (para. 140; see also para. 152). However, this literature only supported the fact that lung cancer progresses more slowly in non-smoking patients than it does in smoking patients. It said nothing about the rate of progression of lung cancer *per se*; *relatively slower is not necessarily "slow"*.

R. Règle générale les cancers du poumon évoluent lentement, règle générale.

Q. Et est-ce que vous avez la preuve objective que, — que dans le cas de monsieur Émond ça progressait lentement ou est-ce que c'est une hypothèse que vous faites?

R. Euh! la seule façon d'évaluer la vitesse d'évolution, mais quand on a parlé de l'histoire naturelle, et malheureusement l'histoire naturelle dans la, — chez la majorité des patients on l'a pas parce qu'on n'a pas suivi le patient pendant cinq (5) ans sans traitement.

Fait que c'est des hypothèses parce que on n'a pas un staging formel au début puis un staging formel à la fin puis qui nous permet de comparer. Fait que ce qu'on, — ce que je dis c'est, — c'est hypothétique. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 139-140.]

[115] À propos de l'évolution de la maladie, il a aussi ajouté qu'elle commence souvent par une phase de latence suivie d'une période pendant laquelle le cancer devient plus agressif. En fait, dans son rapport d'expert, D^r^ Ferraro indique lui-même que l'évolution d'un cancer pulmonaire est rapide :

Globalement, lorsqu'un cancer du poumon est découvert chez un patient les taux de guérison sont de l'ordre de 10-15% à long terme. Ces pauvres résultats sont dus à deux facteurs principaux : 1) lors du diagnostic il s'agit déjà d'un cancer avancé de stade III ou IV; 2) le cancer progresse rapidement et se généralise peu importe le traitement préconisé (chirurgie vs chimiothérapie/radiothérapie vs traitement combiné). [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 117.]

[116] La juge de première instance a donc mal interprété le témoignage du D^r^ Ferraro à propos de la progression d'un cancer du poumon. Elle a tenté d'étayer sa conclusion selon laquelle le cancer pulmonaire évolue lentement en observant que « la littérature médicale confirme la thèse d'une progression lente du cancer du poumon particulièrement chez les patients non-fumeurs » (par. 140; voir également le par. 152). Or, cette littérature se limite à confirmer que l'évolution du cancer pulmonaire est plus lente chez les non-fumeurs que chez les fumeurs. Elle ne dit rien au sujet de l'évolution du cancer pulmonaire en soi; *relativement plus lent ne veut pas nécessairement dire « lent »*.

2016 SCC 48 (CanLII)

[117] As for the second of these elements, the trial judge's statement that Dr. Ferraro identified a shadow in the hilar and mediastinal regions on the November 2005 X-ray is simply wrong. The identified shadow referred to by Dr. Ferraro throughout his expert report, evidence-in-chief, and cross-examination was a shadow in the *hilar* region only.

[118] For example, and contrary to what my colleague suggests, Dr. Ferraro always referred to [TRANSLATION] "a shadow" as opposed to "shadows" when discussing the 2005 X-ray:

[TRANSLATION]

Q. O.K. In your report, you give another reason: the review of the X-ray films.

A. Yes. When you look at the films, and obviously I — I looked at them in retrospect, I saw all the films. I had the report in mind, and in my hands, the report from the CT scan, so we knew there was stage 4 cancer. We knew there were biopsies that had proved it was stage 4 cancer, so we had proof that it was stage 4 cancer. And when you look at the X-ray in retrospect, well, you see that at the level of the pulmonary hilum, there's a sort of mass. Yesterday we spoke of a prominence. It's not obvious, I'm not a radiologist, it's — I think it's clear, it's not obvious, but in retrospect, you can see it, the prominence.

From a prospective standpoint, I don't know what a radiologist would have seen, um, I don't know what I would have seen, and I'm saying this in all honesty. But in retrospect, knowing what was there one (1) year later, and looking at the series of X-rays, well, in December two thousand six (2006), it was evident at the level of the hilum, and when you go back and compare, you can see that yes indeed it was there. So in retrospect, since the X-ray, in retrospect it's, by the way, it's very very easy because you — you of course have the luxury of seeing the result twelve (12) months later, and when you compare, you say, oh yeah, it was there. [Emphasis added; A.R., vol. III, at pp. 74-75.]

[119] This point was reiterated during Dr. Ferraro's cross-examination:

[117] Quant au deuxième élément, l'affirmation par la juge de première instance selon qui D^r^ Ferraro aurait décelé la présence d'opacités dans les régions du hile et du médiastin sur la radiographie de novembre 2005 est tout simplement erronée. L'opacité à laquelle D^r^ Ferraro a référé dans son rapport d'expert, dans son témoignage en chef et en contre-interrogatoire était une opacité dans la région du *hile* seulement.

[118] Par exemple, et contrairement à ce qu'affirme mon collègue, lorsque D^r^ Ferraro mentionne la radiographie de 2005, il utilise toujours le terme « opacité » au singulier, et non au pluriel :

Q. O.K. Dans votre rapport vous invoquez une autre raison, soit la révision des films radiologiques.

R. Oui. Quand on regarde les films, et évidemment moi, j'ai, — j'ai regardé ces films-là de façon rétrospective, j'ai vu tous les films. J'avais en tête le rapport, et en main, le rapport du CT scan, donc on savait qu'il y avait un cancer de stade 4. On savait qu'il y avait des biopsies qui avaient prouvé que c'était un cancer de stade 4, donc on avait la preuve que c'était un cancer de stade 4. Et quand, de façon rétrospective on regarde la radiographie, bien! on constate que au niveau du hile pulmonaire, il y a une espèce de masse. Hier on a parlé de pro-éminence. C'est pas évident, je suis pas radiologiste ça c'est, — je pense que c'est clair, c'est pas évident, mais de façon rétrospective, on la voit la pro-éminence.

De façon prospective, je sais pas qu'est-ce qui un radiologiste aurait vu, euh! je sais pas ce que moi, j'aurais vu, puis ça je vous dis ça en toute honnêteté. Mais de façon rétrospective, en sachant ce qui est était là un (1) an après, puis quand on regarde la série des radiographies, bien! en décembre deux mille six (2006), au niveau du hile c'était évident, puis quand on recule puis on compare, on constate que, bien! oui, c'était là. Donc en rétrospective, puis la radiologie, en rétrospective c'est, en passant c'est très, très facile parce que on, — on a évidemment le luxe de voir le résultat douze (12) mois après puis on compare, on dit, ah! oui, c'était là. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 74-75.]

[119] D^r^ Ferraro reprend ce point lors de son contre-interrogatoire :

2016 SCC 48 (CanLII)

[TRANSLATION] . . . when you review the X-rays in retrospect and you see that there was already a nodal mass at the level of the hilum, near the mediastinum, well, when I put it all together, well, my hypothesis, eh! then I remain convinced that Mr. Émond unfortunately had stage 3 cancer when he came in. [Emphasis added; A.R., vol. III, at p. 139.]

[120] In his expert report, Dr. Ferraro makes no mention of the mediastinal region when discussing the ill-defined opacity on the 2005 X-ray:

[TRANSLATION] In the present case, when the pulmonary lesion was first identified (November 2005), it was most likely already at stage III or IV. There are two main arguments that support this hypothesis: First, a review of the X-ray films confirms the prominence of the right pulmonary hilum in November 2005, which would be consistent with lymph node metastases. [Emphasis added; A.R., vol. VII, at p. 117.]

[121] Only once, and only during his re-examination, did Dr. Ferraro refer to [TRANSLATION] "a mass at the level of the hilum and the mediastinum".

[122] My reading of the record leads me to conclude that this last comment, made for the first time during his re-examination, was a mistake that should not be used to replace or supplant the whole of his report and his evidence. Dr. Ferraro was referring to a shadow only in the hilar region all along. Indeed, in light of the uniformly singular reference to the hilar region throughout Dr. Ferraro's written report, examination-in-chief, and cross-examination, the only plausible reading of the record is that the reference to the mediastinal region was a mistake and that Dr. Ferraro was neither resiling from nor supplementing his consistent evidence of a shadow in the hilar region. The trial judge therefore also misconstrued the expert evidence by finding that Dr. Ferraro had identified a shadow in the hilar *and mediastinal* regions on the November 2005 X-ray.

[123] This is a troubling error. Indeed, experts from both sides explained in their respective testimonies that a shadow in the mediastinal region

. . . quand on révise d'une façon rétrospective les radiographies puis on constate que il y a déjà une masse ganglionnaire au niveau du hile, près du médiastin, bien! quand je mets tout ça ensemble, bien! mon hypothèse, hein! puis je reste convaincu que monsieur Émond, malheureusement, avait un cancer de stade 3 quand il est arrivé. [Je souligne; d.a., vol. III, p. 139.]

[120] Dans son rapport d'expert, D^r^ Ferraro ne dit rien au sujet de la région du médiastin lorsqu'il traite de l'opacité floue sur la radiographie de 2005 :

Dans le cas présent, lorsque la lésion pulmonaire a été identifiée pour la première fois (novembre 2005), il s'agissait fort probablement déjà d'une lésion de stade III ou IV. Il y a deux arguments principaux pour supporter cette hypothèse : Premièrement, la révision des films radiologiques confirme la proéminence du hile pulmonaire droit en novembre 2005 ce qui serait compatible avec la présence de métastases ganglionnaires. [Je souligne; d.a., vol. VII, p. 117.]

[121] À une seule occasion, et ce, seulement en réinterrogatoire, D^r^ Ferraro parle d'« une masse au niveau du hile et du médiastin ».

[122] Ma lecture du dossier me porte à conclure que cette dernière remarque, faite pour la première fois en réinterrogatoire, était une erreur et ne doit pas être utilisée pour remplacer ou supplanter l'ensemble de son rapport et de son témoignage. À part cette remarque, D^r^ Ferraro n'a toujours parlé que d'une opacité dans la région du hile. En effet, à la lumière du rapport du D^r^ Ferraro, de son témoignage en chef et de son contre-interrogatoire, qui mentionnent seulement la région du hile, la seule lecture plausible de la preuve est que la mention du médiastin constituait une erreur et que D^r^ Ferraro n'essayait ni de compléter ni de revenir sur sa déclaration, par ailleurs constante, qui faisait mention d'une opacité dans la région du hile. La juge de première instance a donc mal interprété la preuve d'expert en concluant que D^r^ Ferraro avait constaté des opacités dans les régions du hile *et du médiastin* sur la radiographie de novembre 2005.

[123] Cette erreur est problématique. En effet, les experts des deux parties expliquent dans leurs témoignages respectifs qu'une opacité dans la région du

2016 SCC 48 (CanLII)

was consistent with cancer that had metastasized (stage III or more) while a shadow in the hilar region alone was consistent with stage I or II lung cancer. The trial judge accepted this evidence as a fact:

> [TRANSLATION] All the medical experts who testified agreed on the definitions of the various stages of lung cancer. They described stage I lung cancer as being limited to a lesion on the lung. They recognized that, at stage II, the cancer has spread to the lymph nodes both in and outside the lung, including the hilar region. At stage III, the nodes have reached the level of the mediastinum. At stage IV, the cancer is generalized and has metastasized.
>
> They agreed on the pattern of progression of a cancer, namely that the cancer cells start in the lung and then attack the lymph nodes before progressing to the hilum and then to the mediastinum. [Footnotes omitted; paras. 108-9.]

Accordingly, the trial judge's reliance on Dr. Ferarro's error in re-examination that the mediastinal region was also affected, led her to the conclusion that the cancer was at a later stage (Stage III or IV) in November 2005 (paras. 132-34). This finding amounts to a palpable and overriding error because it was not and could not reasonably be supported by the evidence.

[124] As for the third of the above elements, the fact that the vast majority of patients are diagnosed at an advanced stage of lung cancer does not take into account the context in which patients are diagnosed. The majority of the patients to whom Dr. Ferraro was referring in his testimony were consulting him *for diagnosis* and were not patients *for whom cancer is diagnosed fortuitously at a routine checkup*. Mr. Émond fell into the latter category, not the former. No one disputes that factual finding by the trial judge: paras. 59-60. The evidence that the majority of lung cancer patients are diagnosed at an advanced stage is of limited value because it says nothing about people who, like Mr. Émond, are diagnosed fortuitously. Instead, the statistical data that 78 percent of fortuitously discovered cancers are at

médiastin correspond à un cancer métastasé (stade III ou plus avancé), alors qu'une opacité dans la région du hile seulement correspond à un cancer pulmonaire de stade I ou II. La juge de première instance a tenu cette preuve pour avérée :

> L'ensemble des médecins experts qui ont témoigné s'entendent sur la définition des différents stades du cancer du poumon. Ils décrivent le cancer du poumon de stade I comme se limitant à une lésion au poumon. En ce qui concerne le stade II, ils reconnaissent qu'il s'agit d'un cancer qui s'est propagé aux ganglions tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du poumon, notamment dans la région du hile. Au stade III, les ganglions ont atteint le niveau du médiastin. Au stade IV, le cancer est généralisé et s'accompagne de métastases.
>
> Ils partagent le même avis à l'égard du schéma de progression du cancer, en ce que les cellules cancéreuses débutent au niveau du poumon, puis s'attaquent aux ganglions avant de progresser vers le hile puis vers le médiastin. [Notes en bas de page omises; par. 108-109.]

Ainsi, la remarque erronée de D^r^ Ferraro dans son réinterrogatoire à l'effet que la région du médiastin était aussi affectée a mené la juge de première instance à conclure que le cancer était à un stage plus avancé (stade III ou IV) en novembre 2005 (par. 132-134). Il s'agit ici d'une erreur manifeste et dominante puisqu'elle n'est pas, et ne peut raisonnablement être, supportée par la preuve.

[124] Quant au troisième des éléments susmentionnés, le fait que la vaste majorité des cancers pulmonaires soient diagnostiqués à un stade avancé ne tient pas compte du contexte dans lequel ce diagnostic est posé. La majorité des patients que mentionne D^r^ Ferraro dans son témoignage l'ont consulté *pour obtenir un diagnostic*; il ne s'agit pas de patients *dont le cancer est diagnostiqué fortuitement dans le cadre d'un bilan de santé*. M. Émond faisait partie de cette dernière catégorie, et non de la première. Nul ne conteste cette conclusion de fait tirée par la juge de première instance (par. 59-60). La preuve selon laquelle la majorité des cancers du poumon sont diagnostiqués à un stade avancé est d'une utilité limitée en ce sens qu'elle est muette à propos des cas, comme celui de M. Émond, où le

2016 SCC 48 (CanLII)

stage I is of greater probative value, as it is more specific to Mr. Émond's circumstances.

[125] In sum, the fact is that — as pointed out by the majority of the Court of Appeal — the whole of Dr. Ferraro's testimony was speculative: paras. 201-12. To treat speculations and hypotheticals as evidence, let alone as proven facts, the way the trial judge did, constitutes a further misapprehension of the evidence: *Martel*, at p. 750.

[126] In my respectful view, these misapprehensions of the evidence by the trial judge amount to a palpable and overriding error.

B. *The Trial Judge Omitted Key Objective Evidence*

[127] Additionally, the trial judge disregarded key objective evidence, namely the fact that the deceased survived more than 31 months — i.e. 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment — even though the life expectancy of patients diagnosed with stage III to stage IV lung cancer is 8 to 12 months. This essential evidence was in line with the statistical data showing that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer — which was the case of Mr. Émond — have a stage I cancer. While statistical data should not be the sole basis for drawing (or not drawing) an inference or applying (or not applying) a presumption of fact, such statistical data may help to confirm the trial judge's factual determinations.

[128] Justice Fournier of the Court of Appeal properly dealt with the fact that Mr. Émond survived more than 14 months without treatment and an additional 17 months with treatment after the November 2005 X-ray:

[TRANSLATION] According to the plaintiffs' experts, it is possible for a person with stage IV cancer to survive

cancer est diagnostiqué fortuitement. En revanche, la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers découverts fortuitement en sont au stade I a plus de poids, étant plus spécifique à la situation de M. Émond.

[125] En somme, force est de constater — ainsi que l'ont souligné les juges majoritaires de la Cour d'appel — que l'ensemble du témoignage du D^r^ Ferraro est conjectural (par. 201-212). Traiter les conjectures et les hypothèses comme des éléments de preuve, avérés de surcroît, à l'instar de la juge de première instance, constitue également une mauvaise appréciation de la preuve (*Martel*, p. 750).

[126] À mon avis, la mauvaise appréciation de la preuve par la juge de première instance constitue une erreur manifeste et dominante.

B. *La juge de première instance a fait abstraction ou ignoré de la preuve objective clé*

[127] En outre, la juge de première instance n'a pas tenu compte d'un élément clé de preuve objective : le fait que le défunt ait survécu plus de 31 mois — soit 14 mois sans traitement et 17 mois avec traitements — alors que l'espérance de vie pour les patients atteints d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV varie entre 8 et 12 mois. Cet élément essentiel du dossier concorde avec la donnée statistique selon laquelle 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts fortuitement — comme celui de M. Émond — en sont au stade I. Bien que les données statistiques à elles seules ne puissent fonder la décision de tirer (ou non) l'inférence ou d'appliquer (ou non) une présomption de fait, ces données statistiques peuvent toutefois aider à confirmer les conclusions de fait du juge de première instance.

[128] Le juge Fournier de la Cour d'appel a bien apprécié le fait que M. Émond ait survécu, après la radiographie de novembre 2005, pendant plus de 14 mois sans traitement et 17 mois avec traitements :

Selon les experts de la demande, il est possible pour une personne atteinte d'un cancer de stade IV de survivre

2016 SCC 48 (CanLII)

17 months while being treated, as the treatment has the effect of slowing the cancer. As Dr. Langleben clearly explained, if Marc Émond's cancer was at stage IV in January 2007, the length of time he survived was average: "I'm sorry to say this, he died exactly on schedule".

Dr. Langleben also expressed the opinion that, if Marc Émond's cancer had been at an advanced stage in November 2005, he would have died within the year or, at least, he would not have been able to bike thousands of kilometres in the summer of 2007. Dr. Agulnik, an expert in oncology, expressed the same opinion: patients with stage IV cancer who receive no treatment live for less than 12 months.

. . .

On the second point, I do not think it can be said that the fact that Marc Émond was in good health accounts for a slow progression of the disease, especially in the period before he began chemotherapy. In the instant case, Dr. Langleben explained, rather, that a stage IV cancer patient who is in excellent health will survive about 8 months. He added that chemotherapy can extend the patient's life by 6 months or so and that some people live for an additional period of up to 4 months. In Marc Émond's case, he should have survived 14 to 18 months from the start of stage IV of the disease.

But if we accept the defence's theory, Marc Émond survived nearly 30 months although he had advanced cancer and received no treatment for the first 13 months. There is nothing in the evidence to suggest that living for such a long time with advanced cancer is likely, especially with such a delay in treatment.

. . .

The three physicians agreed that cancer that has progressed to stage III or IV is fatal within twelve months if untreated and that palliative chemotherapy may extend the patient's life by a few months. I mentioned this above.

The evidence also shows that Marc Émond was not treated between November 2005 and January 2007.

Therefore, in accordance with the unanimous opinion of the physicians and in all probability, Marc Émond

17 mois avec des traitements, car les traitements ont pour effet de ralentir le cancer. Comme l'explique bien le docteur Langleben, si le cancer de Marc Émond était rendu à un stade IV en janvier 2007, la durée de sa survie se situerait dans la moyenne : « *I'm sorry to say this, he died exactly on schedule* ».

En outre, le docteur Langleben exprime l'avis que si Marc Émond était atteint d'un cancer de stade avancé en novembre 2005, il serait décédé dans l'année, ou du moins, il n'aurait pu parcourir des milliers de kilomètres à bicyclette à l'été 2007. Le docteur Agulnik, expert en oncologie, exprime le même avis : les patients atteints d'un cancer de stade IV et qui ne reçoivent aucun traitement vivent moins de 12 mois.

. . .

Pour le deuxième élément, je ne crois pas qu'on puisse dire que la bonne santé de Marc Émond explique une progression lente de la maladie, surtout pour la période avant le début des traitements de chimiothérapie. En l'espèce, le docteur Langleben explique plutôt que la survie d'un patient atteint d'un cancer de stade IV et qui est en excellente santé est d'environ 8 mois. Il ajoute qu'avec des traitements de chimiothérapie, la vie peut être prolongée d'environ 6 mois et que certaines personnes vivent une période supplémentaire allant jusqu'à 4 mois. Dans le cas de Marc Émond, sa survie devrait être de 14 à 18 mois à partir du début du stade IV de la maladie.

Or, si on retient la thèse de la défense, Marc Émond aurait survécu près de 30 mois, alors atteint d'un stade avancé du cancer et n'ayant reçu aucun traitement pendant les 13 premiers mois. Rien dans la preuve ne permet de croire qu'il est probable de vivre aussi longtemps d'un cancer de stade avancé, surtout lorsqu'il existe un tel délai dans le traitement.

. . .

Les trois médecins s'entendent pour dire qu'un cancer qui a évolué aux stades III ou IV est fatal à douze mois s'il n'est pas traité et qu'un traitement de chimiothérapie palliative pourra prolonger la vie du patient de quelques mois. J'en ai fait mention précédemment.

La preuve révèle également que Marc Émond n'a subi aucun traitement entre novembre 2005 et janvier 2007.

Selon donc l'opinion unanime des médecins et selon toute probabilité, Marc Émond serait mort au moment où

2016 SCC 48 (CanLII)

would have been dead by the time the biopsies confirming that his cancer was at stage IV were performed.

. . .

Marc Émond died 31 months later, on June 6, 2008. It is unlikely that he would have survived for 31 months in the circumstances described in the evidence and the expert assessments. I find on a balance of probabilities that the possibility that Marc Émond had stage III or IV cancer must be ruled out, which shows, on the same balance of probabilities, that he had stage I or II cancer in November 2005. [paras. 73-93]

[129] I agree with this reasoning.

[130] As for the supporting statistical data disregarded by the trial judge, again, experts from both sides testified that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer have a stage I cancer. According to Dr. Langleben, a solitary pulmonary nodule discovered fortuitously will be a stage I cancer 80 percent of the time. Dr. Ferraro's own evidence was that [TRANSLATION] "as a general rule, if it's discovered fortuitously, it's at an earlier stage". We know from his testimony that "stage I cancers are early cancers". The trial judge consequently accepted this statistic as a finding of fact:

[TRANSLATION] All the experts agreed that, as a general rule, only 10 to 15% of lung cancer patients manage to survive beyond the pivotal five-year period, after which they are considered cured.

They stated that this low percentage can be explained by the fact that more than 75% of all cancers are diagnosed at an advanced stage and are incurable by the time they are discovered, although they acknowledged that 78% of cancers that are detected fortuitously are stage I cancers. . . . [paras. 118-19]

[131] In my opinion, the trial judge's disregard of the key objective evidence, which was supported by uncontested statistical data, also amounts to a palpable and overriding error.

on lui fait les biopsies qui confirment que son cancer en est à un stade IV.

. . .

Marc Émond est décédé 31 mois plus tard, soit le 6 juin 2008. La durée de sa survie de 31 mois, dans les conditions décrites par la preuve et les expertises, est improbable. Je retiens que, sur une balance de probabilité, on doit exclure que Marc Émond était atteint d'un cancer de stade III ou IV, ce qui démontre, selon la même balance de probabilité, qu'il était atteint, en novembre 2005, d'un cancer de stade I ou II. [par. 73-93]

[129] Je fais mien son raisonnement.

[130] La juge de première instance a fait fi d'une autre donnée statistique concordante, à savoir que les experts des deux parties ont déclaré que 78 p. 100 des cancers pulmonaires découverts de manière fortuite en sont au stade I. Selon D^r^ Langleben, un nodule pulmonaire unique découvert de manière fortuite se révélera, dans 80 p. 100 des cas, un cancer de stade I. Selon D^r^ Ferraro lui-même, « règle générale, si c'est découvert fortuitement, c'est un stade plus précoce ». Son témoignage nous apprend que « les stades I c'est les cancers précoces ». La juge de première instance a donc tenu cette donnée pour un fait avéré :

Tous les experts se sont entendus pour dire que globalement, seulement 10 à 15% des patients atteints du cancer du poumon réussissent à survivre au-delà de la période charnière de cinq ans, au-delà de laquelle ils sont considérés guéris.

Ils expliquent ce faible pourcentage par le fait que plus de 75% des cancers sont diagnostiqués à un stade avancé et ne peuvent être guéris à compter du moment de la découverte, même s'ils reconnaissent que 78% des cancers décelés de manière fortuite s'avèrent des cancers de stade I. . . [par. 118-119]

[131] À mon avis, la juge de première instance, en faisant fi de l'élément clé de preuve objective ci-dessus, étayé par des données statistiques non contestées, a également commis une erreur manifeste et dominante.

2016 SCC 48 (CanLII)

C. *The Trial Judge Should Have Drawn a Negative Inference by Applying a Presumption Under the Civil Code*

[132] In light of these errors, it was the role of the Court of Appeal to intervene and reweigh the evidence. After doing so, the three judges of the Court of Appeal rightly concluded that, had the trial judge disregarded the speculations on which Dr. Ferraro's testimony was based, and had she taken into account Mr. Émond's survival period, an indisputable fact supported by the undisputed statistical data indicating that 78 percent of the patients diagnosed fortuitously are at an early stage, she would have drawn an inference of causation.

[133] The plaintiff did not have to prove that it was impossible for the cancer of the deceased to be at stage III or IV. She had only to prove that Mr. Émond's lung cancer was likely at stage I or II in November 2005, which she did.

[134] In my opinion, the fact that Mr. Émond survived 31 months after the November 2005 X-ray — which is entirely inconsistent with the life expectancy of stage III and IV lung cancer patients — supported by the undisputed statistical data indicating that 78 percent of patients fortuitously diagnosed with lung cancer, as he was, are at stage I, should have led, in light of the highly speculative opposing evidence, to a "serious, precise and concordant" presumption that he was not at stage III or higher in November 2005: art. 2849 of the *Civil Code*. It was a palpable and overriding error not to draw such a presumption.

IV. Conclusion

[135] For all these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Appeal allowed with costs, ABELLA, CÔTÉ *and* BROWN JJ. *dissenting.*

C. *La juge de première instance aurait dû tirer une inférence défavorable en appliquant la présomption de fait prévue au Code civil*

[132] Vu ces erreurs, il appartenait à la Cour d'appel d'intervenir et d'apprécier à nouveau la preuve. Les trois juges de la Cour d'appel ont conclu à bon droit que si la juge de première instance n'avait pas tenu compte des conjectures sur lesquelles reposait le témoignage du D^r^ Ferraro, et avait tenu compte de la période de survie de M. Émond, un fait incontesté étayé par la donnée statistique non contestée selon laquelle 78 p. 100 des cancers diagnostiqués de manière fortuite en sont à un stade précoce, elle aurait tiré une inférence de causalité.

[133] La demanderesse n'était pas tenue de prouver qu'il était impossible que le cancer du défunt en ait été au stade III ou IV. Elle devait uniquement prouver que le cancer de M. Émond en était probablement au stade I ou II en novembre 2005, et c'est ce qu'elle a fait.

[134] À mon avis, le fait que M. Émond ait survécu 31 mois après la radiographie de novembre 2005 — ce qui ne correspond aucunement à l'espérance de vie d'un patient atteint d'un cancer pulmonaire de stade III ou IV — étayé par une donnée statistique non contestée selon laquelle 78 p. 100 des cancers pulmonaires diagnostiqués de manière fortuite, comme dans le cas de M. Émond, en sont au stade I, aurait dû, vu la nature éminemment conjecturale de la preuve contraire, résulter en l'application d'une présomption « grav[e], précis[e] et concordant[e] » que le cancer n'avait pas atteint le stade III ou un stade plus avancé en novembre 2005 (art. 2849 du *Code civil*). En n'appliquant pas une telle présomption, la juge a commis une erreur manifeste et dominante.

IV. Conclusion

[135] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges ABELLA, CÔTÉ *et* BROWN *sont dissidents.*

2016 SCC 48 (CanLII)

Solicitors for the appellants: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the respondent: Kugler Kandestin, Montréal.

Procureurs des appelants : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intimée : Kugler Kandestin, Montréal.

2016 SCC 48 (CanLII)

2019 SCC 14 (CanLII)

Kenneth F. Salomon and Sternthal Katznelson Montigny LLP *Appellants*

v.

Judith Matte-Thompson and 166376 Canada Inc. *Respondents*

Indexed as: Salomon *v.* Matte-Thompson

2019 SCC 14

File No.: 37537.

2018: March 19; 2019: February 28.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe and Martin JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Law of professions — Lawyers — Professional liability — Duty to advise — Duty of loyalty — Lawyer recommending financial advisor to clients — Clients investing millions of dollars with recommended financial advisor's firm — Lawyer repeatedly endorsing advisor and encouraging clients to make and retain investments — Investments made in funds that were parts of Ponzi scheme — Millions lost in fraud — Clients claiming that lawyer and his law firm were professionally negligent — Trial judge dismissing claim — Court of Appeal allowing appeal and ordering that clients be compensated for losses — Whether Court of Appeal erred by employing notion of distorting lens in determining whether trial judge had made palpable and overriding errors — Whether Court of Appeal expanded professional obligations of lawyers who refer clients to independent advisors — Whether Court of Appeal erred by interfering with trial judge's findings relating to faults committed by lawyer and to causation.

In 2003, a lawyer introduced two clients to his financial advisor and personal friend, and recommended that they consult him. In the following four years, the clients ended up investing over $7.5 million with the recommended

Kenneth F. Salomon et Sternthal Katznelson Montigny, s.e.n.c.r.l. *Appelants*

c.

Judith Matte-Thompson et 166376 Canada Inc. *Intimées*

Répertorié : Salomon *c.* Matte-Thompson

2019 CSC 14

N° du greffe : 37537.

2018 : 19 mars; 2019 : 28 février.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Côté, Brown, Rowe et Martin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit des professions — Avocats — Responsabilité professionnelle — Devoir de conseil — Devoir de loyauté — Recommandation par un avocat d'un conseiller financier à des clientes — Investissement par les clientes de millions de dollars auprès de la société de placements du conseiller financier recommandé — Formulation de façon répétée par l'avocat aux clientes de commentaires favorables au sujet du conseiller et d'encouragements à effectuer et à conserver leurs placements auprès de celui-ci — Placements effectués dans des fonds qui faisaient partie d'un stratagème de type Ponzi — Millions de dollars perdus par suite de la fraude — Prétentions des clientes portant que l'avocat et son cabinet ont fait preuve de négligence professionnelle — Décision de la juge de première instance rejetant l'action — Arrêt de la Cour d'appel accueillant l'appel et ordonnant que les clientes soient dédommagées de leurs pertes — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en recourant à la notion du prisme déformant pour décider si la juge de première instance a commis des erreurs manifestes et déterminantes? — La Cour d'appel a-t-elle élargi la portée des obligations professionnelles des avocats qui aiguillent leurs clients vers des conseillers indépendants? — La Cour d'appel a-t-elle fait erreur en intervenant à l'égard des conclusions de la juge de première instance relativement aux fautes commises par l'avocat et au lien de causalité?

En 2003, un avocat présente à deux clientes son conseiller financier personnel et ami proche, et leur recommande de le consulter. Au cours des quatre années qui suivent, les clientes finissent par investir plus de 7,5 millions de dollars

financial advisor's investment firm. Over the course of those four years, the lawyer repeatedly endorsed the recommended advisor as a financial advisor and encouraged his clients to make and retain investments with the investment firm. In 2007, the recommended advisor and his associate disappeared with the savings of around 100 investors, including those of the lawyer's clients. The clients instituted legal proceedings, claiming that the lawyer and his law firm were professionally negligent in two ways: first by breaching their duty to advise them and second, by disregarding their duty of loyalty to them.

The trial judge dismissed the claim. The Court of Appeal concluded that the trial judge had made reviewable errors, and it reversed her judgment. In its opinion, the trial judge had viewed the lawyer's acts and their consequences through a distorting lens which had led her to erroneously assess the evidence in isolated silos, without the insight provided by a global analysis. The Court of Appeal ordered the lawyer and his law firm solidarily to fully compensate the clients for their losses.

Held (Côté J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ.: The Court of Appeal had a sufficient basis for intervening and reversing the trial judge's decision. It properly applied the standards of appellate review, as imposed by *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235. The professional liability of the lawyer and the law firm for the clients' losses has been established.

Findings with respect to fault involve questions of mixed fact and law and findings with respect to causation, questions of fact. In both situations, absent a palpable and overriding error, an appellate court must defer to the conclusions reached by the trial judge. It can only intervene if there is an obvious error in the trial decision that is determinative of the outcome of the case. The fact that an alternative factual finding could be reached based on a different ascription of weight does not mean that a palpable and overriding error has been made. An appellate court must identify a crucial flaw in the lower court's decision, and a distorting lens, that is, a lens through which a trial judge assessed the evidence and that had a distorting effect, cannot be invoked as a substitute for identifying a

dans la société de placements du conseiller financier recommandé. Durant ces quatre années, l'avocat commente favorablement et de façon répétée les services du conseiller recommandé en tant que conseiller financier, en plus d'encourager ses clientes à effectuer et à conserver leurs placements auprès de la société de placements. En 2007, le conseiller recommandé et son associé se volatilisent avec les économies d'une centaine d'investisseurs, dont celles des clientes de l'avocat. Les clientes intentent une action en justice, au motif que l'avocat et son cabinet ont fait preuve de négligence professionnelle de deux façons : premièrement, en manquant à leur devoir de conseil envers elles, et deuxièmement, en manquant à leur devoir de loyauté envers elles.

La juge de première instance a rejeté l'action. La Cour d'appel a statué que la juge de première instance a commis des erreurs donnant ouverture à son intervention et elle a infirmé la décision. À son avis, la juge de première instance a analysé les agissements de l'avocat et leurs conséquences à travers un prisme déformant, qui l'a amenée à apprécier erronément la preuve de façon compartimentée, sans l'éclairage que lui aurait procuré une vision d'ensemble des événements. La Cour d'appel a condamné solidairement l'avocat et son cabinet à indemniser pleinement les clients des pertes qu'elles ont subies.

Arrêt (la juge Côté est dissidente) : L'appel est rejeté.

Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin : La Cour d'appel disposait d'assises suffisantes pour intervenir et pour infirmer la décision de la juge de première instance. Elle a appliqué adéquatement les normes de contrôle pertinentes en appel énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235. La responsabilité professionnelle de l'avocat et de son cabinet à l'égard des pertes subies par les clientes a été établie.

L'existence ou non d'une faute est une question mixte de fait et de droit, et la détermination du lien de causalité est une question de fait. Dans les deux cas, en l'absence d'erreur manifeste et déterminante, la juridiction d'appel doit faire preuve de déférence envers les conclusions du juge de première instance. Elle ne peut intervenir que dans le cas où la décision de première instance est entachée d'une erreur évidente qui a déterminé l'issue de l'affaire. Le fait qu'une conclusion de fait différente aurait pu être tirée sur la base du poids attribué à différents éléments de preuve ne signifie pas qu'une erreur manifeste et déterminante a été commise. La juridiction d'appel doit dégager l'erreur fatale que comporte la décision de la juridiction inférieure, et l'image du prisme déformant, c'est-à-dire

2019 SCC 14 (CanLII)

2019 SCC 14 (CanLII)

reviewable error or to mask the fact that an error identified by an appellate court does not meet the high standard imposed by *Housen*. In the case at bar, the Court of Appeal held that the distorting lens through which the trial judge has viewed the evidence — in this case a narrow, siloed approach — had led her to make precisely identified palpable and overriding errors. The notion of a distorting lens was nothing more than a metaphor the Court of Appeal used to explain why the standard of appellate review established in *Housen* was met; it was not used to mask an absence of palpable and overriding errors. The Court of Appeal did not err by employing the notion of a distorting lens in determining whether the trial judge had made palpable and overriding errors.

un prisme au moyen duquel le juge de première instance a analysé la preuve et qui a eu un effet déformant, ne peut être invoquée pour remplacer l'obligation de déceler la présence d'une erreur révisable ou masquer le fait qu'une erreur constatée par une cour d'appel ne respecte pas la norme élevée imposée par l'arrêt *Housen*. Dans la présente affaire, la Cour d'appel a conclu que le prisme déformant au moyen duquel la juge de première instance a examiné la preuve — en l'espèce, une approche étroite et compartimentée — a amené cette dernière à commettre des erreurs manifestes et déterminantes identifiées de façon précise par la cour. L'image du prisme déformant n'était rien de plus qu'une métaphore utilisée par la Cour d'appel pour expliquer en quoi la norme de contrôle applicable en appel établie dans l'arrêt *Housen* était respectée; elle n'a pas été utilisée pour masquer une absence d'erreurs manifestes et déterminantes. La Cour d'appel n'a pas commis une erreur en recourant à la notion du prisme déformant pour décider si la juge de première instance a commis des erreurs manifestes et déterminantes.

Where the first court of appeal has justifiably intervened in the trial judgment and disagreed with the trial judge, the Court will intervene only if its own disagreement stems from a clear satisfaction that an error has occurred in the first appellate court's assessment of the facts. The focal point of the analysis that the Court — as the second and final court of appeal — has to perform in applying the *Housen* standards of review is the decision of the first court of appeal, not that of the trial judge. The onus is on the appellants to demonstrate an error in the court of appeal's decision. Here, the appellants did not satisfy their onus. The Court of Appeal did not err by concluding that the trial judge had made palpable and overriding errors, by interfering with the trial judge's findings relating to the lawyer's duty to advise and duty of loyalty, nor by interfering with the trial judge's findings that the lawyer's fault had not caused the clients' losses. There is no reason for the Court to interfere with the Court of Appeal's findings.

Dans les cas où la première juridiction d'appel était justifiée d'intervenir à l'égard du jugement de première instance et a exprimé son désaccord avec le tribunal qui l'a rendu, la Cour n'interviendra que si son désaccord découle de la nette conviction qu'une erreur s'est produite dans l'appréciation des faits par la première cour d'appel. La décision de la première cour d'appel, et non celle du juge de première instance, constitue l'aspect principal de l'analyse que la Cour — en tant que seconde et ultime juridiction d'appel — doit effectuer dans le cadre de l'application des normes de contrôle établies dans *Housen*. C'est aux appelants qu'il incombe de démontrer la présence d'une erreur dans la décision de la cour d'appel. En l'espèce, les appelants ne se sont pas acquittés de ce fardeau. La Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que la juge de première instance a commis des erreurs manifestes et déterminantes, en intervenant dans les conclusions de la juge de première instance relativement au devoir de conseil et au devoir de loyauté de l'avocat, et en intervenant dans les conclusions de la juge de première instance selon lesquelles les fautes de l'avocat n'ont pas causé les pertes des clientes. Il n'est pas justifié que la Cour modifie les conclusions de la Cour d'appel.

The relationship between lawyers and their clients can usually be characterized as a contract of mandate. Although lawyers, as mandataries, do not guarantee the services rendered by professionals or advisors to whom they refer their client, they must nevertheless act competently, prudently and diligently in making such referrals, which must be based on reasonable knowledge of the professionals or advisors in questions. Lawyers who refer

La relation avocat-client peut habituellement être qualifiée de contrat de mandat. Bien que l'avocat, en tant que mandataire, n'agisse pas comme garant des services rendus par le professionnel ou le conseiller vers lequel il dirige ses clients, il doit néanmoins faire preuve de compétence, prudence et diligence lorsqu'il formule une telle recommandation, laquelle doit être basée sur une connaissance raisonnable du professionnel ou du conseiller en

clients to other professionals or advisors have an obligation of means, not one of result. They must be convinced that the professionals or advisors to whom they refer clients are sufficiently competent to fulfill the contemplated mandates. Referral is not a guarantee of the services rendered by the professional or advisor to whom the client is referred, but it is also not a shield against liability for other wrongful acts committed by the referring lawyer. In the instant case, the lawyer had done far more than merely make a referral. It was the entirety of his conduct that led the Court of Appeal to hold the lawyer and his law firm liable in the circumstances. The Court of Appeal's decision did not broaden the basis of liability for lawyers who refer clients to other professionals or advisors.

A lawyer's duty to advise is threefold, encompassing duties to inform, to explain, and to advise in the strict sense. It is inherent in the legal profession and exists regardless of the nature of the mandate. Its exact scope depends on the circumstances, including the object of the mandate, the client's characteristics and the expertise the lawyer claims to have in the field in question. When lawyers do provide advice, they must always act in their clients' best interests and meet the standard of the competent, prudent and diligent lawyer in the same circumstances. Any advice lawyers give that exceeds their mandate may, if wrongful, engage their liability. Here, the Court of Appeal had sufficient basis to intervene and find that the lawyer had failed to advise his clients as a competent, prudent and diligent lawyer would have done. It properly and precisely identified palpable and overriding errors made by the trial judge in her assessment of the parties' relationships, which had a direct impact on her findings regarding the scope of any wrongful advice given. When properly assessed as a whole, as the Court of Appeal did, the evidence reveals that the lawyer's advice and reassurances were all part of a single continuum, and that placing them in separate silos would be artificial. The lawyer breached his duty to advise by recommending a non-diversified investment in offshore hedge funds to clients whose primary goal was to preserve the capital, by recommending financial products without performing due diligence and by repeatedly reassuring his clients that their investments gave them security of capital.

question. L'avocat qui aiguille des clients vers un autre professionnel ou conseiller a une obligation de moyens et non de résultat. Il doit être convaincu que la personne qu'il recommande à son client est suffisamment compétente pour s'acquitter du mandat envisagé. Le fait de recommander à un client un professionnel ou un conseiller ne saurait constituer une garantie des services rendus, mais une telle recommandation ne saurait pas non plus protéger l'avocat qui l'a formulée contre toute responsabilité pour d'autres actes répréhensibles qu'il aurait commis. En l'espèce, l'avocat est allé bien au-delà d'un simple aiguillage. C'est l'ensemble de son comportement qui a amené la Cour d'appel à conclure à la responsabilité de l'avocat et de son cabinet dans les circonstances. La décision rendue par la Cour d'appel en l'espèce n'a pas élargi les bases de la responsabilité des avocats qui aiguillent des clients vers d'autres professionnels ou d'autres conseillers.

Le devoir de conseil de l'avocat comporte trois volets : informer, expliquer et conseiller au sens strict du terme. Il fait partie intégrante de la profession d'avocat et existe indépendamment de la nature du mandat. L'étendue exacte de ce devoir varie selon les circonstances, en fonction notamment de l'objet du mandat, des caractéristiques du client et de l'expertise que soutient avoir l'avocat dans le domaine en question. L'avocat qui prodigue des conseils à un client doit toujours agir dans l'intérêt supérieur de ce dernier et respecter les normes que tout avocat compétent, prudent et diligent aurait suivies dans les mêmes circonstances. Tout conseil qu'un avocat prend l'initiative de donner au-delà de son mandat peut, s'il est erroné, engager sa responsabilité. En l'espèce, la Cour d'appel disposait d'assises suffisantes pour intervenir et pour conclure que l'avocat n'a pas conseillé ses clientes comme il incombe à un avocat compétent, prudent et diligent de le faire. Elle a relevé effectivement et de façon précise la présence d'erreurs manifestes et déterminantes dans l'appréciation par la juge du procès des relations des parties, qui ont influencé directement ses conclusions quant à l'ampleur des conseils erronés donnés. Appréciée adéquatement dans son ensemble, comme l'a fait la Cour d'appel, la preuve révèle que les conseils et assurances donnés par l'avocat s'inscrivaient dans un seul et même continuum, et qu'il est artificiel de les compartimenter. L'avocat a manqué à son devoir de conseil en recommandant un placement non diversifié dans des fonds spéculatifs extraterritoriaux à des clientes dont l'objectif principal était la préservation de leur capital, en recommandant des produits financiers sans faire preuve d'aucune forme de diligence appropriée au sujet de ces produits et en rassurant de façon répétée les clientes quant au fait que leurs placements garantissent la sécurité de leur capital.

2019 SCC 14 (CanLII)

As mandataries, lawyers also have a duty to avoid placing themselves in situations in which their personal interests are in conflict with those of their clients. The duty to avoid conflicts of interest is a salient aspect of the duty of loyalty they owe to their clients. The duty of loyalty shields the performance of the lawyer's duty to advise clients from the taint of undue interference. In the instant case, the Court of Appeal was justified in finding that the lawyer's personal and financial relationship with the recommended advisor had placed him in a conflict of interest and that he had neglected his clients' interests. The trial judge adopted an unduly restrictive approach in analyzing the principles relating to conflicts of interest, which tainted her entire analysis concerning the breach of the lawyer's duty of loyalty. A proper consideration of the evidence as a whole leads to the conclusion that this very close relationship affected the lawyer's objectivity in advising his clients. The lawyer's divided loyalties led him to neglect his clients' interests: he disregarded his duty of confidentiality regarding his communications with them and teamed up with the recommended advisor in an attempt to convince them not to withdraw their investments.

More than one fault can cause a single injury so long as each of the faults is a true cause, and not a mere condition, of the injury. A fault is a true cause of its logical, immediate and direct consequences. This characterization is largely a factual matter, which depends on all the circumstances of the case. A person who commits a fault is not liable for the consequences of a new event that the person had nothing to do with and that has no relationship to the initial fault. Two conditions must be met for the principle of *novus actus interveniens* to apply. First, the causal link between the fault and the injury must be completely broken. Second, there must be a causal link between that new event and the injury. A client's ability to rely on advice given by his or her lawyer is central to the lawyer-client relationship and a client's acceptance of a lawyer's negligent advice cannot shield the lawyer from liability. Fraud committed by a third party also does not shield from liability persons who failed to take required precautions. Where the risk of a decline in market prices or fraud by a third party materialize, and where lawyers have failed to abide by the standards of professional conduct that are meant to protect their clients against these very risks, they may be liable for their clients' investment losses. Here, the trial judge's findings regarding the extent of the faults committed by the lawyer no doubt had an impact on her causation analysis. Assessing the evidence in separate silos based on the timing of the events and the

En tant que mandataires, les avocats sont aussi tenus d'éviter de se placer dans une situation de conflit entre leurs intérêts personnels et les intérêts de leurs clients. L'obligation d'éviter les conflits d'intérêts est un des principaux aspects du devoir de loyauté des avocats envers leurs clients. Le devoir de loyauté protège l'accomplissement du devoir de conseil que les avocats doivent à leurs clients contre l'effet d'influences inappropriées. Dans le présent cas, la Cour d'appel était justifiée de conclure que les relations personnelles et financières qu'entretenait l'avocat avec le conseiller financier a placé celui-ci dans une situation de conflit d'intérêts, et qu'il a en définitive négligé les intérêts de ses clientes. La juge de première instance a adopté une approche indûment restrictive dans son analyse des principes relatifs aux conflits d'intérêts, ce qui a entaché toute son analyse relative au manquement de l'avocat à son devoir de loyauté. Il ressort d'un examen adéquat de l'ensemble de la preuve que ces liens très étroits ont eu une incidence sur l'objectivité de l'avocat lorsqu'il conseillait ses clientes. Les loyautés partagées de l'avocat l'ont amené à négliger les intérêts de ses clientes : il a négligé son obligation de protéger la confidentialité de ses communications avec elles et a fait équipe avec le conseiller recommandé pour tenter de les convaincre de ne pas retirer leurs placements.

Il peut arriver que plus d'une faute cause un seul préjudice, pour autant toutefois que chacune d'entre elles soit une véritable cause du préjudice et non une simple occasion de celui-ci. Une faute constitue une cause véritable du préjudice si celui-ci en est la suite logique, directe et immédiate. Cette détermination est dans une large mesure une question de fait et elle dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire. L'auteur d'une faute n'est pas responsable des conséquences d'un événement subséquent qui est indépendant de lui et qui est sans rapport avec la faute initiale. Deux conditions doivent être réunies pour que le principe appelé *novus actus interveniens* s'applique. Dans un premier temps, il faut que le lien de causalité entre la faute initiale et le préjudice subi soit complètement rompu. Dans un second temps, il doit exister un lien de causalité entre ce nouvel événement et le préjudice subi. La capacité d'un client de se fier aux conseils de son avocat est un aspect central de la relation avocat-client et le fait qu'un client accepte les conseils que lui formule de façon négligente son avocat ne saurait exonérer ce dernier de sa responsabilité. La commission d'une fraude par un tiers n'empêche pas non plus que des personnes qui ont omis de prendre les précautions requises soient tenues responsables. Lorsque le risque de baisse des prix du marché ou de fraude commise par un tiers se matérialise et que les avocats n'ont pas respecté les normes de conduite professionnelle destinées à protéger leurs clients contre ce risque

2019 SCC 14 (CanLII)

specific funds that had been recommended was artificial. The trial judge's causation analysis was also distorted by her erroneous finding that the lawyer had not breached his duty of loyalty. Taken together, the lawyer's faults with respect to both his duty to advise and his duty of loyalty were a true cause of the losses suffered by his clients. The fraud did not break the chain of causation — no losses would have been suffered without the faults first committed by the lawyer.

précis, ils peuvent être tenus responsables des pertes subies par leurs clients au titre de leurs placements. En l'espèce, il ne fait aucun doute que les conclusions de la juge de première instance quant à l'ampleur des fautes de l'avocat ont influencé son analyse du lien de causalité. Il était artificiel d'apprécier la preuve de façon compartimentée en se fondant sur la chronologie des faits et sur les fonds précis qui avaient été recommandés. La conclusion erronée de la juge de première instance suivant laquelle l'avocat n'a pas manqué à son devoir de loyauté a également faussé son analyse de la causalité. Considérées globalement, les fautes de l'avocat relativement à son devoir de conseil et à son devoir de loyauté constituent une cause véritable des pertes subies par ses clientes. La fraude n'a pas rompu le lien de causalité; aucune perte n'aurait été subie sans les fautes commises au départ par l'avocat.

Per Côté J. (dissenting): The appeal should be allowed. The Court of Appeal should not have substituted its own view of the case for that of the trial judge as there were no palpable and overriding errors in her key findings. The Court of Appeal wrongly intervened on the basis of mere differences of opinion regarding the assessment of the evidence, which is clearly inconsistent with the role of an appellate court. When a first appellate court interferes with a trial judge's findings in the absence of reviewable errors, it is the Court's role to step in and to restore the trial judge's decision.

La juge Côté (dissidente) : L'appel devrait être accueilli. La Cour d'appel n'aurait pas dû substituer sa propre analyse du dossier à celle de la juge du procès car aucune erreur manifeste et déterminante n'entachait les conclusions clés de la juge du procès. La Cour d'appel est intervenue à tort en se fondant sur de simples différences d'opinions concernant l'appréciation de la preuve, ce qui est manifestement incompatible avec le rôle d'une juridiction d'appel. Lorsqu'une première juridiction d'appel modifie les conclusions du juge du procès en l'absence d'erreurs révisables, il appartient à la Cour d'intervenir et de rétablir la décision du juge du procès.

On questions of fact or of mixed fact and law, an appellate court cannot make its own findings and draw its own inferences unless the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error. As a precondition to intervening in a trial judge's decision, the appellate court must point to a specific and identifiable error that amounts to more than a divergence of opinion and that error must be shown to be determinative of the outcome of the case. The identification of a palpable and overriding error does not require a review of the evidence as a whole. The focus of the review is the trial judge's reasons and, if need be, specific pieces of evidence to which the appellant draws the attention of the appellate court to show that a given finding is unsupported by the evidence. It would be inappropriate for the appellate court to conduct its own assessment of the evidence and then to take note of points of disagreement with the trial judge's findings and hold that those findings result from palpable and overriding errors in order to justify intervening. Appellate courts are, in comparison to trial judges, ill-equipped for the task of fact-finding and must thus leave the task to trial judges.

Pour ce qui est des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit, une cour d'appel ne peut tirer ses propres conclusions et inférences que s'il est établi que le juge du procès a commis une erreur manifeste et déterminante. Pour pouvoir intervenir à l'égard de la décision d'un juge du procès, la juridiction d'appel doit cibler une erreur précise et discernable qui n'équivaut pas simplement à une divergence d'opinions, et il doit aussi être démontré que l'erreur est déterminante pour l'issue de l'affaire. Identifier une erreur manifeste et déterminante n'exige pas un examen de l'ensemble de la preuve. L'examen doit être axé sur les motifs du juge du procès et, au besoin, sur des éléments de preuve précis sur lesquels l'appelant attire l'attention de la cour d'appel afin de montrer qu'une conclusion donnée n'est pas étayée par la preuve. Il serait inapproprié que la cour d'appel procède à sa propre appréciation indépendante de la preuve, pour ensuite relever les conclusions du juge du procès auxquelles elle ne souscrit pas et conclure que celles-ci découlent d'erreurs manifestes et dominantes afin de justifier son intervention. Les juridictions d'appel, en comparaison aux juges du procès, ne sont pas bien outillées pour la tâche de tirer des conclusions de fait, et doivent donc laisser cette tâche à ceux-ci.

2019 SCC 14 (CanLII)

The distorting lens metaphor does not dispense with the requirement of identifying reviewable errors in accordance with the standards articulated in *Housen.* A "distorting lens" cannot justify a wide-ranging review of the entire record unless adopting the lens is shown to be, in itself, a reviewable error. The distorting lens metaphor may arguably be useful to illustrate how certain palpable errors taint the analysis of the evidence to the point of having an overriding effect, but a metaphor is not a full explanation. The appellate court must explain why the trial judge erred by viewing the case through the impugned "distorting lens", why that error amounts to more than a mere divergence in opinion, and precisely how it distorted the trial judge's analysis and affected the outcome of the case.

La métaphore du prisme déformant n'écarte pas l'obligation de relever la présence d'erreurs révisables conformément aux normes formulées dans *Housen*. Un « prisme déformant » ne peut justifier un examen général de l'ensemble du dossier sauf s'il est démontré que le recours à un tel prisme déformant constitue, en soi, une erreur ouvrant droit à révision. La métaphore du prisme déformant peut sans doute servir à illustrer la façon dont certaines erreurs manifestes vicient l'analyse de la preuve au point d'avoir un effet déterminant, mais une métaphore ne constitue toutefois pas une explication complète. La juridiction d'appel doit expliquer pourquoi le juge du procès a commis une erreur en analysant l'affaire sous l'angle du « prisme déformant » contesté, pourquoi cette erreur représente plus qu'une simple divergence d'opinions, et de quelle façon précise elle fausse l'analyse du juge du procès et influe sur l'issue de l'affaire.

Part of the Court's role as a second and final court of appeal is to ensure that a trial judge's findings of fact or of mixed fact and law remain undisturbed unless a palpable and overriding error is established. Although the focal point of the Court is the first appellate court's decision, not that of the trial judge, the Court must inevitably return to the trial judge's reasons in order to determine whether the first appellate court correctly identified reviewable errors. In that regard, the Court should not defer to the first appellate court with respect to the identification of reviewable errors. When the Court reviews a decision in which the first appellate court has substituted its own findings of fact or of mixed fact and law for those of the trial judge, it must first inquire into whether the first appellate court correctly identified reviewable errors. If it did not, the trial judge's findings must be restored regardless of the merits of the first appellate court's findings. If, however, the Court agrees that the intervention was warranted, it must ask whether the first appellate court has erred in making its own independent assessment of the relevant evidence. It is only at this step that the Court will show a certain deference and will therefore avoid intervening unless clearly satisfied that the first appellate court's findings are erroneous.

Il incombe à la Cour, en tant que juridiction d'appel de second et ultime ressort, de s'assurer que les conclusions de fait ou les conclusions mixtes de fait et de droit du juge du procès sont respectées, à moins que l'existence d'une erreur manifeste et déterminante ne soit établie. Bien que l'objet principal de l'examen de la Cour est la décision de la première juridiction d'appel, et non celle du juge du procès, la Cour doit nécessairement examiner les motifs du juge du procès pour déterminer si la première juridiction d'appel a correctement identifié des erreurs révisables. À cet égard, la Cour ne devrait pas faire montre de retenue à l'égard de la première juridiction d'appel en ce qui concerne l'identification des erreurs révisables. Lorsqu'elle examine une décision dans laquelle la première cour d'appel a substitué ses propres conclusions de fait, ou conclusions mixtes de fait et de droit, à celles du juge du procès, la Cour doit d'abord se demander si la première cour d'appel a correctement identifié des erreurs révisables. Dans la négative, les conclusions du juge du procès doivent être rétablies sans égard au bien-fondé des conclusions de la première cour d'appel. Cependant, si la Cour reconnaît que l'intervention était justifiée, elle doit se demander si la première cour d'appel a commis une erreur dans sa propre appréciation indépendante des éléments de preuve pertinents. Ce n'est qu'à cette étape que la Cour fera preuve d'une certaine déférence, et elle évitera donc d'intervenir sauf si elle est clairement satisfaite que les conclusions de la première cour d'appel sont erronées.

In the instant case, the trial judge did not make a palpable and overriding error with respect to fault and causation. The Court of Appeal merely preferred a different "lens" than the one used by the trial judge. Further, it relied on a broad reassessment of the evidence in order to identify the purported errors, which is at odds with *Housen* and

Dans le cas présent, la juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante en ce qui concerne la faute et le lien de causalité. La Cour d'appel a simplement privilégié un « prisme » différent de celui auquel a recouru la juge du procès. De plus, elle s'est fondée sur un réexamen général de la preuve afin de déceler les erreurs dont il

2019 SCC 14 (CanLII)

its progeny. The Court of Appeal's intervention was unwarranted and the Court must intervene to restore the trial judge's findings.

Whenever lawyers recommend other professionals, or express confidence in them, they must meet the standard of a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in the same circumstances. Lawyers should make such inquiries as will enable them to acquire reasonable knowledge of professionals they recommend unless they already have relevant experience dealing with them. Not every professional error made in making such inquiries — or in failing to make them — will amount to a fault if the lawyer's conduct does not depart from the standard expected, and courts must be careful not to assess recommendations in light of facts discovered subsequently. Moreover, referring lawyers are not required to monitor the advice given by the professionals they recommended, as this would defeat the purpose of referral.

In the instant case, the Court of Appeal did not identify a specific reviewable error in the trial judge's reasons in relation to the lawyer's initial recommendation and later expressions of confidence. The lawyer did not commit a fault in recommending the investment firm and the financial advisor and in expressing confidence in them. While the lawyer had a duty to advise both his clients and a duty of loyalty to both of them, those duties were largely circumscribed by the very nature and scope of his mandates. The precise scope of a mandate does not always limit a lawyer's duties, but it is certainly one of the main considerations for a judge when assessing professional liability. In the present case, as the lawyer had had no specific mandate with regard to the clients' investments, it was appropriate for the trial judge to eschew an overly broad approach to liability. The lawyer's confidence in the competence and probity of the investment firm and the recommended advisor was based on reasonable knowledge. He therefore acted as a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in the circumstances.

A lawyer's duty to advise generally includes obligations to inform the client of the relevant facts, to explain available options and their implications, and to recommend a course of action. Yet, the precise content of that duty is highly dependent on the circumstances, including the scope of the mandate, the obligations assumed by the

est question, ce qui est contraire à l'arrêt *Housen* et à ceux rendus dans sa foulée. L'intervention de la Cour d'appel n'était pas justifiée et la Cour doit intervenir pour rétablir les conclusions de la juge du procès.

Chaque fois que les avocats recommandent d'autres professionnels ou qu'ils expriment leur confiance en eux, ils doivent satisfaire à la norme de l'avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent dans la même situation. Les avocats devraient faire des recherches sur les professionnels qu'ils recommandent afin d'en avoir une connaissance raisonnable, à moins qu'ils n'aient déjà eu une expérience de collaboration pertinente avec eux. Toutes les erreurs professionnelles relatives à ces recherches — ou à l'omission d'en faire — ne constitueront pas une faute si la conduite de l'avocat respecte la norme à laquelle il devrait se conformer, et les tribunaux doivent se garder de juger des recommandations à la lumière de faits découverts subséquemment. De plus, l'avocat n'est pas tenu de vérifier les conseils donnés par les professionnels qu'il a recommandés, vu que ce serait contraire à l'objectif de la recommandation.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel n'a pas identifié d'erreur révisable précise dans les motifs de la juge du procès concernant la recommandation initiale de l'avocat et ses témoignages subséquents de confiance. L'avocat n'a pas commis de faute en recommandant la société de placements et le conseiller financier et en témoignant de sa confiance en eux. Bien que l'avocat avait un devoir de conseil et un devoir de loyauté envers ses deux clientes, ces devoirs étaient dans une large mesure circonscrits par la nature et l'étendue mêmes de ses mandats. Les devoirs d'un avocat ne se résument pas toujours à l'étendue précise de son mandat, mais celle-ci constitue certainement l'une des considérations principales dont le juge doit tenir compte pour évaluer la responsabilité professionnelle. En l'espèce, vu que l'avocat n'avait aucun mandat précis en ce qui concerne les placements de ses clientes, il était opportun que la juge du procès évite d'adopter une approche trop large en ce qui concerne la responsabilité. La confiance de l'avocat en la compétence et la probité de la société de placements et le conseiller recommandé reposait sur une connaissance raisonnable. Il a donc agi comme l'aurait fait un avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent dans la situation.

Le devoir de conseil de l'avocat inclut généralement l'obligation d'informer son client des faits pertinents, celle d'expliquer les options possibles et leurs conséquences et celle de recommander une ligne de conduite. Le contenu précis de ce devoir est toutefois hautement tributaire des circonstances, à savoir l'étendue du mandat,

2019 SCC 14 (CanLII)

lawyer and his or her areas of expertise. In this case, there is no palpable and overriding error in the trial judge's finding that the lawyer's only fault relating to his duty to advise was to recommend specific investment products. As the trial judge concluded, the lawyer failed to act as a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in recommending specific investment products and in volunteering investment advice even though such advice fell outside of the limits of his mandates. In so doing, he breached his duty to advise. Indeed, to the extent that a lawyer does provide advice, he must meet the standard of a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in the same circumstances irrespective of the scope of his mandate.

The Court of Appeal had some basis for concluding that the lawyer had committed the same faults in respect of both his clients, but even if this error is assumed to be palpable, it did not affect the outcome of the case. This error did not justify the Court of Appeal's conducting a broad reassessment of the evidence for the purpose of finding other potential errors.

The analysis of an alleged fault related to the duty of loyalty involves a question of mixed fact and law and, unless a pure question of law can be extricated, the appropriate standard is that of palpable and overriding error. An extricable question of law generally concerns a mischaracterization of the applicable legal test or a failure to consider a required element of that test. The analysis of an alleged conflict of interest is inherently fact-based and alleged conflicts must be assessed on a case-by-case basis. Not every potential violation of the duty of loyalty will give rise to an action in civil liability. The court must analyze the nature and the circumstances of the alleged conflict for the purpose of characterizing the violation and, if warranted, determining the appropriate remedy.

A trial judge does not have to discuss in detail every single fact alleged by the parties or every piece of evidence and declining to draw an inference falls squarely within its purview. The question is not whether the trial judge brushed aside elements that the court of appeal deemed important, but whether those omissions might have affected the conclusion. Here, the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's finding that the lawyer had not breached his duty of loyalty to his clients. It proceeded to revisit the issue of conflict of interests by

les obligations qu'assume l'avocat et ses domaines d'expertise. Dans la présente affaire, la juge du procès n'a commis aucune erreur manifeste et déterminante en concluant que la seule faute de l'avocat quant à son devoir de conseil a été de recommander des produits de placement précis. Comme l'a conclu la juge du procès, l'avocat a omis d'agir comme l'aurait fait un avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent lorsqu'il a recommandé des produits de placement précis et lorsqu'il a donné de son propre chef des conseils en matière de placements même si de tels conseils ne faisaient pas partie de ses mandats. En faisant cela, il a manqué à son devoir de conseil. D'ailleurs, dans la mesure où un avocat donne des conseils, il doit respecter la norme à laquelle se conformerait un avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent dans la même situation, quelle que soit l'étendue précise de son mandat.

La Cour d'appel disposait de certains éléments sur lesquels se fonder pour conclure que l'avocat a commis les mêmes fautes à l'égard de ses deux clientes, mais même si cette erreur est tenue pour manifeste, elle n'a pas eu d'incidence sur l'issue de l'affaire. Cette erreur ne permettait pas non plus à la Cour d'appel de procéder à un réexamen général de la preuve afin de déceler d'autres erreurs potentielles.

L'analyse d'une faute reprochée quant au devoir de loyauté soulève des questions mixtes de fait et de droit et, à moins qu'on puisse facilement isoler une pure question de droit, la norme appropriée est celle de l'erreur manifeste et déterminante. Une question de droit isolable consiste généralement en une formulation erronée du critère juridique applicable ou en l'omission de tenir compte d'un élément essentiel de ce critère. L'analyse d'un prétendu conflit d'intérêts est intrinsèquement factuelle et les prétendus conflits d'intérêts doivent être évalués au cas par cas. Ce ne sont pas tous les possibles manquements au devoir de loyauté qui donneront ouverture à une action en responsabilité civile. Le tribunal doit analyser la nature et les circonstances du prétendu conflit afin de qualifier la contravention et de déterminer, le cas échéant, la réparation qui s'impose.

Un juge de première instance n'est pas tenu de traiter en détail de chaque fait particulier allégué par les parties ou de chaque élément de preuve, et la décision de refuser de tirer une inférence relève entièrement du juge des faits. La question n'est pas de savoir si le juge du procès a écarté des éléments que la cour d'appel estime importants, mais plutôt si de telles omissions auraient pu avoir une incidence sur la conclusion. En l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en infirmant la conclusion de la juge du procès selon laquelle l'avocat n'a pas manqué à son

2019 SCC 14 (CanLII)

applying the standard of correctness, as if a question of law had been identified. Yet, the Court of Appeal has not suggested that the trial judge failed to identify the correct legal principles applicable to the alleged fault related to the duty of loyalty or that there is an error in the trial judge's characterization of the applicable legal test. The Court of Appeal failed to identify a palpable and overriding error and impermissibly reassessed the evidence as a whole on the basis of a disagreement over the weight to be given to the evidence. The fact that the Court of Appeal would have weighed the evidence differently, or drawn different inferences, does not justify its intervention. Even if the trial judge did not address certain aspects of the professional relationship between the lawyer and the recommended advisor, especially the disclosure by the former of communications with his client and the fact that he had cooperated extensively with the recommended advisor and the investment firm on at least one occasion, those omissions did not affect her conclusions. The trial judge properly considered the factors that could have cast doubt on the lawyer's undivided loyalty and commitment to his clients, that is, his friendship with the recommended advisor and their financial relationship, including the gifts or commissions he had received. The conclusion that these factors were not enough to have placed the lawyer in a position where his personal interest conflicted with that of his clients was open to her, and is entitled to deference.

A fundamental principle of civil liability is that a person is liable only for injury caused by his or her own fault. A true cause is established when the plaintiff proves that the injury is a logical, immediate and direct consequence of the fault. It does not suffice to show that the fault increased the likelihood of the injury occurring if there is no evidence that the fault directly caused the injury either in whole or in part. The analysis of causation remains a context-based exercise which does not lend itself to legal theorizing. It is up to the trier of fact to draw a line, or identify a breaking point, between the consequences that flow directly and immediately from the fault and the others. Proving breaches of a lawyer's professional duties does not suffice to establish civil liability in the absence of a causal link to an injury.

In the instant case, the Court of Appeal should not have completely reassessed the evidence and interfered with the trial judge's conclusions regarding causation of the

devoir de loyauté envers ses clientes. Elle a procédé au réexamen de la question du conflit d'intérêts en appliquant la norme de la décision correcte, comme si une question de droit avait été relevée. Cependant, la Cour d'appel n'a pas laissé entendre que la juge du procès avait omis de cerner les bons principes juridiques applicables à la faute reprochée liée au devoir de loyauté ou que sa description du critère juridique applicable comportait une erreur. La Cour d'appel n'a pas relevé la présence d'une erreur manifeste et déterminante et elle a procédé de façon inacceptable à un réexamen de l'ensemble de la preuve en se fondant sur une divergence d'opinions quant à l'importance qu'il faut donner à la preuve. Le fait que la Cour d'appel aurait apprécié différemment la preuve ou tiré des inférences différentes ne justifie pas son intervention. Même si la juge du procès n'a pas traité de certains aspects de la relation professionnelle qui unissait l'avocat et le conseiller recommandé, en particulier la divulgation par l'avocat de communications qu'il a eues avec sa cliente et le fait qu'il a collaboré avec le conseiller recommandé et la société de placements à au moins une occasion, de telles omissions n'ont pas eu d'incidence sur ses conclusions. La juge du procès a examiné comme il convient les facteurs qui auraient pu soulever des doutes quant à la loyauté et au dévouement exclusifs de l'avocat envers ses clientes, à savoir son amitié avec le conseiller recommandé et leur relation financière, notamment les cadeaux ou les commissions qu'il a reçus. La juge du procès pouvait tirer la conclusion que de tels facteurs ne suffisaient pas à placer l'avocat dans une situation où son intérêt personnel entrerait en conflit avec celui de ses clientes, et il convient de faire preuve de déférence à l'égard de cette conclusion.

Selon un principe fondamental de la responsabilité civile, une personne ne peut être tenue responsable que des préjudices causés par sa faute. Une cause véritable est établie lorsque le demandeur prouve que le préjudice est une conséquence logique, directe et immédiate de la faute. En l'absence de toute preuve que la faute a directement causé le préjudice en totalité ou en partie, il ne suffit pas de démontrer que la faute a augmenté la probabilité qu'il y ait préjudice. L'analyse du lien de causalité demeure une démarche contextuelle qui se prête mal à la théorisation juridique. Il appartient au juge des faits de tirer une ligne, ou d'identifier le point de rupture, entre les conséquences qui découlent directement et immédiatement de la faute et les autres. Il ne suffit pas de prouver qu'un avocat a manqué à ses devoirs professionnels pour établir une responsabilité civile; un lien causal avec le préjudice doit aussi être établi.

Dans la présente affaire, la Cour d'appel n'aurait pas dû procéder à une nouvelle appréciation complète de la preuve et modifier les conclusions de la juge du procès

2019 SCC 14 (CanLII)

basis of the distorting lens metaphor. It was open to the trial judge to find that the fraud was the only true cause of the losses and that the recommendation of the investment firm and financial advisor was not close enough to the injury to qualify as a logical, direct and immediate cause. With respect to the duties of loyalty and confidentiality, it is unclear how the alleged breaches might have caused the losses. Moreover, even if the lawyer did commit additional faults related to his duty to advise and his duties of loyalty and confidentiality after he had become aware of a news article raising doubts about the firm's practices, the outcome would be the same as the funds were no longer recoverable by that time. Hence, any faults occurring after that date had no consequence on the losses.

concernant le lien de causalité en se fondant sur la métaphore du prisme déformant. La juge du procès pouvait donc conclure que la fraude est la seule cause véritable des pertes et que la recommandation de la société de placements et du conseiller financier n'a pas de lien suffisamment étroit avec le préjudice pour constituer une cause logique, directe et immédiate. Pour ce qui est des devoirs de loyauté et de confidentialité, il n'apparaît pas clairement de quelle façon les manquements reprochés auraient pu causer les pertes. De plus, même si l'avocat avait effectivement commis d'autres fautes relativement à son devoir de conseil et à ses devoirs de loyauté et de confidentialité après avoir eu connaissance d'un article publié dans le journal qui soulevait des doutes relativement aux pratiques de la société de placements, l'issue aurait été la même étant donné que les fonds ne pouvaient plus être recouvrés à ce moment. Par conséquent, les fautes commises après cette date n'ont eu aucune conséquence sur les pertes.

Cases Cited

By Gascon J.

Distinguished: *Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *3091-5177 Québec inc. (Éconolodge Aéroport) v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2018 SCC 43, [2018] 3 S.C.R. 8; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478; *Ford du Canada ltée v. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541; *Softmedical inc. v. Daabous*, 2017 QCCA 1270; *Droit de la famille — 161960*, 2016 QCCA 1300; *Droit de la famille — 132381*, 2013 QCCA 1505; *Francoeur v. 4417186 Canada inc.*, 2013 QCCA 191; *Desrochers v. 2533-0838 Québec inc.*, 2016 QCCA 825; *Gutin v. Cenfood International Inc.*, 2018 QCCA 317; *2758792 Canada inc. v. Bell Distribution inc.*, 2017 QCCA 603; *Mangiola v. R.*, 2017 QCCA 741; *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Hydro-Québec v. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947; *R. v. Lalonde*, 2014 QCCA 639; *Poulin v. Pilon*, [1984] C.S. 177; *Labrie v. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5; *Côté v. Rancourt*, 2004 SCC 58, [2004] 3 S.C.R. 248; *Sylvestre v. Karpinski*, 2011 QCCA 2161; *Daigneault v. Lapierre*, [2003] R.R.A.

Jurisprudence

Citée par le juge Gascon

Distinction d'avec l'arrêt : *Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *3091-5177 Québec inc. (Éconolodge Aéroport) c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2018 CSC 43, [2018] 3 R.C.S. 8; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478; *Ford du Canada ltée c. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541; *Softmedical inc. c. Daabous*, 2017 QCCA 1270; *Droit de la famille — 161960*, 2016 QCCA 1300; *Droit de la famille — 132381*, 2013 QCCA 1505; *Francoeur c. 4417186 Canada inc.*, 2013 QCCA 191; *Desrochers c. 2533-0838 Québec inc.*, 2016 QCCA 825; *Gutin c. Cenfood International Inc.*, 2018 QCCA 317; *2758792 Canada inc. c. Bell Distribution inc.*, 2017 QCCA 603; *Mangiola c. R.*, 2017 QCCA 741; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1; *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947; *R. c. Lalonde*, 2014 QCCA 639; *Poulin c. Pilon*, [1984] C.S. 177; *Labrie c. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5; *Côté c. Rancourt*, 2004 CSC 58, [2004] 3 R.C.S. 248;

2019 SCC 14 (CanLII)

902; *Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Parizeau v. Poulin De Courval*, [2000] R.R.A. 67; *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419; *Compagnie 99885 Canada Inc. v. Monast*, [1994] R.R.A. 217; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Stellaire Construction Inc. v. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591; *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638; *Laval (Ville de) (Service de protection des citoyens, département de police et centre d'appels d'urgence 911) v. Ducharme*, 2012 QCCA 2122, [2012] R.J.Q. 2090; *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720; *Beaulieu v. Paquet*, 2016 QCCA 1284; *124329 Canada inc. v. Banque Nationale du Canada*, 2011 QCCA 226, [2011] R.J.Q. 295; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377.

By Côté J. (dissenting)

Laferrière v. Lawson, [1991] 1 S.C.R. 541; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663; *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491; *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *P.L. v. Benchetrit*, 2010 QCCA 1505; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138; *Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201; *Ford du Canada ltée v. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580; *Maze v. Empson*, [1964] S.C.R. 576; *Côté v. Rancourt*, 2004 SCC 58, [2004] 3 S.C.R. 248; *Sylvestre v. Karpinski*, 2011 QCCA 2161; *Bessette v. Pharmacie Suzanne Payer*

Sylvestre c. Karpinski, 2011 QCCA 2161; *Daigneault c. Lapierre*, [2003] R.R.A. 902; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Parizeau c. Poulin De Courval*, [2000] R.R.A. 67; *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419; *Compagnie 99885 Canada Inc. c. Monast*, [1994] R.R.A. 217; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Stellaire Construction Inc. c. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591; *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638; *Laval (Ville de) (Service de protection des citoyens, département de police et centre d'appels d'urgence 911) c. Ducharme*, 2012 QCCA 2122, [2012] R.J.Q. 2090; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720; *Beaulieu c. Paquet*, 2016 QCCA 1284; *124329 Canada inc. c. Banque Nationale du Canada*, 2011 QCCA 226, [2011] R.J.Q. 295; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377.

Citée par la juge Côté (dissidente)

Laferrière c. Lawson, [1991] 1 R.C.S. 541; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663; *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491; *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *South Yukon Forest Corp. c. Canada*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *P.L. c. Benchetrit*, 2010 QCCA 1505, [2010] R.J.Q. 1853; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Waxman c. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201; *Ford du Canada ltée c. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580; *Maze c. Empson*, [1964] R.C.S. 576; *Côté c. Rancourt*, 2004 CSC 58, [2004] 3 R.C.S. 248; *Sylvestre c. Karpinski*, 2011 QCCA 2161; *Bessette c. Pharmacie*

2019 SCC 14 (CanLII)

inc., 2017 QCCS 2474; *Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Phillips v. Naamani*, 1998 CanLII 9332; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621; *Parrot v. Thompson*, [1984] 1 S.C.R. 57; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789; *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419; *Stellaire Construction Inc. v. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591; *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 1607, 1613, 2138.
Code of ethics of advocates, CQLR, c. B-1, r. 3.
Code of Professional Conduct of Lawyers, CQLR, c. B-1, r. 3.1, s. 25.

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, dir. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2013.
Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
Lévesque, Frédéric. *Précis de droit québécois des obligations*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2014.
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd. Montréal: Thémis, 2012.
Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2009.
Thouin, Marie-Chantal. "L'avocat, toujours de bon conseil?", dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 228, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2005, 49.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Kasirer, Vauclair and Parent JJ.A.), 2017 QCCA 273, 41 C.C.L.T. (4th) 1, [2017] AZ-51368107, [2017] J.Q. nº 1326 (QL), 2017 CarswellQue 1076 (WL Can.), setting aside a decision of Dulude J., 2014 QCCS 3072, [2014] AZ-51085557, [2014] Q.J. No. 6361 (QL), 2014 CarswellQue 6527 (WL Can.). Appeal dismissed, Côté J. dissenting.

Douglas C. Mitchell, *Audrey Boctor* and *Olga Redko*, for the appellants.

Suzanne Payer inc., 2017 QCCS 2474; *Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Phillips c. Naamani*, 1998 CanLII 9332; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621; *Parrot c. Thompson*, [1984] 1 R.C.S. 57; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789; *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419; *Stellaire Construction Inc. c. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 1607, 1613, 2138.
Code de déontologie des avocats, RLRQ, c. B-1, r. 3.
Code de déontologie des avocats, RLRQ, c. B-1, r. 3.1, art. 25.

Doctrine et autres documents cités

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina, dir. Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.
Baudouin, Jean-Louis, Patrice Deslauriers et Benoît Moore. *La responsabilité civile*, 8e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Lévesque, Frédéric. *Précis de droit québécois des obligations*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Lluelles, Didier, et Benoît Moore. *Droit des obligations*, 2e éd., Montréal, Thémis, 2012.
Tancelin, Maurice. *Des obligations en droit mixte du Québec*, 7e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2009.
Thouin, Marie-Chantal. « L'avocat, toujours de bon conseil? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 228, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2005, 49.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Kasirer, Vauclair et Parent), 2017 QCCA 273, 41 C.C.L.T. (4th) 1, [2017] AZ-51368107, [2017] J.Q. nº 1326 (QL), 2017 CarswellQue 1076 (WL Can.), qui a infirmé une décision de la juge Dulude, 2014 QCCS 3072, [2014] AZ-51085557, [2014] Q.J. No. 6361 (QL), 2014 CarswellQue 6527 (WL Can.). Pourvoi rejeté, la juge Côté est dissidente.

Douglas C. Mitchell, *Audrey Boctor* et *Olga Redko*, pour les appelants.

2019 SCC 14 (CanLII)

Pierre Bienvenu, *Azim Hussain*, *Andres C. Garin* and *Frédéric Wilson*, for the respondents.

The judgment of Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe and Martin JJ. was delivered by

GASCON J. —

I. Overview

[1] This case concerns the professional liability of a lawyer who has referred clients to a financial advisor where that advisor subsequently turns out to be a fraudster and where, in addition to the referral, the lawyer has over a number of years been recommending and endorsing the advisor's investments.

[2] By 2003, the first appellant, Kenneth F. Salomon, had been the lawyer of the respondents, Judith Matte-Thompson and 166376 Canada Inc. ("166"), in Quebec for a long time. During that year, he introduced them to Themis Papadopoulos, his personal friend and his own financial advisor, and recommended that they consult him. In the following four years, the respondents ended up investing over $7.5 million with Mr. Papadopoulos's investment firm, Triglobal Capital Management Inc. ("Triglobal"). Over the course of those four years, Mr. Salomon repeatedly endorsed Mr. Papadopoulos as a financial advisor and encouraged the respondents to make and retain investments with Triglobal. In 2007, Mr. Papadopoulos and his associate, Mario Bright, disappeared with the savings of around 100 investors, including those of the respondents.

[3] The respondents claimed that Mr. Papadopoulos and Mr. Bright had fraudulently misappropriated their investments. They also claimed that Mr. Salomon and the second appellant, his law firm Sternthal Katznelson Montigny LLP ("SKM"),[1] had been professionally negligent in two ways. First,

[1] In this Court and the courts below, SKM presented a common defence with Mr. Salomon and did not present separate arguments concerning its own liability.

Pierre Bienvenu, *Azim Hussain*, *Andres C. Garin* et *Frédéric Wilson*, pour les intimées.

Version française du jugement du juge en chef Wagner et des juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Gascon, Brown, Rowe et Martin rendu par

LE JUGE GASCON —

I. Aperçu

[1] La présente affaire concerne la responsabilité professionnelle imputable à un avocat qui aiguille des clients vers un conseiller financier qui se révèle ultérieurement être un fraudeur, dans un contexte où, outre l'aiguillage lui-même, l'avocat recommande et commente favorablement les placements de ce conseiller au fil des ans.

[2] En 2003, le premier appelant, Kenneth F. Salomon, est l'avocat de longue date des intimées, Judith Matte-Thompson et 166376 Canada Inc. (« 166 »), au Québec. Au cours de l'année, il leur présente Themis Papadopoulos, son ami proche et conseiller financier personnel, et leur recommande de le consulter. Au cours des quatre années qui suivent, les intimées finissent par investir plus de 7,5 millions de dollars dans la société de placements de M. Papadopoulos, Triglobal Capital Management Inc. (« Triglobal »). Durant ces quatre années, M^e^ Salomon commente favorablement et de façon répétée les services de M. Papadopoulos en tant que conseiller financier, en plus d'encourager les intimées à effectuer et à conserver leurs placements chez Triglobal. En 2007, M. Papadopoulos et son associé, Mario Bright, se volatilisent avec les économies d'une centaine d'investisseurs, dont celles des intimées.

[3] Pour les intimées, MM. Papadopoulos et Bright ont détourné frauduleusement leurs investissements. Elles soutiennent aussi que M^e^ Salomon et le deuxième appelant, son cabinet d'avocats Sternthal Katznelson Montigny, s.e.n.c.r.l. (« SKM »)[1], ont fait preuve de négligence professionnelle de deux façons.

[1] Devant notre Cour et devant les cours d'instances inférieures, SKM a présenté une défense commune avec M^e^ Salomon et n'a pas formulé d'arguments distincts quant à sa propre responsabilité.

2019 SCC 14 (CanLII)

Mr. Salomon and SKM had breached their duty to advise the respondents by recommending, endorsing and encouraging inappropriate investments with Mr. Papadopoulos's firm. Second, they had disregarded their duty of loyalty to the respondents by placing themselves in a conflict of interest that led them to turn a blind eye to the situation. The respondents sued Mr. Papadopoulos, Mr. Bright, Mr. Salomon and SKM for the loss of their investment capital, the loss of the opportunity to realize a return on those investments, and moral injury. They also sought an award of punitive damages against Mr. Papadopoulos and Mr. Bright.

Premièrement, M^e^ Salomon et SKM ont manqué à leur devoir de conseil envers les intimées en recommandant, commentant favorablement et encourageant des investissements inopportuns auprès de la société de M. Papadopoulos. Deuxièmement, ils ont manqué à leur devoir de loyauté envers les intimées en se plaçant dans une situation de conflit d'intérêts qui les a amenés à fermer les yeux sur la situation. Les intimées ont poursuivi MM. Papadopoulos, Bright et Salomon et le cabinet SKM pour la perte de leurs investissements en capital, pour la perte de la possibilité de tirer des revenus de ces capitaux et pour leur préjudice moral. Elles ont également demandé que MM. Papadopoulos et Bright soient condamnés à leur verser des dommages-intérêts punitifs.

[4] The trial judge held that Mr. Papadopoulos and Mr. Bright were liable for the respondents' investment losses and moral injury, as well as for punitive damages, but dismissed the claim against Mr. Salomon and SKM. She concluded that Mr. Salomon had not committed any fault that was a cause of the respondents' losses. In her view, although he had breached his professional standard of care by making his initial recommendation to the individual respondent, Ms. Matte-Thompson, with regard to her investments, there was no causal link between that fault and Ms. Matte-Thompson's subsequent losses. The trial judge also found that Mr. Salomon had not been in a conflict of interest and that he had not provided financial advice to the corporate respondent, 166.

[4] La juge de première instance conclut que MM. Papadopoulos et Bright sont responsables des pertes subies par les intimées au titre de leurs placements et de leur préjudice moral, en plus de les condamner au paiement de dommages-intérêts punitifs. Elle rejette toutefois l'action contre M^e^ Salomon et SKM, statuant que le premier n'a commis aucune faute qui aurait causé les pertes subies par les intimées. De l'avis de la juge de première instance, bien que M^e^ Salomon ait manqué à son obligation de diligence professionnelle en formulant à l'intimée, M^me^ Matte-Thompson, sa recommandation initiale quant à ses placements, il n'existe aucun lien de causalité entre cette faute et les pertes subséquentes de M^me^ Matte-Thompson. La juge du procès conclut en outre que M^e^ Salomon ne s'est pas placé dans une situation de conflit d'intérêts et qu'il n'a pas fourni de conseils financiers à l'autre intimée, 166.

[5] The Court of Appeal concluded that the trial judge had made reviewable errors, and it reversed her judgment. It made a number of findings, including (1) that Mr. Salomon's faults were not limited in time to that of the initial recommendation, (2) that those faults were committed not only against Ms. Matte-Thompson, but also against 166, and (3) that those faults caused the losses suffered by both of the respondents. In the Court of Appeal's opinion, the trial judge had viewed Mr. Salomon's acts and their consequences through a distorting lens which had led her to erroneously assess the evidence in isolated

[5] La Cour d'appel statue que la juge de première instance a commis des erreurs donnant ouverture à son intervention et elle a infirmé la décision. Elle tire un certain nombre de conclusions, statuant notamment : (1) que les fautes commises par M^e^ Salomon ne se limitent pas dans le temps à celle relative à sa recommandation initiale, (2) que ces fautes ont été commises à l'égard non seulement de M^me^ Matte-Thompson, mais également de 166 et (3) que ces fautes ont causé les pertes subies par les deux intimées. De l'avis de la Cour d'appel, la juge de première instance a analysé les agissements

2019 SCC 14 (CanLII)

silos, without the insight provided by a global analysis. The Court of Appeal also held that the trial judge had taken an unduly restrictive approach in analyzing Mr. Salomon's conflict of interest.

de M[e] Salomon et leurs conséquences à travers un prisme déformant, qui l'a amenée à apprécier erronément la preuve de façon compartimentée, sans l'éclairage que lui aurait procuré une vision d'ensemble des événements. La Cour d'appel conclut également que la juge de première instance a adopté une approche indûment restrictive lors de son analyse du conflit d'intérêts de M[e] Salomon.

[6] I am satisfied that the Court of Appeal had a sufficient basis for intervening as it did. I would therefore dismiss the appeal.

[6] J'estime que la Cour d'appel disposait d'assises suffisantes pour intervenir comme elle l'a fait. Je suis par conséquent d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Context

II. Contexte

[7] Malcolm Thompson and his wife, Ms. Matte-Thompson, were business people who operated restaurant franchises in Ontario and Quebec. Four companies ("Companies"), including 166, were set up for the purpose of operating the restaurants. Mr. Thompson and Ms. Matte-Thompson owned, respectively, two thirds and one third of the shares of 166, and Mr. Thompson was the sole shareholder of the other three companies. In 2002, the Thompsons sold all of their restaurant franchises but one. With that one exception, the Companies remained owners of the real estate only.

[7] À l'époque pertinente, Malcolm Thompson et son épouse, M[me] Matte-Thompson, sont des gens d'affaires qui exploitent des franchises de restaurants en Ontario et au Québec. Quatre sociétés (« Sociétés »), dont 166, sont alors constituées pour l'exploitation des restaurants. Monsieur Thompson et M[me] Matte-Thompson détiennent respectivement les deux tiers et le tiers des actions de 166, et M. Thompson est le seul actionnaire des trois autres sociétés. En 2002, les Thompson vendent toutes leurs franchises de restaurants, sauf une. Hormis le cas de cette dernière, les Sociétés ne conservent que les actifs immobiliers.

[8] Mr. Thompson passed away in 2003. Ms. Matte-Thompson then became the sole director of the Companies. She remained 166's sole director until October 2006, when David Gemmill and Joseph Miller were appointed to the board. Mr. Gemmill had been Mr. Thompson's lawyer in Ontario, and Mr. Miller had been his brother-in-law.

[8] Monsieur Thompson décède en 2003 et M[me] Matte-Thompson devient alors l'unique administratrice des Sociétés. Elle demeure la seule administratrice de 166 jusqu'en octobre 2006, alors que David Gemmill (l'avocat de M. Thompson en Ontario) et Joseph Miller (le beau-frère de M. Thompson) sont nommés membres du conseil d'administration.

[9] Mr. Thompson left two wills, in which he created three trusts for his grandchildren and one trust ("Trust") for most of his assets, including his shares in the Companies. Mr. Thompson appointed his wife, Mr. Gemmill and Mr. Miller as the trustees and executors under the wills. The wills named Ms. Matte-Thompson as the income beneficiary of the Trust until her death. The capital of the Trust was to be distributed to the children of Mr. Thompson and those of Ms. Matte-Thompson after Ms. Matte-Thompson's death. The purpose of this arrangement

[9] Monsieur Thompson laisse deux testaments aux termes desquels il constitue trois fiducies pour ses petits-enfants et une fiducie (« Fiducie ») composée de la majorité de ses actifs, y compris les actions qu'il détient dans les Sociétés. Monsieur Thompson désigne son épouse, ainsi que M[e] Gemmill et M. Miller, à titre de fiduciaires et de liquidateurs de la succession. Dans les testaments, M[me] Matte-Thompson est désignée à titre de bénéficiaire des fruits et revenus de la Fiducie jusqu'à son décès. Après le décès de M[me] Matte-Thompson, le capital de la Fiducie doit

2019 SCC 14 (CanLII)

2019 SCC 14 (CanLII)

was to ensure that Ms. Matte-Thompson's needs were met and to provide her with financial security while preserving the capital for the children. Preserving the capital was a paramount consideration under the wills.

[10] Mr. Salomon had been the Thompsons' lawyer for their business operations in Quebec since 1989. Following her husband's death, Ms. Matte-Thompson regularly consulted Mr. Salomon for advice regarding the interpretation and implementation of the wills. She was uncomfortable with her dual position as an income beneficiary and a trustee of the Trust, and worried about how she could maintain her lifestyle without spending the children's capital. Ms. Matte-Thompson was an educated and experienced businesswoman, but did not have sophisticated knowledge of the investment world.

[11] Mr. Salomon introduced Ms. Matte-Thompson to Mr. Papadopoulos, his personal financial advisor and the directing mind of Triglobal, in September 2003. He had met Mr. Papadopoulos in 2001 when he himself was looking for a personal financial advisor. The two had subsequently become close friends. Mr. Salomon personally invested in three funds promoted by Triglobal: he put the bulk of his savings in a Manulife Financial product ("Manulife") and some smaller amounts in Focus Management Inc. ("Focus") and iVest Fund Ltd. ("iVest"). Respectively based in the Cayman Islands and the Bahamas, Focus and iVest were two offshore hedge funds linked to Triglobal and to Mr. Papadopoulos and Mr. Bright.

[12] Mr. Salomon recommended Triglobal and its iVest fund to Ms. Matte-Thompson. Among other things, he described iVest as "an excellent vehicle wherever security of capital is important" (A.R., vol. 3, at p. 352). Relying on that advice, Ms. Matte-Thompson decided to invest some of her personal savings with Triglobal in early 2004. She made an initial investment of $100,000 in iVest and a second one of $1,245,000 in Manulife. In the months

être distribué aux enfants de M. Thompson et à ceux de M^me^ Matte-Thompson. Cet arrangement vise à pourvoir aux besoins de M^me^ Matte-Thompson et à assurer sa sécurité financière, tout en préservant le capital pour les enfants. La préservation du capital est un objectif primordial aux termes des testaments.

[10] Depuis 1989, M^e^ Salomon est l'avocat des Thompson pour leurs activités commerciales au Québec. Après le décès de son époux, M^me^ Matte-Thompson consulte régulièrement M^e^ Salomon pour obtenir ses conseils quant à l'interprétation et à l'exécution des testaments. Elle est mal à l'aise d'être à la fois bénéficiaire des fruits et revenus de la Fiducie et fiduciaire de celle-ci, et elle se demande comment maintenir son style de vie sans entamer le capital destiné aux enfants. Bien qu'elle soit une femme d'affaires instruite et expérimentée, M^me^ Matte-Thompson ne possède pas une connaissance approfondie du milieu des placements.

[11] En septembre 2003, M^e^ Salomon présente M^me^ Matte-Thompson à M. Papadopoulos, son conseiller financier personnel et l'âme dirigeante de Triglobal. Il avait rencontré M. Papadopoulos en 2001 lorsqu'il était lui-même à la recherche d'un conseiller financier personnel, et les deux sont devenus par la suite des amis proches. Maître Salomon a personnellement investi dans trois fonds dont Triglobal fait la promotion : il a placé le gros de ses économies dans un produit Manulife Financial (« Manulife ») ainsi que des sommes de moindre importance dans les fonds Focus Management Inc. (« Focus ») et iVest Fund Ltd. (« iVest »). Situés respectivement aux îles Cayman et aux Bahamas, Focus et iVest sont deux fonds spéculatifs extraterritoriaux (« *offshore hedge fund* ») liés à Triglobal et à MM. Papadopoulos et Bright.

[12] Maître Salomon recommande Triglobal et son fonds iVest à M^me^ Matte-Thompson. Il qualifie notamment iVest [TRADUCTION] « d'excellent véhicule de placement dans les cas où la sécurité du capital est une considération importante » (d.a., vol. 3, p. 352). Se fiant à ce conseil, M^me^ Matte-Thompson décide d'investir une partie de ses économies personnelles auprès de Triglobal au début de l'année 2004. Elle place d'abord 100 000 $ dans le fonds iVest, puis

that followed, she transferred $400,000 from the Manulife account to iVest.

[13] From 2003 to 2006, Mr. Salomon was involved in a reorganization of the Companies. All of them, except the one still operating a restaurant, were merged into 166. Then, in February 2006, Mr. Salomon arranged the sale of 166's assets and prepared resolutions that authorized the opening of accounts for 166 with iVest and Manulife. In February and April 2006, following instructions received from a Triglobal representative, the proceeds of the sale, in the amount of $5,830,642, were invested entirely in Focus. In July 2006, Ms. Matte-Thompson redeemed part of her investment in iVest, and she also put a total of $1,188,949 in Focus in March and October 2006.

[14] Beginning in April 2006, Ms. Matte-Thompson expressed concern to Mr. Salomon regarding the investments, including Focus. She wanted more information on the nature of the investments and had been having difficulty communicating with Triglobal. Each time she expressed concern, Mr. Salomon either promptly reassured her or informed Mr. Papadopoulos, who would himself reassure her.

[15] Near the end of 2006, Mr. Miller urged the other two trustees and executors to request the redemption of 166's investments in Focus. They followed this advice in January 2007, but requested only gradual redemptions in order to avoid any penalty. Between February and July 2007, 166 received redemptions totalling $900,000.

[16] In May 2007, the *La Presse Affaires* magazine published an article that questioned investments made through Triglobal in iVest and Focus. In December 2007, Ms. Matte-Thompson asked for complete redemption of the investments in Focus, but by then, Triglobal, iVest and Focus had ceased doing business and their assets had been frozen. Most unfortunately for the respondents, the Focus and

1 245 000 $ dans le fonds Manulife. Dans les mois qui suivent, elle transfère une somme de 400 000 $ du compte Manulife vers le fonds iVest.

[13] De 2003 à 2006, M^e^ Salomon participe à la réorganisation des Sociétés. À l'exception de celle qui exploite encore un restaurant, les Sociétés fusionnent alors avec 166. En février 2006, M^e^ Salomon organise également la vente des actifs de 166 et prépare des résolutions autorisant l'ouverture pour 166 de comptes dans les fonds iVest et Manulife. En février et en avril 2006, conformément aux directives données par un représentant de Triglobal, le produit de la vente, qui s'élève à 5 830 642 $, est placé au complet dans le fonds Focus. En juillet 2006, M^me^ Matte-Thompson rachète une partie de son placement dans le fonds iVest, et elle place également une somme totale de 1 188 949 $ dans le fonds Focus en mars et octobre 2006.

[14] À partir d'avril 2006, M^me^ Matte-Thompson commence à faire part à M^e^ Salomon de ses inquiétudes au sujet de ces placements, y compris dans le fonds Focus. Elle veut obtenir davantage de renseignements sur la nature des placements, et elle a de la difficulté à communiquer avec Triglobal. Chaque fois qu'elle exprime des préoccupations, ou bien M^e^ Salomon la rassure promptement, ou bien il en informe M. Papadopoulos, qui communique lui-même avec elle pour la rassurer.

[15] Vers la fin de 2006, M. Miller conseille fortement aux deux autres fiduciaires et liquidateurs de la succession de demander le remboursement des placements de 166 dans le fonds Focus. Ils suivent son conseil en janvier 2007, mais ne demandent que des remboursements progressifs, dans le but d'éviter toute pénalité. Entre février et juillet 2007, 166 reçoit des remboursements totalisant 900 000 $.

[16] En mai 2007, le cahier *La Presse Affaires* publie un article qui met en doute les placements faits par l'entremise de Triglobal dans les fonds iVest et Focus. En décembre 2007, M^me^ Matte-Thompson réclame le remboursement intégral des placements dans le fonds Focus, mais, à cette date, Triglobal, iVest et Focus ont cessé leurs activités et leurs actifs ont été bloqués. Malheureusement pour les intimées,

2019 SCC 14 (CanLII)

iVest funds turned out to be parts of a Ponzi scheme. Ms. Matte-Thompson lost $1,188,068 in Focus and iVest; 166 lost $4,006,366 in the same two funds. Globally, almost $100 million was lost in the fraud by approximately 100 investors.

[17] Sometime after the collapse of Triglobal, Ms. Matte-Thompson learned that Mr. Salomon had received payments from Mr. Papadopoulos totalling $38,000 in 2006 and 2007. In early 2006, following a recommendation by Mr. Papadopoulos, Mr. Salomon had incorporated a company, 4307909 Canada Inc. ("430"), for the purpose of "financial consulting" (A.R., vol. 6, at p. 1778). Mr. Papadopoulos instructed 430 to issue two invoices, each in the amount of $10,000, for which payments were received in May and June 2006 even though no services were ever rendered in this regard. According to Mr. Salomon, these payments constituted a "gift" to help him renovate his apartment (A.R., vol. 10, at p. 3108). In February 2007, 430 received a further payment of $8,000, the purpose of which was allegedly to cover the taxes on the previous $20,000 "gift".

[18] Then, in June 2007, Mr. Salomon made a request for redemption of his $70,000 investment in Focus, and he eventually received $50,000 in this regard. In September 2007, again following an instruction from Mr. Papadopoulos, Mr. Salomon issued a $50,000 invoice through 430 in order to receive an initial "bi-weekly" cheque. The following month, 430 received two cheques of $5,000 each from a company belonging to Mr. Papadopoulos called Themis Papadopoulos Financial Services Inc. Mr. Salomon testified that these payments represented a redemption of his own investment in Focus, but in an email written by Mr. Papadopoulos at that time, they were referred to as commissions.

[19] At the hearing before us, counsel for the appellants confirmed that Mr. Salomon had personally lost approximately $20,000 as a result of the fraud. Although the payments received by Mr. Salomon

les fonds Focus et iVest se révèlent faire partie d'un stratagème de type Ponzi. Madame Matte-Thompson perd une somme de 1 188 068 $ dans les fonds Focus et iVest, tandis que 166 perd 4 006 366 $ dans ces mêmes fonds. Globalement, cette fraude fait perdre près de 100 millions de dollars à une centaine d'investisseurs.

[17] Quelque temps après l'effondrement de Triglobal, M^me^ Matte-Thompson apprend que M^e^ Salomon a reçu de M. Papadopoulos des sommes totalisant 38 000 $ en 2006 et 2007. Au début de 2006, par suite d'une recommandation de M. Papadopoulos, M^e^ Salomon a constitué une société, 4307909 Canada Inc. (« 430 »), afin de fournir des services de [TRADUCTION] « consultation financière » (d.a., vol. 6, p. 1778). Conformément aux instructions de M. Papadopoulos, 430 a produit deux factures de 10 000 $ chacune, à l'égard desquelles des paiements ont été reçus en mai et juin 2006 bien qu'aucun service n'ait été fourni. Selon M^e^ Salomon, ces sommes constituaient un [TRADUCTION] « cadeau » en vue de l'aider à rénover son appartement (d.a., vol. 10, p. 3108). En février 2007, 430 a reçu une autre somme de 8 000 $, supposément destinée à payer les impôts relatifs au « cadeau » précédent de 20 000 $.

[18] Ensuite, en juin 2007, M^e^ Salomon a demandé le remboursement de la somme de 70 000 $ qu'il avait placée dans le fonds Focus; il a finalement reçu 50 000 $ à cet égard. En septembre 2007, toujours conformément aux instructions de M. Papadopoulos, M^e^ Salomon a produit une facture de 50 000 $ par l'entremise de 430 afin de recevoir un premier chèque [TRADUCTION] « bimensuel ». Le mois suivant, 430 a reçu deux chèques de 5 000 $ chacun d'une société appartenant à M. Papadopoulos appelée Themis Papadopoulos Financial Services Inc. Maître Salomon a témoigné que les sommes ainsi versées représentent un remboursement de son propre placement dans le fonds Focus, mais dans un courriel rédigé à la même époque par M. Papadopoulos, ces paiements sont qualifiés de commissions.

[19] Lors de l'audience qui s'est déroulée devant nous, l'avocat des appelants confirme que M^e^ Salomon a personnellement perdu environ 20 000 $ par suite de la fraude. Bien que les paiements reçus par

2019 SCC 14 (CanLII)

($38,000) were small compared to the respondents' investments with Triglobal, I note that they were in fact greater than his personal loss from the fraud ($20,000).

[20] The respondents instituted their legal proceedings in January 2008.

III. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (2014 QCCS 3072)*

[21] Mr. Papadopoulos and Mr. Bright did not defend the action against them. In a default judgment, the trial judge held that they were liable for the respondents' investment losses and for Ms. Matte-Thompson's moral injury. In addition, she ordered them to pay punitive damages to the respondents. Her conclusions with respect to Mr. Papadopoulos and Mr. Bright were not appealed.

[22] The trial judge dismissed the claim against Mr. Salomon and SKM, however. She found that, although Mr. Salomon had committed a fault in specifically recommending iVest to Ms. Matte-Thompson for her initial personal investment in 2003, that fault was not the cause of her subsequent losses from her investment in Focus. In the trial judge's view, by the time Ms. Matte-Thompson invested in that fund in 2006, she had developed her own relationship with Mr. Papadopoulos and therefore was not relying on Mr. Salomon's advice in making her investment decisions. The judge stressed that Mr. Salomon could not be held liable for the fraud committed by Mr. Papadopoulos and Mr. Bright.

[23] The trial judge also held that Mr. Salomon had committed no fault against 166, because he had not provided investment advice to the company, nor had he gone too far in reassuring it. Noting that Mr. Salomon had not been consulted before the money from 166 was wired to Focus, the trial judge found that 166 had not relied on his advice in deciding to invest in that fund. It was not Mr. Salomon's responsibility to verify the appropriateness of the investment

M^e Salomon (38 000 $) soient peu élevés comparativement aux placements des intimées chez Triglobal, je signale qu'ils sont en définitive supérieurs à cette somme qu'il a personnellement perdue (20 000 $).

[20] Les intimées intentent leur action en justice en janvier 2008.

III. Décisions des cours d'instances inférieures

A. *Cour supérieure du Québec (2014 QCCS 3072)*

[21] Messieurs Papadopoulos et Bright ne contestent pas l'action intentée contre eux. Dans un jugement rendu par défaut, la juge de première instance conclut qu'ils sont responsables des pertes subies par les intimées au titre de leurs placements ainsi que du préjudice moral causé à M^me Matte-Thompson. De plus, elle condamne MM. Papadopoulos et Bright à verser des dommages-intérêts punitifs aux intimées. Les conclusions formulées par la juge de première instance à l'égard de MM. Papadopoulos et Bright ne sont pas portées en appel.

[22] La juge de première instance rejette toutefois l'action visant M^e Salomon et SKM. Elle conclut que, bien que M^e Salomon ait commis une faute en recommandant expressément à M^me Matte-Thompson d'investir dans le fonds iVest en 2003, cette faute n'est pas la cause des pertes ultérieures de cette dernière au titre de ses placements dans le fonds Focus. Selon la juge, lorsque M^me Matte-Thompson investit dans ce fonds en 2006, elle a déjà établi des liens personnels avec M. Papadopoulos, et elle ne s'appuie donc plus sur les conseils de M^e Salomon pour prendre ses décisions en matière de placements. La juge souligne que M^e Salomon ne peut être tenu responsable de la fraude commise par MM. Papadopoulos et Bright.

[23] La juge de première instance conclut également que M^e Salomon n'a commis aucune faute à l'endroit de 166, parce qu'il ne lui a donné aucun conseil en matière de placements et qu'il n'est pas allé jusqu'à se montrer trop rassurant de quelque manière. Soulignant que M^e Salomon n'a pas été consulté avant que l'argent de 166 ne soit viré dans le fonds Focus, la juge conclut que 166 ne s'en est pas remise à ses conseils pour décider d'investir dans

2019 SCC 14 (CanLII)

recommended by specialists. Moreover, there was no proof that Mr. Salomon could have done anything after he learned about 166's investment in Focus.

[24] Finally, the trial judge concluded that Mr. Salomon had not been in a conflict of interest. She gave credence to Mr. Salomon's testimony and stated that there was no specific proof that any of the payments made by Mr. Papadopoulos and received by Mr. Salomon through 430 were commissions received in exchange for referring clients to Triglobal.

B. *Quebec Court of Appeal (2017 QCCA 273, 41 C.C.L.T. (4th) 1)*

[25] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal, holding that the trial judge had made palpable and overriding errors in her decision. First, it found that she had erred by limiting Mr. Salomon's breach of his duty to advise to the case of Ms. Matte-Thompson. It agreed with the trial judge that Mr. Salomon had breached his duty to advise Ms. Matte-Thompson by recommending iVest. However, the Court of Appeal held that Mr. Salomon had been acting for both of the respondents beginning in 2003, and had had the same obligations to both of them. The Court of Appeal concluded that the judge had viewed the evidence through a distorting lens (para. 66), which had led her to the erroneous conclusion that Mr. Salomon's fault had been committed against Ms. Matte-Thompson only.

[26] Second, the Court of Appeal held that the trial judge had erred by limiting Mr. Salomon's faults to the initial investment in iVest in 2003 and 2004. The Court of Appeal concluded that his faults had continued through to 2007 and that they concerned the respondents' investments in both iVest and Focus. Mr. Salomon's repeated reassurances had induced an air of confidence regarding the investments, when in reality they were manifestly inadequate in relation to the respondents' needs. He had also failed to perform

ce fonds. Maître Salomon n'avait aucune obligation de vérifier si le placement recommandé par des spécialistes était opportun. De plus, rien ne prouve que M[e] Salomon aurait pu intervenir de quelque manière que ce soit après avoir été mis au courant de la décision de 166 d'investir dans le fonds Focus.

[24] Enfin, la juge de première instance conclut que M[e] Salomon ne s'est pas placé en situation de conflit d'intérêts. Elle croit le témoignage de ce dernier et déclare qu'il n'existe aucune preuve précise indiquant que l'une des sommes payées par M. Papadopoulos et reçues par M[e] Salomon par l'entremise de 430 constitue une commission versée à celui-ci pour avoir aiguillé des clients vers Triglobal.

B. *Cour d'appel du Québec (2017 QCCA 273, 41 C.C.L.T. (4th) 1)*

[25] La Cour d'appel accueille l'appel à l'unanimité et conclut que la juge de première instance a commis des erreurs manifestes et déterminantes dans sa décision. Premièrement, elle conclut que la juge de première instance a commis une erreur en limitant à M[me] Matte-Thompson le manquement de M[e] Salomon à son devoir de conseil. À l'instar de la juge de première instance, la Cour d'appel estime que M[e] Salomon a manqué à son devoir de conseil envers M[me] Matte-Thompson en lui recommandant le fonds iVest. Toutefois, la Cour d'appel statue que M[e] Salomon a agi pour le compte des deux intimées à compter de 2003, et qu'il était tenu aux mêmes obligations envers chacune d'elles. La Cour d'appel conclut que la juge de première instance a évalué la preuve à travers un prisme déformant (par. 66), ce qui l'a amenée à conclure à tort que M[e] Salomon a commis une faute uniquement à l'endroit de M[me] Matte-Thompson.

[26] Deuxièmement, la Cour d'appel statue que la juge de première instance a commis une erreur en limitant les fautes de M[e] Salomon au placement initial dans le fonds iVest en 2003 et 2004. La Cour d'appel juge que les fautes de ce dernier se sont poursuivies jusqu'en 2007 et qu'elles concernent les placements des intimées tant dans iVest que dans Focus. En rassurant de façon répétée les intimées, M[e] Salomon a suscité chez elles un sentiment de confiance à l'égard des placements, alors que ceux-ci ne convenaient

2019 SCC 14 (CanLII)

due diligence. These faults ceased only with the collapse of Triglobal at the end of 2007.

[27] Third, the Court of Appeal held that the trial judge had erred by taking a restrictive approach to the evidence when considering Mr. Salomon's duty of loyalty. In its view, Mr. Salomon had placed himself in a conflict of interest which constituted an additional fault committed against the respondents. His relationship with Mr. Papadopoulos had led him to breach his duty of confidentiality and neglect the respondents' interests. The Court of Appeal stressed that Mr. Salomon had teamed up with Mr. Papadopoulos in order to ensure that the respondents retained their investments with Triglobal, revealingly using the pronoun "we" in some of his emails to Mr. Papadopoulos. In addition, the Court of Appeal was of the view that the trial judge had not given satisfactory reasons to explain her conclusion that Mr. Salomon had not received commissions for the clients he had referred to Triglobal.

[28] Fourth, again alluding to the notion of a distorting lens (para. 120), the Court of Appeal held that the trial judge had erred in considering the issue of causation, and that the impact of Mr. Salomon's faults was far more significant than she had found them to be. The Court of Appeal was convinced that the respondents would have never invested money with Triglobal had Mr. Salomon acted as a competent, prudent and diligent lawyer from the outset. Moreover, Mr. Salomon had missed many opportunities to rectify the situation after 2003. The Court of Appeal also explained that the fraud did not break the causal link between Mr. Salomon's faults and the respondents' losses.

[29] The Court of Appeal therefore ordered Mr. Salomon and SKM solidarily to fully compensate the respondents for their investment losses, and Ms. Matte-Thompson for her non-pecuniary loss.

manifestement pas à leurs besoins. Il n'a en outre pas fait preuve de diligence raisonnable. Ces fautes n'ont cessé qu'au moment de l'effondrement de Triglobal à la fin de 2007.

[27] Troisièmement, la Cour d'appel estime que la juge de première instance a erré en adoptant une approche restrictive à l'égard de la preuve dans le cadre de son examen du devoir de loyauté qui incombe à M[e] Salomon. De l'avis de la cour, ce dernier s'est placé en situation de conflit d'intérêts, ce qui constitue une faute additionnelle commise à l'endroit des intimées. Les liens qu'il entretenait avec M. Papadopoulos l'ont amené à manquer à son devoir de confidentialité et à négliger les intérêts des intimées. La Cour d'appel souligne que M[e] Salomon a fait équipe avec M. Papadopoulos pour faire en sorte que les intimées conservent leurs placements auprès de Triglobal, comme en témoigne éloquemment l'utilisation par le premier du pronom anglais « *we* » (« nous ») dans quelques-uns de ses courriels à M. Papadopoulos. La Cour d'appel est également d'avis que la juge de première instance n'a pas motivé de manière satisfaisante sa conclusion suivant laquelle M[e] Salomon n'a pas reçu de commissions pour les clients qu'il a aiguillés vers Triglobal.

[28] Quatrièmement, recourant de nouveau à l'image du prisme déformant (par. 120), la Cour d'appel statue que la juge de première instance a commis une erreur lors de son analyse du lien de causalité, et que l'impact des fautes de M[e] Salomon a été beaucoup plus important que ce qu'a conclu la juge. La Cour d'appel est convaincue que jamais les intimées n'auraient investi auprès de Triglobal si M[e] Salomon avait dès le départ agi avec la compétence, la prudence et la diligence attendues d'un avocat. Qui plus est, ce dernier n'a pas saisi les nombreuses occasions qu'il a eues de corriger le tir après 2003. La Cour d'appel explique aussi que la fraude n'a pas rompu le lien de causalité entre les fautes de M[e] Salomon et les pertes subies par les intimées.

[29] En conséquence, la Cour d'appel condamne solidairement M[e] Salomon et SKM à indemniser pleinement les intimées des pertes qu'elles ont subies au titre de leurs placements et à verser à M[me] Matte-Thompson une indemnité à l'égard de ses pertes non pécuniaires.

2019 SCC 14 (CanLII)

IV. Issues

[30] The appellants challenge the Court of Appeal's decision on essentially four grounds:

A. Did the Court of Appeal err by employing the notion of a distorting lens in determining whether the trial judge had made palpable and overriding errors?

B. Did the Court of Appeal err by improperly expanding the professional obligations of lawyers who refer their clients to independent advisors?

C. Did the Court of Appeal err by interfering with the trial judge's findings relating to the faults committed by Mr. Salomon?

D. Did the Court of Appeal err by interfering with the trial judge's findings relating to causation?

V. Analysis

A. *Did the Court of Appeal Err by Employing the Notion of a Distorting Lens in Determining Whether the Trial Judge Had Made Palpable and Overriding Errors?*

[31] To determine whether the Court of Appeal erred by using the notion of a distorting lens, I must summarize the standards of appellate review it was required to apply in this case. These standards of review are not contested in this Court. They are the ones that were articulated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, which also apply to Quebec civil law cases (see, e.g., *Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103, at para. 68; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paras. 36-37).

[32] Findings with respect to fault involve questions of mixed fact and law (*3091-5177 Québec inc. (Éconolodge Aéroport) v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2018 SCC 43, [2018] 3 S.C.R. 8, at para. 23, citing *St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at paras. 60 and 104). Findings

IV. Questions en litige

[30] Les appelants contestent la décision de la Cour d'appel essentiellement pour quatre motifs :

A. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en recourant à la notion du prisme déformant pour décider si la juge de première instance a commis des erreurs manifestes et déterminantes?

B. La Cour d'appel a-t-elle élargi à tort la portée des obligations professionnelles des avocats qui aiguillent leurs clients vers des conseillers indépendants?

C. La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant à l'égard des conclusions de la juge de première instance relativement aux fautes commises par M^e^ Salomon?

D. La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant à l'égard des conclusions de la juge de première instance relativement au lien de causalité?

V. Analyse

A. *La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en recourant à la notion du prisme déformant pour décider si la juge de première instance a commis des erreurs manifestes et déterminantes?*

[31] Pour décider si la Cour d'appel a commis une erreur en recourant à la notion du prisme déformant, je dois résumer les normes de contrôle en appel qu'elle devait appliquer en l'espèce. Ces normes de contrôle ne sont pas contestées devant notre Cour. Il s'agit de celles qui ont été énoncées dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, qui s'appliquent également aux affaires de droit civil québécois (voir, p. ex., *Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103, par. 68; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 36-37).

[32] L'existence ou non d'une faute est une question mixte de fait et de droit (*3091-5177 Québec inc. (Éconolodge Aéroport) c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2018 CSC 43, [2019] 3 R.C.S. 8, par. 23, citant *St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 60 et 104). La

2019 SCC 14 (CanLII)

with respect to causation involve questions of fact (*Éconolodge*, at para. 24, citing *Lonardi*, at para. 41, *Benhaim*, at para. 36, and *St-Jean*, at paras. 104-5). In both situations, absent a palpable and overriding error, an appellate court must defer to the conclusions reached by the trial judge.

[33] Where the deferential standard of palpable and overriding error applies, an appellate court can intervene only if there is an obvious error in the trial decision that is determinative of the outcome of the case (*Benhaim*, at para. 38, quoting *South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46; see also *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 56 and 69-70). Morissette J.A. explained this metaphorically as follows in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII): [TRANSLATION] ". . . a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions" (quoted in *Benhaim*, at para. 39). The fact that an alternative factual finding could be reached based on a different ascription of weight does not mean that a palpable and overriding error has been made (*Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138, at para. 38).

[34] It is helpful at this point to recognize that the *Housen* standards of review also apply to this Court (*Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478, at para. 51; see also *St-Jean*, at paras. 37 and 46). That said, the focal point of the analysis that this Court — as the second and final court of appeal — has to perform in applying these standards is the decision of the first court of appeal, not that of the trial judge. The onus is on the appellants to demonstrate an error in the court of appeal's decision; this Court's role is not to conduct a *de novo* analysis of the trial judge's decision. Where the first court of appeal has justifiably intervened in the trial judgment and disagreed with the trial judge, this Court will intervene only if its own disagreement stems from "a clear satisfaction that an error has occurred in the first

détermination du lien de causalité est une question de fait (*Éconolodge*, par. 24, citant *Lonardi*, par. 41, *Benhaim*, par. 36, et *St-Jean*, par. 104-105). Dans les deux cas, en l'absence d'erreur manifeste et déterminante, la juridiction d'appel doit faire preuve de déférence envers les conclusions du juge de première instance.

[33] Lorsque la norme déférentielle de l'erreur manifeste et déterminante s'applique, les tribunaux d'appel ne peuvent intervenir que dans les cas où la décision de première instance est entachée d'une erreur évidente qui a déterminé l'issue de l'affaire (*Benhaim*, par. 38, citant l'arrêt *South Yukon Forest Corp. c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46; voir également *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 56 et 69-70). Le juge Morissette de la Cour d'appel a expliqué ce principe à l'aide d'une métaphore dans *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII) : « . . . une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions » (citée dans l'arrêt *Benhaim*, par. 39). Le fait qu'une conclusion de fait différente aurait pu être tirée sur la base du poids attribué à différents éléments de preuve ne signifie pas qu'une erreur manifeste et déterminante a été commise (*Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138, par. 38).

[34] Il est utile, à ce stade-ci, de reconnaître que les normes de contrôle énoncées dans *Housen* s'appliquent également à notre Cour (*Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478, par. 51; voir également l'arrêt *St-Jean*, par. 37 et 46). Cela dit, la décision de la première cour d'appel, et non celle du juge de première instance, constitue l'aspect principal de l'analyse que notre Cour — en tant que seconde et ultime juridiction d'appel — doit effectuer dans le cadre de l'application de ces normes. C'est aux appelants qu'il incombe de démontrer la présence d'une erreur dans la décision de la cour d'appel; notre Cour n'a pas pour rôle de procéder à une analyse *de novo* de la décision du juge de première instance. Dans les cas où la première juridiction d'appel était justifiée d'intervenir à l'égard

2019 SCC 14 (CanLII)

appellate court's assessment of the facts" (*St-Jean*, at paras. 38-39 and 46).

[35] As a general matter, the appellants suggest that the Court of Appeal erred in applying the standard of appellate review, because it relied on the notion of a distorting lens in determining whether the trial judge had made palpable and overriding errors. I disagree.

[36] In its decision, the Court of Appeal alluded twice to the notion of a distorting lens: first in its discussion on the faults committed against 166, and second in its analysis on causation. However, in discussing both of these issues, the Court of Appeal explicitly stated that it could reverse the trial judge's conclusions only if it were to find palpable and overriding errors.

[37] Thus, the notion of a distorting lens was nothing more than a metaphor the Court of Appeal used to explain why the standard of appellate review established in *Housen* was met. That metaphor has its genesis in *Ford du Canada ltée v. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541:

[TRANSLATION] . . . the high degree of deference owed to the trial judge with regard to the assessment of evidence, a principle stated repeatedly by the Supreme Court, cannot preclude intervention by an appellate court where an analysis of the case shows that the trial judge assessed the evidence through a lens that must be discarded and that clearly had a distorting effect. [para. 128 (CanLII)]

[38] Since that case, the Quebec Court of Appeal has on numerous occasions used the notion of a distorting lens when overturning findings made by trial judges that it considered to be tainted to some extent by a general misperception (see *Softmedical inc. v. Daabous*, 2017 QCCA 1270, at paras. 47

du jugement de première instance et a exprimé son désaccord avec le tribunal qui l'a rendu, notre Cour n'interviendra que si son désaccord découle de « la nette conviction qu'une erreur s'est produite dans l'appréciation des faits par la première cour [d'appel] » (*St-Jean*, par. 38-39 et 46).

[35] De façon générale, les appelants affirment que la Cour d'appel a commis une erreur lors de son application de la norme de contrôle pertinente en appel, puisqu'elle s'est fondée sur la notion de prisme déformant pour décider si la juge du procès a commis des erreurs manifestes et déterminantes. Je ne suis pas de cet avis.

[36] Dans sa décision, la Cour d'appel se réfère à deux reprises à l'image du prisme déformant : une première fois dans son examen des fautes commises contre 166, puis une seconde fois dans son analyse du lien de causalité. Toutefois, elle déclare explicitement dans les deux cas qu'elle ne peut infirmer les conclusions de la juge de première instance que si elle y décèle des erreurs manifestes et déterminantes.

[37] Par conséquent, l'image du prisme déformant n'est rien de plus qu'une métaphore utilisée par la Cour d'appel pour expliquer en quoi la norme de contrôle applicable en appel établie dans l'arrêt *Housen* est respectée. Cette métaphore tire ses origines de l'arrêt *Ford du Canada ltée c. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541 :

. . . le haut degré de déférence due au juge de première instance en matière d'évaluation de la preuve, principe maintes fois énoncé par la Cour suprême, ne peut faire obstacle à l'intervention d'une cour d'appel lorsqu'une analyse du dossier révèle que l'évaluation du juge de première instance s'est faite à travers un prisme qui doit être écarté et qui a clairement eu un effet déformant. [par. 128 (CanLII)]

[38] Depuis, la Cour d'appel du Québec a eu recours à de nombreuses occasions à la notion de prisme déformant pour infirmer des conclusions qu'avaient tirées des juges de première instance qu'elle considérait entachées dans une certaine mesure d'une erreur d'appréciation générale (voir *Softmedical inc. c.*

2019 SCC 14 (CanLII)

and 66 (CanLII); *Droit de la famille — 161960*, 2016 QCCA 1300, at paras. 76-78 (CanLII); *Droit de la famille — 132381*, 2013 QCCA 1505, at paras. 104-5 (CanLII); *Francoeur v. 4417186 Canada inc.*, 2013 QCCA 191, at paras. 64-65 (CanLII)).

[39] Unfortunately, some litigants have seen this as an invitation to ask the court to retry the case, which is simply not what is intended (see *Desrochers v. 2533-0838 Québec inc.*, 2016 QCCA 825, at para. 49 (CanLII)). It is interesting to note that there have been several cases in which the Quebec Court of Appeal has in fact referred specifically to this notion of a distorting lens in declining to interfere with the findings of a trier of fact (*Gutin v. Cenfood International Inc.*, 2018 QCCA 317, at paras. 24-26 (CanLII); *2758792 Canada inc. v. Bell Distribution inc.*, 2017 QCCA 603, at para. 9 (CanLII); *Mangiola v. R.*, 2017 QCCA 741, at paras. 4-5 (CanLII); *Desrochers*, at para. 46; *Dunkin' Brands Canada Ltd. v. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, at para. 120; *Hydro-Québec v. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947, at para. 102 (CanLII); *R. v. Lalonde*, 2014 QCCA 639, at para. 16 (CanLII)).

[40] In this regard, I agree with the appellants that a distorting lens cannot be invoked as a substitute for identifying a reviewable error "or to mask the fact that an 'error' identified by an appellate court does not meet the high standard imposed by *Housen*" (A.F., at para. 81). Although appellate courts may find this notion helpful in explaining the basis for their interventions, it in no way changes the standards articulated in *Housen*. An appellate court must identify a crucial flaw in the lower court's decision, be it — depending on which *Housen* standard applies — an error of law or a palpable and overriding error. More particularly, the notion of a distorting lens does not warrant an appellate court's reweighing the evidence or merely substituting its own factual findings for those of the trial judge.

Daabous, 2017 QCCA 1270, par. 47 et 66 (CanLII); *Droit de la famille — 161960*, 2016 QCCA 1300, par. 76-78 (CanLII); *Droit de la famille — 132381*, 2013 QCCA 1505, par. 104-105 (CanLII); *Francoeur c. 4417186 Canada inc.*, 2013 QCCA 191, par. 64-65 (CanLII)).

[39] Malheureusement, certains plaideurs considèrent qu'il s'agit là d'une invitation à demander à la cour d'instruire à nouveau l'affaire, ce qui n'est tout simplement pas l'objectif visé (voir *Desrochers c. 2533-0838 Québec inc.*, 2016 QCCA 825, par. 49 (CanLII)). De fait, il est intéressant de souligner que, dans plusieurs affaires, la Cour d'appel du Québec renvoie expressément à cette notion de prisme déformant pour refuser d'intervenir à l'égard des conclusions du juge des faits (*Gutin c. Cenfood International Inc.*, 2018 QCCA 317, par. 24-26 (CanLII); *2758792 Canada inc. c. Bell Distribution inc.*, 2017 QCCA 603, par. 9 (CanLII); *Mangiola c. R.*, 2017 QCCA 741, par. 4-5 (CanLII); *Desrochers*, par. 46; *Dunkin' Brands Canada Ltd. c. Bertico Inc.*, 2015 QCCA 624, 41 B.L.R. (5th) 1, par. 120; *Hydro-Québec c. Construction Kiewit cie*, 2014 QCCA 947, par. 102 (CanLII); *R. c. Lalonde*, 2014 QCCA 639, par. 16 (CanLII)).

[40] À ce propos, tout comme les appelants, je reconnais que l'image du prisme déformant ne peut être invoquée pour remplacer l'obligation de déceler la présence d'une erreur révisable [TRADUCTION] « ou masquer le fait qu'une "erreur" constatée par une cour d'appel ne respecte pas la norme élevée imposée par l'arrêt *Housen* » (m.a., par. 81). Bien que les cours d'appel puissent considérer cette notion utile pour expliquer le fondement de leurs interventions, elle ne change en rien les normes énoncées dans l'arrêt *Housen*. La juridiction d'appel doit dégager l'erreur fatale que comporte la décision de la juridiction inférieure, qu'il s'agisse — selon la norme énoncée dans l'arrêt *Housen* qui s'applique — d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et déterminante. De façon plus précise, la notion de prisme déformant n'autorise pas la juridiction d'appel à soupeser la preuve à nouveau ou à simplement substituer ses propres conclusions de fait à celles du juge de première instance.

2019 SCC 14 (CanLII)

[41] In the case at bar, the Court of Appeal did not use the notion of a distorting lens to mask an absence of palpable and overriding errors. On the contrary, the Court of Appeal held that the distorting lens through which the trial judge had viewed the evidence — in this case a narrow, siloed approach — had led her to make precisely identified palpable and overriding errors: first, despite evidence clearly showing that Mr. Salomon had been acting for both respondents as early as 2003, the trial judge found that he had provided financial advice to Ms. Matte-Thompson only; second, despite evidence clearly showing that Mr. Salomon's faults had continued after 2004, the trial judge found that they had been limited in time to 2003 and 2004; third, despite clear evidence of Mr. Salomon's divided loyalties to the respondents on the one hand and to Mr. Papadopoulos and Triglobal on the other, the trial judge found that he had not placed himself in a conflict of interest; and fourth, despite the clear relationship between Mr. Salomon's faults and the respondents' losses, causation had not been established.

[41] Dans le cas qui nous occupe, la Cour d'appel n'utilise pas la notion de prisme déformant pour masquer une absence d'erreurs manifestes et déterminantes. Au contraire, la Cour d'appel conclut que le prisme déformant au moyen duquel la juge de première instance a examiné la preuve — en l'espèce, une approche étroite et compartimentée — a amené cette dernière à commettre des erreurs manifestes et déterminantes identifiées de façon précise par la cour : premièrement, malgré la présence d'éléments de preuve montrant clairement que M[e] Salomon agit pour les deux intimées dès 2003, la juge du procès conclut que ce dernier a fourni des conseils financiers uniquement à M[me] Matte-Thompson; deuxièmement, en dépit d'éléments de preuve montrant clairement que les fautes de M[e] Salomon se perpétuent après 2004, la juge de première instance statue qu'elles se sont limitées dans le temps aux années 2003 et 2004; troisièmement, malgré une preuve claire des loyautés partagées de M[e] Salomon envers les intimées, d'une part, et envers M. Papadopoulos et Triglobal, d'autre part, la juge de première instance estime que celui-ci ne s'est pas placé dans une situation de conflit d'intérêts; et, quatrièmement, malgré le lien évident entre les fautes de M[e] Salomon et les pertes subies par les intimées, la juge de première instance conclut que le lien de causalité n'est pas établi.

[42] The appellants have not satisfied me that the Court of Appeal erred by concluding that the trial judge had made these palpable and overriding errors. I see no reason to interfere with the Court of Appeal's findings.

[42] Les appelants ne me convainquent pas que la Cour d'appel a eu tort de conclure que la juge de première instance a commis ces erreurs manifestes et déterminantes. Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de la Cour d'appel.

B. *Did the Court of Appeal Err by Improperly Expanding the Professional Obligations of Lawyers Who Refer Their Clients to Independent Advisors?*

B. *La Cour d'appel a-t-elle élargi à tort la portée des obligations professionnelles des avocats qui aiguillent leurs clients vers des conseillers indépendants?*

[43] Before entering into the details of this analysis, I wish to emphasize that the courts below properly agreed that the relationship between lawyers and their clients can usually be characterized as a contract of mandate, and that the relationship in the instant case is no exception (trial reasons, at para. 113 (CanLII); C.A. reasons, at para. 94; see J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La*

[43] Avant d'analyser cette question en détail, je tiens à préciser que les cours d'instances inférieures ont à juste titre reconnu que la relation avocat-client peut habituellement être qualifiée de contrat de mandat, et que la relation dans la présente affaire ne fait pas exception (motifs de première instance, par. 113 (CanLII); motifs de la C.A., par. 94; voir J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité*

2019 SCC 14 (CanLII)

responsabilité civile (8th ed. 2014), at No. 2-124). As mandataries, lawyers are subject to the obligations provided for in art. 2138 of the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*"), which reads as follows:

2138. A mandatary is bound to fulfill the mandate he has accepted, and he shall act with prudence and diligence in performing it.

He shall also act honestly and faithfully in the best interests of the mandator, and shall avoid placing himself in a position where his personal interest is in conflict with that of his mandator.

[44] Although they do not frame their arguments in such a way as to allege an error of law, the appellants nonetheless suggest that the Court of Appeal failed to consider one of its recent decisions (*Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1) that, in their submission, limits the obligations owed by a referring lawyer to his or her client. They assert that *Harris* is applicable in the circumstances of this appeal. I do not share that view.

[45] The principles articulated in *Harris* can be summarized as follows. Lawyers who refer clients to other professionals or advisors have an obligation of means, not one of result. Although lawyers do not guarantee the services rendered by professionals or advisors to whom they refer their clients, they must nevertheless act competently, prudently and diligently in making such referrals, which must be based on reasonable knowledge of the professionals or advisors in question. Referring lawyers must be convinced that the professionals or advisors to whom they refer clients are sufficiently competent to fulfill the contemplated mandates (*Harris*, at paras. 16, 20 and 22). In *Harris*, the Quebec Court of Appeal pointed out that the question of the referring lawyer's liability [TRANSLATION] "cannot be answered in the abstract. The answer necessarily depends on the facts of the case" (para. 13). The court added that "[i]n such matters, the circumstances are everything" (para. 22).

civile (8e éd. 2014), no 2-124). En tant que mandataires, les avocats sont assujettis aux obligations énoncées à l'art. 2138 du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »), dont voici le texte :

2138. Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat qu'il a accepté et il doit, dans l'exécution de son mandat, agir avec prudence et diligence.

Il doit également agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant et éviter de se placer dans une situation de conflit entre son intérêt personnel et celui de son mandant.

[44] Bien qu'ils ne formulent pas leurs arguments de façon à soulever une erreur de droit, les appelants affirment néanmoins que la Cour d'appel a omis de considérer une de ses décisions récentes (*Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1), laquelle, prétendent-ils, limite les obligations auxquelles est tenu l'avocat qui aiguille son client vers un autre professionnel. Ils soutiennent que cet arrêt s'applique aux circonstances du présent pourvoi. Je ne partage pas cette opinion.

[45] Les principes énoncés dans l'arrêt *Harris* peuvent être résumés comme suit. L'avocat qui aiguille des clients vers un autre professionnel ou conseiller a une obligation de moyens et non de résultat. Bien que l'avocat n'agisse pas comme garant des services rendus par le professionnel ou le conseiller vers lequel il dirige ses clients, il doit néanmoins faire preuve de compétence, prudence et diligence lorsqu'il formule une telle recommandation, laquelle doit être basée sur une connaissance raisonnable du professionnel ou du conseiller en question. Il doit être convaincu que la personne qu'il recommande à son client est suffisamment compétente pour s'acquitter du mandat envisagé (*Harris*, par. 16, 20 et 22). Dans l'arrêt *Harris*, la Cour d'appel du Québec souligne que la question de la responsabilité de l'avocat qui recommande les services d'une personne « ne peut trouver réponse dans l'abstrait. Elle est nécessairement tributaire des faits de l'espèce » (par. 13). La cour ajoute qu'« [e]n cette matière, tout est affaire de circonstances » (par. 22).

2019 SCC 14 (CanLII)

[46] That is an apt description of the standard of conduct for lawyers who refer clients to other professionals and advisors, and I endorse it.

[47] Applying these principles, the Quebec Court of Appeal found in *Harris* that Mr. Salomon and SKM (coincidentally also the lawyer and law firm involved in that case) were not liable for the losses suffered by a client as a result of fraud committed by estate liquidator Earl Jones, whom Mr. Salomon had recommended. In the appellants' opinion, the case at hand is analogous to *Harris*, because Triglobal had a good reputation until its collapse in 2007, and Mr. Salomon cannot be faulted for having failed to discover a fraud that no one had seen.

[48] *Harris* can be distinguished on the basis of the facts surrounding the referral, but there is another important distinction between it and the instant case that relates to the entirety of Mr. Salomon's conduct. Whereas *Harris* involved a mere referral, neither the trial judge nor the Court of Appeal found that Mr. Salomon had merely referred the respondents to Mr. Papadopoulos. Although they reached different results, they both analyzed the legal consequences of several of Mr. Salomon's acts subsequent to the referral, from the recommendation of the iVest fund in 2003 to the promotion, endorsement and encouragement of Triglobal's products that followed and, finally, to the reassurances offered in the months before Triglobal's collapse in 2007.

[49] The question in the case at bar is not whether the initial referral of the respondents to Mr. Papadopoulos was or was not sufficient in and of itself to establish the appellants' professional liability. The focus here is instead on the entirety of Mr. Salomon's conduct. But one thing is clear. Just as a referral is not a guarantee of the services rendered by the professional or advisor to whom the client is referred, it is also not a shield against liability for other wrongful

[46] Ces observations décrivent adéquatement la norme de conduite pour les avocats qui aiguillent des clients vers d'autres professionnels et conseillers, et je les fais miennes.

[47] Appliquant ces principes, la Cour d'appel du Québec conclut, dans l'arrêt *Harris*, que M^e^ Salomon et SKM (incidemment les mêmes avocat et cabinet concernés dans cette autre affaire) ne sont pas responsables des pertes subies par un client par suite de la fraude commise par le liquidateur de la succession, Earl Jones, que M^e^ Salomon avait recommandé. Selon les appelants, la présente espèce est analogue à l'affaire *Harris*, en ce que Triglobal jouissait d'une bonne réputation jusqu'à son effondrement en 2007, et qu'on ne peut reprocher à M^e^ Salomon de ne pas avoir mis au jour une fraude que personne n'avait anticipée.

[48] L'affaire *Harris* se distingue de la présente espèce en raison des faits entourant l'aiguillage, mais il existe une autre distinction importante entre cette affaire et celle qui nous occupe au regard de l'ensemble du comportement de M^e^ Salomon. Alors que l'affaire *Harris* porte sur un simple aiguillage, en l'espèce ni la juge de première instance ni la Cour d'appel ne concluent que M^e^ Salomon a simplement aiguillé les intimées vers M. Papadopoulos. Quoique les deux tribunaux en arrivent à des résultats différents, ils analysent tous deux les conséquences juridiques de plusieurs gestes de M^e^ Salomon postérieurs à l'aiguillage, d'abord la recommandation d'investir dans le fonds iVest en 2003, puis la promotion des produits de Triglobal — par des commentaires favorables à leur égard et des encouragements à en acquérir —, et enfin les assurances répétées formulées au cours des mois qui précèdent l'effondrement de Triglobal en 2007.

[49] Il ne s'agit pas en l'espèce de savoir si l'aiguillage initial des intimées vers M. Papadopoulos aurait pu suffire à lui seul à établir la responsabilité professionnelle des appelants. L'aspect central de l'analyse dans le cas qui nous occupe est plutôt l'ensemble du comportement de M^e^ Salomon. Toutefois, une chose est certaine : de même que le fait de recommander à un client un professionnel ou un conseiller ne saurait constituer une garantie des services rendus, une telle

2019 SCC 14 (CanLII)

acts committed by the referring lawyer. This is one way in which the facts in this case differ substantively from the facts in *Harris*.

[50] Contrary to the appellants' assertion, the decision of the Court of Appeal in the instant case did not broaden the basis of liability for lawyers who refer clients to other professionals or advisors beyond the standard recently set in *Harris*: lawyers can refer their clients to other professionals or advisors so long as they discharge their professional obligations in so doing. The Court of Appeal did not find that the referral itself was determinative; rather, it assessed all of Mr. Salomon's acts in the context of his professional duties — the duty to advise and the duty of loyalty in particular — to his clients. It found that Mr. Salomon had done far more than merely make a referral. As I will explain below, Mr. Salomon also repeatedly recommended Mr. Papadopoulos, his investment firm and their in-house products, and encouraged the respondents to invest — and retain their investments — in Triglobal funds. Moreover, Mr. Salomon turned a blind eye to a conflict of interest which resulted in him serving two masters and sacrificing the respondents' interests. It was the entirety of Mr. Salomon's conduct that led the Court of Appeal to hold the appellants liable in the circumstances.

C. *Did the Court of Appeal Err by Interfering With the Trial Judge's Findings Relating to the Faults Committed by Mr. Salomon?*

[51] The appellants argue, next, that the Court of Appeal erred by interfering with the trial judge's findings relating to Mr. Salomon's duty to advise and duty of loyalty. I disagree with that submission. I will discuss each of these findings in turn.

recommandation ne saurait pas non plus protéger l'avocat qui l'a formulée contre toute responsabilité pour d'autres actes répréhensibles qu'il aurait commis. Il s'agit là d'un des points sur lesquels les faits de la présente affaire diffèrent considérablement des faits dans l'arrêt *Harris*.

[50] Contrairement à l'affirmation des appelants, la décision rendue par la Cour d'appel en l'espèce n'élargit pas les bases de la responsabilité des avocats qui aiguillent des clients vers d'autres professionnels ou d'autres conseillers au-delà de la norme récemment énoncée dans l'arrêt *Harris*; les avocats peuvent aiguiller leurs clients vers d'autres professionnels ou conseillers, tant qu'ils s'acquittent de leurs obligations professionnelles lorsqu'ils le font. La Cour d'appel ne conclut pas que l'aiguillage lui-même est décisif; elle apprécie plutôt l'ensemble de la conduite de M^e^ Salomon au regard de ses obligations professionnelles — plus particulièrement son devoir de conseil et son devoir de loyauté — envers ses clients. Elle conclut que M^e^ Salomon est allé bien au-delà d'un simple aiguillage. Comme je l'explique plus loin, M^e^ Salomon a également recommandé de façon répétée aux intimées les services de M. Papadopoulos et de sa société de placements, ainsi que leurs produits, en plus de les encourager à investir dans des fonds de Triglobal et à conserver ces placements. Qui plus est, fermant les yeux sur un conflit d'intérêts, M^e^ Salomon s'est trouvé à servir deux maîtres et à sacrifier les intérêts des intimées. C'est l'ensemble du comportement de M^e^ Salomon qui amène la Cour d'appel à conclure à la responsabilité des appelants dans les circonstances.

C. *La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant à l'égard des conclusions de la juge de première instance relativement aux fautes commises par M^e^ Salomon?*

[51] Les appelants plaident ensuite que la Cour d'appel a erré en intervenant à l'égard des conclusions de la juge de première instance en ce qui concerne le devoir de conseil et le devoir de loyauté de M^e^ Salomon. Je ne peux retenir cet argument. Je vais examiner chacune de ces conclusions à tour de rôle.

2019 SCC 14 (CanLII)

(1) Mr. Salomon's Duty to Advise

[52] A lawyer's duty to advise is threefold, encompassing duties (1) to inform, (2) to explain, and (3) to advise in the strict sense. The duty to inform pertains to the disclosure of relevant facts; the duty to explain requires that the legal and economic consequences of a course of action be presented; and the duty to advise in the strict sense requires that a course of action be recommended (*Poulin v. Pilon*, [1984] C.S. 177, at p. 180; M.-C. Thouin, "L'avocat, toujours de bon conseil?", in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 228, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2005), 49, at pp. 51-52).

[53] The duty to advise is inherent in the legal profession and exists regardless of the nature of the mandate (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 2-138; *Labrie v. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5 (Que. C.A.), at p. 10). Its exact scope depends on the circumstances, including the object of the mandate, the client's characteristics and the expertise the lawyer claims to have in the field in question (*Côté v. Rancourt*, 2004 SCC 58, [2004] 3 S.C.R. 248, at para. 6; Thouin, at pp. 55-69).

[54] As no bright lines can be drawn in this regard, the case law is replete with examples of situations in which courts have had to perform the difficult task of deciding whether lawyers should, in advising their clients, have taken the initiative to go beyond what the clients specifically asked them for (see, e.g., *Labrie*, at p. 11; *Sylvestre v. Karpinski*, 2011 QCCA 2161, at para. 19 (CanLII); *Daigneault v. Lapierre*, [2003] R.R.A. 902 (Que. Sup. Ct.)). One thing is clear, however: when lawyers do provide advice, they must always act in their clients' best interests and meet the standard of the competent, prudent and diligent lawyer in the same circumstances. In this respect, I agree with the Court of Appeal that any advice lawyers give that exceeds their mandates may, if wrongful, engage their liability. Whether Mr. Salomon was acting within the limits of his mandate in providing financial advice to the respondents is therefore

(1) Le devoir de conseil de M^e^ Salomon

[52] Le devoir de conseil de l'avocat comporte trois volets : (1) informer, (2) expliquer et (3) conseiller au sens strict du terme. L'obligation d'informer consiste à communiquer les faits pertinents; l'obligation d'expliquer requiert de l'avocat qu'il présente les conséquences juridiques et financières d'une ligne de conduite envisagée; et le devoir de conseil au sens strict du terme l'oblige à recommander une ligne de conduite (*Poulin c. Pilon*, [1984] C.S. 177, p. 180; M.-C. Thouin, « L'avocat, toujours de bon conseil? », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 228, *Développements récents en déontologie, droit professionnel et disciplinaire* (2005), 49, p. 51-52).

[53] Le devoir de conseil fait partie intégrante de la profession d'avocat et existe indépendamment de la nature du mandat (Baudouin, Deslauriers et Moore, n^o^ 2-138; *Labrie c. Tremblay*, [2000] R.R.A. 5 (C.A. Qc), p. 10). L'étendue exacte de ce devoir varie selon les circonstances, en fonction notamment de l'objet du mandat, des caractéristiques du client et de l'expertise que soutient avoir l'avocat dans le domaine en question (*Côté c. Rancourt*, 2004 CSC 58, [2004] 3 R.C.S. 248, par. 6; Thouin, p. 55-69).

[54] Vu qu'on ne peut tracer de lignes de démarcation nettes à cet égard, la jurisprudence regorge d'exemples de situations où les tribunaux ont dû s'acquitter de la tâche difficile de décider si les avocats devraient, lorsqu'ils conseillent leurs clients, aller au-delà de ce que ceux-ci leur demandent explicitement (voir, p. ex., *Labrie*, p. 11; *Sylvestre c. Karpinski*, 2011 QCCA 2161, par. 19 (CanLII); *Daigneault c. Lapierre*, [2003] R.R.A. 902 (C.S. Qc)). Une chose reste claire, toutefois : l'avocat qui prodigue des conseils à un client doit toujours agir dans l'intérêt supérieur de ce dernier et respecter les normes que tout avocat compétent, prudent et diligent aurait suivies dans les mêmes circonstances. À cet égard, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que tout conseil qu'un avocat prend l'initiative de donner au-delà de son mandat peut, s'il est erroné, engager sa responsabilité. La question de savoir si M^e^ Salomon agissait ou non dans les limites de son

2019 SCC 14 (CanLII)

immaterial. He is liable for any wrongful advice he gave in that context.

[55] In this case, the Court of Appeal found that Mr. Salomon had failed to advise the respondents as a competent, prudent and diligent lawyer would have done. Contrary to the trial judge, it held that Mr. Salomon was acting for both Ms. Matte-Thompson and 166 when he provided wrongful investment advice, and that his faults had continued throughout the period from 2003 to 2007. On both of these issues, the court properly identified palpable and overriding errors made by the trial judge in her assessment of the parties' relationships and in her finding that those relationships had not continued up until the collapse of Triglobal. These errors were identified precisely, and they had a direct impact on the trial judge's findings regarding the scope of any wrongful advice given by Mr. Salomon. I conclude that the Court of Appeal had a sufficient basis to intervene as it did in this regard.

[56] First, the Court of Appeal did not err in holding that Mr. Salomon had provided financial advice to both respondents. As the Court of Appeal emphasized, Ms. Matte-Thompson had consulted Mr. Salomon for advice regarding her delicate position as a beneficiary of the Trust's fruits and revenues — which were supposed to meet her financial needs — and as a trustee — with an obligation to preserve the Trust's capital for the children. At the time, Ms. Matte-Thompson wore many different hats, as she (1) was an executor of Mr. Thompson's wills, (2) served as a trustee, (3) was the president and a director of 166, and (4) acted in her personal capacity. It was in these multiple capacities that she retained Mr. Salomon's services, and he understood the nature of this situation very well. To isolate the relationship between Ms. Matte-Thompson and Mr. Salomon from that between 166 and Mr. Salomon was indeed to take an improperly narrow view of the evidence as a whole, and this justified the Court of Appeal's criticism of

mandat lorsqu'il a prodigué des conseils financiers aux intimées n'est donc pas pertinente. Il est responsable de tout conseil erroné qu'il a donné dans ce contexte.

[55] Dans le cas qui nous occupe, la Cour d'appel juge que M^e^ Salomon n'a pas conseillé les intimées comme il incombe à un avocat compétent, prudent et diligent de le faire. Contrairement à la juge de première instance, la Cour d'appel conclut que M^e^ Salomon agit à la fois pour M^me^ Matte-Thompson et pour 166 lorsqu'il donne des conseils erronés en matière de placements et que ses fautes se sont poursuivies pendant toute la période de 2003 à 2007. Dans les deux cas, la cour relève effectivement la présence d'erreurs manifestes et déterminantes dans l'appréciation par la juge du procès des relations des parties et dans sa conclusion selon laquelle ces relations ne se sont pas poursuivies jusqu'à l'effondrement de Triglobal. Ces erreurs, qui sont relevées de façon précise, ont influencé directement les conclusions de la juge de première instance quant à l'ampleur des conseils erronés donnés par M^e^ Salomon. Je considère que la Cour d'appel disposait d'assises suffisantes pour intervenir comme elle l'a fait.

[56] Premièrement, la Cour d'appel ne commet pas d'erreur en concluant que M^e^ Salomon a prodigué des conseils financiers aux deux intimées. Comme le souligne la Cour d'appel, M^me^ Matte-Thompson a consulté M^e^ Salomon pour obtenir des conseils sur sa situation délicate en tant que bénéficiaire des fruits et des revenus de la Fiducie — lesquels sont censés pourvoir à ses besoins financiers — et en tant que fiduciaire — tenue à l'obligation de préserver le capital de la Fiducie pour les enfants. À l'époque, M^me^ Matte-Thompson agit à plusieurs titres, car (1) elle est l'exécutrice des testaments de M. Thompson, (2) elle agit comme fiduciaire, (3) elle est présidente et administratrice de 166 et (4) elle agit à titre personnel. C'est à ces nombreux titres qu'elle retient les services de M^e^ Salomon, qui est très au fait de toute cette situation. En isolant la relation qui existe entre M^me^ Matte-Thompson et M^e^ Salomon et celle qu'entretiennent 166 et M^e^ Salomon, la juge de première instance se trouve dans les faits à adopter une vision erronément étroite de l'ensemble de la

2019 SCC 14 (CanLII)

the trial judge's compartmentalized vision of those relationships.

[57] In this regard, the Court of Appeal noted, for instance, that, starting in 2003, Mr. Salomon had charged virtually all his legal fees to 166, including fees for introducing Mr. Papadopoulos to Ms. Matte-Thompson, preparing the initial email recommending the iVest fund, and requesting investment information from Triglobal. As well, Mr. Salomon's key memoranda outlining financial strategies for Ms. Matte-Thompson and for the Trust were addressed to 166.

[58] Second, the Court of Appeal did not err in holding that Mr. Salomon had breached his duty to advise the respondents. Beyond the fact that Mr. Salomon often flirted with — or overstepped — the limits of his professional capabilities, the advice he provided to both of the respondents was wrongful for a number of reasons, which the Court of Appeal summarized (para. 69). To start with, Mr. Salomon should not have recommended a non-diversified investment in offshore hedge funds to clients whose primary goal was to preserve the capital. In this regard, the trial judge herself stated that Mr. Salomon "knew that in order to respect the legal rights and interests of all the beneficiaries of the trusts and to abide by the terms of the wills, the investments decisions had to be consistent with the requirement of capital preservation" (para. 172 (footnote omitted)). Yet, according to the uncontradicted expert evidence, offshore hedge funds (like iVest and Focus) are not investment vehicles that offer security of capital.

[59] Mr. Salomon also breached his duty to advise by continually recommending financial products without performing due diligence or asking any questions about them. The trial judge noted that, before recommending iVest, Mr. Salomon had merely "relied on [Mr.] Papadopoulos' advice and felt comfortable with that advice" (para. 188 (footnote omitted)). Mr. Salomon failed to verify the nature or the

preuve, approche qui justifie les critiques formulées par la Cour d'appel à l'égard de la vision compartimentée de ces relations adoptée par la juge de première instance.

[57] À cet égard, la Cour d'appel mentionne à titre d'exemple que, à partir de 2003, M^e^ Salomon a facturé pratiquement tous ses services professionnels à 166, y compris pour avoir présenté M. Papadopoulos à M^me^ Matte-Thompson, rédigé le premier courriel recommandant le fonds iVest et demandé à Triglobal des renseignements sur les placements. De plus, M^e^ Salomon a adressé à 166 ses mémorandums clés exposant les stratégies financières envisagées pour M^me^ Matte-Thompson et pour la Fiducie.

[58] Deuxièmement, la Cour d'appel ne commet pas d'erreur en concluant que M^e^ Salomon a manqué à son devoir de conseil envers les intimées. Outre le fait que M^e^ Salomon agit souvent aux confins de ses capacités professionnelles (quand il ne les dépasse pas), les conseils qu'il donne aux intimées sont fautifs pour les nombreuses raisons que résume la Cour d'appel (par. 69). Tout d'abord, M^e^ Salomon n'aurait pas dû recommander un placement non diversifié dans des fonds spéculatifs extraterritoriaux à des clients dont l'objectif principal est la préservation de leur capital. À cet égard, la juge de première instance déclare elle-même que M^e^ Salomon [TRADUCTION] « savait que, pour qu'elles respectent les droits et les intérêts légaux de tous les bénéficiaires des fiducies ainsi que les conditions des testaments, les décisions en matière de placements devaient respecter l'exigence relative à la préservation du capital » (par. 172 (note en bas de page omise)). Pourtant, suivant le témoignage non contredit des experts, les fonds spéculatifs extraterritoriaux (tels iVest et Focus) ne sont pas des véhicules de placement qui offrent la sécurité du capital.

[59] Maître Salomon manque aussi à son devoir de conseil en recommandant continuellement des produits financiers sans faire preuve d'aucune forme de diligence appropriée au sujet de ces produits ou poser quelque question que ce soit à leur égard. La juge du procès souligne que, avant de recommander d'investir dans iVest, M^e^ Salomon s'est simplement [TRADUCTION] « fié à l'avis de [M.] Papadopoulos,

2019 SCC 14 (CanLII)

terms and conditions of the recommended financial products. Had he made such inquiries, he would have learned that iVest and Focus were not registered with the Autorité des marchés financiers ("AMF"). In fact, neither Mr. Papadopoulos nor Triglobal was registered with the AMF as a securities adviser or dealer under Quebec securities law. As the Court of Appeal rightly noted, this fault of omission on Mr. Salomon's part was of a continuous nature, given that he had intervened several times over the years to reassure the respondents prior to Triglobal's collapse in 2007 without ever making any of the appropriate inquiries.

[60] Third, the Court of Appeal did not err in holding that Mr. Salomon's faults against the respondents had commenced in 2003 and had continued until 2007. Mr. Salomon had, on the sole basis of his blind confidence in Mr. Papadopoulos, induced his clients to erroneously believe that investing in iVest and Focus was safe. From 2003 to 2007, he repeatedly reassured the respondents that their investments with Triglobal gave them security of capital. In this regard, the Court of Appeal noted the following comments made by Mr. Salomon:

- In August 2003, he stated, "iVest is an excellent vehicle whenever security of the capital is important (as with the grandchildren and yourself)" (para. 52 (emphasis deleted); A.R., vol. 3, at p. 352).

- In September 2003, he suggested that the respondents "invest the Estate assets based on a conservative model, perhaps using iVest products and a mix of segregated products (for absolute security of capital)" (para. 59 (emphasis deleted); A.R., vol. 6, at p. 1828).

- The following month, he added, "I would point out that [Mr. Papadopoulos] is very conservative when it comes to preservation of capital" (para. 62; A.R., vol. 3, at p. 393).

estimant que ça lui convenait » (par. 188 (note en bas de page omise)). Maître Salomon omet de vérifier la nature ou les conditions et modalités des produits financiers recommandés. S'il s'était renseigné, il aurait appris qu'iVest et Focus n'étaient pas inscrits auprès de l'Autorité des marchés financiers (« AMF »). En fait, ni M. Papadopoulos ni Triglobal n'étaient inscrits auprès de l'AMF en tant que conseillers ou courtiers en valeurs mobilières conformément à la législation québécoise en la matière. Comme l'indique à juste titre la Cour d'appel, cette faute d'omission de la part de M^e^ Salomon a un caractère continu, car il est intervenu à plusieurs reprises au fil des ans pour rassurer les intimées avant l'effondrement de Triglobal en 2007, sans jamais procéder à quelque recherche appropriée.

[60] Troisièmement, la Cour d'appel ne fait pas erreur en jugeant que les fautes commises par M^e^ Salomon envers les intimées ont commencé en 2003 et se sont poursuivies jusqu'en 2007. Sur la seule foi de sa confiance aveugle en M. Papadopoulos, M^e^ Salomon a incité ses clientes à croire erronément qu'elles pouvaient investir en toute sécurité dans iVest et dans Focus. De 2003 à 2007, il rassure de façon répétée les intimées quant au fait que leurs placements auprès de Triglobal garantissent la sécurité de leur capital. À cet égard, la Cour d'appel relève les commentaires suivants formulés par M^e^ Salomon :

- en août 2003, il déclare [TRADUCTION] « [qu']iVest est un excellent véhicule de placement dans les cas où la sécurité du capital est une considération importante (comme c'est le cas pour vos petits-enfants et pour vous) » (par. 52 (soulignement omis); d.a., vol. 3, p. 352);

- en septembre 2003, il suggère aux intimées [TRADUCTION] « d'investir les actifs de la succession suivant une stratégie conservatrice, peut-être en utilisant des produits iVest et une combinaison de produits distincts (pour une sécurité absolue du capital) » (par. 59 (soulignement omis); d.a., vol. 6, p. 1828);

- au cours du mois suivant, il ajoute : [TRADUCTION] « Je tiens à signaler que [M. Papadopoulos] est très conservateur lorsqu'il s'agit de préservation du capital » (par. 62; d.a., vol. 3, p. 393);

2019 SCC 14 (CanLII)

- In July 2004, he stated, "the RBC proposal is somewhat undimensional (*sic*) and is interest rate sensitive. The Triglobal proposal is less risky and the returns are good. Let's talk" (para. 123 (emphasis deleted); A.R., vol. 3, at p. 566).

- In June 2005, he stated, referring to the iVest and Manulife funds, "I believe that both forms of investments are excellent and quite conservative, and I would have no difficulty in recommending either one to you and to your co-trustee . . . (as trustees acting responsibly)" (para. 125; A.R., vol. 4, at p. 657).

- In April 2006, he responded to concerns expressed by Ms. Matte-Thompson regarding the security of the respondents' investments (including in Focus) that he was "certain that everything [was] ok" (para. 78 (emphasis deleted); A.R., vol. 4, at p. 935).

- In November 2006, he stated, after informing Ms. Matte-Thompson that he had visited Mr. Bright in Nassau, that the latter "has become resident there in order to manage the Focus, Ivest and structured products funds", concluding that "[a]ll is well" (para. 130 (emphasis deleted); A.R., vol. 5, at p. 1248).

- In July 2007, he stated, "[t]he Triglobal returns continue to be excellent and I remain very happy to have my investments performing so well with such controlled risk" (para. 133; A.R., vol. 6, at p. 1603).

- In September 2007, he added, "I think that the two funds (iVest and Focus) are performing as predicted" (para. 134 (emphasis deleted); A.R., vol. 6, at p. 1660).

- In December 2007, he stated, commenting on Mr. Papadopoulos's latest promises to worried investors, "FYI. This is good" (para. 138 (emphasis deleted); A.R., vol. 6, at p. 1690).

- en juillet 2004, il déclare que [TRADUCTION] « la proposition de la RBC est quelque peu unidimensionnelle et tributaire des taux d'intérêt. La proposition de Triglobal est moins risquée et les rendements sont bons. Il faut se parler » (par. 123 (soulignement omis); d.a., vol. 3, p. 566);

- en juin 2005, il déclare, au sujet des fonds iVest et Manulife : [TRADUCTION] « Je crois que les deux types de placement sont excellents et très conservateurs, et je n'aurais aucune hésitation à vous recommander l'un ou l'autre, à vous et à votre cofiduciaire [. . .] (en tant que fiduciaires agissant de façon responsable) » (par. 125; d.a., vol. 4, p. 657);

- en avril 2006, il répond aux préoccupations formulées par M^me^ Matte-Thompson quant à la sécurité des placements des intimées (y compris dans Focus), en disant qu'il était [TRADUCTION] « certain que tout [allait] bien » (par. 78 (italique omis); d.a., vol. 4, p. 935);

- en novembre 2006, il déclare, informant M^me^ Matte-Thompson qu'il avait visité M. Bright à Nassau, que ce dernier [TRADUCTION] « est devenu résident de cet endroit afin de gérer les fonds Focus et Ivest et des fonds de produits structurés », et conclut en disant « [t]out va bien » (par. 130 (italique omis); d.a., vol. 5, p. 1248);

- en juillet 2007, il affirme ceci : [TRADUCTION] « [l]es rendements de Triglobal demeurent excellents et je continue d'être très heureux que mes placements aient un aussi bon rendement avec un risque aussi contrôlé » (par. 133; d.a., vol. 6, p. 1603);

- en septembre 2007, il ajoute ce qui suit : [TRADUCTION] « Je pense que les deux fonds (iVest et Focus) se comportent comme prévu » (par. 134 (italique omis); d.a., vol. 6, p. 1660);

- en décembre 2007, il dit, commentant les dernières promesses de M. Papadopoulos aux investisseurs inquiets : [TRADUCTION] « Pour votre information. De bonnes nouvelles » (par. 138 (italique omis); d.a., vol. 6, p. 1690).

2019 SCC 14 (CanLII)

[61] Given the foregoing, the Court of Appeal had a strong basis for concluding that the trial judge was wrong to assert that Mr. Salomon had committed a fault only as against Ms. Matte-Thompson in her personal capacity and only in 2003. When properly assessed as a whole, as the Court of Appeal did, the evidence reveals that the advice and reassurances Mr. Salomon gave between 2003 and 2007 were all part of a single continuum, and that placing them in separate silos would be artificial. Regardless of the scope of his original mandate, Mr. Salomon voluntarily chose to provide (and be paid for) his advice and reassurances to the respondents over the four years leading up to the collapse of Triglobal. Having so chosen, he cannot escape liability by pointing to the narrow scope of his original mandate.

[62] When he interacted with Ms. Matte-Thompson, Mr. Salomon provided advice with respect to all the patrimonies she administered. At no time did he differentiate between the respondents, as he often provided advice to both of them in the same emails and in memoranda addressed to 166. As the Court of Appeal pointed out, references Mr. Salomon had made in 2003 to the trusts, to the Companies and to capital preservation — which he knew to be crucial for the Trust — show that his recommendations extended beyond Ms. Matte-Thompson's personal interests. It should be borne in mind that reconciling her many roles was the very reason why Ms. Matte-Thompson had sought Mr. Salomon's advice from 2003 onwards.

[63] I agree with the Court of Appeal that a proper review of the whole of the evidence reveals that, during this entire period from 2003 to 2007, Mr. Salomon was acting for both respondents when he provided financial information and advice. His comments about the nature and the quality of investments with Triglobal concerned both the financial strategy of 166 and that of Ms. Matte-Thompson.

[64] From this standpoint, it is immaterial that 166's assets had not yet been sold in 2003, since Mr. Salomon consistently maintained the same

[61] Vu ce qui précède, la Cour d'appel disposait de solides assises pour conclure que la juge de première instance a erronément affirmé que M^e^ Salomon avait uniquement commis une faute envers M^me^ Matte-Thompson personnellement et uniquement en 2003. Appréciée adéquatement dans son ensemble, comme l'a fait la Cour d'appel, la preuve révèle que les conseils et assurances donnés par M^e^ Salomon entre 2003 et 2007 s'inscrivent dans un seul et même continuum, et qu'il est artificiel de les compartimenter. Indépendamment de l'étendue de son mandat initial, M^e^ Salomon a volontairement choisi de donner (et ce contre rémunération) ses conseils et ses assurances aux intimées pendant la période de quatre ans qui s'est soldée par l'effondrement de Triglobal. Ayant fait ce choix, il ne peut se dérober à sa responsabilité en invoquant la portée étroite de son mandat initial.

[62] Dans ses interactions avec M^me^ Matte-Thompson, M^e^ Salomon lui prodiguait des conseils sur tous les patrimoines qu'elle administrait. Il n'a jamais fait de distinction entre les intimées, et a souvent donné des conseils à toutes les deux dans les mêmes courriels et mémorandums qui étaient adressés à 166. Comme le souligne la Cour d'appel, les mentions que M^e^ Salomon a faites en 2003 relativement aux fiducies, aux Sociétés et à la préservation du capital — élément qu'il savait être crucial pour la Fiducie — montrent que ses recommandations dépassaient les intérêts personnels de M^me^ Matte-Thompson. Il convient de garder à l'esprit que la conciliation des nombreux rôles qu'elle jouait est la raison même pour laquelle M^me^ Matte-Thompson a commencé à consulter M^e^ Salomon en 2003.

[63] À l'instar de la Cour d'appel, j'estime qu'il ressort d'un examen adéquat de l'ensemble de la preuve que, pendant toute la période de 2003 à 2007, M^e^ Salomon agissait pour les deux intimées lorsqu'il fournissait des renseignements et des conseils financiers. Ses commentaires sur la nature et la qualité des placements chez Triglobal concernaient tant la stratégie financière de 166 que celle de M^me^ Matte-Thompson.

[64] Lorsqu'on considère la situation sous cet angle, il importe peu que les actifs de 166 n'avaient pas encore été vendus en 2003, étant donné que

2019 SCC 14 (CanLII)

position vis-à-vis Triglobal and its in-house products. Moreover, he never distinguished between his recommendations and reassurances regarding Ms. Matte-Thompson's personal investments and those regarding 166's later investments. Even the trial judge disbelieved Mr. Salomon's claim that "he had absolutely no involvement in 166376's decision to invest and that he knew nothing about it" (para. 220). In fact, his actions included commenting on the advisability of investing the proceeds of the sale of 166's assets in iVest and participating in meetings with Ms. Matte-Thompson and Mr. Papadopoulos at which they discussed the investment strategy for the sale proceeds. It is worth noting, as the Court of Appeal did, that Mr. Salomon himself considered Focus to be "less risky" than iVest (para. 131 (emphasis deleted), quoting A.R., vol. 6, at p. 1553).

[65] In sum, the Court of Appeal provided solid justifications and explanations for concluding that it was not only the initial recommendation of iVest to Ms. Matte-Thompson that was wrongful, but that Mr. Salomon's breaches of his duty to advise concerned 166 as well and that they continued until Triglobal's collapse in 2007. There is no basis for this Court to interfere and to vary the judgment of the first court of appeal on this point.

(2) Mr. Salomon's Duty of Loyalty

[66] The Court of Appeal also concluded that Mr. Salomon's personal and financial relationship with Mr. Papadopoulos had placed him in a conflict of interest, which constituted an additional fault committed against the respondents. The trial judge had found that there was no conflict of interest. In this regard, the evidence established not only that Mr. Papadopoulos was Mr. Salomon's close friend and personal financial advisor, but also in particular that, unbeknownst to the respondents, Mr. Salomon had received payments totalling $38,000 from Mr. Papadopoulos in 2006 and 2007 while continuing to reassure them regarding their investments with Triglobal.

M^e^ Salomon n'a jamais modifié sa position relativement à Triglobal et à ses produits. En outre, il n'a jamais fait de distinction entre ses recommandations et assurances au sujet des placements personnels de M^me^ Matte-Thompson et celles au sujet des placements ultérieurs de 166. Même la juge de première instance refuse d'ajouter foi à l'affirmation de M^e^ Salomon [TRADUCTION] « qu'il n'avait absolument rien à voir avec la décision de 166376 d'investir et qu'il n'en savait rien » (par. 220). En fait, M^e^ Salomon a notamment formulé des observations au sujet de l'opportunité d'investir le produit de la vente des actifs de 166 dans iVest et il a participé avec M^me^ Matte-Thompson et M. Papadopoulos à des réunions où il a été question de la stratégie d'investissement du produit de la vente. Il convient de noter, comme le fait la Cour d'appel, que M^e^ Salomon lui-même considérait le fonds Focus comme [TRADUCTION] « moins risqué » que le fonds iVest (par. 131 (soulignement omis), citant d.a., vol. 6, p. 1553).

[65] En somme, la Cour d'appel fournit de solides justifications et explications au soutien de sa conclusion que ce n'est pas seulement la recommandation initiale d'iVest à M^me^ Matte-Thompson qui est fautive, mais que les manquements de M^e^ Salomon à son devoir de conseil concernent aussi 166 et que ceux-ci se sont poursuivis jusqu'à l'effondrement de Triglobal en 2007. Rien ne justifie notre Cour d'intervenir et de modifier ce jugement de la première juridiction d'appel sur ce point.

(2) Le devoir de loyauté de M^e^ Salomon

[66] La Cour d'appel conclut, de plus, que les relations personnelles et financières qu'entretenait M^e^ Salomon avec M. Papadopoulos l'ont mis dans une situation de conflit d'intérêts, qui constitue une faute additionnelle commise par M^e^ Salomon à l'endroit des intimées. La juge de première instance a conclu qu'il n'y avait pas de conflit d'intérêts. À cet égard, non seulement la preuve établit que M. Papadopoulos était un ami proche de M^e^ Salomon et son conseiller financier personnel, mais plus particulièrement que, à l'insu des intimées, M^e^ Salomon a reçu de M. Papadopoulos des sommes totalisant 38 000 $ en 2006 et en 2007 tout en continuant à rassurer les intimées au sujet de leurs placements chez Triglobal.

2019 SCC 14 (CanLII)

[67] On this point, the trial judge found that "[t]he fact that [Mr.] Salomon had some personal investments with Triglobal did not preclude him from referring his clients to a financial advisor with whom he was satisfied", given that the clients were aware of those investments (para. 142). However, this narrow and limited statement disregards the fact that Mr. Salomon went well beyond merely making a referral. As the Court of Appeal noted, [TRANSLATION] "Mr. Salomon put himself in a conflict of interest by not limiting the role he played with the [respondents] to simply recommending Triglobal, its representative, [Mr.] Papadopoulos, and the products they offered" (para. 98).

[68] The trial judge also accepted the explanations given by Mr. Salomon for the different payments he had received from Mr. Papadopoulos through 430, namely that these payments represented (1) "gifts" for the renovation of his apartment, (2) an additional amount to cover the taxes on those "gifts", and (3) the redemption of his own investment in Focus. She found that there was no proof that these payments were commissions for referring clients to Triglobal or that Mr. Salomon had received such commissions in 2003 or in 2006 when Ms. Matte-Thompson and 166, respectively, had made their first investments. She stated that she could not therefore conclude that these circumstances had placed Mr. Salomon in a conflict of interest.

[69] On this issue, the Court of Appeal expressed the opinion that the trial judge had adopted an unduly restrictive approach in analyzing the principles relating to conflicts of interest. It found that she had erred by holding that an exact concomitance between the payments and the referral or "specific proof" that the payments were indeed commissions (trial reasons, at para. 155) was needed before such a conflict of interest could be found to exist. This unduly restrictive approach tainted her entire analysis concerning the breach of Mr. Salomon's duty of loyalty to the respondents.

[67] Sur ce point, la juge de première instance statue que [TRADUCTION] « [l]e fait que [M^e^] Salomon avait certains placements personnels chez Triglobal ne l'empêchait pas de recommander à ses clientes un conseiller financier dont il était satisfait », étant donné que les clientes étaient au courant de ces placements (par. 142). Toutefois, cette affirmation de portée particulièrement étroite néglige le fait que M^e^ Salomon a fait bien davantage que d'aiguiller ses clientes. Comme le note la Cour d'appel, « M^e^ Salomon s'est placé en situation de conflit d'intérêts en ne limitant pas son intervention auprès des [intimées] à une simple recommandation de Triglobal, de son représentant [M.] Papadopoulos et des produits qu'ils offraient » (par. 98).

[68] La juge du procès accepte aussi les explications données par M^e^ Salomon au sujet des divers paiements qu'il a reçus de M. Papadopoulos par l'intermédiaire de 430, notamment que ces paiements représentaient (1) des « cadeaux » pour la rénovation de son appartement; (2) une somme additionnelle pour le paiement des impôts sur ces « cadeaux »; et (3) le montant du remboursement de son propre placement dans Focus. Elle conclut qu'aucune preuve ne démontrait que ces paiements constituaient des commissions versées pour avoir aiguillé des clients vers Triglobal ou que M^e^ Salomon a reçu de telles commissions en 2003 ou en 2006 lorsque M^me^ Matte-Thompson et 166, respectivement, ont effectué leurs premiers placements. Pour cette raison, elle affirme qu'il lui est impossible de conclure que ces circonstances avaient placé M^e^ Salomon dans une situation de conflit d'intérêts.

[69] Sur cette question, la Cour d'appel exprime l'opinion que la juge de première instance a adopté une approche indûment restrictive dans son analyse des principes relatifs aux conflits d'intérêts. La cour estime que la juge a fait erreur en concluant qu'une concomitance parfaite entre les paiements et l'aiguillage ou une [TRADUCTION] « preuve précise » que les paiements étaient effectivement des commissions (motifs de première instance, par. 155) est nécessaire pour qu'il soit possible de conclure à l'existence d'un tel conflit d'intérêts. Cette interprétation indûment restrictive entache toute son analyse relative au manquement de M^e^ Salomon à son devoir de loyauté envers les intimées.

2019 SCC 14 (CanLII)

[70] As the Court of Appeal rightly noted, the trial judge had failed to comment on or explain certain other factors that confirmed the very close nature of the relationship between Mr. Salomon and Mr. Papadopoulos and that could not be ignored in assessing the payments received by Mr. Salomon in 2006 and 2007. A proper consideration of the evidence as a whole leads to the conclusion that this very close relationship affected Mr. Salomon's objectivity in advising the respondents. This breach of his duty of loyalty informs the assessment of Mr. Salomon's breach of his duty to advise, as it ultimately led him to turn a blind eye to a situation to which he should have been more attentive and alert.

[71] As mandataries, lawyers have a duty to avoid placing themselves in situations in which their personal interests are in conflict with those of their clients (art. 2138 para. 2 *C.C.Q.*). The duty to avoid conflicts of interest is a salient aspect of the duty of loyalty they owe to their clients (*Canadian National Railway Co. v. McKercher LLP*, 2013 SCC 39, [2013] 2 S.C.R. 649, at para. 19, citing *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, at para. 19; see also C.A. reasons, at para. 94). In conjunction with the duty of commitment to the client's cause, the duty to avoid conflicting interests ensures that "divided loyalt[ies] d[o] not cause the lawyer to 'soft peddle' his or her [representation] of a client out of concern for [other interests]" (*McKercher*, at para. 43, quoting *Neil*, at para. 19). In the same manner, the duty of loyalty shields the performance of the lawyer's duty to advise clients from the taint of undue interference.

[72] It is true that Mr. Salomon's friendship with Mr. Papadopoulos had been divulged to Ms. Matte-Thompson. However, that disclosure did not entitle him to shirk his duty to properly advise the respondents. Again, the Court of Appeal had a solid basis for finding that the record showed that Mr. Salomon's relationship with Mr. Papadopoulos had caused him to neglect his professional duty to advise the respondents. In addition to his blindly endorsing Triglobal without performing due diligence, there were two clear indications that Mr. Salomon's divided loyalties

[70] Ainsi que le signale à juste titre la Cour d'appel, la juge de première instance n'a ni commenté ni expliqué certains autres facteurs qui confirment la nature très étroite des liens qui existaient entre M[e] Salomon et M. Papadopoulos et qui ne peuvent être passés sous silence dans l'appréciation des paiements reçus par M[e] Salomon en 2006 et en 2007. Il ressort d'un examen adéquat de l'ensemble de la preuve que ces liens très étroits ont eu une incidence sur l'objectivité de M[e] Salomon lorsqu'il conseillait les intimées. Ce manquement de M[e] Salomon à son devoir de loyauté éclaire l'analyse du manquement à son devoir de conseil, en ce qu'il l'a en définitive amené à fermer les yeux sur une situation à l'égard de laquelle il aurait dû être plus attentif et vigilant.

[71] En tant que mandataires, les avocats sont tenus d'éviter de se placer dans une situation de conflit entre leurs intérêts personnels et les intérêts de leurs clients (art. 2138 al. 2 *C.c.Q.*). L'obligation d'éviter les conflits d'intérêts est un des principaux aspects du devoir de loyauté des avocats envers leurs clients (*Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. McKercher LLP*, 2013 CSC 39, [2013] 2 R.C.S. 649, par. 19, citant *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, par. 19; voir aussi motifs de la C.A., par. 94). Conjugué au devoir de dévouement de l'avocat à la cause de son client, le devoir d'éviter les conflits d'intérêts vise à assurer qu'« une situation de loyauté[s] partagée[s] n'incite pas l'avocat à "mettre une sourdine" à la [représentation] de son client par souci [de] ménager [d'autres intérêts] » (*McKercher*, par. 43, citant l'arrêt *Neil*, par. 19). De même, le devoir de loyauté protège l'accomplissement du devoir de conseil que les avocats doivent à leurs clients contre l'effet d'influences inappropriées.

[72] Il est vrai que les liens d'amitié qu'entretenait M[e] Salomon avec M. Papadopoulos ont été divulgués à M[me] Matte-Thompson. La divulgation de ce fait n'autorisait toutefois pas M[e] Salomon à se dérober à son devoir de conseiller adéquatement les intimées. Là encore, la Cour d'appel disposait de solides assises lui permettant de conclure que, selon le dossier, la relation qu'entretenait M[e] Salomon avec M. Papadopoulos avait amené le premier à négliger son devoir professionnel de conseil envers les intimées. Outre les propos aveuglément favorables à

2019 SCC 14 (CanLII)

had led him to neglect the respondents' interests. But because of the trial judge's restrictive approach to the conflict of interest analysis, she did not comment on these revealing examples of his divided loyalties.

[73] The first of these indications was that Mr. Salomon had disregarded his duty of confidentiality regarding his communications with the respondents. As this Court stated in *McKercher*, "[t]he first major concern addressed by the duty to avoid conflicting interests is the misuse of confidential information. The duty to avoid conflicts of interest reinforces the lawyer's duty of confidentiality — which is a distinct duty — by preventing situations that carry a heightened risk of a breach of confidentiality" (para. 24). In the case at bar, Mr. Salomon's close relationship with Mr. Papadopoulos fostered the precise type of divided loyalties that would increase the risk of a breach of confidentiality. And such breaches did in fact occur. Mr. Salomon repeatedly disclosed confidential communications he had received from Ms. Matte-Thompson to Mr. Papadopoulos without her authorization. For instance, he transmitted the content of several of her emails to Mr. Papadopoulos, including ones in which she expressed concerns about the trustworthiness of the investment firm, asked about withdrawing the investments or announced that she intended to commence legal proceedings.

[74] The second indication was that Mr. Salomon had teamed up with Mr. Papadopoulos in an attempt to convince Ms. Matte-Thompson not to withdraw the respondents' investments with Triglobal. In emails addressed to Mr. Papadopoulos or to his assistant, Mr. Salomon wrote:

What [Ms. Matte-Thompson] wants to have is a report . . . .

Triglobal formulés par M^e^ Salomon sans faire preuve de diligence appropriée, deux situations indiquent clairement que les loyautés partagées de M^e^ Salomon l'ont amené à négliger les intérêts des intimées. Cependant, en raison de l'approche restrictive qu'elle applique à l'égard de l'analyse relative au conflit d'intérêts, la juge de première instance ne commente pas ces exemples éloquents des loyautés partagées de M^e^ Salomon.

[73] La première de ces situations est que M^e^ Salomon a négligé son obligation de protéger la confidentialité de ses communications avec les intimées. Comme le déclare notre Cour dans l'arrêt *McKercher*, « [l]a prévention de l'utilisation à mauvais escient de renseignements confidentiels constitue la première considération importante visée par le devoir d'éviter les conflits d'intérêts. Ce devoir renforce le devoir de confidentialité de l'avocat — un devoir distinct — en prévenant les situations comportant un risque élevé de manquement à la confidentialité » (par. 24). En l'espèce, les liens étroits qu'entretenait M^e^ Salomon avec M. Papadopoulos ont favorisé le type précis de loyautés partagées susceptible d'accroître le risque de manquement à la confidentialité. De tels manquements se sont effectivement produits. Maître Salomon divulgue de façon répétée à M. Papadopoulos, sans l'autorisation de M^me^ Matte-Thompson, des communications confidentielles reçues de cette dernière. Par exemple, il transmet à M. Papadopoulos le contenu de plusieurs courriels de M^me^ Matte-Thompson, y compris certains dans lesquels celle-ci exprime des inquiétudes au sujet de la fiabilité de la société de placements, se demande s'il ne serait pas judicieux de retirer les placements et fait part de son intention d'intenter des procédures judiciaires.

[74] La deuxième situation est celle où M^e^ Salomon fait équipe avec M. Papadopoulos pour tenter de convaincre M^me^ Matte-Thompson de ne pas retirer les placements des intimées auprès de Triglobal. Dans des courriels adressés à M. Papadopoulos ou à son assistant, M^e^ Salomon écrit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Ce que veut [M^me^ Matte-Thompson], c'est un rapport . . .

2019 SCC 14 (CanLII)

I believe that I know exactly what she wants and would like to help prepare this report . . . . If we do this right, there will be no uncertainty in the future.

It is important that we get this right this time so that she feels secure and can deal with the critics (e.g. her accountant). Please let me know if it is okay for me to discuss this briefly with Mario [Angelopoulos].

(A.R., vol. 5, at p. 1441 (emphasis added), referred to in C.A. reasons, at para. 99.)

I believe that we have a very good mix of investments set up for Judy . . . . She has received input (from her accountant) that is critical of the investment strategy, and I want us to be able to respond to same.

(A.R., vol. 5, at p. 1445 (emphasis added))

She is unhappy with the Focus setup. Can we make it simpler? Perhaps straight Ivest? Or is the idea to have the capital in the less risky Focus?

(A.R., vol. 6, at p. 1553 (emphasis added), quoted in C.A. reasons, at para. 131 (emphasis deleted).)

[75] The Court of Appeal pointed to the use of the word "we" as a strong indication of Mr. Salomon's divided loyalties in the key period from 2006 to 2007. These emails evidenced a form of coalition between Mr. Salomon and Mr. Papadopoulos. When Ms. Matte-Thompson expressed concerns regarding the respondents' investments, Mr. Salomon decided to help Mr. Papadopoulos prepare a report meant to appease her and to [TRANSLATION] "silence the criticisms" (C.A. reasons, at para. 100), without ever inquiring into the basis of her concerns. Another illustration of Mr. Salomon's divided loyalties arose in May 2007, when he failed to inform the respondents of the *La Presse Affaires* article, which raised "serious doubts about the investments made through Triglobal in the iVest or Focus funds" (trial reasons, at paras. 260-61). In this context, the Court of Appeal was right to conclude that Mr. Salomon had acted in a manner that was incompatible with the respondents'

Je crois que je sais exactement ce qu'elle veut et je voudrais aider à la préparation de ce rapport [. . .] Si nous nous y prenons comme il faut, il n'y aura pas d'incertitude à l'avenir.

Il est important que nous fassions les choses adéquatement cette fois pour qu'elle se sente en sécurité et puisse répondre aux critiques (p. ex. son comptable). S'il te plaît, laisse-moi savoir s'il n'y a pas d'inconvénients à ce que j'en discute brièvement avec Mario [Angelopoulos].

(d.a., vol. 5, p. 1441 (je souligne), mentionné dans les motifs de la C.A., par. 99.)

Je crois que nous avons une très bonne combinaison de placements pour Judy [. . .] Elle a reçu des commentaires (de son comptable) critiquant la stratégie de placement, et je veux que nous soyons capables de répondre à ces critiques.

(d.a., vol. 5, p. 1445 (je souligne))

Le montage dans Focus ne lui plaît pas. Pouvons-nous faire quelque chose de plus simple? Peut-être strictement Ivest? Ou est-ce que l'idée est de placer le capital dans Focus, le fonds moins risqué?

(d.a., vol. 6, p. 1553 (je souligne), cité dans les motifs de la C.A., par. 131 (soulignement omis).)

[75] La Cour d'appel souligne que l'emploi du pronom « *we* » (« nous ») dans les courriels anglais originaux constitue une solide illustration des loyautés partagées de M^e^ Salomon au cours de la période clé, soit 2006 à 2007. Ces courriels témoignent de l'existence d'une sorte de coalition entre M^e^ Salomon et M. Papadopoulos. Lorsque M^me^ Matte-Thompson exprime ses inquiétudes au sujet des placements des intimées, M^e^ Salomon décide d'aider M. Papadopoulos à préparer un rapport destiné à l'apaiser et à « [faire] taire les critiques » (motifs de la C.A., par. 100), sans jamais chercher à connaître la raison de ses inquiétudes. Une autre illustration des loyautés partagées de M^e^ Salomon se produit en mai 2007, lorsqu'il omet d'informer les intimées de l'article de *La Presse Affaires* qui soulève [TRADUCTION] « des doutes sérieux au sujet des placements faits par l'entremise de Triglobal dans les fonds iVest ou Focus » (motifs de première instance, par. 260-261). Dans

2019 SCC 14 (CanLII)

interests. The documentary evidence supported this finding, which could hardly be disregarded in assessing a conflict of interest allegation like the one raised by the respondents against Mr. Salomon.

[76] Furthermore, given the circumstances, including this close relationship, the Court of Appeal was right to find it troubling that Mr. Salomon had received $20,000 in "gifts" from Mr. Papadopoulos in May and June 2006 through a company that had been incorporated solely for that purpose and after invoices had been issued for services that were in fact never rendered. These "gifts" were subsequently topped up in February 2007 with an additional amount of $8,000 that was meant to cover the taxes on the amount that had already been received.

[77] Despite these facts, the trial judge found that there was no conflict of interest, relying for this purpose solely on the explanations given by Mr. Salomon. She insisted that there was no proof that the payments constituted commissions for the referral of the respondents to Triglobal or that that referral was contemporaneous with the payments. The Court of Appeal found that this conclusion was palpably wrong. It was inconsistent with the documentary evidence, which contained no mention of "gifts", and ignored the fact that 430's stated purpose — "financial consulting" — was relevant to the question of whether these payments were gifts or commissions. As well, the payments had not been considered in the context of the evidence as a whole, a context that raised concerns as to the divided loyalties of Mr. Salomon: after all, the payments were at all times kept secret from the respondents. In addition, the troubling fact of Mr. Papadopoulos's willingness to request and pay artificial invoices to 430 had improperly been considered irrelevant, even though this raised obvious concerns as to the general probity of the individual Mr. Salomon was recommending and endorsing to the respondents at the same time as he was receiving these payments. In fact, irrespective of whether they were characterized as gifts or commissions, the payments raised serious

ce contexte, c'est à bon droit que la Cour d'appel conclut que M^e^ Salomon a agi d'une manière incompatible avec les intérêts des intimées. La preuve documentaire appuie cette conclusion, qui peut difficilement être laissée de côté dans l'examen d'une allégation de conflit d'intérêts comme celle formulée par les intimées contre M^e^ Salomon.

[76] De plus, compte tenu des circonstances, y compris les liens étroits existant entre M^e^ Salomon et M. Papadopoulos, la Cour d'appel est d'avis, à juste titre, qu'il est troublant que M^e^ Salomon ait reçu des « cadeaux » totalisant 20 000 $ de M. Papadopoulos en mai et juin 2006, par l'entremise d'une société constituée à cette seule fin, après envoi de factures pour des services qui n'ont en fait jamais été rendus. À ces « cadeaux », s'ajoute ensuite, en février 2007, une somme additionnelle de 8 000 $ destinée à payer les impôts afférents au montant déjà reçu.

[77] Malgré ces faits, la juge de première instance conclut qu'il n'y a pas de conflit d'intérêts, sur la seule foi des explications données par M^e^ Salomon. Elle insiste sur le fait qu'il n'existe aucune preuve établissant que les paiements constituent des commissions pour l'aiguillage des intimées vers Triglobal, ou que l'aiguillage a coïncidé avec les paiements. Suivant la Cour d'appel, cette conclusion est manifestement erronée. Elle est incompatible avec la preuve documentaire, qui ne fait aucune mention de « cadeaux », et fait abstraction du fait que l'objet déclaré de 430 — la « consultation financière » — est pertinent pour répondre à la question de savoir si les paiements sont des cadeaux ou des commissions. De plus, les paiements ne sont pas situés dans le contexte de l'ensemble de la preuve, contexte qui suscite des préoccupations sur les loyautés partagées de M^e^ Salomon; après tout, ces paiements ont en tout temps été cachés aux intimées. En outre, le fait troublant que M. Papadopoulos est disposé à demander et à payer à 430 des comptes d'honoraires factices est considéré à tort comme non pertinent, même si une telle situation soulève d'évidentes préoccupations quant à la probité générale de l'individu que M^e^ Salomon recommande favorablement aux intimées, alors même qu'il reçoit les paiements en question. De fait, qu'on les qualifie de cadeaux ou

2019 SCC 14 (CanLII)

doubts regarding the independence of the lawyer who had received them.

[78] The impact of this evidence was reinforced by the two $5,000 cheques Mr. Salomon had subsequently received in October 2007 and by Mr. Papadopoulos's email referring to these payments as "comms" (A.R., vol. 6, at p. 1674). When she considered this email, the trial judge wrote that there was nonetheless "no specific proof that those commissions were given to [Mr.] Salomon in consideration of the investments made by the [respondents] or any other clients" (para. 155). The Court of Appeal was clearly uncomfortable with this conclusion, as it stated: [TRANSLATION] "How can it not be concluded that Mr. Salomon received commissions for the clients he referred to Mr. Papadopoulos?" (para. 107). Once again, the Court of Appeal emphasized the trial judge's failure to explain this.

[79] I would reiterate that the incorporation of 430 for "financial consulting" purposes and the payment of false invoices for services that had never been rendered occurred between March and June 2006. Mr. Papadopoulos's lack of probity in issuing payments for those false invoices was therefore known to Mr. Salomon at that time. Yet it was in April 2006 that some of his specific reassurances to the respondents about their investments with Triglobal (which at the time included those in Focus) were made, and without a single qualification. Meanwhile, the respondents were not aware of the payments, which were never disclosed to them.

[80] I therefore find that the Court of Appeal had strong bases for overturning the trial judge's conclusion in this respect, and for concluding that Mr. Salomon's personal and financial relationship with Mr. Papadopoulos did place him in a conflict of interest in more than one way. The trial judge's unduly restrictive approach prevented her from properly assessing the totality of the evidence on this

de commissions, les paiements font naître de sérieux doutes quant à l'indépendance de l'avocat qui les reçoit.

[78] L'impact de ces éléments de preuve est renforcé par les deux chèques de 5 000 $ reçus subséquemment par M^e^ Salomon en octobre 2007, et par le courriel de M. Papadopoulos qualifiant ces paiements de « *comms* » (d.a., vol. 6, p. 1674). Lorsqu'elle examine ce courriel, la juge de première instance écrit qu'il n'y a néanmoins [TRADUCTION] « aucune preuve précise que ces commissions ont été versées à [M^e^] Salomon en contrepartie des placements effectués par les [intimées] ou par quelque autre client » (par. 155). La Cour d'appel est manifestement mal à l'aise face à cette conclusion, et elle déclare ceci : « Comment ne pas conclure que M^e^ Salomon reçoit des commissions pour les clients qu'il réfère à [M.] Papadopoulos? » (par. 107). Encore une fois, la Cour d'appel souligne le défaut de la juge de première instance de fournir des explications à ce sujet.

[79] Je tiens à rappeler que la constitution en personne morale de 430 afin de fournir des services de « consultation financière » et le paiement de comptes d'honoraires factices pour des services qui n'ont jamais été rendus ont lieu entre les mois de mars et de juin 2006. À ce moment, M^e^ Salomon est donc au fait du manque de probité dont M. Papadopoulos a fait preuve en acquittant ces comptes d'honoraires factices. Pourtant, c'est en avril 2006 qu'il rassure expressément les intimées à quelques reprises quant à leurs placements chez Triglobal (placements qui comprennent alors ceux réalisés dans le fonds Focus), sans exprimer la moindre réserve. Pendant tout ce temps, les intimées ne connaissent pas l'existence de ces paiements, qui ne leur sont jamais divulgués.

[80] Par conséquent, j'estime que la Cour d'appel disposait de solides assises pour infirmer la conclusion de la juge de première instance sur ce point et pour conclure que M^e^ Salomon s'est placé à plus d'un égard en situation de conflit d'intérêts en raison des liens personnels et financiers qu'il entretenait avec M. Papadopoulos. L'approche indûment restrictive adoptée par la juge du procès l'a

2019 SCC 14 (CanLII)

topic. The evidence not only pointed to questionable payments received by Mr. Salomon at the same time as he was reassuring the respondents about their investments, it also revealed his very close relationship with Mr. Papadopoulos and the divided loyalties that had resulted from that relationship. The evidence as a whole on this issue pointed to one reasonable conclusion: that Mr. Salomon was in a conflict of interest.

[81] Conflicts of interest must be proven on a balance of probabilities (*Parizeau v. Poulin De Courval*, [2000] R.R.A. 67 (Que. C.A.), at paras. 22-23 and 29; see also, in the common law context, *McKercher*, at para. 38). The trial judge erred by disregarding the overwhelming evidence of Mr. Salomon's close personal and financial relationship with Mr. Papadopoulos on the basis that it did not lead to the conclusion that there was a conflict of interest (paras. 163-64; see also C.A. reasons, at para. 107). The Court of Appeal was justified in finding that Mr. Salomon had been in a conflict of interest and that he had in the end neglected the respondents' interests, thereby violating his duty of loyalty to them in addition to his duty to advise them.

D. *Did the Court of Appeal Err by Interfering With the Trial Judge's Findings Relating to Causation?*

[82] Finally, the Court of Appeal held that the trial judge had made a palpable and overriding error by concluding that Mr. Salomon's fault had not caused the respondents' losses. In its view, the impact of Mr. Salomon's faults was much greater than she had found it to be. The appellants argue that this decision was erroneous. They point out that the trial judge had found that the respondents' investment losses were a consequence of the fraud committed by Mr. Papadopoulos and Mr. Bright, and not of Mr. Salomon's faults. Once again, I disagree with the appellants. Once Mr. Salomon's faults had been properly identified and circumscribed, the causal link to the respondents' losses was in fact quite obvious. As I will explain, the Court of Appeal was

empêchée d'apprécier adéquatement l'ensemble de la preuve sur cette question. Les éléments de preuve font non seulement ressortir le caractère douteux des paiements qu'a reçus M^e^ Salomon alors même qu'il rassure les intimées sur leurs placements, mais ils illustrent aussi les liens très étroits que ce dernier entretenait avec M. Papadopoulos, ainsi que les loyautés partagées qui découlent de ces liens. L'ensemble de la preuve sur cette question conduit à une seule conclusion raisonnable : M^e^ Salomon était en conflit d'intérêts.

[81] L'existence d'un conflit d'intérêts doit être prouvée selon la prépondérance des probabilités (*Parizeau c. Poulin De Courval*, [2000] R.R.A. 67 (C.A. Qc), par. 22-23 et 29); voir également, en common law, *McKercher*, par. 38). La juge de première instance commet une erreur en ne tenant pas compte de la preuve abondante des liens personnels et financiers étroits qu'entretenait M^e^ Salomon avec M. Papadopoulos au motif qu'elle ne permet pas de conclure à l'existence d'un conflit d'intérêts (par. 163-164; voir aussi les motifs de la C.A., par. 107). La Cour d'appel était justifiée de conclure que M^e^ Salomon s'est placé dans une situation de conflit d'intérêts, et qu'il a en définitive négligé les intérêts des intimées, manquant ainsi tant à son devoir de loyauté qu'à son devoir de conseil envers elles.

D. *La Cour d'appel a-t-elle erré en intervenant à l'égard des conclusions de la juge de première instance relativement au lien de causalité?*

[82] Enfin, la Cour d'appel décide que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante en concluant que la faute de M^e^ Salomon n'a pas causé les pertes subies par les intimées. De l'avis de la Cour d'appel, les fautes de M^e^ Salomon ont eu un impact beaucoup plus grand que celui auquel en est arrivée la première juge. Les appelants prétendent que cette conclusion est erronée. Ils soulignent que la juge du procès a statué que les pertes subies par les intimées au titre de leurs placements sont la conséquence de la fraude commise par MM. Papadopoulos et Bright et non des fautes de M^e^ Salomon. À nouveau, je suis en désaccord avec les appelants. Une fois les fautes de M^e^ Salomon correctement déterminées et circonscrites, le lien de

2019 SCC 14 (CanLII)

right to intervene in the trial judge's conclusion on causation.

(1) True Causal Connection

[83] There is no doubt that the fraud committed in the Ponzi scheme is a cause of the respondents' losses. That said, more than one fault — a contractual fault in this case — can cause a single injury so long as each of the faults is a true cause, and not a mere condition, of the injury (Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-685; *Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419, at p. 425; see, e.g., *Compagnie 99885 Canada inc. v. Monast*, [1994] R.R.A. 217 (Que. C.A.), at p. 221). The liability of Mr. Papadopoulos and Mr. Bright for their fraud therefore does not mean that the appellants are not liable if their faults were a cause of the respondents' losses.

[84] A fault is a true cause of its logical, immediate and direct consequences (art. 1607 *C.C.Q.*; Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-683; D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at No. 2962; see *Lonardi*, at para. 76; *Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 50). This characterization is largely a factual matter, which depends on all the circumstances of the case (Lluelles and Moore, at Nos. 2962-63; *Stellaire Construction Inc. v. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591 (Que. C.A.), at para. 39).

[85] I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred by minimizing the consequences of the fault that Mr. Salomon had in her view committed in relation to Ms. Matte-Thompson's initial investment in iVest. First, if he had performed due diligence regarding the funds he recommended, he would have known that neither iVest nor Focus was registered with the AMF. This information would have

causalité entre celles-ci et les pertes subies par les intimées est de fait particulièrement évident. Comme je vais l'expliquer, c'est à juste titre que la Cour d'appel est intervenue à l'égard de la conclusion de la juge de première instance au sujet du lien de causalité.

(1) Le véritable lien de causalité

[83] Il ne fait aucun doute que la fraude commise par le truchement du stratagème de type Ponzi constitue une cause des pertes subies par les intimées. Cela dit, il peut arriver que plus d'une faute — une faute de nature contractuelle en l'espèce — cause un seul préjudice, pour autant toutefois que chacune d'entre elles soit une véritable cause du préjudice et non une simple occasion de celui-ci (Baudouin, Deslauriers et Moore, n^o^ 1-685; *Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419, p. 425; voir, p. ex., *Compagnie 99885 Canada inc. c. Monast*, [1994] R.R.A. 217 (C.A. Qc), p. 221). La responsabilité imputable à MM. Papadopoulos et Bright à l'égard de leur fraude ne signifie donc pas que les appelants ne sont pas responsables si les fautes commises par ces derniers ont causé les pertes des intimées.

[84] Une faute constitue une cause véritable du préjudice si celui-ci en est la suite logique, directe et immédiate (art. 1607 *C.c.Q.*; Baudouin, Deslauriers et Moore, n^o^ 1-683; D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2^e^ éd. 2012), n^o^ 2962; voir *Lonardi*, par. 76; *Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 50). Cette détermination est dans une large mesure une question de fait et elle dépend de l'ensemble des circonstances de l'affaire (Lluelles et Moore, n^os^ 2962-2963; *Stellaire Construction Inc. c. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591 (C.A. Qc), par. 39).

[85] À l'instar de la Cour d'appel, j'estime que la juge de première instance commet une erreur en minimisant les conséquences de la faute que M^e^ Salomon a, selon elle, commise relativement à l'investissement initial de M^me^ Matte-Thompson dans le fonds iVest. Premièrement, s'il avait fait preuve de la diligence appropriée à l'égard des fonds qu'il recommandait, M^e^ Salomon aurait su que ni iVest ni Focus n'étaient

2019 SCC 14 (CanLII)

triggered further suspicions about Mr. Papadopoulos and Triglobal, who were not authorized to offer investment funds such as iVest and Focus. Second, if Mr. Salomon had told Ms. Matte-Thompson from the start that offshore hedge funds were not investment vehicles that provide security of capital, she would not have invested in either iVest or Focus.

[86] The trial judge's findings regarding the extent of the faults committed by Mr. Salomon no doubt had an impact on her causation analysis. As I explained above, assessing the evidence in separate silos based on the timing of the events and the specific funds that had been recommended was artificial. The events at the heart of this case are part of a single continuum that concerned both respondents and their losses in both iVest and Focus. The trial judge's causation analysis was also distorted by her erroneous finding that Mr. Salomon had not breached his duty of loyalty.

[87] Taken together, Mr. Salomon's faults with respect to both his duty to advise and his duty of loyalty were a true cause of the losses suffered by the respondents. Ms. Matte-Thompson referred to Mr. Salomon as her "friend and lawyer for the past 20+ years" (A.R., vol. 4, at p. 948). It is clear from the record that she had full confidence in him and that she relied not only on his legal advice on the management of the patrimonies she administered, but also on his professional judgment concerning the investments she was contemplating. As the Court of Appeal found, Mr. Salomon induced an air of confidence regarding the investments when in reality they were manifestly inadequate in relation to the respondents' needs. The evidence supported the view that this was based on far more than simply a general sense of confidence on their part. The respondents' trust in and reliance on Mr. Salomon was based on recommendations, endorsements and reassurances that remained constant and uniform over the years. Mr. Salomon actively encouraged their reliance by providing multiple investment recommendations and

inscrits auprès de l'AMF. Cette information aurait fait naître chez lui des soupçons additionnels au sujet de M. Papadopoulos et de Triglobal, lesquels n'étaient pas autorisés à offrir des fonds de placement tels iVest et Focus. Deuxièmement, si M^e^ Salomon avait dès le départ avisé M^me^ Matte-Thompson que des fonds spéculatifs extraterritoriaux n'étaient pas des véhicules qui garantissaient la sécurité du capital, cette dernière n'aurait investi ni dans iVest ni dans Focus.

[86] Il ne fait aucun doute que les conclusions de la juge de première instance quant à l'ampleur des fautes de M^e^ Salomon ont influencé son analyse du lien de causalité. Comme je l'ai expliqué précédemment, il était artificiel d'apprécier la preuve de façon compartimentée en se fondant sur la chronologie des faits et sur les fonds précis qui avaient été recommandés. Les faits au cœur de la présente affaire s'inscrivent dans un seul et même continuum, qui concerne à la fois les intimées et les pertes qu'elles ont subies au titre de leurs placements dans iVest et dans Focus. La conclusion erronée de la juge de première instance suivant laquelle M^e^ Salomon n'a pas manqué à son devoir de loyauté a également faussé son analyse de la causalité.

[87] Considérées globalement, les fautes de M^e^ Salomon relativement à son devoir de conseil et à son devoir de loyauté constituent une cause véritable des pertes subies par les intimées. Madame Matte-Thompson a dit de M^e^ Salomon qu'il était son [TRADUCTION] « ami et [son] avocat depuis les 20 dernières années, sinon plus » (d.a., vol. 4, p. 948). Il ressort clairement du dossier qu'elle avait pleinement confiance en lui et qu'elle se fiait non seulement aux conseils juridiques que ce dernier lui donnait au sujet de la gestion des patrimoines qu'elle administrait, mais aussi à son jugement professionnel quant aux placements qu'elle envisageait de faire. Comme le fait observer la Cour d'appel, M^e^ Salomon a suscité un climat de confiance à l'égard des placements, alors qu'en réalité ils ne convenaient manifestement pas aux besoins des intimées. La preuve indique que cette perception favorable reposait sur bien plus qu'un simple sentiment général de confiance de la part des intimées. La confiance des intimées envers M^e^ Salomon et ses conseils était fondée sur des recommandations, des commentaires favorables et des assurances que ce dernier a formulés de façon

2019 SCC 14 (CanLII)

professing to be knowledgeable in that field. Over the years, Mr. Salomon made every effort to convince the respondents to invest — and to retain their investments — with Triglobal. I would add that such reliance by a client on the advice and opinion of his or her lawyer is unsurprising, as it is inherent in the lawyer-client relationship. The credibility that lawyers generally enjoy with their clients is a factor to bear in mind when assessing the impact of the advice they provide (see *Harris*, at para. 19).

[88] From this standpoint, the fact that Mr. Salomon initially recommended iVest and that the bulk of the respondents' monies were subsequently transferred to or directly invested in Focus is immaterial. This is a distinction without a difference because, as I mentioned above, the respondents would never have invested in either iVest or Focus had Mr. Salomon performed due diligence before making his initial investment recommendation or had he told them that offshore hedge funds are not investment vehicles that provide security of capital. It should be borne in mind in this regard that iVest and Focus constituted a single Ponzi scheme in which funds were transited through iVest to pay off investors in Focus, and that Mr. Salomon himself considered Focus to be "less risky" than iVest (C.A. reasons, at para. 131 (emphasis deleted), quoting A.R., vol. 6, at p. 1553). As the Court of Appeal aptly put it, the respondents' lost investments [TRANSLATION] "form indissociable parts of a system into which the [respondents] were drawn by Mr. Salomon's faults" (para. 140).

[89] For the Court of Appeal, if Mr. Salomon had properly advised the respondents as a competent, prudent and diligent lawyer, and if the conflict of interest had not tainted his recommendations, endorsements

constante et uniforme au fil des ans. Maître Salomon a activement contribué à stimuler leur confiance en formulant de nombreuses recommandations en matière de placements et en déclarant être versé dans ce domaine. Au fil des années, M^e^ Salomon n'a ménagé aucun effort pour convaincre les intimées d'effectuer — et de conserver — des placements chez Triglobal. J'ajouterai qu'il n'est pas étonnant de voir un client se fier ainsi aux conseils et à l'opinion de son avocat, puisqu'il s'agit d'une caractéristique inhérente de la relation entre les avocats et leurs clients. La crédibilité dont jouissent généralement les avocats auprès de leurs clients est un facteur qu'il ne faut pas perdre de vue dans l'évaluation des répercussions des conseils qu'ils prodiguent (voir *Harris*, par. 19).

[88] Lorsqu'on envisage la question sous cet angle, le fait que M^e^ Salomon ait recommandé au départ le fonds iVest et que la majeure partie de l'argent des intimées ait été transférée par la suite dans le fonds Focus ou investie directement dans celui-ci importe peu. Cette distinction ne porte pas à conséquence parce que, comme je l'ai mentionné précédemment, les intimées n'auraient jamais investi dans iVest ou dans Focus si M^e^ Salomon avait fait preuve de la diligence appropriée avant de formuler sa recommandation initiale en matière de placements ou s'il avait dit aux intimées que les fonds spéculatifs extraterritoriaux n'étaient pas des véhicules de placement garantissant la sécurité du capital. À cet égard, il faut garder à l'esprit que les fonds iVest et Focus constituaient un seul et même stratagème de type Ponzi où les sommes investies transitaient par le fonds iVest pour rembourser les investisseurs ayant placé de l'argent dans le fonds Focus, et que M^e^ Salomon considérait lui-même ce fonds [TRADUCTION] « moins risqué » que le fonds iVest (motifs de la C.A., par. 131 (soulignement omis), citant d.a., vol. 6, p. 1553). Comme le résume bien la Cour d'appel, les pertes subies par les intimées au titre de leurs placements « s'inscrivent de manière indissociable dans un engrenage où les [intimées] ont été entraînées par les fautes de M^e^ Salomon » (par. 140).

[89] Pour la Cour d'appel, si M^e^ Salomon avait conseillé adéquatement les intimées comme un avocat compétent, prudent et diligent l'aurait fait, et si le conflit d'intérêts n'avait pas entaché les recommandations,

2019 SCC 14 (CanLII)

and reassurances over the years, the respondents would never have invested, nor retained their investments, with Triglobal. They would consequently not have suffered the significant losses they did. There is no dispute that the faults of Mr. Salomon occurred well before any of their losses materialized.

[90] I note that the appellants argue that the respondents' losses were also caused by imprudence on Ms. Matte-Thompson's part. Given the circumstances of this case, I cannot accept this argument. While one might find that Ms. Matte-Thompson was very trusting, Mr. Salomon not only provided her with wrongful advice, but also repeatedly reassured her when she did express concern regarding the investments. In this context, Mr. Salomon's liability is neither excluded nor diminished by the fact that the respondents did not second-guess his wrongful advice. A client's ability to rely on advice given by his or her lawyer is central to the lawyer-client relationship. As a matter of principle, "[a] client's acceptance of a lawyer's negligent advice cannot shield the lawyer from liability" (R.F., at para. 102). That would turn the law of professional liability on its head (see, by analogy, *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638, at paras. 54-56).

(2) Absence of a Break in the Chain of Causation

[91] I also agree with the Court of Appeal that the fraud did not break the causal link between Mr. Salomon's faults and the respondents' losses. It is true that a person who commits a fault is not liable for the consequences of a new event that the person had nothing to do with and that has no relationship to the initial fault. This is sometimes referred to as the principle of *novus actus interveniens*: that new event may break the direct relationship required under art. 1607 *C.C.Q.* between the fault and the injury. Two conditions must be met for this principle to apply, however. First, the causal link between

ainsi que les commentaires favorables et les assurances qu'il leur a formulés au fil des ans, les intimées n'auraient jamais investi par l'entremise de Triglobal, ni conservé leurs placements chez celle-ci. Les pertes considérables qu'elles ont subies ne se seraient par conséquent jamais produites. Personne ne conteste que les fautes de M^e^ Salomon sont survenues bien avant que les pertes en question ne se matérialisent.

[90] Je souligne que les appelants ont plaidé que les pertes subies par les intimées ont été également causées par l'imprudence de M^me^ Matte-Thompson. Compte tenu des circonstances de la présente affaire, je ne peux accepter cet argument. Bien qu'il soit permis de penser que M^me^ Matte-Thompson semblait faire considérablement confiance à M^e^ Salomon, ce dernier lui a non seulement donné des conseils fautifs, mais il l'a également rassurée de manière répétée lorsqu'elle lui faisait part de ses inquiétudes au sujet des placements. Dans un tel contexte, la responsabilité de M^e^ Salomon n'est ni écartée ni atténuée par le fait que les intimées n'ont pas remis en question les conseils fautifs qu'il leur donnait. La capacité d'un client de se fier aux conseils de son avocat est un aspect central de la relation avocat-client. En principe, [TRADUCTION] « le fait qu'un client accepte les conseils que lui formule de façon négligente son avocat ne saurait exonérer ce dernier de sa responsabilité » (m.i., par. 102). Une telle conclusion contredirait carrément les règles de droit relatives à la responsabilité professionnelle (voir, par analogie, *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638, par. 54-56).

(2) Absence de rupture du lien de causalité

[91] Je suis également d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la fraude n'a pas rompu le lien de causalité entre les fautes de M^e^ Salomon et les pertes des intimées. Il est vrai que l'auteur d'une faute n'est pas responsable des conséquences d'un événement subséquent qui est indépendant de lui et qui est sans rapport avec la faute initiale. Il s'agit d'un principe qui est parfois appelé *novus actus interveniens* : un tel événement subséquent peut rompre le lien direct que requiert l'art. 1607 *C.c.Q.* entre la faute et le préjudice. Toutefois, deux conditions doivent être réunies pour que ce principe s'applique. Dans un

2019 SCC 14 (CanLII)

the fault and the injury must be completely broken. Second, there must be a causal link between that new event and the injury. Otherwise, the initial fault is one of the faults that caused the injury, in which case an issue of apportionment of liability may arise (Baudouin, Deslauriers, Moore, at Nos. 1-691 to 1-692; *Laval (Ville de) (Service de protection des citoyens, département de police et centre d'appels d'urgence 911) v. Ducharme*, 2012 QCCA 2122, [2012] R.J.Q. 2090, at paras. 64-65; *Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720 (C.A.), at paras. 58-60).

[92] The Court of Appeal rightly found that the first of these two requirements was not met in the case at bar; the causal link between the fault and the injury was not completely broken, quite the contrary. The case law confirms that fraud committed by a third party does not shield from liability persons who failed to take required precautions (see, e.g., *Beaulieu v. Paquet*, 2016 QCCA 1284, at paras. 36-41 (CanLII); *124329 Canada inc. v. Banque Nationale du Canada*, 2011 QCCA 226, [2011] R.J.Q. 295, at paras. 82-89). In the instant case, Mr. Salomon's blind endorsement of Mr. Papadopoulos, his failure to perform due diligence and his baseless reassurances caused the respondents to be vulnerable to a potential fraud (see *Beaulieu*, at para. 41). The fraud did not break the chain of causation. No losses would have been suffered without the faults first committed by Mr. Salomon. As this Court stated in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, albeit in the common law context, where the breach of an obligation "initiated the chain of events leading to the investor's loss . . . it is right and just that the breaching party account for this loss in full" (p. 443).

(3) Foreseeability and Recoverability

[93] I wish to add two comments. First, the appellants argue that Mr. Salomon could not be held liable

premier temps, il faut que le lien de causalité entre la faute initiale et le préjudice subi soit complètement rompu. Dans un second temps, il doit exister un lien de causalité entre ce nouvel événement et le préjudice subi. Dans le cas contraire, la faute initiale est une des fautes ayant causé le préjudice, auquel cas une question du partage de la responsabilité peut se soulever (Baudouin, Deslauriers, Moore, n^os^ 1-691 à 1-692; *Laval (Ville de) (Service de protection des citoyens, département de police et centre d'appels d'urgence 911) c. Ducharme*, 2012 QCCA 2122, [2012] R.J.Q. 2090, par. 64-65; *Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720 (C.A.), par. 58-60).

[92] La Cour d'appel conclut à bon droit que la première de ces deux conditions n'est pas remplie en l'espèce : le lien de causalité entre la faute et le préjudice n'a pas été complètement rompu, bien au contraire. La jurisprudence confirme que la commission d'une fraude par un tiers n'empêche pas que des personnes qui ont omis de prendre les précautions requises soient tenues responsables (voir, p. ex., *Beaulieu c. Paquet*, 2016 QCCA 1284, par. 36-41 (CanLII); *124329 Canada inc. c. Banque Nationale du Canada*, 2011 QCCA 226, [2011] R.J.Q. 295, par. 82-89). Dans le cas qui nous occupe, les commentaires aveuglément favorables à l'égard de M. Papadopoulos formulés par M^e^ Salomon, l'omission de ce dernier de faire preuve de la diligence appropriée et les assurances sans fondement qu'il a données ont rendu les intimées vulnérables à une possible fraude (voir *Beaulieu*, par. 41). La fraude n'a pas rompu le lien de causalité. Aucune perte n'aurait été subie sans les fautes commises au départ par M^e^ Salomon. Comme le déclare notre Cour dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, quoiqu'elle l'ait fait dans le contexte de la common law, lorsqu'un manquement à une obligation « a déclenché la série d'événements qui ont abouti à la perte de l'investisseur [. . .] [i]l n'est [. . .] que juste et équitable que ce soit l'auteur [de ce] manquement qui assume la perte en totalité » (p. 443).

(3) Prévisibilité et possibilité de recouvrement

[93] J'ajoute deux observations. Premièrement, les appelants soutiennent que M^e^ Salomon ne peut être

2019 SCC 14 (CanLII)

for damages that were not foreseeable. In the contractual context, art. 1613 *C.C.Q.* provides that "the debtor is liable only for damages that were foreseen or foreseeable at the time the obligation was contracted, where the failure to perform the obligation does not proceed from intentional or gross fault on his part". This does not assist the appellants here.

[94] This standard does not mean that it was necessary to be aware of or to suspect a potential fraud (see *Beaulieu*, at para. 41). The major risks associated with investment advice are a decline in market prices or fraud by a third party, either of which would result in the loss of the invested money. Where these risks materialize, and where the lawyers have failed to abide by standards of professional conduct that are meant to protect their clients against these very risks, they may be liable for their clients' investment losses (C.A. reasons, at para. 146; see also *Hodgkinson*, at p. 452). This does not turn lawyers into insurers for their clients' losses.

[95] Second, the trial judge found that there was no proof that Mr. Salomon could have remedied the situation on learning about the respondents' investments in Focus. The Court of Appeal countered that the issue of recoverability in 2006 or 2007 is irrelevant, given that the faults had already been committed at that time. I agree. It is often the case that the person who committed a fault has no chance to correct it afterwards. That has no impact on his or her liability. There is thus no need to speculate about whether the respondents would have been successful if they had asked to redeem their investments earlier. I nevertheless note that the respondents were able to redeem $900,000 from Focus and iVest between February and July 2007. In June 2007, Mr. Salomon, too, requested the redemption of his $70,000 investment in Focus, and he received $50,000.

tenu responsable de dommages qui n'étaient pas prévisibles. En matière contractuelle, l'art. 1613 *C.c.Q.* prévoit que « le débiteur n'est tenu que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir au moment où l'obligation a été contractée, lorsque ce n'est point par sa faute intentionnelle ou par sa faute lourde qu'elle n'est point exécutée ». Cet article n'est d'aucun secours pour les appelants en l'espèce.

[94] Cette norme ne signifie pas qu'il est nécessaire d'être au fait d'une possible fraude ou d'en soupçonner l'existence (voir *Beaulieu*, par. 41). Les principaux risques découlant du fait de prodiguer des conseils en matière de placements sont la baisse des prix du marché et la fraude commise par un tiers, qui pourraient causer tous deux une perte des sommes investies. Lorsqu'un de ces risques se matérialise et que les avocats n'ont pas respecté les normes de conduite professionnelle destinées à protéger leurs clients contre ce risque précis, ils peuvent être tenus responsables des pertes subies par leurs clients au titre de leurs placements (motifs de la C.A., par. 146; voir aussi *Hodgkinson*, p. 452). Cela ne fait pas pour autant des avocats les assureurs de leurs clients en cas de pertes.

[95] Deuxièmement, la juge de première instance conclut qu'aucune preuve n'indique que M^e^ Salomon aurait pu corriger la situation lorsqu'il a appris l'existence des placements des intimées dans le fonds Focus. La Cour d'appel réplique que la question de savoir s'il aurait été possible de recouvrer ces placements en 2006 ou 2007 n'est pas pertinente, étant donné que les fautes avaient déjà été commises à l'époque. J'abonde dans le même sens. Il arrive souvent que l'auteur d'une faute n'ait pas la possibilité de la corriger par la suite. Cela n'a aucune incidence sur sa responsabilité. Il est donc inutile de se livrer à des spéculations sur la question de savoir si les intimées auraient été en mesure ou non de recouvrer leurs placements si elles en avaient demandé le remboursement plus tôt. Je signale néanmoins qu'elles ont pu recouvrer 900 000 $ des fonds Focus et iVest entre les mois de février et de juillet 2007. En juin 2007, M^e^ Salomon a lui aussi demandé le remboursement de la somme de 70 000 $ qu'il avait investie dans Focus, et il a reçu 50 000 $.

2019 SCC 14 (CanLII)

VI. Conclusion

[96] This is not a case about a mere referral. It concerns a referring lawyer who, over the course of several years, recommended and endorsed a financial advisor and financial products, and encouraged his clients to retain their investments with that advisor. Further, in doing this, he failed to perform adequate due diligence, misrepresented investment information, committed breaches of confidentiality and acted despite being in a conflict of interest. In such a context, a lawyer cannot avoid liability by hiding behind the high threshold for establishing liability that applies in a case in which a lawyer has merely referred a client.

[97] I am satisfied that the Court of Appeal applied the *Housen* standards of appellate review properly before overturning the trial judge's decision. The trial judge made palpable and overriding errors in her assessment of fault and causation, and she also erred in analyzing the conflict of interest at issue in this case. The professional liability of the appellants for the respondents' losses has been established. I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

Côté J. (dissenting) —

TABLE OF CONTENTS

		Paragraph
I.	Overview	98
II.	Applicable Standard of Appellate Review	105
A.	*The Principle of Appellate Non-Intervention*	105
B.	*The Identification of Palpable and Overriding Errors*	109

VI. Conclusion

[96] Nous ne sommes pas en présence d'une simple affaire d'aiguillage. La présente espèce concerne un avocat qui, sur une période de plusieurs années, recommande et commente favorablement un conseiller financier et des produits financiers, et encourage ses clientes à conserver leurs placements chez ce conseiller. De surcroît, alors qu'il accomplit ces actes, cet avocat omet de faire preuve de la diligence appropriée, il fait des déclarations inexactes au sujet de placements, il manque à son devoir de confidentialité et il agit malgré l'existence d'un conflit d'intérêts. Dans un tel contexte, un avocat ne peut échapper à sa responsabilité en invoquant comme bouclier la norme élevée qui sert à établir la responsabilité dans les affaires où un avocat aiguille simplement un client.

[97] Je considère que la Cour d'appel a appliqué adéquatement les normes de contrôle pertinentes en appel énoncées dans l'arrêt *Housen* lorsqu'elle a infirmé la décision de la juge de première instance. Cette dernière a commis des erreurs manifestes et déterminantes dans son appréciation de la faute et du lien de causalité, et elle a en outre commis une erreur lors de son analyse de la situation de conflit d'intérêts en cause dans la présente affaire. La responsabilité professionnelle des appelants à l'égard des pertes subies par les intimées est établie. Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs rendus par

La juge Côté (dissidente) —

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphe
I.	Aperçu	98
II.	Norme de contrôle applicable en appel	105
A.	*Le principe de non-intervention en appel*	105
B.	*L'identification d'erreurs manifestes et déterminantes*	109

2019 SCC 14 (CanLII)

C. *The "Distorting Lens" Metaphor* 117

D. *The Role of a Second and Final Appellate Court* 121

III. Analysis of the Trial Judge's Purported Errors 127

A. *The Trial Judge Did Not Make a Palpable and Overriding Error With Respect to Fault* 130

(1) Mr. Salomon's Mandates 134

(2) Mr. Salomon's Duty in Recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos 139

(3) Mr. Salomon's Duty to Advise 156

(4) Mr. Salomon's Duty of Loyalty 178

B. *The Trial Judge Did Not Make a Palpable and Overriding Error With Respect to Causation* 194

(1) Principles of Causation 194

(2) Application to the Case at Bar 199

IV. Conclusion 215

I. Overview

[98] No one doubts the disastrous consequences, for the respondents, Judith Matte-Thompson and 166376 Canada Inc. ("166"), of the fraud committed by their financial advisors, Themis Papadopoulos and Mario Bright. No one would dispute that the conduct of their lawyer, the appellant Kenneth F. Salomon, was in many respects far from commendable. Not content with referring his clients to the two financial advisors and their firm, Triglobal Capital Management Inc. ("Triglobal"), Mr. Salomon went on to improperly volunteer investment advice, which he was not qualified to do. Nevertheless, after carefully and thoroughly assessing the evidence, the trial judge found that Mr. Salomon was not liable for the losses the respondents had suffered as a result of their financial advisors' fraudulent conduct (2014 QCCS

C. *La métaphore du « prisme déformant »* 117

D. *Le rôle des juridictions de second et dernier ressort* 121

III. Analyse des erreurs reprochées à la juge du procès 127

A. *La juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante en ce qui concerne la faute* 130

(1) Les mandats de Me Salomon 134

(2) Le devoir de Me Salomon quant à la recommandation de Triglobal et de M. Papadopoulos 139

(3) Le devoir de conseil de Me Salomon 156

(4) Le devoir de loyauté de Me Salomon 178

B. *La juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante en ce qui concerne le lien de causalité* 194

(1) Les principes de la causalité 194

(2) Application à la présente affaire 199

IV. Conclusion 215

I. Aperçu

[98] Personne ne doute des conséquences désastreuses pour les intimées, Judith Matte-Thompson et 166376 Canada Inc. (« 166 »), de la fraude commise par leurs conseillers financiers, Themis Papadopoulos et Mario Bright. Personne ne conteste le caractère répréhensible à bien des égards de la conduite de leur avocat, l'appelant Kenneth F. Salomon. Ce dernier a non seulement recommandé ces deux conseillers financiers et leur firme, Triglobal Capital Management Inc. (« Triglobal »), à ses clientes, mais il leur a aussi donné à tort, de son propre chef, des conseils en matière de placements alors qu'il n'était pas qualifié pour le faire. Néanmoins, après avoir attentivement examiné la preuve, la juge du procès conclut que Me Salomon n'est pas responsable des pertes que les intimées ont subies en raison de la conduite

2019 SCC 14 (CanLII)

3072). Contrary to my colleague, I fail to see how that finding is marred with reviewable errors. I am therefore of the opinion that the Court of Appeal's intervention was not warranted.

[99] The Court of Appeal purported to have identified four reviewable errors, and substituted the following findings for those of the trial judge: (1) Mr. Salomon's faults were not limited in time to the initial recommendation of specific investment products, but instead took place over a four-year period; (2) those faults were committed not only against Ms. Matte-Thompson, but also against 166; (3) Mr. Salomon's close relationship with Mr. Papadopoulos amounted to a conflict of interest; and (4) the impact of Mr. Salomon's faults was such that they caused the respondents' losses (2017 QCCA 273, 41 C.C.L.T. (4th) 1).

[100] The Court of Appeal's grounds for intervening rested largely on the premise that the trial judge had analyzed the case through a distorting lens in that she had failed to adopt a so-called "global" approach to the assessment of the evidence. In my view, however, it was open to the trial judge to find that all of Mr. Salomon's professional acts over a *four-year* period could not be regarded as forming a single continuum for the purpose of assessing his liability. Quite properly, the trial judge carefully analyzed the evidence to determine the "exact nature of the fault . . . and its consequences", as required by the general principles of Quebec civil law (*Laferrière v. Lawson*, [1991] 1 S.C.R. 541, at p. 609 (emphasis added)). In so doing, she benefited from a unique familiarity with the record acquired in the course of a nine-day trial during which six witnesses were heard and over six hundred exhibits were produced. The trial judge's conclusions are entitled to deference.

[101] It in fact appears to me that the Court of Appeal's approach, far from being truly "global", focused unduly on Mr. Salomon's conduct, to the

frauduleuse de leurs conseillers financiers (2014 QCCS 3072). Contrairement à mon collègue, je ne vois pas quelles erreurs donnant ouverture à révision entachent cette conclusion. Par conséquent, je suis d'avis que l'intervention de la Cour d'appel n'est pas justifiée.

[99] La Cour d'appel dit avoir décelé quatre erreurs révisables et a substitué les conclusions suivantes à celles de la juge du procès : (1) les fautes commises par M^e^ Salomon ne se limitent pas dans le temps à la recommandation initiale concernant des produits de placement particuliers, mais s'échelonnent plutôt sur une période de quatre ans; (2) ces fautes n'ont pas été commises uniquement à l'égard de M^me^ Matte-Thompson, mais aussi à l'égard de 166; (3) l'étroite relation entre M^e^ Salomon et M. Papadopoulos équivaut à un conflit d'intérêts; et (4) les conséquences des fautes de M^e^ Salomon sont à ce point importantes qu'elles sont à l'origine des pertes des intimées (2017 QCCA 273, 41 C.C.L.T. (4th) 1).

[100] Les motifs d'intervention de la Cour d'appel reposent en grande partie sur la prémisse selon laquelle la juge du procès a analysé l'affaire sous l'angle d'un prisme déformant, c'est-à-dire qu'elle n'a pas adopté une approche dite « globale » pour apprécier la preuve. Or, à mon avis, il était loisible à la juge du procès de conclure que l'ensemble des actes professionnels de M^e^ Salomon, posés sur une période de *quatre ans*, ne peuvent être considérés comme faisant partie d'un seul continuum aux fins de l'évaluation de sa responsabilité. À juste titre, la juge du procès a analysé soigneusement la preuve pour déterminer la « nature exacte de la faute [. . .] et ses conséquences », conformément aux principes généraux du droit civil du Québec (*Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541, p. 609 (je souligne)). Pour ce faire, elle bénéficiait d'une connaissance sans égale du dossier, acquise lors d'un procès de neuf jours au cours duquel elle a entendu six témoins et examiné plus de six cent pièces. Il y a lieu de faire preuve de déférence à l'égard des conclusions de la juge du procès.

[101] De fait, l'approche adoptée par la Cour d'appel, loin d'être véritablement « globale », est à mon avis indûment axée sur la conduite de M^e^ Salomon,

2019 SCC 14 (CanLII)

point that the Court of Appeal lost sight of relevant circumstances. For instance, concerning fault, the Court of Appeal overstated Mr. Salomon's role and largely disregarded the specificity of his mandates and the involvement of other professionals. With respect to causation, the Court of Appeal disregarded the respondents' own relationship with Triglobal and Mr. Papadopoulos, and the fact that Mr. Salomon took no part in the investment decisions that led directly to the losses. Such a harsh approach to civil liability might inadvertently increase the exposure of numerous professionals who regularly recommend other advisors and then collaborate with them in their clients' interests.

[102] In any event, regardless of the merits of the Court of Appeal's approach, it should not have substituted its own view of the case for that of the trial judge. With all due respect, the Court of Appeal's findings stem from nothing more than a divergence of opinion that is based on its reweighing of the evidence as a whole, which is clearly inconsistent with the role of an appellate court (see *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 3, quoting *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204).

[103] More specifically, I am satisfied that there were no palpable and overriding errors in the following key findings of the trial judge:

(a) Mr. Salomon did not commit a fault by recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos as financial advisors and expressing confidence in them (paras. 302-4 (CanLII)).

(b) Mr. Salomon did commit a fault by recommending specific investments, in 2003 and 2004 in particular, without making any inquiries and without being a qualified financial advisor (paras. 188-99).

(c) However, Mr. Salomon's wrongful investment recommendations did not directly cause the losses (paras. 208-10 and 216).

au point où la Cour d'appel a perdu de vue certaines des circonstances pertinentes. Par exemple, en ce qui concerne la faute, la Cour d'appel surestime le rôle de M[e] Salomon et fait en grande partie abstraction de la spécificité de ses mandats et du rôle joué par d'autres professionnels. Pour ce qui est du lien de causalité, elle ne tient pas compte de la relation des intimées avec Triglobal et M. Papadopoulos, ni du fait que M[e] Salomon n'a pas pris part aux décisions en matière de placements ayant mené directement aux pertes. Une conception aussi draconienne de la responsabilité civile pourrait augmenter par inadvertance le risque de poursuites à l'encontre de nombreux professionnels qui recommandent régulièrement d'autres conseillers et collaborent ensuite avec ces derniers dans l'intérêt de leurs clients.

[102] Quoi qu'il en soit, indépendamment du bienfondé de l'approche qu'elle a employée, la Cour d'appel n'aurait pas dû substituer sa propre analyse du dossier à celle de la juge du procès. Avec égards, les conclusions de la Cour d'appel ne découlent de rien d'autre que d'une divergence d'opinions fondée sur une nouvelle appréciation de l'ensemble de la preuve, ce qui est manifestement incompatible avec le rôle d'une juridiction d'appel (voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 3, citant *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204).

[103] Plus précisément, je suis convaincue qu'aucune erreur manifeste et déterminante n'entache les conclusions clés suivantes de la juge du procès :

a) M[e] Salomon n'a pas commis de faute en recommandant Triglobal et M. Papadopoulos comme conseillers financiers et en témoignant de sa confiance en eux (par. 302-304 (CanLII));

b) M[e] Salomon a commis une faute en recommandant des placements précis, particulièrement en 2003 et 2004, sans faire de recherches et sans être un conseiller financier qualifié (par. 188-199);

c) Toutefois, les recommandations erronées de M[e] Salomon en matière de placements n'ont pas directement causé les pertes (par. 208-210 et 216);

2019 SCC 14 (CanLII)

(d) In 2005 and 2006, Mr. Salomon was not consulted regarding the investment decisions of Ms. Matte-Thompson and 166 which caused the losses (i.e. investing in Focus). By then, the respondents had established a good relationship with Mr. Papadopoulos and were relying on him for investment advice (paras. 201-11, 284, 288 and 290-92).

(e) Although Mr. Salomon became aware in April 2006 that Ms. Matte-Thompson was nervous about some of the investments, and later acted as a "conduit" to help her obtain the information she needed from Mr. Papadopoulos and Triglobal, it was not his responsibility in the circumstances to second-guess the investment advice given by the respondents' financial advisors or to discover the fraud (paras. 214, 248-49 and 299-300).

(f) Insofar as Mr. Salomon should have warned Ms. Matte-Thompson and 166 when he became aware of the May 2007 *La Presse Affaires* article that raised doubts about Triglobal's practices, it was at that point likely too late to recover the funds (paras. 304 and 308).

(g) Despite Mr. Salomon's personal and financial relationships with Mr. Papadopoulos, especially the gifts he received, he did not place himself in a conflict of interest, given his limited involvement in the respondents' investment decisions and the nature and timing of the payments made by Mr. Papadopoulos (paras. 132-65).

[104] When, as in this case, a first appellate court interferes with a trial judge's findings in the absence of reviewable errors, it is this Court's role to step in and to restore the trial judge's decision. In this regard, I worry that my colleague Gascon J. adopts an overly deferential approach towards the Court of Appeal, and that this approach undermines the principle of appellate non-intervention in respect of findings of fact or of mixed fact and law made at trial. I find it necessary to address this issue before

d) En 2005 et 2006, M^e^ Salomon n'a pas été consulté au sujet des décisions de M^me^ Matte-Thompson et de 166 en matière de placements qui ont causé les pertes (à savoir l'investissement dans Focus). Les intimées avaient alors établi une bonne relation avec M. Papadopoulos et se fiaient à lui pour des conseils en matière de placements (par. 201-211, 284, 288 et 290-292);

e) Bien que M^e^ Salomon ait appris en avril 2006 que certains placements préoccupaient M^me^ Matte-Thompson et qu'il ait plus tard agi comme « intermédiaire » pour l'aider à obtenir l'information nécessaire auprès de M. Papadopoulos et de Triglobal, il ne lui incombait nullement, dans les circonstances, de remettre en question les conseils en matière de placements donnés par les conseillers financiers des intimées ou de découvrir la fraude (par. 214, 248-249 et 299-300);

f) Dans la mesure où M^e^ Salomon aurait dû avertir M^me^ Matte-Thompson et 166 lorsqu'il a eu connaissance de l'article de *La Presse Affaires* paru en mai 2007 qui évoquait de possibles pratiques douteuses de la part de Triglobal, il était probablement déjà trop tard à ce moment pour recouvrer les fonds (par. 304 et 308);

g) Malgré sa relation personnelle et financière avec M. Papadopoulos, et particulièrement les cadeaux qu'il a reçus, M^e^ Salomon ne s'est pas placé dans une situation de conflit d'intérêts étant donné sa participation limitée aux décisions des intimées en matière de placements et la nature et le moment des paiements de M. Papadopoulos (par. 132-165).

[104] Lorsque, comme en l'espèce, une première juridiction d'appel modifie les conclusions du juge du procès en l'absence d'erreurs révisables, il appartient à notre Cour d'intervenir et de rétablir la décision du juge du procès. À cet égard, je crains que mon collègue le juge Gascon fasse preuve d'une trop grande déférence envers la Cour d'appel, ce qui pourrait miner le principe de non-intervention en appel à l'égard des conclusions de fait ou des conclusions mixtes de fait et de droit tirées en première instance.

2019 SCC 14 (CanLII)

considering the propriety of the Court of Appeal's grounds for intervention in this case.

II. Applicable Standard of Appellate Review

A. *The Principle of Appellate Non-Intervention*

[105] In the present case, the only appropriate standard of appellate review is that of "palpable and overriding" error, which applies both to findings of fact, including inferences of fact, and to findings of mixed fact and law (unless an extricable error of law can be shown to exist) (*Housen*, at paras. 10, 19, 28-31 and 36; *Prud'homme v. Prud'homme*, 2002 SCC 85, [2002] 4 S.C.R. 663, at para. 66). Findings of fault raise questions of mixed fact and law, because they involve the application of norms of behaviour required by law to a set of facts (*St-Jean v. Mercier*, 2002 SCC 15, [2002] 1 S.C.R. 491, at para. 104; *Housen*, at para. 29). As for causation, it plainly involves questions of fact (*Montréal (Ville) v. Lonardi*, 2018 SCC 29, [2018] 2 S.C.R. 103, at para. 41; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352, at paras. 36 and 92).

[106] Palpable and overriding error is a "highly deferential" standard (*South Yukon Forest Corp. v. R.*, 2012 FCA 165, 4 B.L.R. (5th) 31, at para. 46, quoted in *Benhaim*, at para. 38). As this Court has stressed repeatedly, "it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where there is not palpable and overriding error, and the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole" (*Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4; see also *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84; *Housen*, at paras. 10, 20 and 29).

[107] The many reasons that underlie this principle of appellate non-intervention were aptly expounded in *Housen* (paras. 11-18). First, it promotes the autonomy and integrity of trial proceedings, which

J'estime qu'il est nécessaire de traiter de cette question avant d'examiner le bien-fondé des motifs pour lesquels la Cour d'appel a décidé d'intervenir en l'espèce.

II. Norme de contrôle applicable en appel

A. *Le principe de non-intervention en appel*

[105] Dans la présente affaire, la seule norme de contrôle appropriée en appel est celle de l'erreur « manifeste et déterminante », qui s'applique autant aux conclusions de fait, y compris les inférences de fait, qu'aux conclusions mixtes de fait et de droit (à moins que l'existence d'une erreur de droit isolable puisse être démontrée) (*Housen*, par. 10, 19, 28-31 et 36; *Prud'homme c. Prud'homme*, 2002 CSC 85, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 66). Les conclusions de faute soulèvent des questions mixtes de fait et de droit parce qu'elles comportent l'application à un ensemble de faits de normes de comportement prescrites par des règles de droit (*St-Jean c. Mercier*, 2002 CSC 15, [2002] 1 R.C.S. 491, par. 104; *Housen*, par. 29). Pour ce qui est des conclusions quant à la causalité, elles soulèvent manifestement des questions de fait (*Montréal (Ville) c. Lonardi*, 2018 CSC 29, [2018] 2 R.C.S. 103, par. 41; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352, par. 36 et 92).

[106] L'erreur manifeste et déterminante est une norme qui appelle « un degré élevé de retenue » (*South Yukon Forest Corporation c. R.*, 2012 CAF 165, 4 B.L.R. (5th) 31, par. 46, cité dans *Benhaim*, par. 38). Comme l'a souligné notre Cour à plusieurs reprises, « une cour d'appel commet une erreur lorsqu'elle infirme un jugement de première instance s'il n'y a pas une erreur manifeste et dominante, et si l'interprétation de l'ensemble de la preuve est le seul point en litige » (*Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, p. 4; voir également *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, p. 84; *Housen*, par. 10, 20 et 29).

[107] L'arrêt *Housen* expose bien les nombreuses raisons qui sous-tendent le principe de non-intervention en appel (par. 11-18). Premièrement, ce principe promeut l'autonomie et l'intégrité des procédures devant

2019 SCC 14 (CanLII)

2019 SCC 14 (CanLII)

furthers the goal of providing final, effective and efficient solutions to legal disputes. Second, it recognizes that trial judges are better placed to make factual findings, given their exposure to the entire record and their advantage of having heard testimony *viva voce*. Third, it prevents a duplication of the fact-finding process which would increase the number, length and cost of appeals without offering any guarantee of a better outcome.

[108] Given the importance of this principle of appellate non-intervention for the sound administration of justice, this Court has characterized it as a "rule of law", and insisted that, failing a reviewable error, "an appellate court simply has no jurisdiction" (*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 49, and *Laflamme v. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 SCC 26, [2000] 1 S.C.R. 638, at para. 41, quoting *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426, itself citing *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at pp. 358-59). Therefore, on questions of fact or of mixed fact and law, an appellate court *cannot* make its own findings and draw its own inferences unless the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at para. 89).

B. *The Identification of Palpable and Overriding Errors*

[109] It follows that, as a precondition to intervening in a trial judge's decision, an appellate court must properly identify a palpable and overriding error. While a palpable error is of course one that is "obvious" or "plainly seen" (*Housen*, at paras. 5-6), it must nevertheless be *explained*. The appellate court must show *why* and *in what respect* a given finding is marred with a "crucial flaw, fallacy or mistake" — meaning that it is "unreasonable or unsupported by the evidence" (*H.L.*, at paras. 56 and 70). Saying that an error is "palpable" does not make it

le tribunal de première instance, ce qui contribue à apporter des solutions efficaces et définitives aux litiges d'ordre juridique. Deuxièmement, ce principe reflète le fait que le juge du procès est celui qui est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait parce qu'il a l'occasion d'examiner l'ensemble du dossier et l'avantage d'entendre les témoignages de vive voix. Troisièmement, ce principe permet d'éviter une répétition du processus de constatation des faits qui aurait pour effet d'accroître le nombre, la durée et le coût des appels sans garantie d'un meilleur résultat.

[108] Étant donné l'importance du principe de non-intervention en appel pour la bonne administration de la justice, notre Cour a qualifié celui-ci de « règle de droit » et a tenu à préciser qu'à moins d'une erreur donnant ouverture à révision, « une cour d'appel n'est tout simplement pas compétente pour modifier les conclusions de fait d'un juge de première instance » (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 49, et *Laflamme c. Prudential-Bache Commodities Canada Ltd.*, 2000 CSC 26, [2000] 1 R.C.S. 638, par. 41, citant *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 426, citant lui-même *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, p. 358-359). Par conséquent, pour ce qui est des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit, une cour d'appel *ne peut* tirer ses propres conclusions et inférences que s'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et déterminante (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 89).

B. *L'identification d'erreurs manifestes et déterminantes*

[109] Il s'ensuit que pour pouvoir intervenir à l'égard de la décision d'un juge de première instance, une cour d'appel doit identifier correctement une erreur manifeste et déterminante. Si une erreur manifeste est une erreur « évidente » (*Housen*, par. 5-6), il n'en demeure pas moins qu'elle doit être *expliquée*. La cour d'appel doit établir *pourquoi* et *de quelle façon* la conclusion donnée est entachée d'une « faille ou [d'une] erreur fondamentale », c'est-à-dire qu'elle est « déraisonnabl[e] » ou « non étayé[e] par la preuve » (*H.L.*, par. 56 et 70). Dire qu'une erreur

so (*P.L. v. Benchetrit*, 2010 QCCA 1505, at para. 24 (CanLII)).

[110] The appellate court must point to a "specific and identifiable error" that amounts to more than a "divergence of opinion" (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 33 (emphasis deleted); see also *Housen*, at paras. 23, 56, 58 and 62). As the majority explained in *Housen*, "a trial judge should not be found to have misapprehended or ignored evidence, or come to the wrong conclusions merely because the appellate court diverges in the inferences it draws from the evidence and chooses to emphasize some portions of the evidence over others" (para. 56). Likewise, it does not suffice to say that the basis of certain findings appears to be "thin" (*South Yukon Forest Corp.*, at para. 53). If the trial judge's findings are reasonably supported by the evidence, an appellate court cannot "reweigh the evidence by substituting . . . an equally — or even more — persuasive inference of its own" (*H.L.*, at para. 74 (emphasis in original); see also *Nelson (City) v. Mowatt*, 2017 SCC 8, [2017] 1 S.C.R. 138, at para. 38; *Housen*, at paras. 22-23).

[111] I would add that an omission in the reasons does not amount to a palpable and overriding error unless "it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion" (*Van de Perre v. Edwards*, 2001 SCC 60, [2001] 2 S.C.R. 1014, at para. 15, quoted in *Housen*, at para. 72; see also *South Yukon Forest Corp.*, at paras. 50-51). Trial judges are *presumed* to have based their conclusions on a review of the entirety of the evidence (*Housen*, at para. 72).

[112] That being said, how should an appellate court proceed in order to identify a palpable and overriding error? By definition, this should not be a strenuous task. In this respect, like my colleague, I find the metaphor used by Morissette J.A. in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), to be very accurate and relevant: [TRANSLATION] ". . . a palpable and overriding error is in the nature

est « manifeste » ne suffit pas à la rendre telle (*P.L. c. Benchetrit*, 2010 QCCA 1505, [2010] R.J.Q. 1853, par. 24).

[110] La juridiction d'appel doit cibler une « erreur précise et discernable » qui n'équivaut pas simplement à une « divergence d'opinions » (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 33 (soulignement omis); voir également *Housen*, par. 23, 56, 58 et 62). Comme l'expliquent les juges majoritaires dans *Housen*, « on ne saurait conclure qu'un juge de première instance a négligé d'examiner la preuve, l'a mal interprétée ou est arrivé à des conclusions erronées, simplement parce que le tribunal d'appel tire des inférences divergentes de la preuve et décide d'accorder plus d'importance à certains éléments qu'à d'autres » (par. 56). De même, il ne suffit pas d'affirmer que le fondement de certaines conclusions paraît « mince » (*South Yukon Forest Corp.*, par. 53). Si les conclusions du juge du procès sont raisonnablement étayées par la preuve, la juridiction d'appel « ne peut soupeser la preuve à nouveau en substituant [. . .] sa propre inférence tout aussi convaincante, sinon plus » (*H.L.*, par. 74 (souligné dans l'original); voir aussi *Nelson (City) c. Mowatt*, 2017 CSC 8, [2017] 1 R.C.S. 138, par. 38; *Housen*, par. 22-23).

[111] J'ajouterais qu'une omission dans les motifs n'équivaut pas à une erreur manifeste et déterminante, sauf si « elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (*Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, par. 15, cité dans *Housen*, par. 72; voir aussi *South Yukon Forest Corp.*, par. 50-51). Il est *présumé* que les juges de première instance fondent leurs conclusions sur un examen de l'ensemble de la preuve (*Housen*, par. 72).

[112] Cela dit, comment une juridiction d'appel doit-elle procéder pour déceler une erreur manifeste et déterminante? Par définition, cela ne devrait pas être une tâche ardue. À cet égard, comme mon collègue, je trouve très juste et pertinente la métaphore que le juge Morissette de la Cour d'appel a utilisée dans *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII) : « . . . une erreur manifeste et dominante

2019 SCC 14 (CanLII)

not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye" (quoted in *Benhaim*, at para. 39). This metaphor does not merely show how obvious the error must be. Most importantly, it illustrates that the identification of a palpable and overriding error does *not* require a review of the evidence as a whole. If the appellate court cannot find such an error without combing through the proverbial haystack, then there is *none*. Here is how Morissette J.A. explained it:

[TRANSLATION] Thus, the error must be one that can be identified without expending extensive resources, without provoking a long semantic debate and without requiring the review of great quantities of documentary or testimonial evidence that is divided and contradictory, as is quite regularly what happens in contentious cases of some difficulty that go to trial.

Although the above ideas are not at all complex, and are even crystal-clear in several respects, it might be asked whether they are clearly understood by all members of the Bar. It still happens too frequently that a party urges the judges hearing an appeal to review most of the evidence in the record in minute detail in order to identify an alleged "palpable and overriding" error. A submission that is supported like that seems instantaneously to be suspect, as it contravenes the rule of conduct I stated in the final lines of the preceding paragraph. . . .

. . .

. . . [T]he Court of Appeal's role is not to restart from the beginning — as if its responsibility were to take the place of the judge who presided the trial — the exercise of assessing the probative value of each witness's testimony, an arduous exercise that the trial judge is required to conduct. In *South Yukon Forest Corporation*, Stratas J.A. wrote the following with respect to the role of an appellate court: "The Federal Court judge had a basis in the record for her key factual findings". The same is necessarily true in the instant case, in which the Court must determine, and confine itself to determining, whether there is support for the trial judge's findings of fact in the evidence. [Emphasis added; paras. 76-77 and 79.]

[113] This Court, too, has stressed that "the appellate task is not to review evidence globally, but rather

tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil » (cité dans *Benhaim*, par. 39). Cette métaphore ne fait pas qu'indiquer que l'erreur doit être évidente. Elle illustre surtout le fait qu'identifier une erreur manifeste et déterminante *n'*exige *pas* un examen de l'ensemble de la preuve. Si la juridiction d'appel ne peut pas déceler une telle erreur sans fouiller dans la proverbiale botte de foin, c'est qu'il *n'*y a *pas* d'erreur révisable. Voici comment l'a expliqué le juge Morissette de la Cour d'appel :

Il doit donc s'agir d'une erreur identifiable avec une grande économie de moyens, sans que la chose ne provoque un long débat de sémantique, et sans qu'il soit nécessaire de revoir des pans entiers d'une preuve documentaire ou testimoniale qui est partagée et contradictoire, comme c'est très généralement le cas dans les dossiers litigieux de quelque difficulté qui se rendent à procès.

Bien que les idées qui précèdent soient dénuées de complexité, et qu'elles soient même limpides à plusieurs égards, on peut se demander si elles sont bien comprises par tous les membres du Barreau. En effet, il demeure trop fréquent en appel que les juges saisis d'un pourvoi soient invités par une partie à réexaminer dans le menu détail la majeure partie de la preuve versée au dossier afin d'y déceler une prétendue erreur « manifeste et dominante ». Étayée de cette façon, la prétention apparaît instantanément suspecte, car elle contrevient à la règle de conduite que j'énonçais dans les dernières lignes du précédent paragraphe. . .

. . .

. . . [L]e rôle de la Cour d'appel n'est pas de recommencer en entier, et comme s'il lui revenait de prendre la place du juge qui présidait le procès, l'exercice d'appréciation de la force probante respective des dépositions, exercice ardu auquel doit s'astreindre le juge de première instance. Précisant le rôle d'une cour d'appel, le juge Stratas écrivait à ce sujet, dans *South Yukon Forest Corporation* : « Les principales conclusions de fait de la juge étaient fondées sur le dossier ». Il en va nécessairement de même ici, où la Cour doit se demander, et se borner à se demander, si les déterminations de fait de la juge de première instance trouvent un appui dans la preuve. [Je souligne; par. 76-77 et 79.]

[113] Notre Cour aussi a souligné que « la fonction d'une juridiction d'appel [. . .] ne consiste pas à

2019 SCC 14 (CanLII)

to review the conclusions the first instance judge has drawn from the evidence" (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 55). Thus, the focus of the review is not the entire record, but the trial judge's reasons and, if need be, specific pieces of evidence to which the appellant draws the attention of the appellate court to show that a given finding is unsupported by the evidence (see *Housen*, at para. 4; *Waxman v. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, at para. 307; *Benchetrit*, at para. 24). Put another way, it would be inappropriate for the appellate court to conduct its own independent assessment of the evidence and then to take note of points of disagreement with the trial judge's findings and hold that those findings result from "palpable and overriding errors" in order to justify intervening (see *Van de Perre*, at para. 16; *Galambos*, at para. 53). That would be not a review for error, but a disguised rehearing, which is not the proper role of an appellate court (*H.L.*, at paras. 52 and 64).

[114] In this regard, it should be borne in mind that a trial judge's familiarity with the case as a whole, and often large quantities of evidence, is vastly superior to that of appellate courts (*Housen*, at paras. 14, 18 and 25). The corollary is that appellate courts are in comparison ill-equipped for the task of fact-finding. As the Court of Appeal for Ontario explained in *Waxman*, appellate courts can hardly claim to be in a better position to examine cases in a "global" manner:

> In a case as lengthy and factually complex as this case, appellate judges are very much like the blind men in the parable of the blind men and the elephant. Counsel invite the court to carefully examine isolated parts of the evidence, but the court cannot possibly see and comprehend the whole of the narrative. Like the inapt comparisons to the whole of the elephant made by the blind men who felt only one small part of the beast, appellate fact-finding is not likely to reflect an accurate appreciation of the entirety of the narrative. This case demonstrates that the "palpable and overriding" standard of review is a realistic reflection of the limitations and pitfalls inherent in appellate fact-finding.

examiner la preuve globalement, mais à s'en tenir aux conclusions que le juge de première instance a tirées à partir de la preuve » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 55). En conséquence, l'examen doit être axé non pas sur l'ensemble du dossier, mais sur les motifs du juge du procès et, au besoin, sur des éléments de preuve précis sur lesquels l'appelant attire l'attention de la cour d'appel afin de montrer qu'une conclusion donnée n'est pas étayée par la preuve (voir *Housen*, par. 4; *Waxman c. Waxman* (2004), 186 O.A.C. 201, par. 307; *Benchetrit*, par. 24). Autrement dit, il serait inapproprié que la cour d'appel procède à sa propre appréciation indépendante de la preuve, pour ensuite relever les conclusions du juge du procès auxquelles elle ne souscrit pas et conclure que celles-ci découlent d'« erreurs manifestes et dominantes » afin de justifier son intervention (voir *Van de Perre*, par. 16; *Galambos*, par. 53). Cette façon de faire constituerait non pas un contrôle d'erreur, mais une nouvelle audition déguisée, ce qui ne relève pas du rôle que doit jouer une juridiction d'appel (*H.L.*, par. 52 et 64).

[114] À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que le juge du procès connaît nettement mieux l'affaire dans son ensemble, et souvent de nombreux éléments de preuve, que les juridictions d'appel (*Housen*, par. 14, 18 et 25). Il s'ensuit qu'en comparaison, les juridictions d'appel ne sont pas bien outillées pour la tâche de tirer des conclusions de fait. Comme l'explique la Cour d'appel de l'Ontario dans *Waxman*, elles peuvent difficilement prétendre être mieux placées pour examiner une affaire de façon « globale » :

> [TRADUCTION] Dans une affaire aussi longue et aussi complexe sur le plan factuel que celle qui nous occupe, les juges d'appel sont dans une situation très semblable à celle des hommes aveugles dans la parabole des hommes aveugles et de l'éléphant. Les avocats invitent la cour à examiner attentivement des parties isolées de la preuve, mais elle ne peut connaître et comprendre toute l'affaire. À l'instar des comparaisons boiteuses à l'ensemble de l'éléphant par les hommes aveugles qui ont chacun palpé qu'une petite partie de l'animal, tirer des conclusions de fait en appel est susceptible de ne pas rendre compte d'une juste appréciation de l'ensemble de l'affaire. La présente affaire démontre que la norme de contrôle de l'erreur « manifeste et déterminante » reflète de manière réaliste les limites et les risques propres à la constatation des faits en appel.

2019 SCC 14 (CanLII)

Despite the benefit of detailed reasons for judgment, lengthy and effective argument by counsel, and many hours of study, we are entirely satisfied that we cannot possibly know and understand this trial record in the way that the trial judge came to know and understand it. Her factual determinations are much more likely to be accurate than any that we might make. [Emphasis added; paras. 294-95.]

[115] In other words, while an appellate court can certainly identify specific palpable errors in a trial judge's decision, it must acknowledge the trial judge's privileged position and its own institutional limitations. Owing to time constraints and to its inability to hear witnesses, for instance, it cannot hope to do a better job than the trial judge in assessing the evidence as a whole (see *Benchetrit*, at para. 24). Absent palpable errors, appellate courts must thus leave the task of fact-finding to trial judges and dedicate their efforts and limited resources to their primary role, which is "to delineate and refine legal rules and ensure their universal application" (*Housen*, at para. 9).

[116] Further, it bears reiterating that identifying a truly "palpable" error in an impugned finding does not give the appellate court free rein to reassess the evidence as a whole and overturn all the trial judge's other findings. To warrant intervention, the error must also be *shown* to be "overriding", that is, it must be determinative of the outcome of the case (*Nelson*, at para. 38; *H.L.*, at paras. 55-56). Otherwise, whatever the error, the trial judge's findings must stand. To borrow the vivid metaphor used by Stratas J.A. in *South Yukon Forest Corp.*, at para. 46, "it is not enough to pull at leaves and branches and leave the tree standing. The entire tree must fall" (quoted in *Benhaim*, at para. 38).

C. *The "Distorting Lens" Metaphor*

[117] It is a different metaphor that informed the appellate decision in the instant case, however.

En dépit de l'avantage que nous donnent des motifs de jugement détaillés, de longues et efficaces plaidoiries des avocats et de nombreuses heures d'étude, nous sommes tout à fait convaincus qu'il nous est impossible de connaître et de comprendre le dossier du procès comme la juge de première instance l'a connu et compris. Ses conclusions de fait sont beaucoup plus susceptibles d'être exactes que les nôtres. [Je souligne; par. 294-295.]

[115] En d'autres mots, s'il est vrai que la juridiction d'appel peut déceler des erreurs manifestes précises dans la décision du juge du procès, elle doit reconnaître la situation privilégiée de ce dernier et ses propres limites institutionnelles. En raison de contraintes de temps et de l'impossibilité d'entendre les témoins, par exemple, elle ne peut espérer s'acquitter mieux que le juge du procès de l'appréciation de l'ensemble de la preuve (voir *Benchetrit*, par. 24). En l'absence d'erreurs manifestes, les juridictions d'appel doivent donc laisser aux juges du procès la tâche de tirer les conclusions de fait, et consacrer leurs efforts et leurs ressources limitées à leur rôle principal, soit « de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle » (*Housen*, par. 9).

[116] De plus, il convient de rappeler que le fait de déceler une véritable erreur « manifeste » dans une conclusion contestée ne donne pas toute latitude à la juridiction d'appel pour réévaluer l'ensemble de la preuve et infirmer toutes les autres conclusions du juge du procès. Pour qu'une intervention soit justifiée, il doit aussi être *démontré* que l'erreur est « dominante », c'est-à-dire déterminante pour l'issue de l'affaire (*Nelson*, par. 38; *H.L.*, par. 55-56). Autrement, peu importe l'erreur, les conclusions du juge du procès doivent être maintenues. Pour reprendre la métaphore très éloquente utilisée par le juge d'appel Stratas dans *South Yukon Forest Corp.*, par. 46, « on ne peut se contenter de tirer sur les feuilles et les branches et laisser l'arbre debout. On doit faire tomber l'arbre tout entier » (cité dans *Benhaim*, par. 38).

C. *La métaphore du « prisme déformant »*

[117] Toutefois, dans le cas qui nous occupe, c'est une autre métaphore qui sert de fondement à la

2019 SCC 14 (CanLII)

Resorting to the notion of a "distorting lens", the Court of Appeal found that the trial judge had in analyzing the evidence taken an overly compartmentalized approach to civil liability, thereby misapprehending Mr. Salomon's professional conduct towards 166 and misconstruing the causal link between Mr. Salomon's faults and the losses of Ms. Matte-Thompson and 166 (paras. 65-66 and 120). I am of the view that, in so doing, the Court of Appeal wrongly intervened on the basis of mere differences of opinion regarding the assessment of the evidence.

[118] As my colleague recognizes (at para. 40), the distorting lens metaphor does not dispense with the requirement of identifying reviewable errors in accordance with the standards articulated in *Housen*. It follows that a "distorting lens" cannot justify a wide-ranging review of the entire record unless adopting the lens is shown to be, in itself, a reviewable error. A decision to the contrary would upend the principle of appellate non-intervention, since it would allow an appellate court to reweigh the evidence *before* a reviewable error has been identified. In my view, the distorting lens metaphor may, at most, be useful to illustrate how certain *palpable* errors (or errors of law) taint the analysis of the evidence to the point of having an *overriding* effect. A metaphor is not a full explanation, however. The appellate court must explain why the trial judge erred by viewing the case through the impugned "distorting lens", why that "error" amounts to more than a mere divergence in opinion, and precisely how it distorted the trial judge's analysis and affected the outcome of the case. In this regard, it is worth noting that, in the first decision in which the Court of Appeal invoked the distorting lens metaphor, *Ford du Canada ltée v. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541, at paras. 126-35 (CanLII), it held that adopting the "lens" at issue — an incorrect understanding of the concept of abuse of right — constituted an error of law which had distorted the trial judge's assessment of the evidence and resulted in reviewable errors of fact. Further, the effect on the outcome of the case could be readily ascertained by examining the trial judge's reasons, without conducting an independent review of the record (see paras. 130-32). Used in

décision en appel. Recourant à la notion de « prisme déformant », la Cour d'appel conclut que la juge du procès adopte, lors de son analyse de la preuve, une approche indûment compartimentée en matière de responsabilité civile, ce qui fait en sorte qu'elle a mal compris la conduite professionnelle de M^e^ Salomon envers 166 et qu'elle a mal interprété le lien de causalité entre les fautes de M^e^ Salomon et les pertes de M^me^ Matte-Thompson et 166 (par. 65-66 et 120). Ce faisant, la Cour d'appel est, selon moi, intervenue à tort en se fondant sur de simples différences d'opinions concernant l'appréciation de la preuve.

[118] Comme le reconnaît mon collègue (par. 40), la métaphore du prisme déformant n'écarte pas l'obligation de relever la présence d'erreurs révisables conformément aux normes formulées dans *Housen*. Il s'ensuit qu'un « prisme déformant » ne peut justifier un examen général de l'ensemble du dossier sauf s'il est démontré que le recours à un tel prisme déformant constitue, en soi, une erreur ouvrant droit à révision. Adopter la position contraire aurait pour effet de compromettre le principe de non-intervention en appel, puisqu'une juridiction d'appel pourrait procéder à une nouvelle appréciation de la preuve *avant* qu'une erreur révisable ne soit décelée. À mon avis, la métaphore du prisme déformant peut, tout au plus, servir à illustrer la façon dont certaines erreurs *manifestes* (ou erreurs de droit) vicient l'analyse de la preuve au point d'avoir un effet *déterminant*. Une métaphore ne constitue toutefois pas une explication complète. La juridiction d'appel doit expliquer pourquoi le juge du procès a commis une erreur en analysant l'affaire sous l'angle du « prisme déformant » contesté, pourquoi cette « erreur » représente plus qu'une simple divergence d'opinions, et de quelle façon précise elle fausse l'analyse du juge de première instance et influe sur l'issue de l'affaire. À cet égard, il convient de souligner que dans la première décision de la Cour d'appel où la métaphore du prisme déformant est évoquée, *Ford du Canada ltée c. Automobiles Duclos inc.*, 2007 QCCA 1541, par. 126-135 (CanLII), la Cour d'appel a conclu que le recours au « prisme » en question — une interprétation erronée du concept d'abus de droit — constitue une erreur de droit qui a faussé l'appréciation de la preuve par le juge du procès et qui a entraîné des erreurs de fait donnant ouverture à révision. De plus, il était facile de déterminer

2019 SCC 14 (CanLII)

this way, the distorting lens metaphor was arguably consistent with the principles from *Housen*.

[119] In the instant case, however, I find that the Court of Appeal merely preferred a different "lens" than the one used by the trial judge. In my view, no true reviewable error justifying a broad reassessment of the evidence was identified. The Court of Appeal does not even say that, let alone explain how, the trial judge's "distorting lens" — her supposed failure to take a "broad" approach to the case — was in itself a palpable error. Yet the Court of Appeal relied on that "lens" to justify reassessing and reweighing the evidence (paras. 50, 65, 97 and 121), thus disregarding well-settled principles of appellate review. My understanding is that the Court of Appeal began its analysis by re-examining the entire record, concluded that it disagreed with the trial judge's approach to the case, purported to identify "palpable and overriding errors", and proceeded to substitute its own findings for those of the trial judge. Indeed, this is largely how my colleague describes the Court of Appeal's review process:

> When properly assessed as a whole, as the Court of Appeal did, the evidence reveals that the advice and reassurances Mr. Salomon gave between 2003 and 2007 were all part of a single continuum, and that placing them in separate silos would be artificial. [Emphasis added; para. 61; see also paras. 63 and 70.]

[120] In my respectful view, this is not how the "distorting lens" metaphor should be invoked, and it is certainly not how the standard of appellate review should be applied to findings of fact or of mixed law and fact. My colleague condones this approach, but I see it as a serious, and unjustified, dilution of the principle of appellate non-intervention as articulated in *Housen*.

l'effet de ces erreurs sur l'issue de l'affaire en examinant les motifs du juge du procès, sans qu'il soit nécessaire de procéder à un examen indépendant du dossier (voir par. 130-132). On peut soutenir que la métaphore du prisme déformant, utilisée de cette façon, est conforme aux principes établis dans *Housen*.

[119] Dans la présente affaire, toutefois, je conclus que la Cour d'appel privilégie simplement un « prisme » différent de celui auquel a recouru la juge du procès. À mon avis, aucune véritable erreur révisable justifiant un réexamen général de la preuve n'est identifiée. La Cour d'appel n'affirme même pas que le « prisme déformant » auquel a recouru la juge du procès — sa supposée omission d'adopter une approche « globale » à l'égard de l'affaire — est, en soi, une erreur manifeste, et elle explique encore moins de quelle façon il pourrait l'être. Pourtant, la Cour d'appel se fonde sur ce « prisme » pour justifier le réexamen et une nouvelle appréciation de la preuve (par. 50, 65, 97 et 121), faisant ainsi abstraction des principes bien établis du contrôle en appel. Je crois comprendre que la Cour d'appel commence son analyse en réexaminant l'ensemble du dossier, conclut qu'elle est en désaccord avec l'approche de la juge du procès à l'égard du dossier, dit constater l'existence d'« erreurs manifestes et déterminantes » et substitue ses propres conclusions à celles de la juge du procès. D'ailleurs, c'est en grande partie de cette façon que mon collègue décrit le processus d'examen mené par la Cour d'appel :

> Appréciée adéquatement dans son ensemble, comme l'a fait la Cour d'appel, la preuve révèle que les conseils et assurances donnés par M^e^ Salomon entre 2003 et 2007 s'inscrivent dans un seul et même continuum, et qu'il est artificiel de les compartimenter. [Je souligne; par. 61; voir aussi par. 63 et 70.]

[120] À mon humble avis, ce n'est pas la façon dont la métaphore du « prisme déformant » doit être invoquée, et ce n'est certainement pas la façon dont la norme de contrôle en appel doit être appliquée aux conclusions de fait ou aux conclusions mixtes de fait et de droit. Mon collègue tolère cette approche, mais j'estime qu'elle constitue une dilution grave et injustifiée du principe de non-intervention en appel formulé dans *Housen*.

2019 SCC 14 (CanLII)

D. *The Role of a Second and Final Appellate Court*

[121] Whenever this Court hears an appeal, part of its role as a second and final court of appeal is to ensure that a trial judge's findings of fact or of mixed fact and law remain undisturbed unless a "palpable and overriding" error is established. It follows that this Court should not refrain from intervening if a first appellate court has disregarded or misapplied the standards of appellate review.

[122] In my view, my colleague downplays this Court's role in ensuring that the appropriate standards are applied (para. 34). I agree that the "focal point" of this Court as a second and final court of appeal is the first appellate court's decision, not that of the trial judge. Our role is not to redo the first appeal as if the first appellate court did not exist. Therefore, there is no question that the onus is on the appellants who are asking this Court to intervene, or that careful attention must be paid to the reasons articulated by the first appellate court. However, the existence of "palpable and overriding errors" is not simply to be accepted at face value. In order to determine whether the first appellate court correctly identified reviewable errors, this Court must inevitably return to the trial judge's reasons and conduct its own assessment (see *Prud'homme*, at paras. 66-67; as illustrations of this approach, see, e.g., *Housen*, at paras. 50-55, 64, 66 and 71-75; *H.L.*, at paras. 111-36; *Laflamme*, at paras. 39-50; *Galambos*, at paras. 48-62; *Benhaim*, at paras. 80-86).

[123] To be clear, this Court should not defer to the first appellate court with respect to the identification of reviewable errors. As the Court noted in *Schwartz*, at para. 36, it will intervene if it is satisfied that the first appellate court's decision unjustifiably interfered with the trial court's findings: "Clearly, if the ground upon which a first appellate court relies to justify disturbance — being a question of law — is, in the eyes of a second appellate court,

D. *Le rôle des juridictions de second et dernier ressort*

[121] Chaque fois que notre Cour entend un pourvoi, il lui incombe, en tant que juridiction d'appel de second et ultime ressort, de s'assurer que les conclusions de fait ou les conclusions mixtes de fait et de droit du juge du procès sont respectées, à moins que l'existence d'une erreur « manifeste et déterminante » ne soit établie. Il s'ensuit que notre Cour ne devrait pas s'abstenir d'intervenir lorsque la première juridiction d'appel a ignoré les normes de contrôle applicable en appel ou les a mal appliqués.

[122] À mon avis, mon collègue minimise le rôle que doit jouer notre Cour afin de s'assurer de l'application des normes appropriées (par. 34). Je conviens que « l'objet principal » de l'examen de notre Cour en tant que seconde et dernière juridiction d'appel doit être la décision de la première juridiction d'appel, et non celle du juge du procès. Notre rôle n'est pas de refaire le premier appel comme si la première juridiction d'appel n'existait pas. Par conséquent, il est incontestable que le fardeau incombe aux appelants qui sollicitent l'intervention de notre Cour, et qu'il faut accorder une attention particulière aux motifs énoncés par la première juridiction d'appel. Cependant, nous ne devons pas souscrire sans réserve aux conclusions concernant l'existence d'« erreurs manifestes et déterminantes ». Pour déterminer si la première juridiction d'appel a correctement identifié des erreurs révisables, notre Cour doit nécessairement examiner les motifs du juge du procès et effectuer sa propre évaluation (voir *Prud'homme*, par. 66-67; pour une illustration de cette approche, voir, p. ex., *Housen*, par. 50-55, 64, 66 et 71-75; *H.L.*, par. 111-136; *Laflamme*, par. 39-50; *Galambos*, par. 48-62; *Benhaim*, par. 80-86).

[123] En clair, notre Cour ne devrait pas faire montre de retenue à l'égard de la première juridiction d'appel en ce qui concerne l'identification des erreurs révisables. Comme l'arrêt *Schwartz* l'indique (au par. 36), notre Cour interviendra si elle est convaincue que la décision de la première juridiction d'appel modifie indûment les conclusions du tribunal de première instance : « De toute évidence, lorsque le motif invoqué par la première cour d'appel

2019 SCC 14 (CanLII)

ill-founded, the trial judge's decision will be restored by the second appellate court" (emphasis in original; see also *St-Jean*, at para. 40; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at pp. 8-9; *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580, at p. 583; *Maze v. Empson*, [1964] S.C.R. 576, at pp. 578-79).

[124] Deferring to a conclusion that the trial judge made a palpable and overriding error would mean that, in practice, this Court would be affording more weight to the first appellate court's assessment of the facts than to the trial judge's findings. This, it seems to me, would be incompatible with the principle of appellate non-intervention, which is primarily concerned with the autonomy and integrity of the *trial* process. As La Forest J. noted in *Schwartz*, at para. 37, "judicial policy concerns . . . regarding a trial court's role would obviously not justify deference towards the assessment made by an appellate court".

[125] It is worth clarifying that there are two steps to be taken when this Court reviews a decision in which the first appellate court has substituted its own findings of fact or of mixed fact and law for those of the trial judge. The first step is to inquire into whether the first appellate court correctly identified reviewable errors. If it did not, the trial judge's findings must be restored regardless of the merits of the first appellate court's findings (see *Nelson*, at para. 38). If, however, this Court agrees that the intervention was warranted, then the first appellate court was justified in proceeding with its own independent assessment of the relevant evidence and substituting its own findings. At that point, and this is the second step, this Court must ask whether the first appellate court has erred in making its assessment. It is only at this step that this Court will show a certain deference and will therefore avoid intervening unless "clearly satisfied" that the first appellate court's findings are erroneous (*St-Jean*, at para. 46).

pour justifier la modification — ce qui constitue une question de droit — n'est pas fondé selon la seconde cour d'appel, cette dernière rétablit la décision du juge de première instance » (souligné dans l'original; voir aussi *St-Jean*, par. 40; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, p. 8-9; *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580, p. 583; *Maze c. Empson*, [1964] R.C.S. 576, p. 578-579).

[124] Faire montre de retenue à l'égard d'une conclusion selon laquelle le juge du procès a fait une erreur manifeste et déterminante signifierait, en pratique, que notre Cour accorderait plus de poids à l'appréciation des faits de la première cour d'appel qu'aux conclusions du juge de première instance à cet égard. À mon sens, une telle approche serait incompatible avec le principe de non-intervention en appel, qui vise pour l'essentiel à préserver l'autonomie et l'intégrité du *procès*. Comme le souligne le juge La Forest dans *Schwartz*, par. 37, « les préoccupations liées à la politique judiciaire [. . .] au sujet du rôle d'un tribunal de première instance ne justifieraient pas que l'on fasse preuve de retenue envers l'appréciation de la preuve par une cour d'appel ».

[125] Il convient de préciser que notre Cour doit suivre deux étapes lorsqu'elle examine une décision dans laquelle la première cour d'appel a substitué ses propres conclusions de fait, ou conclusions mixtes de fait et de droit, à celles du juge du procès. La première étape consiste à se demander si la première cour d'appel a correctement identifié des erreurs révisables. Dans la négative, les conclusions du juge du procès doivent être rétablies sans égard au bien-fondé des conclusions de la première cour d'appel (voir *Nelson*, par. 38). Cependant, si notre Cour reconnaît que l'intervention était justifiée, la première cour d'appel pouvait légitimement procéder de façon indépendante à sa propre appréciation des éléments de preuve pertinents et substituer ses propres conclusions à celles du juge du procès. À ce moment, et il s'agit de la deuxième étape, notre Cour doit se demander si la première cour d'appel a commis une erreur dans son appréciation. Ce n'est qu'à cette étape que la Cour fera preuve d'une certaine déférence, et elle évitera donc d'intervenir sauf si elle est « clairement satisfaite » que les conclusions de la première cour d'appel sont erronées (*St-Jean*, par. 46).

2019 SCC 14 (CanLII)

[126] To sum up, I would reiterate that when the occasion arises, it is the proper role of this Court to inquire into whether the first appellate court's intervention in the trial judge's decision was justified. If a reviewable error has not been correctly established, the trial judge's findings must be restored. Although our analysis focuses on the first appellate court's stated grounds for intervening, we must review them in light of the trial judge's decision itself.

III. Analysis of the Trial Judge's Purported Errors

[127] When the principles of appellate review, which I believe to be uncontroversial, are properly applied to the instant case, the inevitable conclusion is that the Court of Appeal's intervention was unwarranted. In my respectful view, the reason why my colleague comes to a different conclusion is that he largely skips over the first, and most important, step of the analysis — that is, the review of the purported grounds for intervention — and instead focuses on the Court of Appeal's own findings. For instance, regarding Mr. Salomon's alleged fault in relation to the duty to advise, my colleague concludes in a single paragraph that the Court of Appeal "properly identified palpable and overriding errors" (para. 55) before going on to consider whether it erred in its assessment of the facts (paras. 56-65). Moreover, in discussing the duty of loyalty, my colleague does not take issue with the Court of Appeal's obvious failure to point to any specific reviewable error, as if, in his view, disagreeing with the trial judge's "restrictive approach" was sufficient to justify retrying the case on the basis of the written record. With respect, I beg to differ.

[128] Upon a more rigorous examination, I am satisfied that the Court of Appeal impermissibly reassessed the evidence as a whole, and nonetheless found no truly reviewable error. As I noted above, the Court of Appeal's approach to appellate review was inconsistent with the principles articulated in *Housen*. If I may paraphrase Morissette J.A.'s metaphor, the Court of Appeal searched through the

[126] En résumé, je réitère que lorsque l'occasion se présente, il appartient à notre Cour de s'assurer que l'intervention de la première cour d'appel à l'égard de la décision du juge du procès était justifiée. Si la présence d'une erreur révisable n'a pas été correctement établie, les conclusions du juge du procès doivent être rétablies. Même si notre analyse porte principalement sur les motifs d'intervention de la première cour d'appel, nous devons examiner ces motifs à la lumière de la décision du juge du procès.

III. Analyse des erreurs reprochées à la juge du procès

[127] Lorsque les principes du contrôle en appel — que j'estime incontestés — sont correctement appliqués en l'espèce, la conclusion inévitable qui en découle est que l'intervention de la Cour d'appel n'est pas justifiée. À mon avis, la raison pour laquelle mon collègue arrive à une autre conclusion est qu'il escamote en grande partie la première et la plus importante étape de l'analyse, c'est-à-dire l'examen des motifs qui auraient justifié l'intervention, et qu'il se concentre plutôt sur les conclusions de la Cour d'appel. Par exemple, pour ce qui est de la faute reprochée à M^e^ Salomon concernant son devoir de conseil, mon collègue conclut dans un seul paragraphe que la Cour d'appel « relève effectivement la présence d'erreurs manifestes et déterminantes » (par. 55), et vérifie ensuite si elle commet une erreur dans l'appréciation des faits (par. 56-65). De plus, dans son analyse du devoir de loyauté, mon collègue ne critique pas l'omission évidente de la Cour d'appel de signaler une erreur révisable précise, comme si, selon lui, le fait de ne pas être d'accord avec l'« approche restrictive » de la juge du procès suffit pour justifier une nouvelle audition de l'affaire sur la base du dossier écrit. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

[128] À la suite d'un examen plus rigoureux, j'estime que la Cour d'appel réexamine indûment l'ensemble de la preuve, et qu'elle ne relève néanmoins aucune véritable erreur révisable. Comme je l'ai déjà mentionné, l'approche de la Cour d'appel à l'égard du contrôle en appel est contraire aux principes formulés dans *Housen*. Pour reprendre la métaphore du juge d'appel Morissette, la Cour d'appel fouille dans

2019 SCC 14 (CanLII)

haystack, arguably found a needle, and tried to present it as a beam. This Court should therefore restore the trial judge's findings.

[129] With these considerations in mind, I will now consider the purported palpable and overriding errors in the trial judge's findings on the subjects of (a) fault and (b) causation. While my understanding of the case differs from my colleague's, I am largely in agreement with his summary of the context and judicial history and do not see a need to replicate it. Rather, I will discuss the relevant facts in the course of my analysis. In this respect, I feel compelled to delve into factual matters more than would generally be appropriate for an appellate judge. This is warranted in the instant case, however, given the approach taken by the Court of Appeal and by my colleague.

A. *The Trial Judge Did Not Make a Palpable and Overriding Error With Respect to Fault*

[130] Concerning fault, the purported errors identified by the Court of Appeal boil down to a view that the trial judge failed to assess the evidence in a "global" manner, and erroneously compartmentalized Mr. Salomon's conduct in accordance with the chronology of the respondents' investments (paras. 50, 65-67, 70-71, 97 and 120). On the basis that this "lens" had had a distorting effect, the Court of Appeal reassessed the evidence as a whole and reached the conclusion that Mr. Salomon's faults were not limited to the initial recommendation of specific investments to Ms. Matte-Thompson. Rather, in its view, those faults were part of a single four-year continuum, and were committed against both Ms. Matte-Thompson and 166. It added that the trial judge's restrictive approach to the evidence had led her to downplay the potential conflict of interest arising from Mr. Salomon's personal relationship with Mr. Papadopoulos.

[131] As mentioned above, the purported distorting lens could not, in my view, justify a broad

une botte de foin, trouve possiblement une aiguille et tente de la présenter comme une poutre. En conséquence, notre Cour devrait rétablir les conclusions de la juge du procès.

[129] Avec ces considérations à l'esprit, j'examinerai maintenant les prétendues erreurs manifestes et déterminantes qui se trouveraient dans les conclusions de la juge du procès concernant a) la faute et b) le lien de causalité. Bien que ma compréhension de l'affaire soit différente de celle de mon collègue, je souscris en grande partie à son résumé du contexte et de l'historique judiciaire, et je ne vois pas la nécessité de le reproduire. J'examinerai plutôt les faits pertinents tout au long de mon analyse. À cet égard, je me vois contrainte d'approfondir les questions de fait plus qu'il ne serait généralement approprié pour un juge d'appel de le faire. Cependant, il y a lieu de procéder à un tel examen dans la présente affaire, étant donné l'approche adoptée par la Cour d'appel et par mon collègue.

A. *La juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante en ce qui concerne la faute*

[130] En ce qui concerne la faute, les erreurs qu'aurait relevées la Cour d'appel se résument à l'opinion selon laquelle la juge du procès n'apprécie pas la preuve de manière « globale » et compartimente erronément la conduite de M^e^ Salomon en fonction de la chronologie des placements des intimées (par. 50, 65-67, 70-71, 97 et 120). Sur la base de l'effet déformant qu'a eu ce « prisme », la Cour d'appel réexamine l'ensemble de la preuve et conclut que les fautes de M^e^ Salomon ne se limitent pas à la recommandation initiale d'investissements précis faite à M^me^ Matte-Thompson. À son avis, ces fautes font plutôt partie d'un même continuum de quatre ans et ont été commises à l'égard non seulement de M^me^ Matte-Thompson mais aussi de 166. La Cour d'appel ajoute que l'approche restrictive adoptée par la juge du procès à l'égard de la preuve la mène à minimiser le conflit d'intérêts potentiel découlant de la relation personnelle de M^e^ Salomon avec M. Papadopoulos.

[131] Comme je l'ai déjà mentionné, le prétendu prisme déformant ne peut justifier, à mon avis, un

2019 SCC 14 (CanLII)

reassessment of the evidence. My colleague endorses the Court of Appeal's approach (paras. 55-56, 61, 63, 65, 70 and 80-81), but I find that it falls squarely into "divergence of opinion" territory. It was open to the trial judge to consider that all of Mr. Salomon's professional acts — in a four-year period — could not be lumped together. And may I add that it was the proper way to approach the case. As required under the principles of Quebec civil law, the trial judge canvassed the evidence so as to determine the "exact nature of the fault" (*Laferrière*, at p. 609). Quite correctly, she was careful not to oversimplify and inappropriately mix the multiple mandates, professional relationships and investments at issue over the relevant period. The Court of Appeal's preferred "lens", by contrast, is "global" only insofar as Mr. Salomon's conduct is concerned. As my colleague explains, the scope of a lawyer's duty to advise depends largely on the context (para. 53). Yet, in the instant case, the Court of Appeal lost sight of some of the relevant circumstances, especially the scope of Mr. Salomon's mandates and the roles of the other players. This resulted in an approach which disregarded Mr. Salomon's limited role in respect of the investments that led to the losses.

[132] In any event, irrespective of the merits of the Court of Appeal's approach, the trial judge's findings should not be disturbed. First, as I noted above, the Court of Appeal relied on a broad reassessment of the evidence in order to identify the purported errors, which is at odds with *Housen* and its progeny. This, it seems to me, should suffice to resolve the matter. Second, I disagree with my colleague that the trial judge made her findings "despite evidence clearly showing" the contrary (para. 41). But even if that were true, it would not by itself amount to a palpable and overriding error. It is open to trial judges to place more weight on some parts of the evidence than on others (*Housen*, at para. 72; *Nelson*, at para. 38). Indeed, that is precisely their job. The question is not whether the Court of Appeal has found clear evidence supporting its preferred view of the case, but whether it has shown that the trial judge's findings are unsupported by the evidence. If it has not

réexamen général de la preuve. Mon collègue souscrit à l'approche de la Cour d'appel (par. 55-56, 61, 63, 65, 70 et 80-81), mais j'estime que préférer cette approche relève clairement de la « divergence d'opinions ». Il était loisible à la juge du procès de juger que tous les actes professionnels de M^e^ Salomon — au cours d'une période de quatre ans — ne peuvent être amalgamés. Et je me permets d'ajouter que c'est de cette façon qu'il fallait aborder l'affaire. Comme l'exigent les principes de droit civil au Québec, la juge du procès analyse la preuve pour déterminer la « nature exacte de la faute » (*Laferrière*, p. 609). À juste titre, elle prend soin de ne pas trop simplifier et de ne pas confondre indûment les multiples mandats, relations professionnelles et placements dont il est question au cours de la période visée. Le « prisme » privilégié par la Cour d'appel, en revanche, n'est « global » qu'en ce qui a trait à la conduite de M^e^ Salomon. Comme l'explique mon collègue, la portée du devoir de conseil d'un avocat varie grandement selon le contexte (par. 53). Cependant, dans la présente affaire, la Cour d'appel perd de vue certaines circonstances pertinentes, notamment l'étendue des mandats de M^e^ Salomon et le rôle des autres personnes impliquées, ce qui donne lieu à une approche qui ne tient pas compte du rôle limité de M^e^ Salomon à l'égard des placements qui ont mené aux pertes.

[132] Quoi qu'il en soit, indépendamment du bienfondé de l'approche de la Cour d'appel, les conclusions de la juge du procès ne devraient pas être infirmées. D'abord, comme je l'ai noté, la Cour d'appel se fonde sur un réexamen général de la preuve afin de déceler les erreurs dont il est question, ce qui est contraire à l'arrêt *Housen* et à ceux rendus dans sa foulée. À mon avis, cela devrait suffire pour régler la question. Ensuite, je ne souscris pas à l'avis de mon collègue selon lequel la juge du procès tire ses conclusions « malgré la présence d'éléments de preuve montrant clairement » le contraire (par. 41). Toutefois, même si tel était le cas, cela ne constituerait pas en soi une erreur manifeste et déterminante. Les juges de première instance peuvent accorder plus d'importance à certains éléments de preuve plutôt qu'à d'autres (*Housen*, par. 72; *Nelson*, par. 38). De fait, il s'agit précisément de leur travail. La question n'est pas de savoir si la Cour d'appel a trouvé une

2019 SCC 14 (CanLII)

done so, it is impermissibly reweighing the evidence. As this Court stated in the very first paragraph of *Housen*, an appellate court is *prohibited* "from reviewing a trial judge's decision if there was some evidence upon which he or she could have relied to reach that conclusion" (emphasis added). In the instant case, the trial judge's findings regarding fault were available to her.

[133] I will now explain in greater depth why I am satisfied that there is no reviewable error with respect to fault. For that purpose, I will examine (1) Mr. Salomon's mandates, (2) his duty in recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos, (3) his duty to advise and (4) his duty of loyalty.

(1) Mr. Salomon's Mandates

[134] The trial judge was justified in starting her analysis by circumscribing the scope of Mr. Salomon's mandates (paras. 120-31). While the precise scope of a mandate does not always limit a lawyer's duties (*Côté v. Rancourt*, 2004 SCC 58, [2004] 3 S.C.R. 248, at para. 6), it is certainly one of the main considerations for a judge when assessing professional liability (see, e.g., *Sylvestre v. Karpinski*, 2011 QCCA 2161, at para. 19 (CanLII); *Bessette v. Pharmacie Suzanne Payer inc.*, 2017 QCCS 2474, at paras. 90-92 (CanLII)). As Baudouin, Deslauriers and Moore explain:

[TRANSLATION] Fault is established by reference to the type of obligation that is assumed, to its intensity (obligation of means or of result), and to the whole of the circumstances of the case.

. . .

Lawyers can, first of all, be held liable for any faults committed in advising their clients, where, for example,

preuve claire étayant le point de vue qu'elle privilégie, mais plutôt si elle démontre que les conclusions de la juge du procès ne sont pas étayées par la preuve. Si elle ne fait pas cette démonstration, le réexamen de la preuve par la Cour d'appel est inadmissible. Comme notre Cour l'indique au premier paragraphe de l'arrêt *Housen*, une cour d'appel *ne peut pas* « réviser la décision du juge de première instance dans les cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision » (je souligne). Dans le cas qui nous occupe, il était loisible à la juge du procès de tirer les conclusions qu'elle a tirées concernant la faute.

[133] J'expliquerai maintenant plus en détail pourquoi je suis d'avis qu'il n'y a pas d'erreur révisable en ce qui a trait à la faute. Pour ce faire, j'examinerai (1) les mandats de M^e^ Salomon; (2) son devoir quant à la recommandation de Triglobal et de M. Papadopoulos; (3) son devoir de conseil; et (4) son devoir de loyauté.

(1) Les mandats de M^e^ Salomon

[134] La juge du procès est bien fondée à commencer son analyse en délimitant l'étendue des mandats de M^e^ Salomon (par. 120-131). Bien que les devoirs d'un avocat ne se résument pas toujours à l'étendue précise de son mandat (*Côté c. Rancourt*, 2004 CSC 58, [2004] 3 R.C.S. 248, par. 6), celle-ci constitue certainement l'une des considérations principales dont le juge doit tenir compte pour évaluer la responsabilité professionnelle (voir, p. ex., *Sylvestre c. Karpinski*, 2011 QCCA 2161, par. 19 (CanLII); *Bessette c. Pharmacie Suzanne Payer inc.*, 2017 QCCS 2474, par. 90-92 (CanLII)). Les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore l'expliquent de la façon suivante :

La détermination de la faute se fait par référence au type d'obligation assumée, à son intensité (obligation de moyen ou de résultat), et à l'ensemble des circonstances de l'espèce.

. . .

L'avocat, en premier lieu, peut être tenu responsable pour les fautes commises dans les conseils donnés à son

2019 SCC 14 (CanLII)

the clients consult them to learn about their rights or about the legal consequences of a transaction. Although the duty to advise exists regardless of the nature of the mandate, the scope of the latter has an undeniable impact on liability. This means that it is necessary to specifically review the scope of the lawyer's mandate. The standard for comparison, once again, is that of the normally competent, prudent and diligent lawyer. [Emphasis added; footnotes omitted.]

(J.-L. Baudouin, P. Deslauriers and B. Moore, *La responsabilité civile* (8th ed. 2014), at Nos. 2-136 and 2-138)

[135] The trial judge noted that Mr. Salomon had had "no specific mandate" with regard to the respondents' investments (para. 130). This is a very significant — and, in my view, unchallenged — finding. Mr. Salomon was only occasionally consulted regarding the investment decisions, and always in the context of mandates related, *inter alia*, to the wills and trusts of Ms. Matte-Thompson's late husband Malcolm Thompson, the family business, the reorganization of the companies and the sale of their properties (trial reasons, at para. 129). In this respect, I disagree with my colleague's assertion that Mr. Salomon was "continually recommending financial products" (para. 59 (emphasis added)). In light of the trial judge's findings, such an assertion clearly overstates Mr. Salomon's role and the obligations he assumed, and skews the analysis on his liability. Moreover, in the absence of a reviewable error, it amounts to an impermissible reweighing of the evidence.

[136] Given the absence of a specific and continuous mandate relating to the respondents' investments, it was appropriate for the trial judge to eschew an overly broad approach to liability. She instead narrowed her analysis down to Mr. Salomon's actual involvement in the various investments of Ms. Matte-Thompson and 166. I see no palpable error in that approach, quite the contrary.

[137] I pause to point out that the trial judge found that Mr. Salomon had from the outset been acting

client, lorsque, par exemple, il est consulté par celui-ci pour connaître ses droits ou encore les conséquences juridiques d'une transaction. Si l'obligation de conseil existe quelle que soit la nature du mandat, l'étendue de cette dernière a un impact indéniable sur la responsabilité. Il faut donc examiner de façon précise le cadre du mandat de l'avocat. Le standard de comparaison, encore une fois, est celui d'un avocat normalement compétent, prudent et diligent. [Je souligne; notes en bas de page omises.]

(J.-L. Baudouin, P. Deslauriers et B. Moore, *La responsabilité civile* (8e éd. 2014), nos 2-136 et 2-138)

[135] La juge du procès indique que Me Salomon n'avait [TRADUCTION] « aucun mandat précis » en ce qui concerne les placements des intimées (par. 130). Cette conclusion est très importante, et me semble non contestée. Me Salomon n'était consulté qu'occasionnellement à l'égard des décisions en matière de placements, et seulement dans le cadre de mandats liés notamment aux testaments et fiducies de Malcolm Thompson, défunt mari de Mme Matte-Thompson, à l'entreprise familiale, à la réorganisation des sociétés et à la vente de leurs biens (motifs de première instance, par. 129). À cet égard, je suis en désaccord avec mon collègue lorsqu'il affirme que Me Salomon « recommanda[it] continuellement des produits financiers » (par. 59 (je souligne)). Vu les conclusions de la juge du procès, une telle affirmation exagère manifestement le rôle de Me Salomon et les obligations qu'il a assumées et fausse l'analyse relative à sa responsabilité. De plus, en l'absence d'erreur révisable, cette affirmation équivaut à une nouvelle appréciation inadmissible de la preuve.

[136] Étant donné l'absence de mandat précis et continu à l'égard des placements des intimées, il était opportun que la juge du procès évite d'adopter une approche trop large en ce qui concerne la responsabilité. Elle restreint plutôt son analyse à la participation réelle de Me Salomon aux différents placements de Mme Matte-Thompson et de 166. Je ne vois aucune erreur manifeste dans cette façon de procéder, bien au contraire.

[137] J'ouvre une parenthèse pour souligner que la juge du procès conclut que Me Salomon a agi, dès

2019 SCC 14 (CanLII)

for both respondents. For instance, she noted that, in 2003, his legal opinion on the interpretation of Mr. Thompson's wills, in which he had discussed the goal of capital preservation, had been provided to both Ms. Matte-Thompson and 166 (paras. 44 and 122-23). It is thus not in dispute that Mr. Salomon had a duty to advise both respondents and a duty of loyalty to both of them. However, those duties were largely circumscribed by the very nature and scope of his mandates.

[138] Although Mr. Salomon did volunteer investment advice on several occasions, he did not purport to act as the respondents' financial advisor, nor did he assume the obligation to fashion, monitor or verify their investment strategy. Indeed, he referred Ms. Matte-Thompson and 166 to Triglobal and Mr. Papadopoulos precisely so that his clients could obtain investment advice and services from professionals in that field (trial reasons, at paras. 45 and 50). The respondents subsequently developed their own independent relationship with the recommended professionals (trial reasons, at paras. 211 and 288). With this in mind, the first question I will discuss is whether Mr. Salomon committed a fault in recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos and in expressing confidence in them.[2]

(2) Mr. Salomon's Duty in Recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos

[139] In my view, the Court of Appeal should not have interfered with the trial judge's finding that recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos — and expressing confidence in them — had not in itself constituted a fault (trial reasons, at paras. 197 and 302-4). In keeping with its "global" approach to the case, the Court of Appeal did not address

[2] The trial judge did not address the initial referral to Triglobal and Mr. Papadopoulos (or the later expressions of confidence in them) in a separate part of the judgment. But it is clear from her analysis on causation that she distinguished such recommendations from the recommendation of specific investment products (see *inter alia* trial reasons, at paras. 302-4).

le début, pour les deux intimées. Par exemple, elle note que, en 2003, son avis juridique sur l'interprétation des testaments de M. Thompson, dans lequel il abordait l'objectif de préservation du capital, a été remis tant à M^me^ Matte-Thompson qu'à 166 (par. 44 et 122-123). Par conséquent, il est indéniable que M^e^ Salomon avait un devoir de conseil et un devoir de loyauté envers les deux intimées. Toutefois, de tels devoirs étaient dans une large mesure circonscrits par la nature et l'étendue mêmes de ses mandats.

[138] Quoique M^e^ Salomon ait effectivement donné de son propre chef des conseils en matière de placements à quelques reprises, il n'a pas prétendu agir à titre de conseiller financier des intimées ni assumé la responsabilité d'élaborer, de surveiller ou de vérifier la stratégie de placement de celles-ci. En fait, il a dirigé M^me^ Matte-Thompson et 166 vers Triglobal et M. Papadopoulos justement pour que ses clientes puissent obtenir des conseils et des services en matière de placements auprès de professionnels spécialisés dans ce domaine (motifs de première instance, par. 45 et 50). Les intimées ont par la suite développé leur propre relation indépendante avec les professionnels recommandés (motifs de première instance, par. 211 et 288). À la lumière de ces considérations, la première question que j'examinerai est celle de savoir si M^e^ Salomon a commis une faute en recommandant Triglobal et M. Papadopoulos et en témoignant de sa confiance en eux[2].

(2) Le devoir de M^e^ Salomon quant à la recommandation de Triglobal et de M. Papadopoulos

[139] À mon avis, la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier la conclusion de la juge du procès selon laquelle le fait pour M^e^ Salomon de recommander Triglobal et M. Papadopoulos — et de témoigner de sa confiance en eux — ne constitue pas en soi une faute (motifs de première instance, par. 197 et 302-304). Conformément à son approche « globale » à

[2] La juge du procès ne traite pas de la recommandation initiale de Triglobal et de M. Papadopoulos (ni des témoignages de confiance ultérieurs envers eux) dans une partie distincte du jugement. Cependant, son analyse sur le lien de causalité indique clairement qu'elle fait une distinction entre la recommandation des conseillers financiers et la recommandation relative à des produits précis de placement (voir notamment les motifs de première instance, par. 302-304).

2019 SCC 14 (CanLII)

that recommendation separately, but considered it together with the recommendation of specific investment products. With all due respect, my understanding is that rather than reviewing the trial judge's reasons for errors, the Court of Appeal proceeded, from the outset, to reassess the case from another perspective.

[140] While the Court of Appeal did not distinguish explicitly between the referral and the specific investment advice, its reasons suggest that recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos without first making inquiries of the Autorité des marchés financiers ("AMF") was in itself wrongful (paras. 70-72 and 117). The same suggestion can be found in my colleague's reasons (para. 59). This suggestion is at odds with the trial judge's reasons, as she found that Mr. Salomon's initial referral and later expressions of confidence in Triglobal and Mr. Papadopoulos had been reasonable at least until May 2007, when the *La Presse Affaires* article was published. For my part, I am satisfied that there is no palpable error in the trial judge's findings in that regard.

[141] It is common practice for lawyers to recommend other professionals to their clients. Indeed, as the appellants points out, it is sometimes their *duty* to recognize the limits of their competence and, where the circumstances so require, to consult other professionals or to advise their clients to consult such persons. Whenever they recommend other professionals, or express confidence in them, lawyers must meet the standard of a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in the same circumstances. While they cannot be expected to guarantee the services of the recommended professionals, they nonetheless have an obligation of means.

[142] I agree with my colleague that the Quebec Court of Appeal correctly set out the applicable

l'égard de l'affaire, la Cour d'appel ne traite pas de cette recommandation séparément, mais l'examine en même temps que la recommandation concernant des produits précis de placement. En toute déférence, il me semble que la Cour d'appel, plutôt que de contrôler la décision de la juge du procès pour y déceler des erreurs, procède d'emblée à un réexamen de la preuve sous un autre angle.

[140] Bien que la Cour d'appel ne fait pas explicitement une distinction entre la recommandation initiale des conseillers financiers et les conseils précis en matière de placements, ses motifs tendent à indiquer que le fait pour M^e^ Salomon d'avoir recommandé Triglobal et M. Papadopoulos sans avoir préalablement effectué des vérifications auprès de l'Autorité des marchés financiers (« AMF ») est erroné en soi (par. 70-72 et 117). Les motifs de mon collègue laissent entendre la même chose (par. 59), ce qui contredit les motifs de la juge du procès, puisqu'elle conclut que la recommandation initiale et les témoignages de confiance ultérieurs de M^e^ Salomon envers Triglobal et M. Papadopoulos étaient raisonnables au moins jusqu'en mai 2007, au moment de la parution de l'article de *La Presse Affaires*. Pour ma part, je suis convaincue que les conclusions de la juge du procès ne comportent pas d'erreur manifeste à cet égard.

[141] Il est de pratique courante pour les avocats de recommander d'autres professionnels à leurs clients. D'ailleurs, comme le soulignent les appelants, il est du *devoir* des avocats de reconnaître les limites de leur compétence et, lorsque l'exigent les circonstances, de consulter d'autres professionnels ou de conseiller à leurs clients de consulter de telles personnes. Chaque fois qu'ils recommandent d'autres professionnels ou qu'ils expriment leur confiance en eux, les avocats doivent satisfaire à la norme de l'avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent dans la même situation. Bien qu'on ne puisse s'attendre à ce qu'ils garantissent les services rendus par les professionnels qu'ils recommandent, ils ont quand même une obligation de moyens.

[142] J'estime, comme mon collègue, que la Cour d'appel du Québec énonce correctement les principes

2019 SCC 14 (CanLII)

principles in *Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1, at para. 22:

[TRANSLATION] A lawyer who, as in this case, recommends that a client consult another person must be convinced that the person is competent enough to adequately perform the mandate in question. His conviction must be based on a reasonably informed knowledge of the recommended person. In such matters, the circumstances are everything.

[143] In the instant case, the trial judge's decision is consistent with this approach even though it was rendered before *Harris*. The trial judge took into consideration the fact that Mr. Salomon had conducted "due diligence" in 2001 before retaining Triglobal's services for his own investments (paras. 34 and 133), that is, that he had inquired about the lawyers and accountants assisting Mr. Papadopoulos. He knew and respected many of them, which convinced him to invest with Triglobal. In the years that followed, Mr. Salomon referred family members, friends and clients to the firm, and was himself very pleased with the investment advice he received (trial reasons, at paras. 35 and 134). Further, the trial judge pointed out that "[Mr.] Salomon had no reason to suspect any wrongdoing from [Mr.] Papadopoulos or Triglobal" and that "Triglobal had the reputation of a first class investment firm [that was] very well-rated" before its implosion at the end of 2007 (paras. 302-3). As the Court of Appeal explained in *Harris*, at para. 28, courts must be careful not to assess recommendations in light of facts discovered subsequently. Mr. Salomon's confidence in the competence and probity of Triglobal and Mr. Papadopoulos was based on reasonable knowledge. Contrary to what my colleague asserts, it was not "blind confidence" (para. 60).

[144] It follows that, although further inquiries would have been advisable, especially given that Mr. Salomon went as far as to say that he perceived Mr. Papadopoulos to be "very conservative" when it came to capital preservation (trial reasons, at

applicables dans *Harris (Succession), Re*, 2016 QCCA 50, 25 C.C.L.T. (4th) 1, par. 22 :

L'avocat qui, comme en l'espèce, recommande de consulter une autre personne doit avoir la conviction que cette personne est compétente pour remplir adéquatement le mandat dont il est question. Sa conviction doit reposer sur une connaissance raisonnablement éclairée de la personne recommandée. En cette matière, tout est affaire de circonstances.

[143] En l'espèce, la décision de la juge du procès est conforme à cette approche, même si elle a été rendue avant *Harris*. La juge du procès tient compte du fait que M^e^ Salomon a fait preuve de [TRADUCTION] « diligence raisonnable » en 2001 avant de retenir les services de Triglobal pour ses propres placements (par. 34 et 133), c'est-à-dire qu'il s'était informé quant aux avocats et aux comptables qui assistaient M. Papadopoulos. Il connaissait et respectait plusieurs d'entre eux, ce qui l'a convaincu de recourir aux services de Triglobal pour ses placements. Au cours des années suivantes, M^e^ Salomon a recommandé la firme à des membres de sa famille, à des amis et à des clients et il était lui-même très satisfait des conseils en matière de placements qu'il a reçus (motifs de première instance, par. 35 et 134). La juge du procès souligne également que « [M^e^] Salomon n'avait aucune raison de soupçonner une quelconque conduite répréhensible de la part de M. Papadopoulos ou de Triglobal » et que « Triglobal avait la réputation d'être une firme de placement de premier ordre [qui était] très bien cotée » avant son implosion à la fin de 2007 (par. 302-303). Comme l'explique la Cour d'appel dans *Harris*, par. 28, les tribunaux doivent se garder de juger des recommandations à la lumière de faits découverts subséquemment. La confiance de M^e^ Salomon en la compétence et la probité de Triglobal et de M. Papadopoulos reposait sur une connaissance raisonnable. Contrairement à ce qu'affirme mon collègue, il ne s'agit pas de « confiance aveugle » (par. 60).

[144] Il s'ensuit que, bien que des vérifications supplémentaires de la part de M^e^ Salomon eurent été souhaitables, d'autant plus qu'il est allé jusqu'à dire qu'il considérait M. Papadopoulos comme étant [TRADUCTION] « très conservateur » en matière de

2019 SCC 14 (CanLII)

para. 49), Mr. Salomon acted as a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in the circumstances. While it may be true that contacting the AMF would have been preferable, omitting to do so did not amount to a fault given the reputation of the firm and Mr. Salomon's own familiarity with Triglobal's services.

[145] Moreover, recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos did not in itself require Mr. Salomon to double-check whether the investment advice they gave was appropriate. As the appellants point out, the very purpose of a referral is generally to have the client consult a professional whose areas of expertise differ from those of the referring lawyer. It would defeat that purpose to require a referring lawyer, as a general rule, to monitor the advice given by the professionals he or she recommended.

[146] I am concerned that a conclusion to the contrary would impose an excessive burden on many lawyers (and other professionals) who routinely recommend other trusted professionals. In my view, this would imply that making systematic inquiries of professional orders and other regulatory bodies would generally be required before another professional could be recommended, and that monitoring and verifying the recommended professional's advice might subsequently be required. This would go too far. Professionals might become overcautious and avoid making recommendations altogether, which would be a disservice to their clients.

[147] I would instead say that lawyers should make such inquiries as will enable them to acquire reasonable knowledge of professionals they recommend unless they already have relevant experience dealing with them. I would add that, as in other contexts, not every professional "error" made in making such inquiries — or in failing to make them — will amount to a fault if the lawyer's conduct does not depart from the standard expected of a reasonably competent, prudent and diligent professional (see *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 427-28; *Phillips*

préservation de capital (motifs de première instance, par. 49), M^e^ Salomon a agi comme l'aurait fait un avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent dans les circonstances. Même s'il est sans doute vrai qu'il aurait été préférable que M^e^ Salomon communique avec l'AMF, son défaut de le faire ne constitue pas une faute étant donné la réputation de la firme et le fait que les services de Triglobal lui étaient familiers.

[145] De plus, M^e^ Salomon n'était pas tenu, du seul fait qu'il a recommandé Triglobal et M. Papadopoulos, de vérifier si les conseils en matière de placements que ces derniers ont donnés étaient appropriés. Comme le soulignent les appelants, l'objectif même d'une telle recommandation est généralement que le client consulte un professionnel dont les domaines d'expertise sont différents de ceux de l'avocat. Ce serait contraire à cet objectif d'exiger, en règle générale, que l'avocat vérifie les conseils donnés par les professionnels qu'il ou elle a recommandés.

[146] Je crains qu'une conclusion contraire imposerait un fardeau excessif à de nombreux avocats (et à d'autres professionnels) qui recommandent couramment d'autres professionnels en qui ils ont confiance. À mon avis, cela signifierait qu'ils seraient généralement tenus de faire systématiquement des recherches auprès d'ordres professionnels et d'autres organismes de réglementation avant de recommander un professionnel, et que la surveillance et la vérification des conseils donnés par celui-ci pourraient ultérieurement être exigées. Cela irait trop loin. Les professionnels pourraient faire preuve d'une prudence excessive et éviter complètement de faire des recommandations, ce qui ne rendrait pas service à leurs clients.

[147] Je dirais plutôt que les avocats devraient faire des recherches sur les professionnels qu'ils recommandent afin d'en avoir une connaissance raisonnable, à moins qu'ils n'aient déjà eu une expérience de collaboration pertinente avec eux. J'ajouterais que, comme dans d'autres contextes, toutes les « erreurs » professionnelles relatives à ces recherches — ou à l'omission d'en faire — ne constitueront pas une faute si la conduite de l'avocat respecte la norme à laquelle se conformerait un professionnel raisonnablement compétent, prudent et diligent (voir *Roberge*

2019 SCC 14 (CanLII)

v. Naamani, 1998 CanLII 9332 (Que. Sup. Ct.), at paras. 66-67).

[148] In the case at bar, Mr. Salomon already had reasonable knowledge of Triglobal and Mr. Papadopoulos as a result of his personal experience. With the benefit of hindsight, failing to take further steps was very unfortunate, but it does not in itself make him liable.

[149] In saying this, I am well aware that this case is not merely about a referral. The trial judge found that Mr. Salomon's involvement was not limited to the initial recommendation in 2003, but that he also went on to provide wrongful advice regarding specific investment products (paras. 198-99). However, the principles from *Harris* are nonetheless relevant to the assessment of Mr. Salomon's conduct, and applying them properly leads to the conclusion that it was open to the trial judge to find that recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos did not in itself constitute a fault.

[150] This is true not only of the initial referral, but also of the later expressions of confidence. I see no ground for intervening in the trial judge's findings that Mr. Salomon's confidence remained reasonable until at least the publication of the *La Presse Affaires* article in May 2007 and that, although he may have been "overly reassuring" to Ms. Matte-Thompson at times, this does not suffice to establish liability (trial reasons, at paras. 301-4). Up to the time when Mr. Salomon should reasonably have begun to doubt the probity or competence of Triglobal and Mr. Papadopoulos, it was just as appropriate for him to reaffirm his confidence in them as it had been for him to recommend them on day one. Likewise, it was open to the trial judge to find that Mr. Salomon had no duty either to withdraw his recommendation or to investigate Triglobal and Mr. Papadopoulos. As the trial judge found, to Mr. Salomon, "there was no indication of anything illegal or unethical occurring at Triglobal up until May 2007" (para. 304).

c. Bolduc, [1991] 1 R.C.S. 374, p. 427-428; *Phillips c. Naamani*, 1998 CanLII 9332 (C.S. Qc), par. 66-67).

[148] Dans l'affaire qui nous occupe, M^e^ Salomon connaissait raisonnablement bien Triglobal et M. Papadopoulos en raison de son expérience personnelle. En rétrospective, l'omission de prendre des mesures supplémentaires paraît très malencontreuse, mais ne suffit pas en soi à entraîner la responsabilité de M^e^ Salomon.

[149] Je suis toutefois consciente que la présente affaire ne se résume pas à la simple recommandation de professionnels. La juge du procès conclut que le rôle joué par M^e^ Salomon ne se limitait pas à la recommandation initiale faite en 2003, mais qu'il avait également donné des conseils erronés au sujet de produits de placement précis (par. 198-199). Cependant, les principes énoncés dans *Harris* sont tout de même utiles pour évaluer la conduite de M^e^ Salomon, et leur application correcte mène à la conclusion que la juge du procès pouvait conclure que le fait de recommander Triglobal et M. Papadopoulos ne constituait pas en soi une faute.

[150] Cette conclusion vaut non seulement pour la recommandation initiale des conseillers financiers, mais aussi pour les témoignages de confiance ultérieurs. Je ne vois aucune raison de modifier les conclusions de la juge du procès selon lesquelles la confiance de M^e^ Salomon était raisonnable au moins jusqu'à la parution de l'article de *La Presse Affaires* en mai 2007, et que, bien qu'il ait pu avoir été [TRADUCTION] « excessivement rassurant » envers M^me^ Matte-Thompson à quelques reprises, cela ne suffit pas à établir sa responsabilité (motifs de première instance, par. 301-304). Jusqu'au moment où M^e^ Salomon aurait raisonnablement dû commencer à douter de la probité ou de la compétence de Triglobal et de M. Papadopoulos, il était tout aussi fondé à réaffirmer sa confiance en eux qu'il était en droit de les recommander le premier jour. De même, il était loisible à la juge du procès de conclure que M^e^ Salomon n'avait aucune obligation de retirer sa recommandation ou de faire des recherches sur Triglobal et M. Papadopoulos. Comme le conclut la juge du procès, pour M^e^ Salomon, [TRADUCTION] « rien ne donnait à penser que Triglobal avait fait quoi que ce soit d'illégal ou de non éthique avant mai 2007 » (par. 304).

2019 SCC 14 (CanLII)

[151] In this regard, I wish to comment on the "gifts" Mr. Papadopoulos made to Mr. Salomon in May and June 2006 and, later, in February 2007. The trial judge found that Mr. Papadopoulos had wanted to help Mr. Salomon renovate his apartment. For that purpose, he had proposed that Mr. Salomon incorporate a company that could issue invoices for "financial consulting" services. Mr. Salomon accepted, and later received $28,000 through that company without having rendered any services (trial reasons, at paras. 142-46; C.A. reasons, at para. 104). My colleague is of the view that Mr. Papadopoulos's willingness to request fake invoices was sufficient to raise "obvious concerns as to the general probity of the individual" (para. 77). I agree that such a scheme is troubling in many respects. However, as the trial judge noted, regardless of whether the scheme constituted tax fraud, it had "no connection to the investments made by the [respondents]" (para. 147). This means that Mr. Papadopoulos's gifts were arguably insufficient to set off alarms with respect to the potential misappropriation of the respondents' investments and to undermine Mr. Salomon's confidence in Triglobal and Mr. Papadopoulos.

[151] À cet égard, j'aimerais formuler des commentaires quant aux « cadeaux » que M. Papadopoulos a donnés à M^e^ Salomon en mai et juin 2006, et plus tard en février 2007. La juge du procès conclut que M. Papadopoulos a voulu aider M^e^ Salomon à rénover son appartement. À cette fin, il a proposé à M^e^ Salomon de constituer une société qui pourrait facturer des services de « consultation financière ». M^e^ Salomon a accepté cette proposition et a ensuite reçu, sans avoir rendu de services, 28 000 $ par l'entremise de cette société (motifs de première instance, par. 142-146; motifs de la C.A., par. 104). Mon collègue est d'avis que le fait que M. Papadopoulos était disposé à demander de fausses factures suffisait à soulever « d'évidentes préoccupations quant à la probité générale de l'individu » (par. 77). Je conviens qu'un tel stratagème est troublant à bien des égards. Toutefois, comme le fait observer la juge du procès, indépendamment de la question de savoir s'il s'agit ou non d'une fraude fiscale, le stratagème n'avait [TRADUCTION] « aucun lien avec les placements faits par les [intimées] » (par. 147). Par conséquent, on peut soutenir que les cadeaux de M. Papadopoulos étaient insuffisants pour sonner l'alarme en ce qui a trait à de possibles détournements des placements des intimées et pour miner la confiance de M^e^ Salomon en Triglobal et en M. Papadopoulos.

[152] That being said, I would agree that Mr. Salomon's reaction to the May 2007 *La Presse Affaires* article was inappropriate. As the trial judge found, Mr. Salomon failed to bring the article to his clients' attention despite the fact that it "raised serious doubts about the investments made through Triglobal in the iVest or Focus funds" (paras. 260-61). Accordingly, it might be argued that Mr. Salomon should have warned the respondents and recommended that they consult other financial advisors.

[152] Cela dit, je reconnais que la réaction de M^e^ Salomon à la parution de l'article de *La Presse Affaires* en mai 2007 était inappropriée. Comme le conclut la juge du procès, M^e^ Salomon a omis de porter l'article à l'attention de ses clientes malgré le fait que ce texte soulevait [TRADUCTION] « des doutes sérieux au sujet des placements faits par l'entremise de Triglobal dans les fonds iVest ou Focus » (par. 260-261). Par conséquent, on peut soutenir que M^e^ Salomon aurait dû avertir les intimées et recommander qu'elles consultent d'autres conseillers financiers.

[153] There is little doubt that Mr. Salomon should have been more circumspect from that point onwards. For instance, it was probably inappropriate for him to state in July 2007 that he remained "very happy to have [his] investments performing so well with such controlled risk", especially given that the

[153] Il fait peu de doute que M^e^ Salomon aurait dû faire preuve de plus de circonspection à compter de ce moment. Par exemple, il était probablement inapproprié que M^e^ Salomon déclare, en juillet 2007, qu'il était toujours [TRADUCTION] « très heureux que [ses] placements aient un aussi bon rendement

2019 SCC 14 (CanLII)

respondents were having difficulty retrieving their funds at the time (C.A. reasons, at para. 133). Even in December 2007, when Triglobal was on the brink of collapse and the fraud was about to be uncovered, Mr. Salomon was still reassuring Ms. Matte-Thompson about Mr. Papadopoulos's purported attempts to salvage the situation (C.A. reasons, at para. 138).

[154] However, even though these reassurances might have been wrongful, the trial judge did not see the need to linger on them. This is because she found that the loss had likely already been incurred by May 2007, which meant that there could be no causal link between faults committed by Mr. Salomon at that time and the injury (trial reasons, at paras. 304-5, 308 and 312-13). I will return to this finding in my discussion on causation.

[155] To sum up, I am of the opinion that the Court of Appeal did not identify a specific reviewable error in the trial judge's reasons in relation to Mr. Salomon's initial recommendation and later expressions of confidence. It follows that the Court of Appeal could not reassess the evidence as a whole on the basis of its preferred "global" view of the case (paras. 69-75).

(3) Mr. Salomon's Duty to Advise

[156] Again, the trial judge did not find that Mr. Salomon's conduct had been free of fault. She concluded that he had failed to act as a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in recommending specific investment products (i.e., iVest and Manulife), especially in 2003 and 2004, and that in so doing, he had breached his duty to advise in three respects. First, he had failed to inform Ms. Matte-Thompson of the limits of his competence with respect to financial investments (trial reasons, at paras. 196-99). Second, he had recommended investment products without making any inquiries and without obtaining any information about their terms and conditions (trial reasons, at paras. 188-91). Third, he had recommended investing in an offshore hedge fund, iVest, which was inconsistent with his clients' primary goal

avec un risque aussi contrôlé », d'autant plus que les intimées avaient alors de la difficulté à retirer leurs fonds (motifs de la C.A., par. 133). Même en décembre 2007, alors que Trigobal était au bord de l'effondrement et que la fraude était sur le point d'être découverte, M^e^ Salomon rassurait encore M^me^ Matte-Thompson au sujet des supposées tentatives de M. Papadopoulos de remédier à la situation (motifs de la C.A., par. 138).

[154] Toutefois, bien que de telles assurances puissent être qualifiées de fautives, la juge du procès n'a pas besoin de s'y attarder car elle conclut qu'en mai 2007, la perte avait probablement déjà eu lieu; il ne pouvait donc pas y avoir de lien de causalité entre les fautes commises à ce moment-là par M^e^ Salomon et le préjudice (motifs de première instance, par. 304-305, 308 et 312-313). Je reviendrai à cette conclusion dans mon analyse du lien de causalité.

[155] En résumé, je suis d'avis que la Cour d'appel n'identifie pas d'erreur révisable précise dans les motifs de la juge du procès concernant la recommandation initiale de M^e^ Salomon et ses témoignages subséquents de confiance. Il s'ensuit que la Cour d'appel ne peut pas réexaminer l'ensemble de la preuve sur le fondement de la vision « globale » de l'affaire qu'elle privilégie (par. 69-75).

(3) Le devoir de conseil de M^e^ Salomon

[156] Encore une fois, la juge du procès ne conclut pas que la conduite de M^e^ Salomon était irréprochable. Elle estime qu'il a omis d'agir comme l'aurait fait un avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent lorsqu'il a recommandé des produits de placement précis (à savoir les fonds iVest et Manulife), notamment en 2003 et 2004, et que, en faisant cela, il a manqué à son devoir de conseil à trois égards. Premièrement, il a omis d'informer M^me^ Matte-Thompson des limites de sa compétence en matière de placements financiers (motifs de première instance, par. 196-199). Deuxièmement, il a recommandé des produits de placement sans faire de recherches et sans obtenir de renseignements sur les modalités de ces produits (motifs de première instance, par. 188-191). Troisièmement, il a recommandé un investissement dans un fonds

2019 SCC 14 (CanLII)

of preserving capital (trial reasons, at paras. 193-94 and 198). These findings are not in dispute.

[157] As my colleague explains, to the extent that a lawyer does provide advice, he must meet the standard of a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in the same circumstances irrespective of the precise scope of his mandate (para. 54; see also C.A. reasons, at para. 44). In the case at bar, Mr. Salomon committed faults in volunteering investment advice even though such advice fell outside the limits of his mandates.

[158] The Court of Appeal did not take issue with the trial judge's findings in this regard (see paras. 68-69). However, as I explained above, it concluded that the trial judge had played down the extent of Mr. Salomon's breaches of his duty to advise in finding (i) that he had provided wrongful investment advice to Ms. Matte-Thompson only (paras. 61, 65, 69 and 89); and (ii) that the faults had concerned only certain specific investment products and had occurred within a limited time frame rather than continuing until the end of 2007 (paras. 70-75 and 89). In the Court of Appeal's opinion, these two reviewable errors stemmed from the trial judge's distorting lens, that is, her failure to consider the case from a "global" perspective (paras. 50, 66 and 120).

[159] I agree with my colleague that the Court of Appeal had some basis for concluding that Mr. Salomon had committed the same faults in respect of both respondents (paras. 56-57 and 62). The trial judge's assertion that "[Mr.] Salomon never acted as a professional providing financial advice to 166376" (para. 283) appears to be contradicted by her own factual findings to the effect that Ms. Matte-Thompson had consulted him both as an executor and a beneficiary of the trusts and as a director of 166 (para. 44). Indeed, Mr. Salomon's memorandum of September 13, 2003 recommending an investment in iVest was addressed directly to 166 (C.A. reasons, at paras. 49 and 59). And when the sale of 166's

spéculatif à l'étranger, iVest, ce qui allait à l'encontre de l'objectif principal de préservation du capital de ses clientes (motifs de première instance, par. 193-194 et 198). Ces conclusions ne sont pas contestées.

[157] Comme l'explique mon collègue, dans la mesure où un avocat donne des conseils, il doit respecter la norme à laquelle se conformerait un avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent dans la même situation, quelle que soit l'étendue précise de son mandat (par. 54; voir aussi motifs de la C.A., par. 44). Dans l'affaire qui nous occupe, M^e^ Salomon a commis des fautes en donnant de son propre chef des conseils en matière de placements même si de tels conseils ne faisaient pas partie de ses mandats.

[158] La Cour d'appel ne s'est pas dite en désaccord avec les conclusions de la juge du procès à cet égard (voir par. 68-69). Toutefois, comme je l'ai expliqué précédemment, elle conclut que la juge du procès minimise la portée des manquements de M^e^ Salomon à son devoir de conseil en concluant que (i) M^e^ Salomon a donné des conseils erronés en matière de placements à M^me^ Matte-Thompson seulement (par. 61, 65, 69 et 89); et que (ii) les fautes visaient seulement certains produits de placement précis et ont été commises pendant une période de temps limitée et non jusqu'à la fin de 2007 (par. 70-75 et 89). De l'avis de la Cour d'appel, ces deux erreurs révisables découlent du prisme déformant auquel a eu recours la juge du procès, à savoir son omission d'adopter une vision « globale » de l'affaire (par. 50, 66 et 120).

[159] Je suis d'accord avec mon collègue pour dire que la Cour d'appel disposait de certains éléments sur lesquels se fonder pour conclure que M^e^ Salomon a commis les mêmes fautes à l'égard des deux intimées (par. 56-57 et 62). L'affirmation de la juge du procès selon laquelle [TRADUCTION] « [M^e^] Salomon n'a jamais agi à titre de professionnel donnant des conseils financiers à 166376 » (par. 283) semble être contredite par ses propres conclusions de fait selon lesquelles M^me^ Matte-Thompson l'a consulté à la fois en qualité de liquidatrice de la succession et bénéficiaire des fiducies et d'administratrice de 166 (par. 44). De fait, le mémorandum daté du 13 septembre 2003 dans lequel M^e^ Salomon recommandait

2019 SCC 14 (CanLII)

properties was being contemplated in June 2005, Mr. Salomon reiterated his recommendation to invest the proceeds in Manulife or iVest. It therefore seems to me that, contrary to the trial judge's finding, Mr. Salomon gave the same wrongful investment advice to both respondents.

[160] But even if this error is assumed to be palpable, I fail to see how it affected the outcome of the case. As I will explain below in my analysis on causation, 166 did not rely at all on Mr. Salomon's investment advice after selling its assets in early 2006 (trial reasons, at paras. 288). Ms. Matte-Thompson decided on her own to invest the proceeds of the sale of 166's assets in Focus rather than in the products Mr. Salomon had initially recommended (i.e., Manulife and iVest). In this context, the trial judge's error cannot be said to have been "overriding" and, therefore, to have justified appellate intervention. Neither did it justify the Court of Appeal's conducting a broad reassessment of the evidence for the purpose of finding *other* potential errors.

[161] I also part ways with my colleague on the second purportedly reviewable error the Court of Appeal identified *after* delving into the record. I am satisfied that there was no basis for overturning the trial judge's finding that Mr. Salomon had committed faults only in recommending Manulife and iVest products, mostly in 2003 and 2004 (paras. 196-97), and that he was not at fault for the later investments in Focus. After all, he was not involved in the respondents' fateful decisions to invest in that particular product in 2006 (trial reasons, at paras. 210-15, 285-88 and 290-94).

[162] In purporting to identify a palpable and overriding error, the Court of Appeal relied on its view that Mr. Salomon had committed continuous faults of omission in failing, from 2003 to 2007, to make

un investissement dans le fonds iVest était directement adressé à 166 (motifs de la C.A., par. 49 et 59). De plus, lorsque la vente des biens de 166 a été envisagée en juin 2005, M^e^ Salomon a réitéré sa recommandation d'investir dans les fonds Manulife ou iVest. Par conséquent, il me semble que, contrairement à la conclusion de la juge du procès, M^e^ Salomon ait donné le même conseil erroné en matière de placements aux deux intimées.

[160] Cependant, même si cette erreur est tenue pour manifeste, je ne vois pas quelle incidence elle a eue sur l'issue de l'affaire. Comme je l'expliquerai plus loin dans mon analyse du lien de causalité, 166 ne s'est aucunement fiée aux conseils de M^e^ Salomon en matière de placements après avoir vendu ses actifs au début de 2006 (motifs de première instance, par. 288). Madame Matte-Thompson a décidé de son propre chef d'investir le produit de la vente des actifs de 166 dans le fonds Focus, plutôt que dans les produits que M^e^ Salomon lui avait initialement recommandés (c.-à-d. les fonds Manulife et iVest). Dans ce contexte, on ne peut affirmer que l'erreur de la juge du procès est « déterminante », et donc qu'elle justifie une intervention en appel. Elle ne permet pas non plus à la Cour d'appel de procéder à un réexamen général de la preuve afin de déceler d'*autres* erreurs potentielles.

[161] Je ne peux non plus me rallier à l'opinion de mon collègue concernant la deuxième erreur révisable que la Cour d'appel aurait relevée *après* avoir réexaminé le dossier. Je suis convaincue que rien ne justifiait d'infirmer la conclusion de la juge du procès selon laquelle M^e^ Salomon a commis des fautes uniquement en recommandant des produits Manulife et iVest, en 2003 et 2004 principalement (par. 196-197), et qu'il n'a commis aucune faute en ce qui a trait aux placements ultérieurs dans le fonds Focus. Après tout, il n'a pas pris part aux décisions fatidiques des intimées d'investir dans ce produit en particulier en 2006 (motifs de première instance, par. 210-215, 285-288 et 290-294).

[162] Pour conclure à l'existence d'une soi-disant erreur manifeste et déterminante, la Cour d'appel se fonde sur le point de vue selon lequel M^e^ Salomon a commis, de 2003 à 2007, des fautes d'omission continues en ne

2019 SCC 14 (CanLII)

inquiries regarding Triglobal and Mr. Papadopoulos and to verify their investment products (paras. 70-72). This begs the question whether Mr. Salomon had an obligation to take such steps in regard to the later investments in Focus. As I mentioned above, the trial judge found that he had had no specific mandate to recommend or review investment products (para. 130), and this finding has not been challenged. Further, it was open to the trial judge to find that, on the facts of the case, Mr. Salomon had had no obligation to make inquiries of regulatory bodies before recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos. It is thus unclear to me what obligations Mr. Salomon might have failed to fulfill.

[163] What, then, might underlie the view that Mr. Salomon had committed continuous faults of omission? The Court of Appeal seems to have considered that Mr. Salomon's [TRANSLATION] "interventions" with respect to the respondents' investments in Focus up until the end of 2007 also triggered a duty to advise and thus to make inquiries and conduct verifications (paras. 71 and 75). I agree that a lawyer's duty to advise generally includes obligations to inform the client of relevant facts, to explain available options and their implications, and to recommend a course of action (Gascon J.'s reasons, at para. 52). Yet the precise content of that duty is highly dependent on the circumstances, including the scope of the mandate, the obligations assumed by the lawyer and his or her areas of expertise (see *Côté*, at para. 6).

[164] In the case at bar, the trial judge thoroughly and carefully examined the role played by Mr. Salomon in 2006 and 2007 and, based on her assessment of the evidence, she drew the reasonable inference that Mr. Salomon had had no duty to advise his clients regarding their investments in Focus, and had certainly had no duty to double-check the respondents' investment decisions (paras. 213-14 and 285-88). Here again, the Court of Appeal did not pinpoint a specific "crucial" flaw in the trial judge's findings, but instead intervened on the basis of a mere difference of opinion.

faisant pas de recherches au sujet de Triglobal et de M. Papadopoulos et en ne vérifiant pas leurs produits de placement (par. 70-72). Cela soulève la question de savoir si M^e^ Salomon avait l'obligation de prendre de telles mesures à l'égard des investissements ultérieurs dans le fonds Focus. Comme je l'ai déjà mentionné, la juge du procès conclut qu'il n'avait pas de mandat particulier pour recommander des produits de placement ou effectuer des vérifications à ce sujet (par. 130), conclusion qui n'est pas contestée. De plus, la juge du procès pouvait conclure, au vu des faits de l'affaire, que M^e^ Salomon n'avait aucune obligation de faire des recherches auprès des organismes de réglementation avant de recommander Triglobal et M. Papadopoulos. Je ne vois donc pas très bien de quelles obligations M^e^ Salomon ne se serait pas acquitté.

[163] Sur quel fondement pourrait donc reposer le point de vue selon lequel M^e^ Salomon a commis des fautes d'omission continues? La Cour d'appel semble estimer que, jusqu'à la fin de 2007, les « interventions » de M^e^ Salomon à l'égard des investissements des intimées dans le fonds Focus ont aussi déclenché un devoir de conseil et donc une obligation de faire des recherches et des vérifications (par. 71 et 75). Je conviens que le devoir de conseil de l'avocat inclut généralement l'obligation d'informer ses clients des faits pertinents, celle d'expliquer les options possibles et leurs conséquences et celle de recommander une ligne de conduite (motifs du juge Gascon, par. 52). Le contenu précis de ce devoir est toutefois hautement tributaire des circonstances, à savoir l'étendue du mandat, les obligations qu'assume l'avocat et ses domaines d'expertise (voir *Côté*, par. 6).

[164] Dans l'affaire qui nous occupe, la juge du procès examine attentivement et en détail le rôle joué par M^e^ Salomon en 2006 et 2007 et, se fondant sur son appréciation de la preuve, tire l'inférence raisonnable que M^e^ Salomon n'avait aucun devoir de conseil envers ses clientes en ce qui concerne leurs investissements dans le fonds Focus, et certainement aucune obligation de vérifier les décisions des intimées en matière de placements (par. 213-214 et 285-288). Là encore, la Cour d'appel ne relève pas de lacune « cruciale » précise dans les conclusions de la juge du procès, mais intervient plutôt en raison d'une simple différence d'opinions.

2019 SCC 14 (CanLII)

2019 SCC 14 (CanLII)

[165] First, it is worth recalling the trial judge's uncontested factual finding that Mr. Salomon has not been consulted about the respondents' decisions to invest in Focus in 2006 and had not been involved in those decisions (see paras. 204-5, 210, 219-22 and 290-93).[3] He was not informed of them until after the fact. Although he did participate in meetings regarding the upcoming sale of 166's assets, there is no evidence that potential investments in Focus were discussed on those occasions. Further, he did not attend a key December 2005 meeting that dealt specifically with 166's investment strategy. In any event, an investment in Focus was not yet being contemplated at that time. At 166's request, Mr. Salomon drafted resolutions that authorized the opening of investment accounts for the sale proceeds, but those resolutions referred to Manulife and iVest, not to Focus (C.A. reasons, at para. 79).

[166] I believe it will be helpful to quote several paragraphs from the trial judge's reasons on the subject of 166's investments in Focus. These paragraphs clearly underline how limited Mr. Salomon's involvement and knowledge were:

> At the end of 2005 and the beginning of 2006, [Mr.] Salomon still had a lawyer-client relationship with Ms. Thompson. He was handling numerous matters that related to the wills and trusts and family businesses. He knew that the proceeds of the sale needed to be invested and was aware [Mr.] Papadopoulos was providing investment proposals to Ms. Thompson and her Ontario lawyers. However, [Mr.] Salomon did not participate in this investments strategy meeting. Although he received a copy of the proposal provided by [Mr.] Papadopoulos to Ms. Thompson, he was not part of the recommendations nor the discussions that related to the investment.
>
> [Mr.] Salomon argues that he had absolutely no involvement in 166376's decision to invest and that he knew nothing about it. The evidence establishes the contrary.

[3] My colleague overstates Mr. Salomon's role in the sale of 166's assets, at para. 13 of his reasons. In light of Ms. Matte-Thompson's own testimony, Mr. Salomon cannot be said to have "arranged" the sale (A.R., vol. 7, at pp. 2220-21).

[165] Premièrement, il convient de rappeler les conclusions de fait non contestées de la juge du procès selon lesquelles M[e] Salomon n'a pas été consulté au sujet des décisions des intimées d'investir dans le fonds Focus en 2006 et n'a pas pris part à ces décisions (voir les par. 204-205, 210, 219-222 et 290-293)[3]. Il n'a été informé de la décision qu'après coup. Bien que M[e] Salomon ait participé à des réunions sur la vente prochaine des actifs de 166, rien n'indique que de possibles investissements dans le fonds Focus aient alors fait l'objet de discussions. De plus, il n'a pas participé à la réunion clé en décembre 2005 qui portait expressément sur la stratégie de placement de 166. Quoi qu'il en soit, un investissement dans Focus n'était pas encore envisagé à ce moment-là. À la demande de 166, M[e] Salomon a rédigé des résolutions autorisant l'ouverture de comptes de placement pour le produit de la vente, mais celles-ci se rapportaient aux fonds Manulife et iVest, et non au fonds Focus (motifs de la C.A., par. 79).

[166] Je crois qu'il est utile de citer plusieurs paragraphes des motifs de la juge du procès portant sur les investissements de 166 dans le fonds Focus. Ces paragraphes démontrent clairement à quel point la participation et la connaissance de M[e] Salomon étaient limitées à cet égard :

> [TRADUCTION] À la fin de 2005 et au début de 2006, [M[e]] Salomon avait encore une relation d'avocat-client avec M[me] Thompson. Il s'occupait de nombreuses affaires ayant trait aux testaments, fiducies et entreprises de la famille. Il savait que le produit de la vente devait être placé et que M. Papadopoulos faisait des propositions d'investissement à M[me] Thompson et à ses avocats ontariens. Toutefois, [M[e]] Salomon n'a pas participé à cette rencontre sur la stratégie d'investissement. Même s'il a reçu une copie de la proposition que M. Papadopoulos a faite à M[me] Thompson, il n'a pas pris part aux recommandations ni aux discussions au sujet du placement.
>
> [M[e]] Salomon fait valoir qu'il n'a aucunement participé à la décision de 166376 concernant l'investissement et qu'il ne savait rien à ce sujet. La preuve démontre le contraire.

[3] Mon collègue exagère le rôle de M[e] Salomon dans la vente des actifs de 166, au par. 13 de ses motifs. À la lumière du témoignage de M[me] Matte-Thompson, on ne peut dire que M[e] Salomon a « organis[é] » la vente (d.a., vol. 7, p. 2220-2221).

[Mr.] Salomon prepared the resolutions for the opening of the investment account for the executors and trustees. Prior to the investment, he was involved in the investment discussions related to the sale proceeds and the expected return required to meet Ms. Thompson's needs. He knew that 166376 was contemplating to invest a significant portion of the sale proceeds through Triglobal.

However 166376, through Ms. Thompson, intended to invest with Triglobal in Manulife and iVest, the same investment vehicle that had been previously recommended to Ms. Thompson in her personal capacity.

. . .

The exhibits filed and the evidence show that in the winter of 2006, [Mr.] Salomon was not aware of the exact amount invested by 166376 or in which vehicles it had been invested. Contrary to the first investment made personally by Ms. Thompson back in 2003, he was not consulted with respect to the investments contemplated by 166376 in Focus.

How could [Mr.] Salomon stop 166376 from entering into such a transaction when he was not even aware that such investment was being made?

The Court cannot conclude that [Mr.] Salomon failed to advise 166376 of the limit of his ability at the time 166376 made the investment because he never recommended the investment made in Focus. He only learned about it after the fact.

Although [Mr.] Salomon encouraged that the investment be made through Triglobal, he did not encourage 166376 to purchase the Focus fund in February 2006. The proposition and recommendations with respect to the investment were discussed in a strategy meeting with [Mr.] Papadopoulos, which [Mr.] Salomon did not attend. [Emphasis added; footnotes omitted; paras. 219-22 and 290-93.]

[167] Second, even when Mr. Salomon was finally made aware of the respondents' investments in Focus (in April 2006 in the case of 166, and in October 2006 in the case of Ms. Matte-Thompson), he did not provide any wrongful legal advice, recommendation or reassurance regarding that specific fund (trial reasons, at paras. 227-28, 236-37, 294 and 301), at

[M^e] Salomon a préparé les résolutions pour l'ouverture du compte d'investissement pour les liquidateurs de la succession et les fiduciaires. Avant le placement, il a participé aux discussions concernant le placement du produit de la vente et le rendement attendu requis pour répondre aux besoins de M^me Thompson. Il savait que 166376 envisageait d'investir une grande partie du produit de la vente en recourant aux services de Triglobal.

Toutefois, 166376, par l'entremise de M^me Thompson, voulait investir auprès de Triglobal dans les fonds Manulife et iVest, le même véhicule d'investissement qui avait été recommandé antérieurement à M^me Thompson à titre personnel.

. . .

Les pièces produites et la preuve démontrent qu'à l'hiver 2006, [M^e] Salomon n'était pas au courant du montant exact investi par 166376 ni des véhicules dans lesquels cette société avait investi. Contrairement au cas du premier placement fait personnellement par M^me Thompson en 2003, [M^e] Salomon n'a jamais été consulté au sujet des investissements dans le fonds Focus envisagés par 166376.

Comment [M^e] Salomon pouvait-il empêcher 166376 de faire une telle opération alors qu'il ne savait même pas qu'un tel investissement était en train d'être fait?

La Cour ne peut conclure que [M^e] Salomon a omis d'informer 166376 de la limite de ses compétences au moment où 166376 a fait l'investissement parce qu'il n'a jamais recommandé l'investissement dans le fonds Focus. Il en a eu connaissance seulement après coup.

Bien que [M^e] Salomon ait encouragé ses clientes à investir par l'entremise de Triglobal, il n'a pas encouragé 166376 à acheter le fonds Focus en février 2006. La proposition et les recommandations concernant le placement ont fait l'objet de discussions lors de la réunion sur la stratégie à laquelle a participé [M.] Papadopoulos, mais pas [M^e] Salomon. [Je souligne; notes en bas de page omises; par. 219-222 et 290-293.]

[167] Deuxièmement, même lorsque M^e Salomon a finalement été mis au courant des investissements des intimées dans Focus (en avril 2006 dans le cas de 166, et en octobre 2006 dans le cas de M^me Matte-Thompson), il n'a pas donné de conseil juridique erroné, il n'a pas fait de recommandation à celles-ci et ne les a pas rassurées au sujet de ce fond en

2019 SCC 14 (CanLII)

2019 SCC 14 (CanLII)

least not until May 2007. In fact, the Court of Appeal did not point to any instance where Mr. Salomon had clearly recommended or endorsed Focus. The only example it gave was an email Mr. Salomon had received from Ms. Matte-Thompson on April 29, 2006, from which he had learned for the first time that 166 had invested in Focus:

Ken

I do need to talk to you as a friend…I am a bit nervous about my investment from the sale. I have had a difficult time getting info and only have received a note from Austin Harris at Focus ststing [*sic*] amt of funds invested and interest to date. I have no contract to know about details…looks like a loan but I was told it is not …where are funds invested? The letter states there are conditions re early repayment and trequest [*sic*] for early repayment… I have not been informed of any of this. I think it all happened too fast and maybe I was too trusting.... I think of bernie R and then the LaCroix scandal…I cannot afford to be caught in something that has not been fully explained. Perhaps I need to reconsider having all of my eggs in one basket. As a friend and confident [*sic*] I would like to talk to you…outside of business… [Emphasis added.]

(Quoted in C.A. reasons, at paras. 77-78, and in trial reasons, at paras. 227-28.)

[168] In response to Ms. Matte-Thompson's concerns about the "difficult time" she was having getting information about the fund, Mr. Salomon responded — without making any inquiries — that he was "certain that everything is ok". He also offered to discuss the matter further and then asked Mr. Papadopoulos to answer her questions (trial reasons, at para. 228).

[169] In my view, the Court of Appeal had no basis for overturning the trial judge's finding that Mr. Salomon's response did not constitute a fault

particulier (motifs de première instance, par. 227-228, 236-237, 294 et 301), du moins jusqu'en mai 2007. D'ailleurs, la Cour d'appel ne relève aucune occasion où M^e^ Salomon aurait clairement recommandé ou cautionné le fonds Focus. Le seul exemple offert est le courriel que M^e^ Salomon a reçu de M^me^ Matte-Thompson le 29 avril 2006, par lequel il a appris l'investissement de 166 dans le fonds Focus :

[TRADUCTION]

Ken

J'ai besoin de te parler en tant qu'ami…Je m'inquiète un peu de l'investissement que j'ai fait avec [le produit de] la vente. J'ai de la difficulté à obtenir de l'information et je n'ai reçu qu'une note d'Austin Harris de chez Focus indiquant le montant des fonds investis et les intérêts courus jusqu'à maintenant. Je n'ai aucun contrat qui me donnerait des détails…ça ressemble à un prêt, mais on m'a dit que ce n'en est pas un ...où sont investis les fonds? La lettre indique qu'il y a des conditions concernant le remboursement anticipé et la demande de remboursement anticipé... On ne m'a pas informée de cela. Je pense que tout est arrivé trop vite et que j'étais peut-être trop confiante... Je pense à bernie R et puis au scandale LaCroix... Je ne peux pas me permettre d'être prise dans quelque chose qui ne m'a pas été complètement expliqué. J'ai peut-être besoin de réfléchir à ma décision de mettre tous mes œufs dans le même panier. J'aimerais te parler en tant qu'ami et confident...à titre personnel... [Je souligne.]

(Cité dans les motifs de la C.A., par. 77-78, et dans les motifs de première instance, par. 227-228.)

[168] En réponse aux préoccupations de M^me^ Matte-Thompson concernant les « difficultés » qu'elle avait à obtenir des renseignements sur le fonds, M^e^ Salomon a répondu — sans faire de recherches — qu'il était [TRADUCTION] « certain que tout [allait] bien ». Il a aussi offert d'en parler plus longuement et a ensuite demandé à M. Papadopoulos de répondre aux questions de M^me^ Matte-Thompson (motifs de première instance, par. 228).

[169] À mon avis, la Cour d'appel n'a aucune raison d'écarter la conclusion de la juge du procès selon laquelle la réponse de M^e^ Salomon ne constitue pas

(trial reasons, at paras. 296-300).[4] At the time, Ms. Matte-Thompson's main concern was about the difficulty she was having in obtaining information about 166's investments. In this regard, Mr. Salomon "did his best to get [Mr.] Papadopoulos to answer his clients" (see trial reasons, at paras. 228 and 299). As the trial judge pointed out, it might have been preferable for him to recommend that the respondents consult another professional to obtain a second opinion, but this does not mean that his conduct amounted to a fault (paras. 299-301). This finding of mixed law and fact is based on the trial judge's assessment of the evidence and is entitled to deference.

[170] Moreover, Ms. Matte-Thompson's email did not constitute a mandate to verify the propriety of 166's investments. She made clear that she was only asking for Mr. Salomon's opinion "outside of business", as a "friend" — words which are not included in the Court of Appeal's quotation of the email (para. 77). I wonder on what basis Mr. Salomon should have gotten involved, on his own initiative, in a review of the investment decisions the respondents had made with their financial advisors (see, e.g., *Sylvestre*, at paras. 16-19). As well, Mr. Salomon did say that he would be "happy to discuss [the matter] at any time", but it seems that Ms. Matte-Thompson preferred not to involve him further (trial reasons, at para. 230).

[171] It is also worth noting that Mr. Salomon knew he was not the only lawyer involved in the sale of 166's assets (trial reasons, at paras. 217-19). At the time, lawyers David Gemmill and Rod Farn were handling the Ontario legal aspects of the transaction. One of them, Mr. Gemmill, was also an executor of Mr. Thompson's estate (and Ms. Matte-Thompson's neighbour). Contrary to Mr. Salomon, Mr. Gemmill and Mr. Farn had had Triglobal's

[4] I note that the Court of Appeal erroneously found that Mr. Salomon knew, when he received the email, that 166 had invested *all* of the sale proceeds in Focus (para. 79). This is not what the email says, and there is no other evidence to that effect.

une faute (motifs de première instance, par. 296-300)[4]. À l'époque, la principale préoccupation de M^me^ Matte-Thompson concernait la difficulté qu'elle avait à obtenir des renseignements sur les placements de 166. À cet égard, M^e^ Salomon a [TRADUCTION] « fait de son mieux pour que M. Papadopoulos réponde à ses clientes » (voir les motifs de première instance, par. 228 et 299). Comme le souligne la juge du procès, il aurait peut-être été préférable que M^e^ Salomon recommande aux intimées de consulter un autre professionnel pour obtenir un deuxième avis, mais cela ne signifie pas que sa conduite constituait une faute (par. 299-301). Cette conclusion mixte de fait et de droit repose sur l'appréciation de la preuve par la juge du procès et commande la déférence.

[170] De plus, le courriel de M^me^ Matte-Thompson ne constituait pas un mandat de vérifier la régularité des investissements de 166. Celle-ci a précisé dans son courriel qu'elle demandait à M^e^ Salomon son avis [TRADUCTION] « à titre personnel » en tant qu'« ami » — mots qui n'apparaissent pas dans l'extrait du courriel cité par la Cour d'appel (par. 77). Je me demande sur quel fondement M^e^ Salomon aurait pu, de sa propre initiative, procéder à l'examen des décisions en matière de placements que les intimées avaient prises avec leurs conseillers financiers (voir, p. ex., *Sylvestre*, par. 16-19). De plus, M^e^ Salomon a affirmé qu'il serait [TRADUCTION] « heureux de discuter [de l'affaire] à n'importe quel moment », mais il semble que M^me^ Matte-Thompson a préféré ne plus le solliciter pour ces questions (motifs de première instance, par. 230).

[171] Il est aussi utile de préciser que M^e^ Salomon savait qu'il n'était pas le seul avocat ayant pris part à la vente des actifs de 166 (motifs de première instance, par. 217-219). À l'époque, les avocats David Gemmil et Rod Farn s'occupaient des aspects juridiques de l'opération en Ontario. L'un d'eux, M^e^ Gemmill, était liquidateur de la succession de M. Thompson (et voisin de M^me^ Matte-Thompson). M^es^ Gemmill et Farn, contrairement à M^e^ Salomon,

[4] Je remarque que la Cour d'appel conclut à tort que M^e^ Salomon savait, lorsqu'il a reçu le courriel, que 166 avait investi *tout* le produit de la vente dans le fonds Focus (par. 79). Or, ce n'est pas ce qu'indique le courriel, et il n'y a aucune autre preuve en ce sens.

2019 SCC 14 (CanLII)

investment proposals presented to them (trial reasons, at para. 219). I am not suggesting that they are to blame, but this might also help explain why, under the circumstances, Mr. Salomon did not consider that he had received a new legal mandate, especially given that he was being asked for his personal opinion as a "friend". He knew that lawyers were already involved in the investment strategy. This is an example of the Court of Appeal losing sight of relevant circumstances and placing undue emphasis on Mr. Salomon's behaviour.

[172] Overall, I see no reason to believe that the trial judge misapprehended the email's content and Mr. Salomon's response to it. I wish to be clear that a lawyer's "friendship" with a client does not give rise to any form of immunity. However, given the absence of a specific mandate, it was reasonable under the circumstances to find that Mr. Salomon's duties had not required him to verify 166's investments. Accordingly, the fact that Mr. Salomon conducted no inquiries or verifications cannot in itself justify the Court of Appeal's intervention.

[173] The Court of Appeal also criticized Mr. Salomon for certain [TRANSLATION] "communications that were seemingly more trivial" (para. 130). For instance, in the fall of 2006, at a time when Mr. Salomon knew that the respondents were still having difficulty obtaining information from Triglobal (trial reasons, at para. 248), he visited Mr. Bright in the Bahamas. He informed Ms. Matte-Thompson of his visit, which he had made while on vacation, and stated that Mr. Bright had become a resident there "in order to manage the Focus, Ivest and structured products funds", adding that "[a]ll is well". In retrospect, such an expression of confidence may appear misguided. However, the trial judge was entitled to find that, all things considered, those reassurances did not amount to a fault.

[174] At the time, Mr. Salomon was well aware of the communication problems between his clients and Triglobal (trial reasons, at para. 248). In fact, from April 2006 to the end of 2006, he tried

s'étaient vu présenter les propositions de placement de Triglobal (motifs de première instance, par. 219). Je ne suggère pas qu'on doive les blâmer, mais cette situation aide aussi à expliquer pourquoi, dans les circonstances, M[e] Salomon n'a pas jugé qu'il avait reçu un nouveau mandat juridique, d'autant plus qu'il se faisait demander son opinion personnelle en tant qu'« ami ». Il savait que des avocats participaient déjà à la stratégie de placement. Cet exemple illustre comment la Cour d'appel perd de vue les circonstances pertinentes et insiste indûment sur le comportement de M[e] Salomon.

[172] Somme toute, je ne vois aucune raison de penser que la juge du procès interprète mal le contenu du courriel et la réponse de M[e] Salomon. Je tiens à préciser que l'« amitié » entre un avocat et son client ne confère aucune forme d'immunité. Toutefois, étant donné l'absence de mandat précis, il était raisonnable dans les circonstances de conclure que M[e] Salomon n'était pas tenu, de par ses fonctions, de vérifier les placements de 166. Par conséquent, le fait que M[e] Salomon n'a fait aucune recherche ou vérification ne peut justifier à lui seul l'intervention de la Cour d'appel.

[173] La Cour d'appel critique aussi M[e] Salomon pour certaines « communications, d'apparence plus banale » (par. 130). Par exemple, à l'automne 2006, alors qu'il était au courant des difficultés qu'éprouvaient toujours les intimées à obtenir des renseignements de Triglobal (motifs de première instance, par. 248), M[e] Salomon a rendu visite à M. Bright aux Bahamas. Il a informé M[me] Matte-Thompson de sa visite, qui a eu lieu pendant ses vacances, et a déclaré que M. Bright était devenu un résident des Bahamas [TRADUCTION] « afin de gérer les fonds Focus et Ivest et des fonds de produits structurés », ajoutant que « [t]out va bien ». En rétrospective, un tel témoignage de confiance peut paraître peu judicieux. Toutefois, la juge du procès était en droit de conclure que, tout bien considéré, de telles assurances ne constituent pas une faute.

[174] À l'époque, M[e] Salomon était bien au courant des problèmes de communication entre ses clients et Triglobal (motifs de première instance, par. 248). À vrai dire, d'avril 2006 à la fin de 2006, il essayait de

2019 SCC 14 (CanLII)

to solve them by serving as a "conduit" in order to obtain more information about the nature and the status of 166's investments in Focus (trial reasons, at para. 249), especially for the purpose of helping the corporation's accountant complete the year-end financial statement (trial reasons, at paras. 240-44). Put another way, Mr. Salomon was cooperating with his clients' other advisors, which was arguably his professional obligation in such circumstances (see, e.g., s. 25 of the *Code of Professional Conduct of Lawyers*, CQLR, c. B-1, r. 3.1). As the trial judge explained, it might have been advisable to go further and recommend that the respondents consult another financial advisor. However, this omission does not necessarily amount to a fault, given that Mr. Salomon had not been confronted with any indicia of wrongdoing related to the respondents' investments other than communication issues (trial reasons, at paras. 299-302).

[175] The Court of Appeal's finding that Mr. Salomon should have taken it upon himself to advise the respondents against investing in Focus — given that his personal [TRANSLATION] "investment philosophy" favoured diversification — is surprising, to say the least (para. 84). First, the respondents did not view Mr. Salomon as their financial advisor (trial reasons, at paras. 283-84) and did not expect him to provide advice as to 166's investment strategy (trial reasons, at para. 288). Second, and more importantly, Mr. Salomon was not a qualified financial advisor, which means that it might have amounted to a *fault* for him to give investment advice about Focus, just as he committed faults by recommending iVest and Manulife. In this context, it was reasonable for the trial judge to find that Mr. Salomon had taken an acceptable — though admittedly not ideal — approach, that is, to help his clients obtain more information from their actual financial advisors.

les régler en agissant comme [TRADUCTION] « intermédiaire » pour obtenir plus d'information sur la nature des placements et sur la situation concernant les investissements de 166 dans Focus (motifs de première instance, par. 249), notamment pour aider le comptable de la société à préparer les états financiers de fin d'année (motifs de première instance, par. 240-244). Autrement dit, M[e] Salomon coopérait avec les autres conseillers de ses clientes, ce qui correspondait vraisemblablement à son obligation professionnelle dans de telles circonstances (voir, p. ex., l'art. 25 du *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3.1). Comme l'explique la juge du procès, il aurait peut-être été souhaitable qu'il aille plus loin et qu'il recommande aux intimées de consulter un autre conseiller financier. Cependant, cette omission ne constitue pas nécessairement une faute étant donné que M[e] Salomon n'a eu vent d'aucun signe de conduite répréhensible en ce qui a trait aux placements des intimées, outre les problèmes de communication (motifs de première instance, par. 299-302).

[175] La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle M[e] Salomon aurait dû se charger d'aviser lui-même les intimées qu'elles faisaient erreur en investissant dans le fonds Focus — vu que sa « philosophie de placement » personnelle préconisait la diversification — est pour le moins surprenante (par. 84). En premier lieu, les intimées ne tenaient pas M[e] Salomon pour leur conseiller financer (motifs de première instance, par. 283-284) et elles ne s'attendaient pas à ce qu'il fournisse un avis au sujet de la stratégie de placement de 166 (motifs de première instance, par. 288). En deuxième lieu, et surtout, M[e] Salomon n'était pas un conseiller financier qualifié, ce qui veut dire que le fait qu'il fournisse des conseils en matière de placements au sujet du fonds Focus aurait pu constituer une *faute* de sa part, tout comme il a commis des fautes en recommandant les fonds iVest et Manulife. Dans ce contexte, il est raisonnable de la part de la juge du procès de conclure que M[e] Salomon a adopté une approche acceptable — bien qu'elle n'était certes pas idéale — en cherchant à aider ses clientes à obtenir plus de renseignements auprès de leurs véritables conseillers financiers.

2019 SCC 14 (CanLII)

[176] As I explained above, it is certainly arguable that from the time of the publication of the May 2007 *La Presse Affaires* article, Mr. Salomon's reassurances became negligent and that from then on he had an obligation to recommend that the respondents consult other financial advisors. However, even if it is assumed that Mr. Salomon committed a fault at that time, the trial judge found that it would have had no impact on the respondents' losses. Hence, if the trial judge made a palpable error by failing to properly consider Mr. Salomon's conduct after he had become aware of the *La Presse Affaires* article, that error would have no bearing on the outcome of the case.

[177] In sum, I am satisfied that there is in fact no palpable and overriding error in the trial judge's finding that Mr. Salomon's only fault relating to his duty to advise was to recommend *specific* investment products, i.e., iVest and Manulife, mostly in 2003 and 2004. Having carefully assessed the evidence, the trial judge was entitled to decide that failing to raise concerns about the respondents' investments in Focus while occasionally serving as a "conduit" between his clients and their financial advisors did not amount to a fault.

(4) Mr. Salomon's Duty of Loyalty

[178] I am also satisfied that the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's finding that Mr. Salomon had not breached his duty of loyalty to the respondents. Although Mr. Salomon was certainly a client and a friend of Mr. Papadopoulos, and did receive significant sums from him, support could be found in the record for the view that he was not in a conflict of interest. This finding is based on a careful weighing of the evidence, including oral evidence, and should not be disturbed absent a reviewable error. Here again, I come to the conclusion that the Court of Appeal failed to identify such an error and that it impermissibly reassessed the evidence as a whole.

[176] Comme je l'ai déjà expliqué, on peut certainement soutenir qu'à partir de la parution de l'article de *La Presse Affaires* en mai 2007, les assurances que Me Salomon a données à ses clientes constituent de la négligence, et qu'à partir de ce moment, il avait l'obligation de recommander aux intimées de consulter d'autres conseillers financiers. Toutefois, même si on suppose que Me Salomon a commis une faute à ce moment, la juge du procès conclut que celle-ci n'aurait eu aucune incidence sur les pertes des intimées. Par conséquent, si la juge du procès commet une erreur manifeste en omettant de tenir dûment compte de la conduite de Me Salomon après que ce dernier a pris connaissance de l'article de *La Presse Affaires*, cette erreur n'aurait aucune incidence sur l'issue de l'affaire.

[177] En résumé, je suis convaincue que la juge du procès ne commet aucune erreur manifeste et déterminante en concluant que la seule faute de Me Salomon quant à son devoir de conseil a été de recommander des produits de placement *précis*, à savoir les fonds iVest et Manulife, principalement en 2003 et 2004. Ayant évalué attentivement la preuve, la juge du procès pouvait décider que l'omission de Me Salomon de soulever des préoccupations au sujet des investissements des intimées dans le fonds Focus, alors qu'il agissait à l'occasion comme « intermédiaire » entre ses clientes et leurs conseillers financiers, ne pouvait être qualifiée de faute.

(4) Le devoir de loyauté de Me Salomon

[178] Je suis aussi convaincue que la Cour d'appel commet une erreur en infirmant la conclusion de la juge du procès selon laquelle Me Salomon n'a pas manqué à son devoir de loyauté envers les intimées. Certes, Me Salomon était un client et un ami de M. Papadopoulos et il a reçu d'importantes sommes d'argent de sa part, mais le dossier permettait de conclure qu'il n'était pas en conflit d'intérêts aux moments pertinents. Cette conclusion repose sur une appréciation minutieuse de la preuve, y compris la preuve testimoniale, et ne devrait pas être modifiée en l'absence d'erreur révisable. Encore une fois, j'arrive à la conclusion que la Cour d'appel ne relève pas la présence d'une telle erreur et qu'elle procède de façon inacceptable à un réexamen de l'ensemble de la preuve.

2019 SCC 14 (CanLII)

[179] It is striking that the Court of Appeal did not point to *any* reviewable error but merely criticized the trial judge's supposedly restrictive approach to the principles of conflict of interest (para. 97; Gascon J.'s reasons, at para. 69). On that basis, the Court of Appeal proceeded to revisit the issue by applying the standard of correctness, as if a question of law had been identified. With respect, this shows a blatant disregard for the principle of appellate non-intervention.

[180] It is trite law that the analysis of an alleged fault, including one related to the duty of loyalty, involves a question of mixed fact and law. Where such a question arises, the appropriate standard is that of a "palpable and overriding error" unless a pure question of law can be readily extricated from it (*Housen*, at paras. 29-33). An extricable question of law generally concerns a mischaracterization of the applicable legal test or a failure to consider a *required element* of that test (*Housen*, at para. 36).

[181] Yet, in the instant case, the Court of Appeal did not assert — nor does my colleague do so — that the trial judge had made an extricable error of law. Indeed, no one has suggested that she failed to identify the correct legal principles applicable to the alleged fault related to the duty of loyalty (paras. 107-13 and 118-19). She properly recognized that, as a mandatary under the *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*"), a lawyer is bound to "act honestly and faithfully in the best interests of the mandator" and to "avoid placing himself in a position where his personal interest is in conflict with that of his mandator" (art. 2138 para. 2 *C.C.Q.*; trial reasons, at para. 111). The trial judge also pointed to the rules applicable to conflicts of interest under the former Quebec *Code of ethics of advocates*, CQLR, c. B-1, r. 3, which at the relevant time informed the standard of a reasonably competent, prudent and diligent lawyer in such circumstances (see Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 2-1 to 2-2). And she summarized the general principles of civil liability, namely that a plaintiff has the burden of proving a fault, an injury and a causal link between the two. All in all, there is no error in her characterization of the applicable

[179] Il est frappant que la Cour d'appel ne mette pas en avant *une quelconque* erreur révisable mais qu'elle critique simplement la soi-disant approche restrictive de la juge du procès à l'égard des principes de conflit d'intérêts (par. 97; motifs du juge Gascon, par. 69). Sur ce fondement, la Cour d'appel procède au réexamen de la question en appliquant la norme de la décision correcte, comme si une question de droit avait été relevée. Avec égards, il s'agit d'un non-respect flagrant du principe de non-intervention en appel.

[180] Il est bien établi en droit que l'analyse d'une faute reprochée, notamment quant au devoir de loyauté, soulève des questions mixtes de fait et de droit. Lorsqu'une telle question se pose, la norme appropriée est celle de l'erreur manifeste et déterminante à moins qu'on puisse facilement isoler une pure question de droit (*Housen*, par. 29-33). Une question de droit isolable consiste généralement en une formulation erronée du critère juridique applicable ou en l'omission de tenir compte d'un *élément essentiel* de ce critère (*Housen*, par. 36).

[181] Pourtant, dans la présente affaire, la Cour d'appel ne soutient pas, et mon collègue n'affirme pas non plus, que la juge du procès commet une erreur de droit isolable. De fait, personne ne laisse entendre qu'elle omet de cerner les bons principes juridiques applicables à la faute reprochée liée au devoir de loyauté (par. 107-113 et 118-119). Elle reconnaît avec justesse que, en tant que mandataires au sens du *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »), les avocats sont tenus d'« agir avec honnêteté et loyauté dans le meilleur intérêt du mandant » et d'« éviter de se placer dans une situation de conflit entre [leur] intérêt et celui de [leur] mandant » (art. 2138 al. 2 *C.c.Q.*; motifs de première instance, par. 111). La juge du procès rappelle aussi les règles applicables aux conflits d'intérêts prévues dans l'ancien *Code de déontologie des avocats*, RLRQ, c. B-1, r. 3, du Québec qui, à l'époque, servait à préciser la norme de l'avocat raisonnablement compétent, prudent et diligent dans de telles circonstances (voir Baudouin, Deslauriers et Moore, n^{os} 2-1 à 2-2). Elle résume aussi les principes généraux de la responsabilité civile, notamment celui voulant que le demandeur a le fardeau de prouver la faute, le préjudice et

2019 SCC 14 (CanLII)

legal test, which is consistent with my colleague's own summary of the relevant principles (para. 71).

[182] I would add that, in cases involving negligence, "it is often difficult to extricate the legal questions from the factual" (*Housen*, at para. 36). The analysis of an alleged conflict of interest, in particular, is inherently fact-based. For instance, a potential conflict might not have the same ramifications in the context of day-to-day business dealings as in that of a litigation case. Alleged conflicts must be assessed on a case-by-case basis. Not every potential violation of the duty of loyalty — including breaches of specific ethical rules — will give rise to an action in civil liability. In each case, the court must analyze the nature and the circumstances of the alleged conflict for the purpose of characterizing the violation and, if warranted, determining the appropriate remedy (*Côté*, at paras. 9-11 and 14). It follows that extricating an error of law should be reserved for exceptional cases in which the legal test has been mischaracterized, or one of its required elements disregarded.

[183] Given that the trial judge applied the correct legal principles, the next question is whether the Court of Appeal identified a palpable and overriding error. Plainly, it did not. It bears repeating that the Court of Appeal did not — nor does my colleague — state explicitly that the trial judge had made any such error. Rather, their conclusion is — as my colleague puts it — that the trial judge disregarded the "overwhelming evidence of Mr. Salomon's close personal and financial relationship with Mr. Papadopoulos on the basis that it did not lead to the conclusion that there was of a conflict of interest" (para. 81; see also para. 70; C.A. reasons, at paras. 97 and 109). That is not a reviewable error, but a disagreement over the weight to be given to the evidence. In my view, the trial judge properly considered the factors that could have cast doubt on Mr. Salomon's undivided loyalty and commitment to his clients, that is, his friendship with Mr. Papadopoulos and

le lien de causalité entre les deux. Tout compte fait, sa description du critère juridique applicable, qui concorde avec le résumé des principes pertinents de mon collègue (par. 71), ne comporte aucune erreur.

[182] J'ajouterais que, dans les affaires où il est question de négligence, « il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait » (*Housen*, par. 36). L'analyse d'un prétendu conflit d'intérêts, en particulier, est intrinsèquement factuelle. Par exemple, un éventuel conflit pourrait ne pas avoir les mêmes ramifications dans un contexte d'opérations commerciales courantes que dans le cadre d'un dossier relatif à un litige. Chacun doit être évalué au cas par cas. Ce ne sont pas tous les possibles manquements au devoir de loyauté — notamment les manquements à des règles de déontologie précises — qui donneront ouverture à une action en responsabilité civile. Dans chaque affaire, le tribunal doit analyser la nature et les circonstances du prétendu conflit afin de qualifier la contravention et de déterminer, le cas échéant, la réparation qui s'impose (*Côté*, par. 9-11 et 14). Il s'ensuit qu'on devrait considérer qu'il n'existe une erreur de droit isolable que dans les cas exceptionnels où le critère juridique a été mal qualifié ou lorsqu'on a fait totalement abstraction de l'un des éléments requis de ce critère.

[183] À supposer que la juge du procès applique les bons principes juridiques, la prochaine question qui se pose est de savoir si la Cour d'appel relève la présence d'une erreur manifeste et déterminante. Manifestement, la réponse est non. Il convient de rappeler que la Cour d'appel n'affirme pas expressément, et mon collègue non plus, que la juge du procès commet une telle erreur. Ils concluent plutôt, comme le dit mon collègue, que la juge du procès ne tient pas compte « de la preuve abondante des liens personnels et financiers étroits qu'entretenait M^e^ Salomon avec M. Papadopoulos au motif qu'elle ne permet pas de conclure à l'existence d'un conflit d'intérêts » (par. 81; voir aussi par. 70; motifs de la C.A., par. 97 et 109). Il ne s'agit pas d'une erreur révisable, mais d'une divergence d'opinions quant à l'importance qu'il faut donner à la preuve. À mon avis, la juge du procès examine comme il convient les facteurs qui auraient pu soulever des doutes quant à la loyauté et

2019 SCC 14 (CanLII)

their financial relationship, including the "gifts" or "commissions" he had received (see, e.g., trial reasons, at paras. 136-37, 142, 156-57 and 163). Having weighed various pieces of evidence, she came to the conclusion that, on the facts of the case, these factors were not enough to have placed Mr. Salomon in a position where his personal interest conflicted with that of his clients. That conclusion was open to her.

[184] First, support can be found in the evidence for the trial judge's conclusion that Mr. Salomon's friendship with Mr. Papadopoulos, once put in context, had not run counter to his duty of loyalty to the respondents. The trial judge found that Ms. Matte-Thompson had been well aware of the relationship from the beginning. Mr. Salomon had never attempted to hide it (trial reasons, at paras. 135-37). In fact, before making her final decision to invest with Triglobal, Ms. Matte-Thompson had asked for his impressions, "as long as it [didn't] cross any lines for [him]". I agree that, under certain circumstances, such a close personal relationship could certainly have placed Mr. Salomon in a conflict of interest regardless of the disclosure. But in this case, it should be borne in mind that Mr. Salomon had no specific mandate related to the investment strategy. As I explained above, until at least May 2007, he had no duty to advise his clients in that regard, and certainly no duty to double-check their investment decisions. Further, when the respondents decided to redeem their investments with Triglobal, they made a decision not to involve Mr. Salomon precisely because of his close relationship with Mr. Papadopoulos (trial reasons, at para. 266). Perhaps Mr. Salomon should have been more circumspect in his expressions of confidence in Mr. Papadopoulos. Yet it seems to me that, given Ms. Matte-Thompson's awareness of their personal relationship and Mr. Salomon's limited role in respect of the respondents' investments, it was open to the trial judge to find that the friendship itself had not placed Mr. Salomon in a conflict of interest.

au dévouement exclusifs de M[e] Salomon envers ses clientes, à savoir son amitié avec M. Papadopoulos et leur relation financière, notamment les « cadeaux » ou « commissions » qu'il a reçus (voir, p. ex., motifs de première instance, par. 136-137, 142, 156-157 et 163). Après avoir apprécié divers éléments de preuve, elle conclut que, vu les faits de l'affaire, de tels facteurs ne suffisent pas à placer M[e] Salomon dans une situation où son intérêt personnel entrerait en conflit avec celui de ses clientes. Elle pouvait tirer une telle conclusion.

[184] Premièrement, la preuve peut appuyer la conclusion de la juge du procès selon laquelle la relation d'amitié entre M[e] Salomon et M. Papadopoulos, une fois mise en contexte, n'était pas contraire à son obligation de loyauté envers les intimées. La juge du procès conclut que M[me] Matte-Thompson était bien au courant, depuis le début, de l'existence de la relation. Maître Salomon n'a jamais tenté de la cacher (motifs de première instance, par. 135-137). D'ailleurs, avant de prendre la décision définitive de faire des placements auprès de Triglobal, M[me] Matte-Thompson lui a demandé ses impressions, [TRADUCTION] « dans la mesure où [il se] sent[ait] à l'aise de le faire ». Je conviens que, dans certaines circonstances, une relation personnelle étroite aurait certainement pu mettre M[e] Salomon en conflit d'intérêts, indépendamment de la divulgation. Toutefois, dans la présente affaire, il ne faut pas oublier que M[e] Salomon n'avait aucun mandat visant précisément la stratégie de placement. Comme je l'ai déjà mentionné, il n'avait, du moins jusqu'en mai 2007, aucun devoir de conseiller ses clientes sur cette question, et certainement aucun devoir de vérifier leurs décisions en matière de placements. De plus, lorsque les intimées ont pris la décision de racheter leurs placements auprès de Triglobal, elles ont choisi de ne pas mêler M[e] Salomon à cette décision, justement en raison de ses liens étroits avec M. Papadopoulos (motifs de première instance, par. 266). Maître Salomon aurait peut-être dû faire montre de plus de circonspection dans ses témoignages de confiance envers M. Papadopoulos. Cela dit, comme M[me] Matte-Thompson était au courant de leur relation personnelle et vu le rôle limité que M[e] Salomon a joué en ce qui concerne les placements des intimées, j'estime que la juge du procès pouvait conclure que la relation d'amitié à elle seule ne plaçait pas M[e] Salomon en situation de conflit d'intérêts.

2019 SCC 14 (CanLII)

[185] Second, it was also open to the trial judge to find that, in light of their nature and timing, the payments received by Mr. Salomon had not placed him in a conflict of interest (paras. 157 and 164-65). The trial judge found credible Mr. Salomon's explanation for the two payments of $10,000 each made by Mr. Papadopoulos on May 16 and June 9, 2006 and the additional payment of $8,000 on February 6, 2007 (paras. 143-48). As I mentioned above, Mr. Salomon testified that the payments had been gifts to help him renovate his apartment at a time when he was having financial difficulties. The documentary evidence shows that the payments were transited through a corporation Mr. Salomon had set up, which issued invoices for "financial consulting" services. Mr. Salomon explained that those services had never been rendered. Contrary to what my colleague suggests, the trial judge did not disregard this evidence. In fact, she addressed it directly (para. 143).

[186] The trial judge also discussed two subsequent payments of $5,000 each that Mr. Salomon had received in October 2007, which were described as "comms" — for "commissions" — in one of Mr. Papadopoulos's emails (paras. 151-55; see also C.A. reasons, at paras. 105-7). The trial judge noted that Mr. Salomon had claimed that the payments represented redemptions of his own investments in Focus and that, even assuming they were in fact commissions, there was no evidence that they had been paid for referring the respondents. Most importantly, the trial judge stressed that the payments received in October 2007 could hardly amount to proof that Mr. Salomon had been paid commissions when he initially referred the respondents to Triglobal in 2003, or when the respondents invested in Focus in 2005 and 2006. Nor were they proof that the "gifts" received in 2006 had been commissions. There is nothing "palpably wrong" in that reasoning (see Gascon J.'s reasons, at para. 77).

[187] In this regard, I disagree that the trial judge erred in stating that there was no specific proof

[185] Deuxièmement, il était aussi loisible à la juge du procès de conclure que les paiements reçus par M^e^ Salomon, compte tenu de leur nature et du moment où ils ont été faits, ne l'avaient pas non plus placé en situation de conflit d'intérêts (par. 157 et 164-165). La juge du procès juge crédible l'explication qu'a donnée M^e^ Salomon à l'égard des deux paiements de 10 000 $ que M. Papadopoulos a faits, respectivement le 16 mai et le 9 juin 2006, et du paiement additionnel de 8 000 $ effectué le 6 février 2007 (par. 143-148). Comme nous l'avons vu, M^e^ Salomon a déclaré que les paiements constituaient des dons pour la rénovation de son appartement, à une époque où il avait des difficultés financières. Il ressort de la preuve documentaire que les paiements ont transité par une société constituée par M^e^ Salomon qui a établi des factures pour des services de « consultation financière ». M^e^ Salomon a expliqué que ces services n'ont jamais été rendus. Contrairement à ce qu'affirme mon collègue, la juge du procès ne fait pas abstraction de cette preuve; elle en traite directement (par. 143).

[186] La juge du procès traite aussi des deux paiements subséquents de 5 000 $ chacun reçus par M^e^ Salomon en octobre 2007, désignés sous le nom de « comms » — pour « commissions » — dans l'un des courriels de M. Papadopoulos (par. 151-155; voir aussi les motifs de la C.A., par. 105-107). Elle note que M^e^ Salomon a soutenu que les paiements représentaient des remboursements de ses propres placements dans le fonds Focus et que, même en supposant qu'il s'agissait en fait de commissions, rien ne prouve qu'elles lui ont été versées parce qu'il a recommandé M. Papadopoulos aux intimées. Elle souligne surtout que les paiements reçus en octobre 2007 peuvent difficilement prouver que M^e^ Salomon a reçu des commissions lorsqu'il a pour la première fois dirigé les intimées vers Triglobal en 2003, ou lorsque les intimées ont investi dans le fonds Focus en 2005 et en 2006. Ils ne permettent pas non plus de prouver que les « cadeaux » reçus en 2006 étaient des commissions. Il n'y a rien de « manifestement erron[é] » dans ce raisonnement (voir motifs du juge Gascon, par. 77).

[187] À cet égard, je ne suis pas d'accord pour dire que la juge du procès commet une erreur

2019 SCC 14 (CanLII)

that Mr. Salomon and Mr. Papadopoulos had had a financial relationship that placed him in a conflict of interest when the respondents' investments were made (paras. 155, 160 and 163). In saying that, she was merely declining to infer from the fact that Mr. Salomon had received payments from Mr. Papadopoulos in October 2007 that he had been in a conflict of interest at all relevant times, including at the time of the referral four years earlier (trial reasons, at para. 156). Declining to draw an inference falls squarely within the purview of the trier of fact (see *St-Jean*, at para. 114; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at para. 55; *Benhaim*, at paras. 93-94).

[188] In short, I accept that the trial judge's characterization of the payments of May and June 2006 as personal gifts was based on a reasonable assignment of weight to contradictory evidence, including oral evidence that she perceived to be credible. As this Court reiterated in *Housen*, at para. 58, "it was open to the trial judge to place less weight on certain evidence and accept other, conflicting evidence which the trial judge found to be more convincing". The fact that the Court of Appeal would have weighed the evidence differently, or drawn different inferences, does not justify its intervention.

[189] That said, assuming that the payments were not commissions, I agree with my colleague that receiving a personal gift, especially one of nearly $30,000 that is not disclosed, may raise "serious doubts regarding the independence of the lawyer" (para. 77). But once again, this will depend on the circumstances. In this case, Mr. Salomon received the gift in May and June 2006, a period in which he had no specific mandate regarding the investments. It is true that in the following months he served as an occasional "conduit" between the respondents and Triglobal, but his role was nonetheless limited, and he had no duty to verify the investments. Moreover, other lawyers were involved and were advising the respondents regarding their investment strategy. Indeed, when the respondents decided to gradually withdraw their funds from Triglobal, Mr. Salomon was largely kept out of the loop. Although I agree that

lorsqu'elle affirme qu'il n'y a pas de preuve précise de l'existence d'un lien financier entre M^e^ Salomon et M. Papadopoulos qui plaçait M^e^ Salomon en conflit d'intérêts au moment où les placements des intimées ont été faits (par. 155, 160 et 163). En disant cela, elle refuse simplement d'inférer, à partir du fait que M^e^ Salomon a reçu des versements de M. Papadopoulos en octobre 2007, que M^e^ Salomon était en conflit d'intérêts à tous les moments pertinents, y compris au moment de la recommandation initiale quatre ans plus tôt (motifs de première instance, par. 156). La décision de refuser de tirer une inférence relève entièrement du juge des faits (voir *St-Jean*, par. 114; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, par. 55; *Benhaim*, par. 93-94).

[188] Bref, je reconnais que la description par la juge du procès des paiements faits en mai et juin 2006 comme étant des cadeaux personnels repose sur une appréciation raisonnable de la preuve contradictoire, notamment de témoignages oraux qu'elle juge crédibles. Comme notre Cour le réitère dans *Housen*, par. 58, « il était loisible [au juge de première instance] d'accorder un poids moins grand à certains éléments de preuve et à accepter d'autres éléments contradictoires, qu'il considérait plus convaincants ». Le fait que la Cour d'appel aurait apprécié différemment la preuve ou tiré des inférences différentes ne justifie pas son intervention.

[189] Cela dit, même si les paiements n'étaient pas des commissions, je souscris à l'opinion de mon collègue selon laquelle la réception d'un cadeau personnel, plus particulièrement d'un cadeau de près de 30 000 $ qui n'a pas été divulgué, peut soulever « de sérieux doutes quant à l'indépendance de l'avocat qui [l'a] reç[u] » (par. 77). Encore une fois, tout dépend des circonstances. En l'espèce, M^e^ Salomon a reçu les cadeaux en mai et juin 2006, période au cours de laquelle il n'avait aucun mandat précis à l'égard des investissements. Il est vrai que dans les mois suivants, il a agi à l'occasion comme « intermédiaire » entre les intimées et Triglobal, mais son rôle était néanmoins limité et il n'avait aucune obligation de vérifier les placements. De plus, d'autres avocats étaient en cause et conseillaient les intimées au sujet de leur stratégie de placement. En fait, quand les intimées ont décidé de retirer graduellement leurs

2019 SCC 14 (CanLII)

Mr. Salomon should have been more forthright about the gifts he had received from Mr. Papadopoulos, I am nevertheless satisfied that, given all the relevant circumstances, the Court of Appeal failed to identify a reviewable error in that regard.

[190] I acknowledge that the trial judge did not address certain aspects of the *professional* relationship between Mr. Salomon and Mr. Papadopoulos, especially the disclosure by the former of communications with Ms. Matte-Thompson (C.A. reasons, at paras. 87 and 101-3; Gascon J.'s reasons, at paras. 70 and 73) and the fact that he had cooperated extensively with Mr. Papadopoulos and Triglobal on at least one occasion (C.A. reasons, at paras. 98-100; Gascon J.'s reasons, at paras. 74-75). However, as a majority of this Court stressed in *Housen*, "the failure to discuss a relevant factor in depth, or even at all, is not itself a sufficient basis for an appellate court to reconsider the evidence" (para. 39). A trial judge does not have to discuss in detail every single fact alleged by the parties or every piece of evidence. The question here is not whether the trial judge brushed aside elements that the Court of Appeal (or this Court) deemed important, but whether those omissions might have affected her conclusions (*Van de Perre*, at para. 15; *Housen*, at para. 72). In my view, they did not.

[191] While it may be true that Mr. Salomon's indiscretions amounted to breaches of his duty of confidentiality under the applicable rules of professional ethics, I am not convinced that they constitute evidence that Mr. Salomon was in a conflict of interest at all relevant times. For instance, I note the trial judge's finding that, when Mr. Salomon had informed Mr. Papadopoulos in April 2006 of Ms. Matte-Thompson's concerns, he had merely been doing "his best" to pressure Mr. Papadopoulos to respond to her questions (paras. 228 and 299). Given that he had not obtained her authorization to do this, the attempt was certainly misguided, but it does not necessarily reveal a conflict of interest. As to

fonds de Triglobal, M^e^ Salomon a été en grande partie gardé à l'écart. Bien que je sois d'accord que M^e^ Salomon aurait dû faire preuve de plus de transparence au sujet des cadeaux que M. Papadopoulos lui a faits, je suis néanmoins convaincue, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, que la Cour d'appel ne relève pas d'erreur révisable à cet égard.

[190] Je reconnais que la juge du procès ne traite pas de certains aspects de la relation *professionnelle* qui unissait M^e^ Salomon et M. Papadopoulos, en particulier la divulgation par M^e^ Salomon de communications qu'il a eues avec M^me^ Matte-Thompson (motifs de la C.A., par. 87 et 101-103; motifs du juge Gascon, par. 70 et 73) et le fait que M^e^ Salomon a collaboré avec M. Papadopoulos et Triglobal à au moins une occasion (motifs de la C.A., par. 98-100; motifs du juge Gascon, par. 74-75). Toutefois, comme le soulignent les juges majoritaires de notre Cour dans *Housen*, « l'omission d'examiner en profondeur un facteur pertinent, voire ne pas l'examiner du tout, n'est pas en soi un fondement suffisant pour justifier une cour d'appel de réexaminer la preuve » (par. 39). Un juge de première instance n'est pas tenu de traiter en détail de chaque fait particulier allégué par les parties ou de chaque élément de preuve. La question en l'espèce n'est pas de savoir si la juge du procès écarte des éléments que la Cour d'appel (ou notre Cour) estime importants, mais plutôt si de telles omissions auraient pu avoir une incidence sur ses conclusions (*Van de Perre*, par. 15; *Housen*, par. 72). À mon avis, elles n'ont pas eu une telle incidence.

[191] S'il est vrai que les indiscrétions de M^e^ Salomon peuvent équivaloir à des manquements à son devoir de confidentialité prévu dans les règles d'éthique professionnelle applicables, je ne suis pas convaincue qu'elles démontrent que M^e^ Salomon était en conflit d'intérêts à tous les moments pertinents. J'attirerais l'attention par exemple sur la conclusion de la juge du procès selon laquelle lorsque M^e^ Salomon a fait part à M. Papadopoulos des préoccupations de M^me^ Matte-Thompson en avril 2006, il faisait simplement [TRADUCTION] « de son mieux » pour inciter M. Papadopoulos à répondre aux questions de sa cliente (par. 228 et 299). Comme il n'a pas obtenu l'autorisation de cette dernière pour ce faire,

2019 SCC 14 (CanLII)

his forwarding of the August 2007 email concerning the respondents' intent to withdraw entirely from iVest and Focus, I agree that it appears to be a serious breach of Mr. Salomon's duties of loyalty to his clients and of confidentiality. As I explained above, I would tend to find that Mr. Salomon's conduct after the May 2007 *La Presse Affaires* article was wrongful. However, it may not have been enough to justify, retroactively so to speak, an inference that Mr. Salomon had been in a conflict of interest that began with the initial referral in 2003 and continued over time.

[192] As for the claim that Mr. Salomon "teamed up" with Mr. Papadopoulos in March 2007 to prepare a report on the respondents' investments, Mr. Salomon's conduct on that occasion can be interpreted in different ways (Gascon J.'s reasons, at paras. 74-75; C.A. reasons, at paras. 98-100). At the time, Ms. Matte-Thompson was encountering serious communication issues with Triglobal. Mr. Salomon, with Ms. Matte-Thompson's knowledge, volunteered to help the financial advisors prepare a report that would contain all the information she sought, and in plain language. In this context, the fact that Mr. Salomon used the pronoun "we" in an email addressed to Mr. Papadopoulos is hardly determinative. Granted, it could raise doubts about Mr. Salomon's independence. But it could also indicate a good faith effort to cooperate with Triglobal for the purpose of solving what Mr. Salomon perceived to be essentially a problem of communication. Given that the trial judge is presumed to have made her findings on the basis of the entire record and that there were different inferences that might have been drawn from the communications at issue, I am satisfied that the fact that she failed to discuss this matter is not in itself sufficient to cast doubt on those findings.

[193] Overall, the Court of Appeal identified no reviewable errors in the trial judge's analysis of the

sa tentative était certes peu judicieuse, mais elle ne trahit pas nécessairement un conflit d'intérêts. De même, pour ce qui est du transfert du courriel d'août 2007 concernant l'intention des intimées de se retirer complètement des fonds iVest et Focus, je conviens que ce geste de M^e^ Salomon semble constituer un manquement grave à ses devoirs de loyauté et de confidentialité à l'égard de ses clientes. Comme je l'ai déjà expliqué, je serais portée à conclure que la conduite de M^e^ Salomon après la publication de l'article de *La Presse Affaires* en mai 2007 est erronée. Toutefois, cela n'est peut-être pas suffisant pour justifier, rétroactivement si je peux m'exprimer ainsi, l'inférence selon laquelle M^e^ Salomon était en situation de conflit d'intérêts depuis la recommandation initiale en 2003.

[192] En ce qui concerne la prétention selon laquelle M^e^ Salomon a « fait équipe » avec M. Papadopoulos en mars 2007 pour préparer un rapport sur les placements des intimées, la conduite de M^e^ Salomon à cette occasion peut être interprétée de différentes manières (motifs du juge Gascon, par. 74-75; motifs de la C.A., par. 98-100). À l'époque, M^me^ Matte-Thompson avait de graves problèmes de communication avec Triglobal. Au su de M^me^ Matte-Thompson, M^e^ Salomon s'est proposé pour aider les conseillers financiers à préparer un rapport qui contiendrait tous les renseignements qu'elle demandait, présentés de façon claire. Dans ce contexte, le fait que M^e^ Salomon a employé le pronom « nous » dans un courriel adressé à M. Papadopoulos est difficilement déterminant. Certes, cet argument pourrait soulever des doutes sur l'indépendance de M^e^ Salomon; toutefois, il pourrait aussi prouver les efforts que M^e^ Salomon a faits de bonne foi pour coopérer avec Triglobal en vue de régler ce qu'il percevait comme étant essentiellement un problème de communication. Étant donné que la juge du procès est présumée tirer ses conclusions en se fondant sur l'ensemble du dossier, et que différentes inférences auraient pu être tirées des communications en question, je suis convaincue que le fait que la juge du procès omette de traiter de cette question est insuffisant en soi pour mettre en doute ses conclusions.

[193] Dans l'ensemble, la Cour d'appel ne relève aucune erreur révisable dans l'analyse par la juge du

2019 SCC 14 (CanLII)

alleged faults relating to the duty of loyalty. In saying this, I do not mean to trivialize Mr. Salomon's conduct. For lawyers, avoiding conflicts of interest is essential if they are to retain the independence they need in order to be entirely dedicated to their clients. When in doubt, they should generally err on the side of caution and disclose personal interests to their clients. In this case, Mr. Salomon should probably have been more transparent about the payments he had received from Mr. Papadopoulos. Nonetheless, the trial judge found that he had not been in a conflict of interest at the relevant times, that is, when he had recommended Triglobal and Mr. Papadopoulos and later reiterated his confidence in them. That finding is entitled to deference. I would agree, however, that the evidence strongly suggests that Mr. Salomon breached his duty of confidentiality and placed himself in a conflict of interest in the last few months of 2007. But by that time, it would likely have been impossible for the respondents to retrieve the funds. It follows that, even if Mr. Salomon did commit a fault at that point, he could not be held liable for the respondents' losses. This brings us to causation.

B. *The Trial Judge Did Not Make a Palpable and Overriding Error With Respect to Causation*

(1) Principles of Causation

[194] A fundamental principle of civil liability is that a person is liable only for injuries *caused* by his or her own fault (*Lonardi*, at para. 32; *Hinse v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 35, [2015] 2 S.C.R. 621, at para. 132). Baudouin, Deslauriers and Moore explain this as follows:

> [TRANSLATION] Logically, a person who commits an act that constitutes a fault cannot be held liable for damage that is unrelated to the fault or that he or she had nothing to do with. A certain causal connection is essential, and it therefore does not, despite what certain judicial decisions sometimes seem to suggest, coincide with the fault itself. . . .

procès des fautes reprochées concernant le devoir de loyauté. Par cette affirmation, je ne cherche pas à banaliser la conduite de Me Salomon. Il est essentiel que les avocats évitent les conflits d'intérêts afin de conserver l'indépendance requise pour se consacrer totalement à leurs clients. En cas de doute, ils devraient généralement pécher par excès de précaution et déclarer leurs intérêts personnels à leurs clients. Dans l'affaire qui nous occupe, Me Salomon aurait probablement dû être plus transparent au sujet des paiements que lui a faits M. Papadopoulos. Néanmoins, la juge du procès conclut qu'il n'était pas en conflit d'intérêts aux moments pertinents, à savoir lorsqu'il a recommandé Triglobal et M. Papadopoulos et lorsqu'il a plus tard réitéré sa confiance en eux. Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de cette conclusion. Je serais cependant d'accord pour dire que la preuve donne fortement à penser que Me Salomon a manqué à son devoir de confidentialité et s'est lui-même placé en situation de conflit d'intérêts dans les derniers mois de 2007, mais il était alors probablement déjà impossible pour les intimées de retirer les fonds. Il s'ensuit que même si Me Salomon a commis une faute à ce moment-là, il ne pouvait être tenu responsable des pertes des intimées. Cette conclusion nous mène à la question de la causalité.

B. *La juge du procès n'a pas commis d'erreur manifeste et déterminante en ce qui concerne le lien de causalité*

(1) Les principes de la causalité

[194] Selon un principe fondamental de la responsabilité civile, une personne ne peut être tenue responsable que des préjudices *causés* par sa faute (*Lonardi*, par. 32; *Hinse c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 35, [2015] 2 R.C.S. 621, par. 132). Les auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore l'expliquent comme suit :

> On ne peut logiquement tenir l'auteur d'un acte fautif responsable d'un dommage qui est sans relation avec la faute ou dans la réalisation duquel il n'est pour rien. La nécessité d'un certain lien causal est indispensable et ne se confond donc pas, malgré ce que certaines décisions de jurisprudence semblent parfois laisser entendre, avec la faute elle-même. . .

2019 SCC 14 (CanLII)

The fact that a person has committed a fault and a victim has sustained damage does not necessarily mean that the person who committed the fault must be held liable for it. One example will suffice to illustrate this. A municipality that maintains its sidewalks or its roads poorly commits a fault in the sense that it does not act as would an informed, prudent and diligent municipality. If someone is injured, however, nothing in this fact alone makes it possible to automatically, and with certainty, connect the municipality's fault with the victim's injury. For that, a link must be established between the two circumstances. . . .

The Quebec courts maintain a distinction between fault and causation, stressing that on its own, the breach of a legal obligation that involves a basic standard of prudence leads, in theory, to a presumption of fault, but does not entitle one to compensation unless there is a sufficient causal connection with the injury. [Emphasis added; footnotes omitted; Nos. 1-665 to 1-666.]

[195] In civil liability matters, a *true* cause is established when the plaintiff proves that the injury is a "logical, direct and immediate consequence of the fault" (arts. 1607 and 1613 *C.C.Q.*; see, e.g., *Hinse*, at para. 132, citing *Parrot v. Thompson*, [1984] 1 S.C.R. 57, at p. 71). Put another way, the fault must have a *close* relationship with the injury (*Quebec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) v. Bombardier Inc. (Bombardier Aerospace Training Center)*, 2015 SCC 39, [2015] 2 S.C.R. 789, at para. 50, quoting Baudouin, Deslauriers and Moore, at No. 1-683; see also *Roberge*, at p. 442). It does not suffice to show that the fault increased the likelihood of the injury occurring if there is no evidence that the fault directly caused the injury either in whole or in part (*Dallaire v. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 S.C.R. 419, at p. 425; *St-Jean*, at para. 116). The purpose of this directness requirement is to limit the scope of any remedy (see J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin, *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, eds., at No. 770).

[196] Once again, the analysis of causation raises a question of fact (*Lonardi*, at para. 41; *Benhaim*, at paras. 36 and 92). In seeking a causal link that is logical, direct *and* immediate, the trial judge must assess "the events leading to the damage, their sequence and their causal connection with the damage

Une faute peut, en effet, avoir été commise par une personne, un dommage subi par une victime, sans pour autant que l'auteur de cette faute doive en être tenu responsable. Un exemple suffit à illustrer ce fait. La municipalité qui entretient mal ses trottoirs ou ses chaussées commet une faute, en ce sens qu'elle ne se comporte pas comme une municipalité avisée, prudente et diligente. Si une personne se blesse, rien cependant, de ce seul fait, ne permet de relier, automatiquement et d'une manière sûre, la faute de la municipalité au préjudice subi par la victime. Il faut, pour le faire, établir un lien entre les deux phénomènes. . .

La jurisprudence québécoise maintient la distinction entre la faute et le lien de causalité, en soulignant que la seule violation d'une obligation légale qui énonce une norme élémentaire de prudence fait, en principe, présumer une faute, mais ne donne droit à indemnisation que s'il existe un lien de causalité suffisant avec le préjudice. [Je souligne; notes en bas de page omises; n^os^ 1-665 à 1-666.]

[195] Dans les affaires de responsabilité civile, une cause *véritable* est établie lorsque le demandeur prouve que le préjudice est une « conséquence logique, directe et immédiate de la faute » (art. 1607 et 1613 *C.c.Q.*; voir, p. ex., *Hinse*, par. 132, citant *Parrot c. Thompson*, [1984] 1 R.C.S. 57, p. 71). Autrement dit, la faute doit avoir un rapport *étroit* avec le préjudice (*Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse) c. Bombardier Inc. (Bombardier Aéronautique Centre de formation)*, 2015 CSC 39, [2015] 2 R.C.S. 789, par. 50, citant Baudouin, Deslauriers et Moore, n^o^ 1-683; voir aussi *Roberge*, p. 442). En l'absence de toute preuve que la faute a directement causé le préjudice en totalité ou en partie, il ne suffit pas de démontrer que la faute a augmenté la probabilité qu'il y ait préjudice (*Dallaire c. Paul-Émile Martel Inc.*, [1989] 2 R.C.S. 419, p. 425; *St-Jean*, par. 116). Cette exigence du caractère direct du préjudice vise à limiter la portée de la réparation (voir J.-L. Baudouin et P.-G. Jobin, *Les obligations* (7^e^ éd. 2013), par P.-G. Jobin et N. Vézina, dir., n^o^ 770).

[196] Encore une fois, l'analyse du lien de causalité soulève une question de fait (*Lonardi*, par. 41; *Benhaim*, par. 36 et 92). En cherchant un lien causal qui soit logique, direct *et* immédiat, le juge du procès doit apprécier les « événements qui ont précédé le dommage, [. . .] leur succession dans le temps et

2019 SCC 14 (CanLII)

suffered" on the basis of the evidence as a whole (see *Dallaire*, at pp. 425-26). As Baudouin, Deslauriers and Moore put it:

[TRANSLATION] The courts require that the victim prove a direct connection between the injury for which he or she claims compensation and the defendant's alleged fault. The directness of that connection is assessed primarily by a review of the fact situation in which the judge must weigh the respective influence of each of the events and circumstances linked to the accident. [Emphasis added; No. 1-697.]

[197] Various theories have been advanced to distinguish true causes, which may result in civil liability, from mere "conditions", that is, the circumstances or occasion of the injury (see, e.g., Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 1-669 to 1-677 and 1-687; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7th ed. 2009), at Nos. 787-95; F. Lévesque, *Précis de droit québécois des obligations* (2014), at Nos. 463-67). In light of those theories, it may be helpful to inquire into whether the fault made the injury objectively possible, whether the injury was reasonably foreseeable *and* whether the sequence of events over time is sufficient to support the existence of a close relationship (see Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 1-683 and 1-697). However, while such guideposts from the academic literature may help in sifting through the facts, the analysis of causation remains a context-based exercise which does not lend itself to legal theorizing (see D. Lluelles and B. Moore, *Droit des obligations* (2nd ed. 2012), at Nos. 2962-63). As the Court of Appeal stated in *Stellaire Construction Inc. v. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591 (Que.), at para. 39, it is up to the trier of fact to [TRANSLATION] "'draw a line', or identify a 'breaking point', between the consequences that flow directly and immediately from the fault and the others" (footnotes omitted). In doing so, a trial judge is entitled to great latitude (Baudouin and Jobin, at No. 770).

[198] On appeal, given that causation essentially requires an assessment of facts, the trial judge's findings are owed deference and cannot be disturbed absent a palpable and overriding error.

[. . .] leur relation causale avec le préjudice subi » eu égard à l'ensemble de la preuve (voir *Dallaire*, p. 425-426). Pour reprendre les mots des auteurs Baudouin, Deslauriers et Moore :

Les tribunaux exigent que la victime fasse preuve d'un lien direct entre le préjudice dont elle réclame l'indemnisation et la faute qu'elle reproche au défendeur. Le caractère direct de ce lien est apprécié, avant tout, par l'examen de la situation de fait, au cours duquel le juge est amené à peser l'influence respective de tous les événements et circonstances ayant entouré l'accident. [Je souligne; nº 1-697.]

[197] Diverses théories ont été proposées pour distinguer les causes véritables, susceptibles de donner lieu à une responsabilité civile, des simples « conditions », c'est-à-dire les circonstances ou l'occasion du préjudice (voir, p. ex., Baudouin, Deslauriers et Moore, nos 1-669 à 1-677 et 1-687; M. Tancelin, *Des obligations en droit mixte du Québec* (7e éd. 2009), nos 787-795); F. Lévesque, *Précis de droit québécois des obligations* (2014), nos 463-467). À la lumière de ces théories, il peut être utile de chercher à savoir si la faute a rendu le préjudice objectivement possible, si le préjudice était raisonnablement prévisible *et* si la séquence des événements dans le temps est suffisante pour étayer l'existence d'un rapport étroit (voir Baudouin, Deslauriers et Moore, nos 1-683 et 1-697). Toutefois, si de telles balises doctrinales peuvent guider l'examen des faits, l'analyse du lien de causalité demeure une démarche contextuelle qui se prête mal à la théorisation juridique (voir D. Lluelles et B. Moore, *Droit des obligations* (2e éd. 2012), nos 2962-2963). Comme le déclare la Cour d'appel dans *Stellaire Construction Inc. c. Ciment Québec Inc.*, 2002 CanLII 35591 (Qc), par. 39, il appartient au juge des faits de « "tirer une ligne", ou [d']identifier le "point de rupture", entre les conséquences qui découlent directement et immédiatement de la faute et les autres » (notes en bas de page omises). Pour ce faire, le juge de première instance jouit d'une grande latitude (Baudouin et Jobin, nº 770).

[198] En appel, étant donné qu'une appréciation des faits est essentielle pour établir la causalité, il faut faire preuve de retenue devant les conclusions du juge du procès, et celles-ci ne peuvent être modifiées en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante.

2019 SCC 14 (CanLII)

(2) Application to the Case at Bar

[199] In my view, the Court of Appeal should not have interfered with the trial judge's conclusions regarding causation on the basis of the "distorting lens" metaphor (C.A. reasons, at para. 120). I am satisfied that there is no reviewable error in the finding that Mr. Salomon's only fault — recommending Manulife and iVest — had no bearing on the respondents' decisions to invest in Focus, and therefore on their losses. Granted, if palpable errors had been identified in the trial judge's findings regarding *fault*, they might have tainted the causation analysis, which, in turn, might have affected the outcome of the case. However, no such errors have been identified, and I see no other reason to disturb the trial judge's factual findings on causation. Even if it were assumed that Mr. Salomon committed a fault by recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos, the fact remains that he was not involved in the respondents' decisions to invest in Focus. By then, the respondents were relying on their financial advisors, with whom they had developed their own relationship over a period of approximately three years. It was thus open to the trial judge to find that the fraud was the only true cause of the losses. This implies that Mr. Salomon's fault was too remote from the injury to be considered a *logical, direct and immediate* cause. For all intents and purposes, the chain of causation had been stretched beyond the breaking point.

(a) *The Recommendation of Triglobal and Mr. Papadopoulos*

[200] I cannot accept the Court of Appeal's conclusion that [TRANSLATION] "the [respondents] would never have invested their money with Triglobal had Mr. Salomon acted diligently and competently from the outset" (para. 121). As I explained above, there was no reviewable error in the trial judge's finding that the initial referral of the respondents to Triglobal and Mr. Papadopoulos (like the later expressions of confidence up until May 2007) was not wrongful (para. 302). Hence, independently of the causation

(2) Application à la présente affaire

[199] À mon avis, la Cour d'appel n'aurait pas dû modifier les conclusions de la juge du procès concernant le lien de causalité en se fondant sur la métaphore du « prisme déformant » (motifs de la C.A., par. 120). Je suis convaincue qu'il n'y a aucune erreur révisable dans la conclusion selon laquelle la seule faute commise par M^e^ Salomon — soit d'avoir recommandé les fonds Manulife et iVest — n'a eu aucune incidence sur les décisions des intimées d'investir dans le fonds Focus et, par conséquent, sur leurs pertes. Certes, si on avait relevé des erreurs manifestes dans les conclusions de la juge du procès relatives à la *faute*, ces erreurs auraient pu entacher l'analyse du lien de causalité, ce qui, à son tour, aurait pu avoir une incidence sur l'issue de l'affaire. Or, de telles erreurs ne sont pas relevées, et je ne vois aucune autre raison d'infirmer les conclusions de fait de la juge du procès quant au lien de causalité. Même si on suppose que M^e^ Salomon a commis une faute en recommandant Triglobal et M. Papadopoulos, il n'en demeure pas moins qu'il n'a pas participé aux décisions des intimées d'investir dans le fonds Focus. Les intimées se fiaient alors à leurs conseillers financiers, avec qui elles avaient établi leur propre relation sur une période d'environ trois ans. La juge du procès pouvait donc conclure que la fraude est la seule cause véritable des pertes, ce qui implique que la faute de M^e^ Salomon est trop éloignée du préjudice pour être considérée comme sa cause *logique, directe et immédiate*. À toutes fins utiles, le lien causal a été étiré au-delà du point de rupture.

a) *Recommandation de Triglobal et de M. Papadopoulos*

[200] Je ne souscris pas à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle « jamais les [intimées] n'auraient investi auprès de Triglobal si, au départ, M^e^ Salomon avait agi de manière diligente et compétente » (par. 121). Comme je l'ai déjà expliqué, il n'y a aucune erreur révisable dans la conclusion de la juge du procès selon laquelle la recommandation initiale de Triglobal et de M. Papadopoulos (comme les témoignages de confiance ultérieurs jusqu'en mai 2007) n'était pas fautive (par. 302). Par conséquent,

2019 SCC 14 (CanLII)

issue, Mr. Salomon cannot be held liable with respect to the referral given that his conduct in making it was not wrongful.

[201] Even if it were assumed that Mr. Salomon committed a fault by recommending Triglobal and Mr. Papadopoulos, there would be no reviewable error in the trial judge's finding that the only true cause of the losses was the fraud itself (paras. 215 and 318). In reaching this conclusion, I am not relying on the principle of *novus actus interveniens*, that is, the notion that an independent event may break the direct causal link between the fault and the injury (*Lacombe v. André*, [2003] R.J.Q. 720 (C.A.), at paras. 58-59). Rather, I would say that it was open to the trial judge to find, on the basis of her assessment of the evidence, that the recommendation of Triglobal and Mr. Papadopoulos was not close enough to the injury to qualify as a *logical, direct and immediate* cause.

[202] It bears repeating that, before investing in Focus, the respondents had over a period of nearly three years established their own "good" relationship with Triglobal and Mr. Papadopoulos (trial reasons, at paras. 211 and 288). It was only then that they made the decision to transfer their funds, and they did so without involving Mr. Salomon. Here is a short summary of the sequence of events:

(a) In 2004, shortly after the initial referral by Mr. Salomon, Ms. Matte-Thompson invested $1,245,000 (over 90 percent of her personal funds) in a legitimate and appropriate vehicle, Manulife, on the recommendation of both Mr. Salomon and Triglobal (trial reasons, at paras. 178-81 and 200).

(b) At the time she made that investment, Ms. Matte-Thompson also filled out, directly with Triglobal, a client data form setting out her investment objectives (para. 181).

(c) In the following months, she made the decision to transfer $400,000 from Manulife to iVest. By that time, she was dealing directly with

indépendamment de la question de la causalité, M[e] Salomon ne peut être tenu responsable à l'égard de cette recommandation initiale puisque sa conduite à cet égard n'était pas fautive.

[201] Même en supposant que M[e] Salomon a commis une faute lorsqu'il a recommandé Triglobal et M. Papadopoulos, la juge du procès ne commet pas d'erreur révisable en concluant que la seule cause véritable des pertes est la fraude elle-même (par. 215 et 318). Pour parvenir à cette conclusion, je ne me fonde pas sur le principe du *novus actus interveniens*, soit le principe selon lequel un événement indépendant peut rompre le lien causal direct entre la faute et le préjudice (*Lacombe c. André*, [2003] R.J.Q. 720 (C.A.), par. 58-59). Je dirais plutôt que la juge du procès pouvait conclure, sur le fondement de son appréciation de la preuve, que la recommandation de Triglobal et de M. Papadopoulos n'a pas de lien suffisamment étroit avec le préjudice pour constituer une cause *logique, directe et immédiate*.

[202] Il convient de répéter qu'avant d'investir dans le fonds Focus, les intimées ont établi, sur une période de près de trois ans, leur propre « bonne » relation avec Triglobal et M. Papadopoulos (motifs de première instance, par. 211 et 288). Ce n'est qu'alors qu'elles ont pris la décision de transférer leurs fonds, et elles l'ont fait sans M[e] Salomon. Voici un résumé de la chronologie des événements :

a) En 2004, peu après la recommandation initiale par M[e] Salomon, M[me] Matte-Thompson investit 1 245 000 $ (plus de 90 % de ses fonds personnels) dans un véhicule légitime et approprié, le fonds Manulife, sur la recommandation de M[e] Salomon ainsi que de Triglobal (motifs de première instance, par. 178-181 et 200);

b) Au moment où elle fait ce placement, M[me] Matte-Thompson remplit aussi, directement auprès de Triglobal, un formulaire d'information sur les clients indiquant ses objectifs en matière de placements (par. 181);

c) Dans les mois suivants, elle prend la décision de transférer 400 000 $ du fonds Manulife au fonds iVest. Elle traite alors déjà directement

2019 SCC 14 (CanLII)

Triglobal, and Mr. Salomon was not consulted (trial reasons, at paras. 201-2).

(d) In the fall of 2005, Ms. Matte-Thompson was "pleased" with her investments with Triglobal, so she decided — on the basis of her "good relation[ship]" with Mr. Papadopoulos — to invest the proceeds of the sale of 166's assets with the firm (trial reasons, at para. 288; A.R., vol. 7, at pp. 2603-4).

(e) In early 2006, Ms. Matte-Thompson, an "educated business woman", transferred funds, both her own and 166's, to Focus without consulting anyone outside Triglobal and without making any inquiries (trial reasons, at paras. 204-10 and 289).

(f) In April 2006 and in the following months, when Ms. Matte-Thompson began expressing concerns about the investments in Focus and asked for Mr. Salomon's opinion as a "friend" and "outside of business", it was primarily Mr. Papadopoulos who reassured her (see, e.g., trial reasons, at paras. 228, 233, 238 and 247).

[203] The trial judge had to draw a line somewhere. And she came to the conclusion that the fraud was the only true cause — and therefore that Mr. Salomon's recommendation of Triglobal and Mr. Papadopoulos was not a *logical*, *direct* and *immediate* cause — of the losses. By the time the respondents invested in Focus, they had formed their own opinion on their financial advisors' competence and probity which was not dependent on Mr. Salomon's initial recommendation or his subsequent reassurances. Contrary to the suggestion made by the Court of Appeal and by my colleague, this is not tantamount to saying that the fraud itself constituted a *novus actus interveniens*. Rather, it is the result of the trial judge's careful examination of the sequence of events that led to the injury. Although one may disagree with her assessment, the fact remains that a direct causal link must be broken at some point. Otherwise, any lawyer who makes a wrongful referral would become an insurer of the recommended professionals'

avec Triglobal et n'a pas consulté M^e^ Salomon (motifs de première instance, par. 201-202);

d) À l'automne 2005, M^me^ Matte-Thompson est [TRADUCTION] « satisfaite » de ses placements auprès de Triglobal, de telle sorte qu'elle décide, compte tenu de sa « bonne relation » avec M. Papadopoulos, d'investir le produit de la vente des actifs de 166 auprès de sa firme (motifs de première instance, par. 288; d.a., vol. 7, p. 2603-2604);

e) Au début de 2006, M^me^ Matte-Thompson, une [TRADUCTION] « femme d'affaires instruite », transfère des fonds personnels ainsi que des fonds de 166 dans le fonds Focus, sans consulter personne d'autre que Triglobal et sans effectuer de recherches (motifs de première instance, par. 204-210 et 289);

f) En avril 2006 et au cours des mois qui suivent, quand M^me^ Matte-Thompson commence à exprimer des préoccupations au sujet des investissements dans le fonds Focus et demande l'avis de M^e^ Salomon en tant qu'« ami » et « à titre personnel », c'est principalement M. Papadopoulos qui la rassure (voir, p. ex., motifs de première instance, par. 228, 233, 238 et 247).

[203] La juge du procès devait tirer une ligne quelque part. Ainsi, elle conclut que la fraude est la seule véritable cause des pertes, et donc que la recommandation de Triglobal et de M. Papadopoulos par M^e^ Salomon n'est pas une cause *logique*, *directe* et *immédiate* des pertes. Au moment où les intimées ont investi dans le fonds Focus, elles avaient déjà formé leur propre opinion sur la compétence et la probité de leurs conseillers financiers, qui ne reposait pas sur la recommandation initiale de M^e^ Salomon ou ses assurances ultérieures. Contrairement à ce qu'affirment la Cour d'appel et mon collègue, cette conclusion n'équivaut pas à dire que la fraude en soi constituait un *novus actus interveniens*. Elle découle plutôt de l'examen attentif par la juge du procès de la séquence des événements qui ont mené au préjudice. On peut être en désaccord avec son appréciation, mais il n'en demeure pas moins qu'un lien causal direct doit être rompu à un certain moment. Autrement, l'avocat qui fait

2019 SCC 14 (CanLII)

services for years to come — with no end in sight. I am not suggesting that a referring lawyer will never be liable for a recommended professional's faults. In the instant case, for instance, the outcome might have been different if the respondents had not over time developed their own independent relationship with their financial advisors. Put simply, this depends on the circumstances, and no hard and fast rule can be stated. In the instant case, the trial judge was in the best position to assess causation, and she found that the only true cause was the fraud. I see no ground for interfering with that finding.

[204] My colleague insists that the respondents were entitled to rely on Mr. Salomon's recommendation and his later reassurances because of their lawyer-client relationship and that their own "imprudence" — in deciding to transfer funds to Focus without consulting anyone and without making any inquiries — is therefore irrelevant (para. 90). This may sometimes be the case when a lawyer gives specific legal advice in his area of expertise, which the client cannot be expected to second-guess. However, I cannot accept that such a principle applies to the recommendation of another professional. The respondents could not assume that Triglobal and Mr. Padapopoulos would *always* conduct themselves as competent and prudent financial advisors and that all of their advice would be appropriate simply because Mr. Salomon expressed confidence in them.

(b) *The Recommendation of iVest*

[205] I will now turn to the faults that the trial judge did identify, which related solely to Mr. Salomon's specific recommendation of the Manulife and iVest funds. Yet, as we know, the respondents' losses stemmed mostly from their investments in Focus, a fund which Mr. Salomon had not recommended, about which he had not been consulted, and that he had had no duty to verify. More specifically, the respondents' decision to invest in Focus was taken

une recommandation erronée deviendrait garant des services des professionnels qu'il a recommandés pour les années à venir, pour une période indéterminée. Je ne dis pas qu'un avocat qui recommande un autre professionnel ne sera jamais responsable des fautes de ce dernier. Dans la présente affaire, par exemple, l'issue aurait pu être différente si les intimées n'avaient pas développé au fil du temps leur propre relation indépendante avec leurs conseillers financiers. En d'autres termes, la responsabilité dépend des circonstances et on ne peut énoncer une règle rigide et stricte. En l'espèce, la juge du procès est la mieux placée pour évaluer le lien de causalité et elle conclut que la seule cause véritable des pertes est la fraude. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion.

[204] Mon collègue soutient que les intimées étaient en droit de se fonder sur la recommandation de M^e^ Salomon et ses assurances ultérieures en raison de leur relation avocat-client et que leur propre « imprudence » — c'est-à-dire leur décision de transférer des placements dans le fonds Focus sans consulter qui que ce soit et sans faire de recherches — n'est donc pas pertinente (par. 90). Cela peut parfois être le cas lorsqu'un avocat donne un conseil juridique particulier dans son domaine d'expertise; on ne peut pas s'attendre à ce que le client remette en question un tel conseil. Je ne peux cependant pas accepter que ce principe s'applique à la recommandation d'un autre professionnel. Les intimées ne pouvaient pas supposer que Triglobal et M. Padapopoulos agiraient *toujours* comme des conseillers financiers compétents et prudents et que tous leurs conseils seraient appropriés simplement parce que M^e^ Salomon a exprimé sa confiance en eux.

b) *Recommandation d'iVest*

[205] J'examinerai maintenant les fautes que la juge du procès relève, lesquelles ont uniquement trait à la recommandation expresse de M^e^ Salomon concernant les fonds Manulife et iVest. Or, comme nous le savons, les pertes des intimées découlent principalement de leurs investissements dans Focus, fonds que M^e^ Salomon n'a pas recommandé, au sujet duquel il n'a pas été consulté et qu'il n'avait aucune obligation de vérifier. Plus précisément, la

2019 SCC 14 (CanLII)

by Ms. Matte-Thompson without any input from Mr. Salomon. As the trial judge explained:

> Even if the Court concludes that [Mr.] Salomon was negligent when he reassured Ms. Thompson with respect to the iVest investments, such negligence does not have any causal link to the loss she suffered following her investments with Focus. The evidence shows that [Mr.] Salomon was never involved in the decision to transfer the investments into the Focus funds. He was not consulted and never provided any recommendations with regard to the security offered by the investments made with Focus.
>
> At the time the decision was taken to transfer Ms. Thompson's personal investments in Focus, she dealt directly with the financial advisor and most of the time [Mr.] Salomon was not involved. The evidence shows that by then, [Mr.] Papadopoulos had established a good relationship with Ms. Thompson directly and she did not discuss the investment proposals with [Mr.] Salomon.
>
> . . .
>
> . . . [T]he evidence shows that when the decision to invest 166376's money through Triglobal was made, Ms. Thompson had developed by then a good relation with [Mr.] Papadopoulos. She did not expect [Mr.] Salomon to provide her with investment strategies because she did not ask him to attend the meeting scheduled to discuss how the proceeds of the real estate sale should be invested.
>
> Furthermore, when Ms. Thompson received the wire instruction, she testified that she realized that the money was to be transferred to an offshore fund named Focus. Even though she was sceptical, Ms. Thompson, who was an educated business woman, transferred the funds without consulting anyone, including [Mr.] Salomon. The Court is of the view that she is the one who made an imprudent decision at the time. [Emphasis added; footnote omitted; paras. 210-11 and 288-89.]

[206] I am satisfied that there is no palpable error in these findings. This does not amount to "blaming the victims" as the respondents put it (R.F., at para. 97). Rather, the trial judge found that Mr. Salomon could

décision des intimées d'investir dans Focus a été prise par M^me^ Matte-Thompson sans aucun conseil de M^e^ Salomon à cet égard. Comme l'a expliqué la juge du procès :

> [TRADUCTION] Même si la Cour conclut que [M^e^] Salomon a été négligent lorsqu'il a rassuré M^me^ Thompson au sujet des placements iVest, cette négligence n'a aucun lien causal avec la perte qu'elle a subie à la suite de ses investissements dans Focus. La preuve indique que [M^e^] Salomon n'a jamais participé à la décision de transférer les placements dans les fonds Focus. Il n'a pas été consulté et n'a jamais fait aucune recommandation en ce qui a trait à la sécurité offerte par les placements effectués auprès de Focus.
>
> Au moment où a été prise la décision de transférer les placements personnels de M^me^ Thompson dans Focus, cette dernière traitait directement avec le conseiller financier et la plupart du temps, [M^e^] Salomon n'était pas impliqué. La preuve démontre que [M.] Papadopoulos avait alors établi une bonne relation directement avec M^me^ Thompson et que celle-ci ne discutait pas des propositions de placement avec [M^e^] Salomon.
>
> . . .
>
> . . . [L]a preuve montre que lorsqu'a été prise la décision d'investir l'argent de 166376 par l'entremise de Triglobal, M^me^ Thompson avait déjà établi une bonne relation avec [M.] Papadopoulos. Elle ne s'attendait pas à ce que [M^e^] Salomon lui propose des stratégies de placement parce qu'elle ne lui a pas demandé d'assister à la réunion prévue pour discuter de la façon dont le produit de la vente des biens réels devrait être investi.
>
> De plus, selon le témoignage de M^me^ Thompson, lorsqu'elle a reçu les directives concernant le virement, elle a réalisé que l'argent allait être transféré dans un fonds de placement à l'étranger du nom de Focus. Même si elle était sceptique, M^me^ Thompson, qui était une femme d'affaires instruite, a transféré les fonds sans consulter qui que ce soit, y compris [M^e^] Salomon. La Cour est d'avis que c'est elle qui a pris une décision imprudente à ce moment. [Je souligne; note en bas de page omise; par. 210-211 et 288-289.]

[206] Je suis convaincue que ces conclusions ne contiennent aucune erreur manifeste, ce qui ne revient pas à [TRADUCTION] « blâmer les victimes » comme l'affirment les intimées (m.i., par. 97). La

2019 SCC 14 (CanLII)

not be held liable for investment decisions he had not taken part in, at least not on the basis that he had recommended *another* investment vehicle three years earlier. Yes, the record shows that he believed Focus to be "less risky" than iVest (C.A. reasons, at paras. 131-32 (emphasis deleted)), but he did not *say* so to the respondents. In short, the trial judge did not to see how giving wrongful investment advice regarding iVest could be a direct cause of losses occurring years later in Focus.

[207] More specifically, the trial judge rejected the claim — espoused by the Court of Appeal (at para. 130) and by my colleague (at para. 87) — that Mr. Salomon's recommendation of Manulife and iVest induced an erroneous "climate of confidence" in all of Triglobal's products: "The Court fails to see how [Mr.] Salomon's reassurance in 2003 could lead to a general responsibility towards all the investment decisions taken without him" (paras. 212-13). While it is true that Mr. Salomon's reassurances with respect to iVest were not strictly limited to 2003, the fact remains that there was no reviewable error in that broad conclusion.

[208] Simply put, there is no evidence that Mr. Salomon's recommendation of iVest caused the respondents to invest in Focus. While my colleague asserts that Ms. Matte-Thompson relied on Mr. Salomon's "professional judgment concerning the investments she was contemplating" (para. 87), he cannot — nor could the Court of Appeal before him — pinpoint any oral or documentary evidence showing that the specific recommendation of iVest induced or encouraged the respondents to invest in Focus or, more generally, with Triglobal. In fact, it seems that Mr. Salomon's recommendation was not determinative even of Ms. Matte-Thompson's decision to invest in iVest itself (trial reasons, at para. 51).

juge du procès conclut plutôt que M[e] Salomon ne peut pas être tenu responsable des décisions de placements auxquelles il n'a pas participé, du moins pas sur le fondement du fait qu'il a recommandé *un autre* véhicule de placement trois ans auparavant. Oui, le dossier indique qu'il croyait que le fonds Focus était [TRADUCTION] « moins risqué » que le fonds iVest (motifs de la C.A., par. 131-132 (soulignement omis)), mais il ne l'a pas *dit* aux intimées. En résumé, la juge du procès ne voit pas comment un conseil de placement erroné concernant iVest peut être une cause directe des pertes subies des années plus tard en raison de placements dans Focus.

[207] Plus précisément, la juge du procès rejette la prétention — à laquelle souscrivent la Cour d'appel (par. 130) et mon collègue (par. 87) — selon laquelle la recommandation de M[e] Salomon concernant Manulife et iVest a induit chez les intimées un « climat de confiance » erroné à l'égard de tous les produits de Triglobal : [TRADUCTION] « La Cour ne voit pas comment les assurances données par [M[e]] Salomon en 2003 pourraient entraîner une responsabilité générale à l'égard de toutes les décisions de placements prises sans lui » (par. 212-213). Même s'il est vrai que les assurances données par M[e] Salomon en ce qui concerne iVest ne se limitent pas strictement à 2003, il reste que cette conclusion générale ne comporte aucune erreur justifiant une intervention en appel.

[208] En clair, rien ne prouve que la recommandation de M[e] Salomon concernant iVest a fait en sorte que les intimées ont investi dans Focus. Bien que mon collègue soutienne que M[me] Matte-Thompson s'est fiée au « jugement professionnel [de M[e] Salomon] quant aux placements qu'elle envisageait de faire » (par. 87), celui-ci ne peut — tout comme la Cour d'appel avant lui — préciser quels éléments de preuve testimoniale ou documentaire démontrent que la recommandation expresse concernant iVest a incité ou encouragé les intimées à investir dans Focus ou, de façon générale, auprès de Triglobal. En fait, il semble que la recommandation de M[e] Salomon n'ait même pas été déterminante quant à la décision de M[me] Matte-Thompson d'investir dans iVest (motifs de première instance, par. 51).

2019 SCC 14 (CanLII)

[209] At most, the Court of Appeal pointed to a passage from Ms. Matte-Thompson's cross-examination in which she explained that her "total mind set was that [she] was investing with Triglobal. . . . Whether the heading is Focus, whether the heading is iVest, whether the heading is Manulife, it was Triglobal" (C.A. reasons, at para. 76). In my view, this passage suggests that the key recommendation, the one that mattered to her, was the initial recommendation of Triglobal itself. But, as I explained above, that recommendation was neither wrongful nor close enough to have directly caused the losses. By contrast, Mr. Salomon's recommendation of iVest seemed to have been of secondary importance to Ms. Matte-Thompson.

[210] Overall, my understanding is that the Court of Appeal merely assumed, as does my colleague, that there was a direct causal link between Mr. Salomon's fault concerning iVest and the respondents' losses in Focus (C.A. reasons, at paras. 74-75 and 140). Accordingly, I cannot accept that the trial judge's rejection of the "climate of confidence" theory is grounded in a palpable and overriding error. Once again, all I see is a disagreement with the trial judge's assessment of the evidence and impermissible interference with her inference-drawing process.

[211] It was also open to the trial judge to reject the claim that Mr. Salomon's failure to verify the propriety of investing in iVest had directly caused the losses in Focus (C.A. reasons, at paras. 117-19; Gascon J.'s reasons, at paras. 88-89). As I understand it, the idea here is that, had Mr. Salomon conducted due diligence and warned the respondents that offshore hedge funds such as iVest were not appropriate investment vehicles for the preservation of capital, the respondents would have doubted the competence of Triglobal and looked for other — presumably more trustworthy — financial advisors. For one thing, this view does not account for the facts that Mr. Salomon was not even qualified to provide investment advice and that it was not his role to provide such advice. Perhaps more importantly, such a finding would amount to substituting mere speculation for

[209] Tout au plus, la Cour d'appel souligne un passage du contre-interrogatoire de M^me^ Matte-Thompson dans lequel cette dernière explique que dans [TRADUCTION] « son esprit, [elle] investissait auprès de Triglobal. [. . .] Que le titre soit Focus, iVest ou Manulife, il s'agissait de Triglobal » (motifs de la C.A., par. 76). À mon avis, ce passage donne à penser que la recommandation clé, celle qui comptait pour elle, était la recommandation initiale de Triglobal elle-même. Cependant, comme je l'ai déjà expliqué, cette recommandation n'est pas fautive et n'a pas non plus de lien suffisamment étroit pour être la cause directe des pertes. En revanche, la recommandation de M^e^ Salomon concernant iVest semble avoir eu une importance secondaire pour M^me^ Matte-Thompson.

[210] De façon générale, selon ma compréhension, la Cour d'appel suppose simplement, à l'instar de mon collègue, qu'il existe un lien causal direct entre la faute commise par M^e^ Salomon concernant iVest et les pertes des intimées liées à leurs investissements dans Focus (motifs de la C.A., par. 74-75 et 140). Par conséquent, je ne peux admettre que le rejet par la juge du procès de la théorie du « climat de confiance » repose sur une erreur manifeste et déterminante. Encore une fois, je ne vois qu'un désaccord avec l'appréciation de la preuve par la juge du procès et une intervention inadmissible à l'égard de ses inférences.

[211] La juge du procès pouvait aussi rejeter l'argument selon lequel le défaut de M^e^ Salomon de vérifier l'opportunité des investissements dans iVest a directement causé les pertes liées aux placements dans Focus (motifs de la C.A., par. 117-119; motifs du juge Gascon, par. 88-89). Si je comprends bien, l'idée ici est que si M^e^ Salomon avait fait preuve de diligence raisonnable et avait averti les intimées que les fonds spéculatifs à l'étranger comme iVest n'étaient pas des véhicules de placement appropriés pour la préservation du capital, celles-ci auraient douté de la compétence de Triglobal et auraient vraisemblablement cherché d'autres conseillers financiers, sans doute plus fiables. Or, ce point de vue ne tient pas compte du fait que M^e^ Salomon n'était même pas qualifié pour donner des conseils en matière de placements et du fait qu'il ne lui appartenait

2019 SCC 14 (CanLII)

2019 SCC 14 (CanLII)

evidence of an actual direct causal link (see *Waxman*, at para. 306). We do not know what might have happened had Mr. Salomon criticized Triglobal's iVest proposal. Triglobal might well have responded by proposing other investment options, which the respondents might have accepted. In this regard, it should be borne in mind that Ms. Matte-Thompson initially invested her largest amounts in Manulife, another product recommended by Triglobal which was an appropriate investment vehicle for her and was not part of the fraud (trial reasons, at paras. 51, 200 and 208-9). In short, the trial judge was certainly not required to draw the inference that Mr. Salomon's failure to perform due diligence concerning iVest had *directly caused* the respondents' losses.

(c) *Other Alleged Faults*

[212] I would like to add a quick word on the duties of loyalty and confidentiality. Even if it were assumed that Mr. Salomon committed faults with respect to them, I note that the Court of Appeal did not — nor does my colleague — point to any evidence of a causal link between such faults and the respondents' losses. Put simply, it is unclear how the alleged breaches of the duties of loyalty and confidentiality — such as Mr. Salomon's sharing of emails from the respondents with Mr. Papadopoulos — might have caused the losses. Yet proving breaches of a lawyer's professional duties does not suffice to establish civil liability in the absence of a causal link to an injury (see, by analogy, *Côté*, at para. 18; Baudouin, Deslauriers and Moore, at Nos. 1-666 and 2-143).

[213] Moreover, as I have mentioned a number of times in these reasons, if I were to conclude that Mr. Salomon did commit additional faults related to his duty to advise and his duties of loyalty and confidentiality *after* he had become aware of the May 2007 *La Presse Affaires* article, the outcome would be the same. The trial judge found that, on a balance of probabilities, the funds were no longer

pas de donner de tels conseils. Fait peut-être encore plus important, une telle conclusion équivaut à s'appuyer sur de simples conjectures au lieu d'une preuve de lien causal réel et direct (voir *Waxman*, par. 306). Nous ne savons pas ce qui se serait passé si M^e^ Salomon avait critiqué la proposition de Trigobal d'investir dans le fonds iVest. Triglobal aurait peut-être proposé d'autres options de placements, qu'auraient pu accepter les intimées. À cet égard, il faut garder à l'esprit que M^me^ Matte-Thompson a initialement investi les sommes les plus importantes dont elle disposait dans Manulife, un autre produit recommandé par Triglobal, qui était un véhicule de placement approprié pour elle et qui n'a pas fait l'objet de la fraude (motifs de première instance, par. 51, 200 et 208-209). En résumé, la juge du procès n'était certainement pas tenue d'inférer que le défaut de M^e^ Salomon de faire preuve de diligence raisonnable concernant iVest avait *directement causé* les pertes des intimées.

c) *Autres fautes relevées*

[212] Je tiens à ajouter quelques mots quant aux devoirs de loyauté et de confidentialité. Même en supposant que M^e^ Salomon a commis des fautes à ces égards, je remarque que la Cour d'appel ne relève pas, et mon collègue ne le fait pas non plus, de preuve d'un lien causal entre ces fautes et les pertes des intimées. Autrement dit, il n'apparaît pas clairement de quelle façon les manquements reprochés aux devoirs de loyauté et de confidentialité — comme le fait que M^e^ Salomon a transmis les courriels des intimées à M. Papadopoulos — auraient pu causer les pertes. Pourtant, il ne suffit pas de prouver qu'un avocat a manqué à ses devoirs professionnels pour établir une responsabilité civile; un lien causal avec le préjudice doit aussi être établi (voir, par analogie, *Côté*, par. 18; Baudouin, Deslauriers et Moore, n^os^ 1-666 et 2-143).

[213] En outre, comme je le mentionne à quelques reprises dans les présents motifs, même si je devais conclure que M^e^ Salomon a effectivement commis d'autres fautes relativement à son devoir de conseil et à ses devoirs de loyauté et de confidentialité *après* avoir eu connaissance de l'article de *La Presse Affaires* publié en mai 2007, l'issue serait la même. La juge du procès conclut, selon la prépondérance des

recoverable by that time. This inference is based on the fact that, by June 2007, the respondents were already asking for a partial redemption of the funds, but to no avail (trial reasons, at paras. 312-13). Hence, any faults occurring after that date had no consequence on the losses. Such finding of fact is entitled to deference.

(d) *Conclusion on Causation*

[214] To sum up, I am satisfied that there is no reviewable error in the trial judge's findings on causation. The Court of Appeal's intervention was based on its preferred "global" approach to Mr. Salomon's conduct, which led it to completely reassess the evidence with respect both to potential faults and to their causal link to the respondents' losses. A difference of perspective — a preferred "lens" — is not enough to justify an appeal court's intervention in a trial judge's findings. It was open to the trial judge in this case to find that Mr. Salomon's actual faults — the recommendation of Manulife and iVest — had not caused the losses, at least not directly, given that the respondents had not relied on his recommendations when they invested in Focus. Likewise, even if it were assumed that the recommendation of Triglobal and Mr. Papadopoulos constituted a fault, the trial judge was entitled to find, on the facts of the case, that the only true cause of the losses was the fraud itself.

IV. Conclusion

[215] There is no doubt that lawyers should refrain from recommending other professionals lightly — especially given the trust and confidence they themselves may inspire in their clients. This does not mean, however, that the principles of civil liability should be relaxed so as to turn referring lawyers into guarantors of the recommended professionals. While I am sympathetic to the predicament in which the respondents find themselves, I am not convinced that Mr. Salomon is liable for their losses. Most

probabilités, que les fonds ne pouvaient plus être recouvrés à ce moment. Cette inférence repose sur le fait que les intimés demandaient déjà, en juin 2007, un remboursement partiel de leurs fonds, mais sans succès (motifs de première instance, par. 312-313). Par conséquent, les fautes commises après cette date n'ont eu aucune conséquence sur les pertes. Une telle conclusion de fait commande la déférence.

d) *Conclusion sur le lien de causalité*

[214] Pour résumer, je suis convaincue que les conclusions de la juge du procès concernant la causalité ne contiennent aucune erreur révisable. L'intervention de la Cour d'appel repose sur l'approche « globale » qu'elle privilégie quant à la conduite de M[e] Salomon, et cette approche la mène à procéder à une nouvelle appréciation complète de la preuve concernant les fautes possibles et leur lien causal avec les pertes des intimées. Un point de vue différent — le fait de privilégier un autre « prisme » — ne suffit pas à justifier la modification par une juridiction d'appel des conclusions d'un juge de première instance. En l'espèce, la juge du procès pouvait conclure que les fautes effectivement commises par M[e] Salomon, soit la recommandation de Manulife et d'iVest, n'a pas causé les pertes, du moins pas directement, étant donné que les intimées ne se sont pas fondées sur ses recommandations lorsqu'elles ont investi dans Focus. De la même façon, même en supposant que la recommandation de Triglobal et de M. Papadopoulos constitue une faute, la juge du procès pouvait conclure, sur le fondement des faits de l'affaire, que la seule véritable cause des pertes est la fraude elle-même.

IV. Conclusion

[215] Il ne fait aucun doute que les avocats doivent éviter de recommander d'autres professionnels à la légère, particulièrement en raison de la confiance qu'ils peuvent inspirer à leurs clients. Cela ne veut toutefois pas dire que les principes de la responsabilité civile doivent être assouplis de telle sorte que les avocats deviennent garants des professionnels qu'ils recommandent. Bien que je ne sois pas insensible à la situation difficile dans laquelle se trouvent les intimées, je ne suis pas convaincue que M[e] Salomon

2019 SCC 14 (CanLII)

importantly, I am satisfied that the Court of Appeal did not identify reviewable errors in the trial judgment. Rather, it erroneously reweighed the evidence as a whole simply because it preferred to look at the case through a different "lens". Bearing in mind that the trial process must be afforded deference, this Court must intervene to restore the trial judge's findings. I would therefore allow the appeal with costs in this Court and in the courts below.

soit responsable de leurs pertes. Plus important encore, je suis d'avis que la Cour d'appel ne relève pas d'erreurs donnant ouverture à révision dans le jugement de première instance. Elle procède plutôt à tort à une nouvelle appréciation de l'ensemble de la preuve simplement parce qu'elle préfère examiner l'affaire à travers un « prisme » d'analyse différent. Comme il convient de faire preuve de déférence à l'égard de l'instruction du procès, notre Cour doit intervenir pour rétablir les conclusions de la juge du procès. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens devant la Cour et devant les juridictions inférieures.

Appeal dismissed with costs, CÔTÉ J. *dissenting.*

Pourvoi rejeté avec dépens, la juge CÔTÉ *est dissidente.*

Solicitors for the appellants: IMK, Montréal.

Procureurs des appelants : IMK, Montréal.

Solicitors for the respondents: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intimées : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

2019 SCC 14 (CanLII)

Hydro-Québec *Appellant*

v.

Louise Matta,
Claude Ouellet,
Christiane Léveillé,
Diane Ouellet,
Patrick Léveillé,
Josée Léveillé and
Entreprises Caslon Inc. *Respondents*

and

Attorney General of Quebec and
Canadian Electricity Association *Interveners*

Hydro-Québec *Appelante*

c.

Louise Matta,
Claude Ouellet,
Christiane Léveillé,
Diane Ouellet,
Patrick Léveillé,
Josée Léveillé et
Entreprises Caslon Inc. *Intimés*

et

Procureure générale du Québec et
Association canadienne de l'électricité
Intervenantes

2020 SCC 37 (CanLII)

Indexed as: Hydro-Québec *v.* Matta

2020 SCC 37

File No.: 38254.

2019: December 10; 2020: November 13.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown and Martin JJ.

Répertorié : Hydro-Québec *c.* Matta

2020 CSC 37

N° du greffe : 38254.

2019 : 10 décembre; 2020 : 13 novembre.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown et Martin.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Property — Real rights — Servitudes — Conventional servitudes — Electrical transmission lines — Hydro-Québec project to construct new electrical transmission line — Construction of new line to be routed in part through lots on which Hydro-Québec already had servitudes established for another line — Owners of lots objecting that rights arising from established servitudes did not permit construction of new line — Whether Hydro-Québec can develop and modernize its system on basis of rights it holds under decades-old servitudes that were established for specific construction projects.

Biens — Droits réels — Servitudes — Servitudes conventionnelles — Lignes de transport d'électricité — Projet de construction par Hydro-Québec d'une nouvelle ligne de transport d'électricité — Construction de la nouvelle ligne prévue en partie sur des terrains sur lesquels Hydro-Québec possède déjà des servitudes établies pour les besoins d'une autre ligne — Objection des propriétaires des terrains portant que les droits découlant des servitudes établies ne permettent pas la construction d'une nouvelle ligne — Hydro-Québec peut-elle aménager et moderniser son réseau en s'autorisant des droits que lui confèrent des servitudes constituées depuis des décennies dans le cadre de projets de construction particuliers?

On March 13, 2015, the Régie de l'énergie du Québec authorized Hydro-Québec to construct a proposed electrical transmission line between the Chamouchouane transformer substation in Saguenay-Lac-St-Jean and the Bout-de-l'Île transformer substation in Montréal. Hydro-Québec realized

Le 13 mars 2015, la Régie de l'énergie du Québec autorise Hydro-Québec à réaliser un projet de ligne de transport d'électricité entre les postes de transformation de la Chamouchouane, au Saguenay-Lac-St-Jean, et du Bout-de-l'Île, à Montréal. Hydro-Québec constate qu'il

that it would be easier to run the line through a corridor where it already had servitudes that had been established in the 1970s for a transmission line between the Jacques-Cartier substation near Québec and the Duvernay substation in Laval. Hydro-Québec's acquisition of those servitudes had involved two steps. Having been authorized by order in council to acquire them by expropriation, it had first served and published notices of expropriation, after which it had signed, with the then owners, notarial agreements that described the servitudes being established and provided for various indemnities that would be payable, including for any work that might be carried out on the servient land.

Hydro-Québec claimed that these servitudes authorized it to route up to three electrical transmission lines through the servient land. The current owners of the lots contested this claim; they submitted that the rights arising from the servitudes acquired when the Jacques-Cartier-Duvernay line was constructed were limited to that one line only. They denied Hydro-Québec's employees access to their lots. Hydro-Québec then applied for an injunction. The owners considered the proceedings abusive. In a cross-application, they sought damages for unauthorized use of the servitudes following a reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line in the 1980s and for hardship and inconvenience caused by the existing infrastructure. The proceeding was split so as to have the hearing of the cross-application postponed to a later date, depending on the outcome on the issue of the scope of the servitudes.

The trial judge ruled in Hydro-Québec's favour. He found that the servitudes at issue had originally been acquired by expropriation, but that the subsequent agreements had clarified their purpose and scope. In his view, the agreements were clear: they authorized Hydro-Québec to erect three electrical transmission lines no matter what the origin or the destination of the electricity was. Having concluded that the servitudes established in favour of Hydro-Québec authorized it to place three electrical transmission lines on the owners' lots, the trial judge granted the injunction and dismissed the cross-application.

The Court of Appeal allowed the owners' appeal. It remarked that the trial judge's decision to dismiss the cross-application had been *ultra petita*, as the splitting of the proceeding meant that that matter had not been before him. In the Court of Appeal's view, the servitudes at issue had been acquired by expropriation and should be characterized as servitudes established by operation of law. Their scope therefore had to be analyzed in light

serait commode de faire passer la ligne par un couloir où elle possède déjà des servitudes établies dans les années 1970 pour les besoins d'une ligne de transport entre les postes de Jacques-Cartier, près de Québec, et de Duvernay, à Laval. Hydro-Québec avait acquis ces servitudes en procédant en deux temps. Ayant été autorisée par décret à les acquérir par voie d'expropriation, elle avait d'abord signifié et publié des avis d'expropriation, après quoi elle avait conclu avec les propriétaires de l'époque des conventions notariées décrivant les servitudes établies et prévoyant diverses indemnités payables, notamment pour les travaux susceptibles d'être réalisés sur les fonds servants.

Hydro-Québec prétend que ces servitudes l'autorisent à faire passer jusqu'à trois lignes de transport d'énergie électrique sur les fonds servants. Les propriétaires actuels des terrains contestent cette prétention; ils soutiennent que les droits découlant des servitudes acquises lors de la réalisation de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay se limitent à cette seule ligne. Ils refusent aux employés d'Hydro-Québec l'accès à leurs terrains. Hydro-Québec intente alors un recours en injonction. Les propriétaires considèrent les procédures abusives. Dans une demande reconventionnelle, ils réclament des dommages-intérêts pour l'usage non autorisé des servitudes à la suite d'un réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay effectué dans les années 1980 et pour des troubles et inconvénients occasionnés par les infrastructures en place. Une scission de l'instance reporte à une date ultérieure l'audition de la demande reconventionnelle, suivant l'issue du débat sur la portée des servitudes en litige.

Le juge de première instance donne raison à Hydro-Québec. Il constate que les servitudes en litige ont d'abord été acquises par expropriation, mais que les conventions intervenues par la suite ont apporté des précisions quant à leur objet et leur portée. Selon lui, les conventions sont claires : elles autorisent Hydro-Québec à ériger trois lignes de transport d'électricité, peu importe l'origine ou la destination du courant. Ayant conclu que les servitudes établies en faveur d'Hydro-Québec l'autorisent à placer trois lignes de transport d'énergie électrique sur les terrains des propriétaires, le juge accorde l'injonction et rejette la demande reconventionnelle.

La Cour d'appel accueille le pourvoi formé par les propriétaires. Elle relève que le juge de première instance s'est prononcé *ultra petita* en rejetant la demande reconventionnelle dont il n'était pas saisi en raison de la scission de l'instance. Selon la Cour d'appel, les servitudes en litige, acquises par voie d'expropriation, se qualifient de servitudes établies par l'effet de la loi. Leur portée doit par conséquent s'analyser à la lumière des limites imposées

2020 SCC 37 (CanLII)

of the limits imposed by the order in council that authorized them. The Court of Appeal accordingly concluded that Hydro-Québec could not rely on the servitudes in its favour for the construction of the new line and that it had to proceed by way of new expropriations or agreements.

Held: The appeal should be allowed.

All the conclusions of the trial judge's decision are restored, except the one dismissing the cross-application. The case is remanded to the Superior Court for hearing of the cross-application. The power line servitudes in favour of Hydro-Québec are not limited to the Jacques-Cartier-Duvernay Line; they authorize Hydro-Québec to route a second electrical transmission line through the owners' lots.

The trial judge was correct in characterizing the post-expropriation agreements as servitude agreements. The order in council, the notices of expropriation and the agreements are different types of documents, and it is important to distinguish them from one another. An order in council is an administrative act for the purpose of authorizing the exercise of the power to deprive a property owner of the enjoyment of the attributes of his or her right of ownership. Filing a notice of expropriation and the documents related to it is an administrative act that establishes and individualizes the servitude. As for the agreement, it relates to the ordinary exercise of civil rights and to the private law rules of contract. A servitude acquired by expropriation is, according to the classification set out in art. 1181 of the *Civil Code of Québec*, established by operation of law. This being the case, neither the law nor public order bars the expropriating party and the expropriated party from clarifying or modifying such a servitude by mutual agreement: notices of expropriation thus do not preclude parties from negotiating conventional servitudes. It must be presumed that the servitude agreement, if entered into after the notice of expropriation, contains a more faithful definition of the scope and terms for exercise of the servitude of public utility than does the notice of expropriation. Servitude agreements are subject to the rules applicable to the interpretation of contracts. If their words are clear, effect must be given to the clearly expressed intention of the parties.

In the case at bar, the agreements at issue include a complete description of the servitudes, adding some details that do not appear in the notices of expropriation. In these circumstances, the agreements are the titles to which the owners of the servient land and the dominant land must refer in exercising their respective rights. Because the agreements are clear, the scope of the servitudes must be

par le décret qui les a autorisées. La Cour d'appel conclut donc qu'Hydro-Québec ne peut s'autoriser des servitudes dont elle bénéficie pour construire la nouvelle ligne et qu'elle doit procéder par de nouvelles expropriations ou conventions.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

Toutes les conclusions du jugement de première instance sont rétablies, sauf celle rejetant la demande reconventionnelle. Le dossier est retourné à la Cour supérieure pour l'audition de la demande reconventionnelle. Les servitudes de transport d'énergie électrique dont bénéficie Hydro-Québec ne sont pas restreintes à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay; elles autorisent Hydro-Québec à faire passer une deuxième ligne de transport d'énergie électrique sur le terrain des propriétaires.

Le juge de première instance a eu raison de qualifier les conventions postérieures à l'expropriation de conventions de servitudes. Le décret, les avis d'expropriation et les conventions sont des documents de nature différente qu'il importe de bien distinguer. Le décret est un acte administratif destiné à autoriser l'exercice du pouvoir de priver un propriétaire de la jouissance des attributs de son droit de propriété sur un bien. Le dépôt d'un avis d'expropriation et des documents y afférents est un acte administratif qui constitue et individualise la servitude. Quant à la convention, elle se rattache à l'exercice ordinaire des droits civils et aux règles contractuelles propres au droit privé. La servitude acquise par expropriation est établie par l'effet de la loi suivant la classification énoncée à l'art. 1181 du *Code civil du Québec*. Cela étant, ni la loi ni l'ordre public ne s'opposent à ce que l'expropriant et l'exproprié précisent ou modifient, par un accord de gré à gré, la servitude ainsi constituée : les avis d'expropriation n'empêchent donc pas les parties de négocier des servitudes conventionnelles. On doit présumer que la convention de servitude, si elle est postérieure à l'avis d'expropriation, définit plus fidèlement la portée et les modalités d'exercice de la servitude établie pour l'utilité publique que ne le fait cet avis d'expropriation. Les conventions de servitude sont soumises aux règles applicables à l'interprétation des contrats. Leurs termes, s'ils sont clairs, imposent le respect de la volonté manifeste des parties.

En l'espèce, les conventions en litige décrivent les servitudes de façon complète en y apportant des précisions qui ne figuraient pas dans les avis d'expropriation. Dans ces circonstances, les conventions sont les titres auxquels les propriétaires des fonds servants et dominants doivent se reporter pour l'exercice de leurs droits respectifs. Les conventions étant claires, on doit s'en remettre à leur

2020 SCC 37 (CanLII)

determined in light of their words. The agreements do not mention any restrictions regarding the origin or destination of the electricity. The servitudes are therefore not limited to the line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. The servitudes on the owners' lots authorize Hydro-Québec to construct the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line.

Furthermore, the servitudes concern the lines crossing the servient land, not the substations located at either end of those lines. There is nothing in the words of the agreements that would explicitly or implicitly prevent Hydro-Québec from redirecting one of its lines toward another substation. The right to operate electrical transmission lines includes the right to make modifications such as the one that was made in the reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line.

Hydro-Québec's proceedings are not abusive. It sought to use the servitudes that had been granted to it by the owners' predecessors in title and had been published in the land register. The owners were presumed to be aware of the rights granted by these servitudes. They nonetheless blocked construction of the new electrical transmission line and forced Hydro-Québec to seek injunction orders. It is not up to Hydro-Québec to pay for the steps they took.

Cases Cited

Approved: *Michaud et Simard Inc. v. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729; *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478; *Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406; *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101; *Lorraine (Ville) v. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 SCC 35, [2018] 2 S.C.R. 577; *Domaine de la rivière inc. v. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6; *Sani Sport inc. v. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; *Centre de distribution intégré (CDI) inc. v. Développements Olymbec inc.*, 2015 QCCA 1463,

libellé pour déterminer la portée des servitudes. Elles ne font mention d'aucune restriction quant à la provenance ou à la destination du courant électrique. Dès lors, la portée des servitudes n'est pas limitée à la ligne entre les postes de transformation Jacques-Cartier – Duvernay. Les servitudes grevant les lots des propriétaires autorisent Hydro-Québec à construire la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île.

Par ailleurs, les servitudes portent sur les lignes qui traversent les fonds servants et non sur les postes de transformation situés aux extrémités de ces lignes. Il n'y a rien dans le texte des conventions qui empêcherait explicitement ou implicitement Hydro-Québec de rediriger l'une de ses lignes vers un autre poste de transformation. Le droit d'exploiter des lignes de transport d'énergie électrique comprend celui d'y apporter des modifications, comme celle survenue lors du réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay.

Les procédures entreprises par Hydro-Québec ne sont pas abusives. Cette dernière a cherché à faire usage des servitudes que lui avaient consenties les auteurs des propriétaires et qui avaient été publiées au registre foncier. Les propriétaires étaient présumés connaître les droits conférés par ces servitudes. Ils ont néanmoins fait obstacle à la construction de la nouvelle ligne de transport d'électricité et contraint Hydro-Québec à solliciter des ordonnances d'injonction. Il n'appartient pas à Hydro-Québec de faire les frais de leurs démarches.

Jurisprudence

Arrêt approuvé : *Michaud et Simard Inc. c. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729; *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478; *Modern Concept d'entretien inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406; *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101; *Lorraine (Ville) c. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 CSC 35, [2018] 2 R.C.S. 577; *Domaine de la rivière inc. c. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6; *Sani Sport inc. c. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; *Centre de distribution intégré (CDI) inc. c. Développements Olymbec inc.*, 2015

2020 SCC 37 (CanLII)

59 R.P.R. (5th) 1; *151692 Canada inc. v. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Québec, arts. 298 to 303, 1181, 1182, 1425, 2807, 2941.
Décret 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927.
Décret 899-80.
Décret 3360-72.
Hydro-Québec Act, CQLR, c. H-5, ss. 3, 3.1.1, 3.1.2, 22, 29 paras. 1 and 2, 33(3)*(b)*, 35.
Hydro-Quebec Act, R.S.Q. 1964, c. 86, ss. 29 para. 6, 33.
Watercourses Act, R.S.Q. 1964, c. 84, s. 19.
Watercourses Act, CQLR, c. R-13.

Authors Cited

Dictionnaire de l'Académie française, t. 1, 8e éd. Paris: Librairie Hachette, 1932, "*cession*".
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7e éd. Montréal: Yvon Blais, 2017.
Grand Larousse de la langue française, t. 1. Paris: Librairie Larousse, 1971, "*cession*".
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives*, 4e éd. Montréal: Yvon Blais, 2020.
Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2e éd. Montréal: Thémis, 2007.
Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8e éd. Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2018.
Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 3e éd. Montréal: Wilson & Lafleur, 2020.
Québec. Portail Québec. *Thésaurus de l'activité gouvernementale* (online: http://www.thesaurus.gouv.qc.ca/tag/terme.do?id=16953; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC37_1_fra.pdf), "*électricité patrimoniale*".
Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*. Paris: Société du nouveau Littré, 1976, "*céder*", "*cession*".

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Morissette, Healy and Roy JJ.A.), 2018 QCCA 838, [2018] AZ-51497339, [2018] J.Q. nº 4456 (QL), 2018 CarswellQue 4246 (WL Can.), setting aside a decision of Sansfaçon J., 2017 QCCS 2347, [2018] AZ-51398055, [2018] J.Q. nº 7214 (QL), 2018 CarswellQue 4610 (WL Can.). Appeal allowed.

QCCA 1463, 59 R.P.R. (5th) 1; *151692 Canada inc. c. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237.

Lois et règlements cités

Code civil du Québec, art. 298 à 303, 1181, 1182, 1425, 2807, 2941.
Décret 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927.
Décret 899-80.
Décret 3360-72.
Loi d'Hydro-Québec, S.R.Q. 1964, c. 86, art. 29 al. 6, 33.
Loi sur Hydro-Québec, RLRQ, c. H-5, art. 3, 3.1.1, 3.1.2, 22, 29 al. 1 et 2, 33(3)*b*), 35.
Loi du régime des eaux, S.R.Q. 1964, c. 84, art. 19.
Loi sur le régime des eaux, RLRQ, c. R-13.

Doctrine et autres documents cités

Dictionnaire de l'Académie française, t. 1, 8e éd., Paris, Librairie Hachette, 1932, « cession ».
Garant, Patrice, avec la collaboration de Philippe Garant et Jérôme Garant. *Droit administratif*, 7e éd., Montréal, Yvon Blais, 2017.
Grand Larousse de la langue française, t. 1, Paris, Librairie Larousse, 1971, « cession ».
Issalys, Pierre, et Denis Lemieux. *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 4e éd., Montréal, Yvon Blais, 2020.
Lafond, Pierre-Claude. *Précis de droit des biens*, 2e éd., Montréal, Thémis, 2007.
Lamontagne, Denys-Claude. *Biens et propriété*, 8e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2018.
Normand, Sylvio. *Introduction au droit des biens*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2020.
Québec. Portail Québec. *Thésaurus de l'activité gouvernementale* (en ligne : http://www.thesaurus.gouv.qc.ca/tag/terme.do?id=16953; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC37_1_fra.pdf), « électricité patrimoniale ».
Robert, Paul. *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française*, Paris, Société du nouveau Littré, 1976, « céder », « cession ».

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Healy et Roy), 2018 QCCA 838, [2018] AZ-51497339, [2018] J.Q. nº 4456 (QL), 2018 CarswellQue 4246 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Sansfaçon, 2017 QCCS 2347, [2018] AZ-51398055, [2018] J.Q. nº 7214 (QL), 2018 CarswellQue 4610 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

2020 SCC 37 (CanLII)

Claude Marseille and *Ariane Bisaillon*, for the appellant.

Vincent Karim and *Ricardo Hrtschan*, for the respondents.

Stéphane Rochette, for the intervener the Attorney General of Quebec.

David Outerbridge and *Stacey Reisman*, for the intervener the Canadian Electricity Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

CÔTÉ J. —

I. Overview

[1] Electricity is increasingly ubiquitous in our lives today . . . and in our land registers.

[2] The appellant operates the largest electrical power system in North America, with more than 34,000 km of transmission lines. The benefits to Quebecers are many, and the acts of servitude that form the legal framework for this system are just as numerous. There are reportedly 37,405 such servitudes in total, including many that were established a long time ago. Can the appellant develop and modernize its system on the basis of rights it holds under decades-old servitudes that were established for specific construction projects? That is the question raised by this appeal.

[3] In a context in which Quebecers' energy needs are growing and the sources of electricity generation are changing, the appellant must adapt its system to ensure that its service remains reliable and safe. The 1998 ice storm was particularly revealing: major load centres can be especially vulnerable, hence the need for more and more lines and interconnections.

Claude Marseille et *Ariane Bisaillon*, pour l'appelante.

Vincent Karim et *Ricardo Hrtschan*, pour les intimés.

Stéphane Rochette, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

David Outerbridge et *Stacey Reisman*, pour l'intervenante l'Association canadienne de l'électricité.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LA JUGE CÔTÉ —

I. Aperçu

[1] L'électricité est de plus en plus omniprésente dans nos vies modernes . . . et dans nos registres fonciers.

[2] L'appelante exploite le plus vaste réseau électrique en Amérique du Nord, qui comprend plus de 34 000 km de lignes de transport d'électricité. Les bénéfices qu'en retire la population québécoise sont nombreux; les actes de servitude qui en forment l'armature juridique le sont tout autant. Il en existerait au total 37 405, dont plusieurs ont été établis il y a longtemps. L'appelante peut-elle aménager et moderniser son réseau en s'autorisant des droits que lui confèrent des servitudes constituées depuis des décennies dans le cadre de projets de construction particuliers? C'est la question soulevée par le présent pourvoi.

[3] Dans un contexte marqué par l'accroissement des besoins énergétiques de la population québécoise et par l'évolution des sources de production d'électricité, l'appelante doit adapter son réseau afin d'en maintenir la fiabilité et la sécurité. La crise du verglas de 1998 fut particulièrement révélatrice : les grands centres de consommation peuvent s'avérer particulièrement vulnérables, d'où la nécessité de multiplier les lignes et les interconnexions.

2020 SCC 37 (CanLII)

[4] In recent years, the appellant designed a proposed electrical transmission line that would make it possible to reinforce the power supply to the metropolitan loop of Greater Montréal and address a significant increase in demand in Terrebonne. This line was originally supposed to run from the Chamouchouane transformer substation in the Saguenay-Lac-Saint-Jean region to the Bout-de-l'Île transformer substation in Montréal. But it was subsequently decided that the line would be routed to the Judith-Jasmin substation in Terrebonne and that a link would be constructed between that substation and the Bout-de-l'Île substation. The estimated cost of the project is $1.34 billion.

[5] In planning the route to be taken by the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, the appellant realized that it would be easier to run the line through a corridor in the southern part of the province where it already had servitudes. These servitudes had been established in the 1970s for a transmission line between the Jacques-Cartier substation near Québec and the Duvernay substation in Laval. The land making up this corridor included lots belonging to the respondents.

[6] The appellant held public information sessions and notified the affected individuals in writing of what its project would entail. Its employees went to the respondents' lots in order to conduct surveying and clearing work, but were denied access to them. The appellant then applied for an injunction, the merits of which the respondents have challenged, arguing, among other things, that the servitudes established in the 1970s are valid only for the Jacques-Cartier-Duvernay line and do not permit the construction of a new line.

II. The Parties

A. *The Appellant*

[7] The appellant operates a public enterprise constituted under the *Hydro-Québec Act*, CQLR, c. H-5, that is engaged in the generation, transmission and distribution of electricity. The *transmission* component of its undertaking consists in sending power produced in its hydroelectric power plants to

[4] Au cours des dernières années, l'appelante a conçu le projet d'une ligne de transport d'électricité qui permettrait de renforcer l'alimentation de la boucle métropolitaine du Grand Montréal et de répondre à la croissance importante de la demande en provenance de Terrebonne. À l'origine, cette ligne devait partir du poste de transformation de la Chamouchouane, au Saguenay-Lac-Saint-Jean, pour se rendre au poste de transformation du Bout-de-l'Île, à Montréal. Il a toutefois été décidé de la diriger vers le poste Judith-Jasmin, à Terrebonne, et de construire un lien entre ce poste et celui du Bout-de-l'Île. Le coût de la réalisation du projet est estimé à 1,34 milliard de dollars.

[5] En préparant le tracé de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, l'appelante constate qu'il serait commode de la faire passer par un couloir du sud de la province où elle possède déjà des servitudes. Celles-ci ont été établies dans les années 1970 pour les besoins d'une ligne de transport entre les postes de Jacques-Cartier, près de Québec, et de Duvernay, à Laval. Parmi les terrains qui font partie de ce couloir se trouvent ceux des intimés.

[6] L'appelante tient des séances d'information publiques et avise par écrit les principaux intéressés de la teneur de son projet. Ses employés, s'étant rendus chez les intimés pour y réaliser des travaux d'arpentage et de déboisement, se voient refuser l'accès aux terrains. L'appelante intente alors un recours en injonction, dont les intimés contestent le bien-fondé en prétendant notamment que les servitudes établies dans les années 1970 ne valent que pour la ligne Jacques-Cartier-Duvernay et ne permettent pas la construction d'une nouvelle ligne.

II. Les parties

A. *L'appelante*

[7] L'appelante exploite une entreprise publique de production, de transport et de distribution d'énergie électrique constituée en vertu de la *Loi sur Hydro-Québec*, RLRQ, c. H-5. Le volet *transport* de son entreprise consiste à acheminer l'énergie produite dans ses centrales hydroélectriques à des postes de

2020 SCC 37 (CanLII)

transformer substations through high-voltage lines. At the substations, voltage is "stepped down" so that the electricity can be distributed to places where it will be consumed: this is the *distribution* component.

[8] As a mandatary of the government, the appellant is required to supply power and to supply Quebecers with heritage pool electricity:[1] *Hydro-Québec Act*, ss. 3.1.1 and 22. It has, besides the special rights and powers conferred upon it by law, all those pertaining to legal persons in general, such as the capacity to enter into contracts and to possess property: *Hydro-Québec Act*, ss. 3 and 3.1.2; *Civil Code of Québec* ("*C.C.Q.*"), arts. 298 to 303. It may construct, purchase or lease any immovables required in order to transmit or distribute power: *Hydro-Québec Act*, s. 29 paras. 1 and 2.[2] It may also, with the authorization of the government, acquire by expropriation any immovable or servitude required for the generation, transmission or distribution of power, even before the execution of the proposed work is authorized: *Hydro-Québec Act*, ss. 33(3)(*b*) and 35.

B. *The Respondents*

[9] The respondents are the owners of lots on which the appellant claims to hold servitudes that authorize it to construct electrical transmission lines.

transformation au moyen de lignes à haute tension. Dans les postes de transformation, la tension est réduite pour que l'électricité puisse être distribuée jusqu'aux lieux de consommation : c'est le volet *distribution*.

[8] À titre de mandataire de l'État, l'appelante a l'obligation de fournir de l'énergie et d'approvisionner la population québécoise en électricité patrimoniale[1] : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 3.1.1 et 22. Elle possède, outre les droits et pouvoirs spéciaux qui lui sont conférés par la loi, tous ceux qui appartiennent généralement aux personnes morales, comme la capacité de contracter et de posséder des biens : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 3 et 3.1.2; *Code civil du Québec* (« *C.c.Q.* »), art. 298 à 303. Il lui est loisible de construire, d'acheter ou de louer tous les immeubles requis pour le transport ou la distribution d'énergie : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 29 al. 1 et 2[2]. Avec l'autorisation du gouvernement, elle peut en outre acquérir par expropriation les immeubles et les servitudes requis pour produire, transmettre ou distribuer de l'énergie, et ce même avant que l'exécution des travaux projetés n'ait été autorisée : *Loi sur Hydro-Québec*, art. 33(3)*b*) et 35.

B. *Les intimés*

[9] Les intimés sont les propriétaires de terrains sur lesquels l'appelante prétend détenir des servitudes qui l'autorisent à construire des lignes de transport d'énergie électrique.

[1] Heritage pool electricity is defined as follows in the *Thésaurus de l'activité gouvernementale* on the Quebec government's web portal: [TRANSLATION] "Heritage pool electricity is the power produced by plants that were in service in 1998, in the amount of 165 TWh (terawatt-hours), for which a lower heritage rate is applied. Hydro-Québec's 'heritage' plants include those of the La Grande Complex, the Manicouagan River, the Ottawa River and the St. Lawrence River" (online).

[2] At the time the Jacques-Cartier-Duvernay line was constructed, however, the Act required that the acquisition and construction of immovables first be authorized by the Lieutenant-Governor in Council: *Hydro-Quebec Act*, R.S.Q. 1964, c. 86 ("*HQA*"), s. 29 para. 6, as amended.

[1] L'électricité patrimoniale est définie comme suit dans le *Thésaurus de l'activité gouvernementale* de Portail Québec : « Le bloc patrimonial d'électricité désigne l'énergie produite à partir du parc d'équipements en service en 1998, soit 165 twh (terawatt heure) et pour lequel un tarif patrimonial plus bas est appliqué. Ces centrales "patrimoniales" d'Hydro-Québec comprennent les centrales du Complexe La Grande, de la rivière Manicouagan, de la rivière des Outaouais et du fleuve St-Laurent » (en ligne).

[2] À l'époque de la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, la loi exigeait toutefois l'autorisation préalable du lieutenant-gouverneur en conseil pour l'acquisition et la construction d'immeubles : *Loi d'Hydro-Québec*, S.R.Q. 1964, c. 86 (« *LHQ* »), art. 29 al. 6 et amendements.

2020 SCC 37 (CanLII)

III. Background

A. *Construction of the Jacques-Cartier-Duvernay Line and Establishment of the Servitudes at Issue*

[10] The servitudes at issue were established in the 1970s in connection with the construction of the Jacques-Cartier-Duvernay line. The sequence of events surrounding their establishment involved three documents — an order in council, notices of expropriation, and agreements — large excerpts of which are reproduced below to elucidate the decisions of the courts below and the arguments raised by the parties.

(1) Order in Council 3360-72

[11] On November 8, 1972, the government issued Order in Council 3360-72, which authorizes the appellant to obtain, by mutual agreement or by expropriation, any immovable property and real rights it needs in order to construct power transmission and distribution lines between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. The key portions of this order in council read as follows:

[TRANSLATION]

IN THE MATTER OF authorization for Hydro-Quebec to construct electrical transmission and distribution lines between the Jacques-Cartier transformer substation and the Duvernay transformer substation and to acquire the immovable property and real rights required for this purpose.

WHEREAS section 33 of the "Hydro-Quebec Act" (R.S.Q. 1964, chapter 86, as amended) provides that Hydro-Quebec may "acquire by expropriation any immoveable, servitude or construction required for the exploitation of waterpowers held by the Commission or for the generation, transmission or distribution of power";

WHEREAS Hydro-Quebec wishes to construct the electrical power transformer substations, high-voltage or other electrical power transmission and distribution lines, communications networks of any kind, access roads and buildings required for the construction and operation of

III. Contexte

A. *La construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay et l'établissement des servitudes en litige*

[10] Les servitudes en litige ont été établies au cours des années 1970, dans le cadre de la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay. La séquence des événements entourant leur constitution fait intervenir trois documents — un décret, des avis d'expropriation et des conventions — dont il convient de reproduire ici de larges extraits pour bien comprendre les décisions des instances inférieures et les arguments formulés par les parties.

(1) Le Décret 3360-72

[11] Le 8 novembre 1972, le gouvernement émet l'arrêté en conseil 3360-72 (« Décret 3360-72 ») qui autorise l'appelante à obtenir, de gré à gré ou par voie d'expropriation, les immeubles et droits réels dont elle a besoin pour construire des lignes de transport et de distribution d'énergie entre les postes de transformation Jacques-Cartier et Duvernay. Pour l'essentiel, ce décret se lit ainsi :

CONCERNANT l'autorisation pour l'Hydro-Québec de construire des lignes de transport et de distribution d'énergie électrique entre le poste de transformation Jacques-Cartier et le poste de transformation Duvernay, et d'acquérir les immeubles et droits réels nécessaires à cette fin.

ATTENDU QUE, en vertu de l'article 33 de la "Loi d'Hydro Québec" (S.R.Q. 1964, chapitre 86 et amendements), l'Hydro-Québec peut "acquérir par voie d'expropriation tous immeubles, servitudes ou constructions requis pour l'exploitation des forces hydrauliques détenues par la Commission ou pour la production, la transmission ou la distribution d'énergie";

ATTENDU QUE l'Hydro-Québec désire construire des postes de transformation d'énergie électrique, des lignes de transport, de distribution d'énergie électrique à haute tension ou autres, des réseaux de communications de toutes sortes, des chemins d'accès ainsi que les édifices

2020 SCC 37 (CanLII)

the said lines between the Jacques-Cartier transformer substation and the Duvernay transformer substation . . .

. . .

WHEREAS Hydro-Quebec asks that the Lieutenant-Governor in Council authorize it to acquire, by mutual agreement or by expropriation and prior possession, the immoveables and real rights it needs for the above-mentioned purposes,

IT IS THEREFORE ORDERED, on a proposal of the Minister of Natural Resources:

THAT Hydro-Quebec be authorized to construct electrical power transformer substations, high-voltage or other electrical transmission and distribution lines, communications networks of any kind, access roads and buildings required for the construction and operation of the said lines between the Jacques-Cartier transformer substation and the Duvernay transformer substation, and to acquire by mutual agreement, if it deems that appropriate, or by expropriation and prior possession with filing of plans at the registry office, if it deems that more appropriate, the immoveables or real rights it needs for the purposes set out above, on the land, farms or lots located in the parishes . . . .

nécessaires à la construction et à l'exploitation desdites lignes entre le poste de transformation Jacques-Cartier et le poste de transformation Duvernay [. . .];

. . .

ATTENDU QUE l'Hydro-Québec prie le lieutenant-gouverneur en conseil de l'autoriser à acquérir de gré à gré ou par expropriation et prise de possession préalable les immeubles et droits réels dont elle a besoin pour les fins précitées.

IL EST ORDONNÉ EN CONSÉQUENCE, sur la proposition du ministre des Richesse naturelles :

QUE l'Hydro-Québec soit autorisée à construire des postes de transformation d'énergie électrique, des lignes de transport, de distribution d'énergie électrique à haute tension ou autres, des réseaux de communications de toutes sortes, des chemins d'accès ainsi que les édifices nécessaires à la construction et à l'exploitation desdites lignes entre le poste de transformation Jacques-Cartier et le poste de transformation Duvernay, et aussi à acquérir de gré à gré, si elle le juge à propos, ou par expropriation et prise de possession préalable comportant dépôt de plan au bureau d'enregistrement, si elle le croit plus approprié, les immeubles nécessaires ou droits réels dont elle a besoin aux fins précitées, sur des terres, fermes ou lots situés dans les paroisses . . .

(2) Notices of Expropriation and Documents Related to Them

[12] Having obtained the authorizations it needed by way of Order in Council 3360-72, the appellant acquired, by expropriation, the servitudes required for the construction of the Jacques-Cartier-Duvernay line. Following the procedure that applied at that time, it served on the owners — and published at the registry office — notices of expropriation and prior possession ("notices of expropriation"), plans, and overall assessment certificates for the expropriated real rights. The lots currently owned by the respondents were all affected by these expropriation procedures.

[13] The notices of expropriation were all composed similarly. They read as follows:

(2) Les avis d'expropriation et les documents y afférents

[12] Ayant obtenu par le Décret 3360-72 les autorisations dont elle avait besoin, l'appelante acquiert par expropriation les servitudes requises pour la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay. Suivant la procédure applicable à l'époque, elle signifie aux propriétaires et publie au bureau de la publicité des droits les avis d'expropriation et de prise de possession préalable (« avis d'expropriation »), les plans ainsi que les certificats d'évaluation globale des droits réels expropriés. Les terrains qui appartiennent aujourd'hui aux intimés ont tous été visés par ces procédures d'expropriation.

[13] Tous les avis d'expropriation sont rédigés de la même façon. Ils prévoient ce qui suit :

2020 SCC 37 (CanLII)

[TRANSLATION] The Quebec Hydro-Electric Commission, acting pursuant to the powers conferred upon it by the Hydro-Quebec Act (R.S.Q. 1964, chapter 86, as amended) and by the Code of Civil Procedure and duly authorized by Order in Council number 3360-72 of November 8, 1972, hereby files general plan number . . . for the purpose of obtaining the perpetual real rights of servitude it needs for the construction, operation and maintenance of one (or more) 735-kV electrical transmission line(s), JACQUES-CARTIER–DUVERNAY, together with an overall assessment certificate.

The said perpetual real rights of servitude consist of:

a) a right to place, replace, maintain and operate, on the said servient land, one or more high- or low-voltage electrical transmission line(s), and communication lines, including towers and/or poles with the necessary footings, wires, cables, counterweights, anchor rods, guy lines and any other necessary or useful accessories;

b) a right to cut, prune, remove and destroy, in any manner whatsoever and at any time, on the said servient land, any trees, shrubs, branches and bushes, and to remove any objects that may be found there;

c) a right to move about on the said servient land at any time, on foot or in a vehicle of any kind, in order to exercise any right granted to it hereunder;

d) a right to cut, prune and remove any trees located outside the said servient land that could impede or interfere with the functioning, construction, replacement or maintenance of the said line(s), and, for these purposes, to move about on the land adjacent to the said servient land; and

e) a prohibition against any person erecting any construction or structure on, above or under the said servient land, except for the erection of dividing fences and their gates, and against modifying the current elevation of this servient land.

In accordance with section 19 of the Watercourses Act (R.S.Q 1964, chapter 84, as amended), the said perpetual real rights of servitude are created in favour of the dominant land constituted by the electrical transmission line(s) to be erected on the servient land consisting of the immovables indicated in red on the above-mentioned general plan.

(A.R., at pp. 149-50)

La Commission hydroélectrique de Québec, agissant en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi d'Hydro-Québec (S.R.Q. 1964, chapitre 86 et amendements) et par le Code de procédure civile et dûment autorisée par l'arrêté en conseil numéro 3360-72 du 8 novembre 1972 dépose le plan général numéro [. . .] dans le but d'obtenir les droits de servitude réels et perpétuels dont elle a besoin pour la construction, l'exploitation et l'entretien de ligne(s) de transport d'énergie électrique à 735 kV, JACQUES-CARTIER-DUVERNAY, ainsi qu'un certificat d'évaluation globale.

Lesdits droits réels et perpétuels de servitude consistent :

a) En un droit de placer, remplacer, entretenir et exploiter, sur ledit fonds servant des ligne(s) de transport d'énergie électrique, à haut ou à faible voltage, et des lignes de communication, y compris des pylônes et/ou poteaux avec les empattements nécessaires, les fils, câbles, contrepoids, tiges d'ancrage, haubans et tous autres accessoires nécessaires ou utiles;

b) En un droit de couper, émonder, enlever et détruire, de quelque manière que ce soit et en tout temps, sur ledit fonds servant, tous arbres, arbustes, branches et buissons, et d'enlever tous objets qui s'y trouveraient;

c) En un droit en tout temps de circuler sur ledit fonds servant, à pieds ou en véhicule de tout genre, pour exercer tout droit qui lui est accordé par les présentes;

d) En un droit de couper, émonder et enlever tous arbres situés en dehors dudit fonds servant, qui pourraient entraver les ou nuire aux fonctionnement, construction, remplacement ou entretien de la(des) dite(s) ligne(s), et, à ces fins, de circuler sur le terrain avoisinant ledit fonds servant;

e) En une interdiction pour toute personne d'ériger quelque construction ou structure sur, au-dessus et en-dessous dudit fonds servant, sauf l'érection des clôtures de division et leurs barrières, et de modifier l'élévation actuelle de ce fonds servant.

En conformité de l'article 19 de la Loi du régime des eaux (S.R.Q. 1964, chapitre 84 tel qu'amendé) lesdits droits de servitude réels et perpétuels sont créés en faveur du fonds dominant constitué par la(les) ligne(s) de transport d'énergie électrique à être érigée(s) sur le fonds servant composé des immeubles indiqués en rouge sur le plan général ci-haut mentionné.

(d.a., p. 149-150)

2020 SCC 37 (CanLII)

(3) Agreements

[14] After serving and publishing the notices of expropriation, the appellant signed notarial agreements ("agreements" or "agreements at issue") with the respondents' predecessors in title. Among other things, these agreements describe the servitudes established in favour of the appellant, identify the servient land and the dominant land, and fix the amounts of the indemnities payable for the acquired servitudes and for any work that might be carried out on the servient land.

[15] The agreements in question, which were also published at the registry office, differ from one another in only a few details relating, for example, to the amount of the indemnity or to dates. Only one of them says nothing about the number of lines authorized on the servient land; all the other agreements limit this number to three. Their wording conforms to the following template:

[TRANSLATION]

Before . . . notary for the Province of Quebec . . . .

APPEARED:

Mr. . . .

hereinafter called the "OWNER";

AND:

The QUEBEC HYDRO-ELECTRIC COMMISSION (HYDRO-QUEBEC), a corporation duly constituted under the "Hydro-Quebec Act" (R.S.Q. 1964, chapter 86, as amended) . . . the said Quebec Hydro-Electric Commission being duly authorized for the purposes of this agreement by order of the Lieutenant-Governor in Council number 3360-72, dated November 8, 1972.

hereinafter called the "COMMISSION";

WHICH PARTIES, prior to the acquittance and the agreements which are the subject hereof, do declare as follows:

1. The COMMISSION, acting pursuant to the powers conferred upon it by the Hydro-Quebec Act (R.S.Q.

(3) Les conventions

[14] Après avoir signifié et publié les avis d'expropriation, l'appelante conclut avec les auteurs des intimés des conventions notariées (« conventions » ou « conventions en litige ») qui prévoient, entre autres choses, la description des servitudes établies en faveur de l'appelante, l'identification des fonds servants et dominants, ainsi que le montant des indemnités payables pour les servitudes acquises et pour les travaux susceptibles d'être réalisés sur les fonds servants.

[15] Ces conventions, publiées elles aussi au bureau de la publicité des droits, ne diffèrent les unes des autres que par quelques détails portant, par exemple, sur le montant de l'indemnité ou encore sur des dates. Une seule d'entre elles demeure muette quant au nombre de lignes autorisées sur le fonds servant; toutes les autres conventions limitent ce nombre à trois. Leur libellé répond au modèle suivant :

Devant Me [. . .] notaire pour la Province de Québec . . .

COMPARAISSENT :

Monsieur . . .

ci-après nommé le "PROPRIÉTAIRE";

ET :

La COMMISSION HYDROÉLECTRIQUE DE QUÉBEC (HYDRO-QUÉBEC), corporation légalement constituée en vertu de la "Loi d'Hydro-Québec" (S.R.Q. 1964, chapitre 86 et amendements) [. . .]; ladite Commission hydroélectrique de Québec étant dûment autorisée aux fins des présentes par l'arrêté du Lieutenant-Gouverneur en conseil numéro 3360-72 en date du 8 novembre 1972.

ci-après nommée la "COMMISSION";

LESQUELS, préalablement à la quittance et aux conventions qui font l'objet des présentes, déclarent ce qui suit :

1. La COMMISSION, agissant en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la Loi d'Hydro-Québec (S.R.Q.

2020 SCC 37 (CanLII)

1964, chapter 86, as amended) and by the Code of Civil Procedure, has become the owner, by expropriation, of the perpetual real rights of servitude required for the construction, replacement, maintenance and operation, on, above and under the servient land hereinafter described belonging to the OWNER, of one (or more) electrical transmission line(s) and of communication lines, by the deposit of a plan and the other documents prescribed by the Act, in the office of the registration division of . . . .

2. The said perpetual real rights of servitude consist of:

(a) a right to place, replace, maintain and operate, on the said servient land, three (3) high- or low-voltage electrical transmission line(s), and communication lines, including towers and/or poles with the necessary footings, wires, cables, counterweights, anchor rods, guy lines and any other necessary or useful accessories;

(b) a right to cut, prune, remove and destroy, in any manner whatsoever and at any time, on the said servient land, any trees, shrubs, branches and bushes, and to remove any objects that may be found there;

(c) a right to move about on the said servient land, on foot or in a vehicle of any kind, in order to exercise any right granted to it hereunder;

(d) a right to cut, prune and remove any trees located outside the said servient land that could impede or interfere with the functioning, construction, replacement or maintenance of the said line(s), and, for these purposes, to move about on the land adjacent to the said servient land; and

(e) a prohibition against any person erecting any construction or structure on, above or under the said servient land, except for the erection of dividing fences and their gates, and changing the current elevation of this servient land.

3. In accordance with section 19 of the Watercourses Act (R.S.Q 1964, chapter 84, as amended), the dominant land in whose favour the above-mentioned rights have thus been established as a perpetual real servitude consists in the electrical transmission line(s) erected or to be erected on the said servient land.

1964, chapitre 86 et amendements) et par le Code de Procédure Civile, est devenue propriétaire par voie d'expropriation des droits réels et perpétuels de servitude nécessaires à la construction, au remplacement, à l'entretien et à l'exploitation, sur, au-dessus et en-dessous du fonds servant ci-après décrit, appartenant au PROPRIÉTAIRE, d'une (de) lignes(s) de transmission d'énergie électrique et de lignes de communication, au moyen du dépôt d'un plan et des autres documents prescrits par la Loi, au bureau de la division d'enregistrement de . . .

2. Lesdits droits réels et perpétuels de servitude consistent :

a) En un droit de placer, remplacer, entretenir et exploiter, sur ledit fonds servant trois (3) ligne(s) de transport d'énergie électrique, à haut ou faible voltage, et des lignes de communication, y compris des pylônes et/ou poteaux avec les empattements nécessaires, les fils, câbles, contrepoids, tiges d'ancrage, haubans et tous autres accessoires nécessaires ou utiles;

b) En un droit de couper, émonder, enlever et détruire, de quelque manière que ce soit et en tout temps, sur ledit fonds servant, tous arbres, arbustes, branches et buissons, et d'enlever tous objets qui s'y trouveraient;

c) En un droit en tout temps de circuler sur ledit fonds servant, à pied ou en véhicule de tout genre, pour exercer tout droit qui lui est accordé par les présentes;

d) En un droit de couper, émonder et enlever tous arbres situés en dehors dudit fonds servant, qui pourraient entraver les ou nuire aux fonctionnement, construction, remplacement ou entretien de la (des) dite(s) ligne(s), et, à ces fins, de circuler sur le terrain avoisinant ledit fonds servant;

e) En une interdiction pour toute personne d'ériger quelque construction ou structure sur, au-dessus et en-dessous dudit fonds servant, sauf l'érection des clôtures de division et leurs barrières, et de modifier l'élévation actuelle de ce fonds servant.

3. En conformité de l'article 19 de la Loi du Régime des Eaux (S.R.Q. 1964, chapitre 84 tel qu'amendé), le fonds dominant au bénéfice duquel les droits ci-dessus mentionnés ont ainsi été établis comme servitude réelle et perpétuelle, est constitué de la (des) ligne(s) de transmission d'énergie électrique érigée(s) ou à être érigée(s) sur ledit fonds servant.

2020 SCC 37 (CanLII)

4. The servient land on which the above-mentioned rights have thus been established as a perpetual real servitude consists in the following immovable, namely:

. . .

7. The total indemnity owed to the OWNER as a result of the expropriation of the above-mentioned perpetual real rights of servitude has been fixed by mutual agreement between the parties in the amount of . . . in full and final settlement of any amounts owed for any reason whatsoever.

THESE FACTS BEING DECLARED, the parties hereto make the following declarations and agreements:

ACQUITTANCE

The OWNER hereby acknowledges that the above-mentioned perpetual real rights of servitude affecting the servient land described above have been duly expropriated by the COMMISSION and that he has today received from the latter, to his entire satisfaction, the amount of . . . representing the indemnity mutually agreed upon between the OWNER and the COMMISSION, in full and final payment of any amount owed for any reason whatsoever, by the COMMISSION, further to the aforesaid expropriation, WHEREOF FULL AND FINAL ACQUITTANCE.

As a consequence of the aforesaid payment, the parties hereto require the Registrar to mention this agreement wherever doing so is necessary.

This indemnity takes into account, among other things, the value of the above-mentioned perpetual real rights of servitude and of the depreciation of the residual part of the said immovable, and covers the value of any timber situated at any time on the said servient land, which timber may be retrieved by the OWNER, in whole or in part, at his or her own expense and risk, as and when it is cut down, provided that it has not otherwise been used by the COMMISSION or its agents for the purposes of its undertaking.

Furthermore, this indemnity takes into account zero (0) hole(s) dug and used for towers, poles, guy lines and anchor rods placed or to be placed on the said servient land, as well as the existence of such towers, poles, guy lines and anchor rods.

Should the COMMISSION place a larger number of towers, poles, guy lines and anchor rods on the said

4. Le fonds servant sur lequel les droits ci-dessus mentionnés ont ainsi été établis comme servitude réelle et perpétuelle, est constitué de l'immeuble suivant, savoir :

. . .

7. L'indemnité totale due au PROPRIÉTAIRE par suite de l'expropriation des droits réels et perpétuels de servitude ci-dessus-mentionnés, a été fixée d'un commun accord entre les parties, à la somme de [. . .] en règlement complet et final de toute somme due à quelque titre que ce soit.

CES FAITS ÉTANT DÉCLARÉS, les parties aux présentes font les déclarations et les conventions suivantes :

QUITTANCE

Le PROPRIÉTAIRE reconnaît, par les présentes, que les droits réels et perpétuels de servitude ci-haut mentionnés, affectant le fonds servant ci-dessus décrit, ont été dûment expropriés par la COMMISSION et qu'il a reçu ce jour de cette dernière, à son entière satisfaction, la somme de [. . .], représentant l'indemnité convenue d'un commun accord entre le PROPRIÉTAIRE et la COMMISSION, en paiement complet et final de toute somme due à quelque titre que ce soit, par la COMMISSION, à la suite de l'expropriation susdite, DONT ET DU TOUT QUITTANCE GÉNÉRALE ET FINALE.

En conséquence du paiement susdit, les parties aux présentes requièrent le Régistrateur de faire mention des présentes partout où besoin sera.

Cette indemnité tient compte, entre autres choses, de la valeur des droits réels et perpétuels de servitude ci-dessus mentionnés, de la dépréciation au résidu dudit immeuble et couvre la valeur du bois se trouvant à quelque moment, sur ledit fonds servant, lequel bois pourra être récupéré par le PROPRIÉTAIRE, en tout ou en partie, à ses frais, risques et périls, au fur et à mesure qu'il sera coupé, pourvu qu'il n'ait pas été autrement utilisé par la COMMISSION ou ses agents pour les fins de son entreprise.

De plus, cette indemnité tient compte de aucun (0) trou(s) creusé(s) et utilisé(s) pour des pylônes, poteaux, haubans et tiges d'ancrage, placés ou à être placés sur ledit fonds servant, ainsi que de l'existence de tels pylônes, poteaux, haubans et tiges d'ancrage.

Si la COMMISSION venait à placer un plus grand nombre de pylônes, poteaux, haubans et tiges d'ancrage,

2020 SCC 37 (CanLII)

servient land, it shall pay, once the work has in each case been completed, to the person who is the owner of the said servient land at that time, the additional indemnity set out below, calculated as follows:

. . .

CONVEYANCE

In consideration of the said indemnity, the OWNER also hereby conveys and transfers to the COMMISSION, accepting, for all legal purposes and insofar as they may be needed, the above-mentioned perpetual real rights of servitude in the servient land described above, in favour of the dominant land described above.

CONDITION

The COMMISSION shall pay all costs related to this agreement, its registration and the necessary copies, including one copy for the OWNER.

INTERPRETIVE CLAUSES

. . .

2. All the clauses, conditions, obligations and agreements stipulated herein shall benefit and be binding on the OWNER's representatives, successors and assigns by particular or general title.

(A.R., at pp. 179-84)

[16] Having acquired the servitudes, the appellant went ahead with the construction of the Jacques-Cartier-Duvernay line.

B. *Reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay Line*

[17] In the early 1980s, the appellant reconfigured the Jacques-Cartier-Duvernay line to carry electricity from dams in northwestern Quebec southward. The electricity, which until then had come from hydroelectric power plants on the North Shore through the Jacques-Cartier substation, would from then on come from James Bay plants through the La Vérendrye substation.

sur ledit fonds servant, elle devra payer, lorsque les travaux seront en chaque cas terminés, à la personne qui sera alors propriétaire dudit fonds servant, l'indemnité additionnelle ci-après indiquée, calculée de la façon suivante :

. . .

CESSION

En considération de ladite indemnité, le PROPRIÉTAIRE, par les présentes, cède et transporte en outre à la COMMISSION, acceptant, à toutes fins que de droit et en autant que besoin peut être, les droits réels et perpétuels de servitude ci-haut mentionnés sur le fonds servant ci-dessus décrit, au bénéfice du fonds dominant ci-dessus décrit.

CONDITION

La COMMISSION paiera le coût des présentes, de leur enregistrement et des copies nécessaires, dont une pour le PROPRIÉTAIRE.

CLAUSES INTERPRÉTATIVES

. . .

2. Toutes les clauses, conditions, obligations et conventions stipulées dans les présentes profiteront aux et lieront les représentants, successeurs et ayants droit à titre particulier ou universel du PROPRIÉTAIRE.

(d.a., p. 179-184)

[16] Les servitudes ayant été acquises, l'appelante procède à la construction de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay.

B. *Le réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay*

[17] Au début des années 1980, l'appelante réaménage la ligne Jacques-Cartier-Duvernay afin de transporter vers le sud l'électricité produite par les barrages situés dans le nord-ouest du Québec. Le courant, qui provenait jusque-là des centrales hydroélectriques de la Côte-Nord via le poste de transformation Jacques-Cartier, provient dorénavant des centrales de la Baie-James via le poste de transformation La Vérendrye.

2020 SCC 37 (CanLII)

[18] The Quebec government authorized new expropriations by Order in Council 899-80 of March 26, 1980. These measures did not affect the respondents' lots. No changes were made to the existing infrastructure. Only the origin of the electrons changed. The transmission line passing through the respondents' lots was no longer the Jacques-Cartier-Duvernay line, but the La Vérendrye-Duvernay line. Up until the time of the trial, the respondents were unaware that a reconfiguration had taken place.

C. *Construction of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île Line*

[19] On March 13, 2015, the Régie de l'énergie du Québec authorized a proposed electrical transmission line between the Chamouchouane and Bout-de-l'Île substations. This time, the construction of the new line had obvious, tangible repercussions on the respondents' lots. It involved routing a second electrical transmission line through them.

[20] By Order in Council 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927, of August 9, 2016, the government authorized the appellant to go ahead with the required expropriations. The respondents' lots were excluded from the scope of the order in council. According to the appellant, the servitudes granted in the 1970s allowed it to route up to three lines through the respondents' lots, which meant that the project did not require any new expropriations there. The respondents disagreed with this interpretation, taking the view that the rights arising from the servitudes established when the Jacques-Cartier-Duvernay line was constructed were limited to that one line only.

[21] The appellant then applied for an injunction and obtained a safeguard order as well as interlocutory injunctions, to remain in force pending judgment in its application for a permanent injunction. In a cross-application, the respondents sought damages for unauthorized use of the servitudes following the reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line and for hardship and inconvenience caused by the existing infrastructure. On November 17, 2016, the parties had the proceeding split so as to have the hearing of the cross-application postponed to a

[18] Par le Décret 899-80 du 26 mars 1980, le gouvernement du Québec autorise de nouvelles expropriations. Ces mesures ne touchent pas les terrains des intimés. Aucune modification n'est apportée aux infrastructures en place. Seule la provenance de l'électron change. La ligne de transport qui passe par les terrains des intimés n'est plus la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, mais la ligne La Vérendrye-Duvernay. Jusqu'au moment du procès, les intimés ignoraient qu'un réaménagement avait eu lieu.

C. *La construction de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île*

[19] Le 13 mars 2015, la Régie de l'énergie du Québec autorise la réalisation d'un projet de ligne de transport d'électricité entre les postes de transformation de la Chamouchouane et du Bout-de-l'Île. La construction de cette nouvelle ligne entraîne cette fois-ci des répercussions concrètes évidentes sur les terrains des intimés. Il s'agit en effet d'y faire passer une deuxième ligne de transport d'énergie électrique.

[20] Par le Décret 720-2016, (2016) 148 G.O. 35, 4927, du 9 août 2016, le gouvernement autorise l'appelante à procéder aux expropriations requises. Les terrains des intimés sont exclus de la portée du décret. Selon l'appelante, les servitudes consenties dans les années 1970 lui permettent de faire passer jusqu'à trois lignes, de telle sorte que la réalisation du projet ne requiert pas de nouvelles expropriations sur les terrains des intimés. Ces derniers sont en désaccord avec cette interprétation et se disent d'avis que les droits découlant des servitudes établies lors de la réalisation de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay se limitent à cette seule ligne.

[21] L'appelante intente alors un recours en injonction et obtient une ordonnance de sauvegarde ainsi que des injonctions interlocutoires pour valoir jusqu'au jugement sur la demande d'injonction permanente. Dans une demande reconventionnelle, les intimés réclament des dommages-intérêts pour l'usage non autorisé des servitudes à la suite du réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay et pour des troubles et inconvénients occasionnés par les infrastructures en place. Le 17 novembre 2016, les parties obtiennent une scission de l'instance pour

2020 SCC 37 (CanLII)

later date, depending on the outcome on the issue of the scope of the servitudes: see 2018 QCCA 838, at para. 5 (CanLII).

IV. Judicial History

A. *Quebec Superior Court (Sansfaçon J.), 2017 QCCS 2347*

[22] At trial, Sansfaçon J. ruled in favour of the appellant. He found that the servitudes at issue had originally been acquired by expropriation (para. 24 (CanLII)), but that the subsequent agreements had clarified their purpose and scope while also recording the amounts of the indemnities that were paid and the fact that acquittances had been given: paras. 6-7 and 38.

[23] In the trial judge's opinion, the solution to the dispute could be found in the description of the servitudes set out in the notices of expropriation and the agreements, and there was nothing in that description that limited the appellant's rights to the Jacques-Cartier-Duvernay line (paras. 28-29 and 38). He found that the reference to the construction of that line in the preamble to the notices of expropriation had no impact on the scope of the servitudes: paras. 34 and 36. In his view, the agreements were clear and left no room for doubt in this regard: they authorized the appellant to erect three electrical transmission lines (or more, in some cases) and did not mention the origin or the destination of the electricity (para. 38).

[24] Sansfaçon J. rejected the argument regarding unauthorized use of the servitudes following the reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line on the basis that the notices of expropriation and the agreements contained no restrictions in this regard: paras. 41-43. He noted in passing that this work had in no way affected the respondents' lots or the servitudes at issue: paras. 41-42.

[25] Having concluded that the appellant benefited from servitudes authorizing it to place three electrical transmission lines on the respondents' lots, and therefore to proceed with the construction of the

reporter à une date ultérieure l'audition de la demande reconventionnelle, suivant l'issue du débat sur la portée des servitudes en litige : voir 2018 QCCA 838, par. 5 (CanLII).

IV. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec (le juge Sansfaçon), 2017 QCCS 2347*

[22] En première instance, le juge Sansfaçon donne raison à l'appelante. Il constate que les servitudes en litige ont d'abord été acquises par expropriation (par. 24 (CanLII)), mais que les conventions intervenues par la suite ont apporté des précisions quant à leur objet et leur portée, tout en consignant le montant des indemnités versées et le fait que des quittances ont été consenties : par. 6-7 et 38.

[23] De l'avis du juge, la solution au litige ressort du texte des servitudes tel qu'il figure dans les avis d'expropriation et les conventions : nulle part il n'y est question de limiter les droits de l'appelante à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay (par. 28-29 et 38). Il estime que la mention de la construction de cette ligne dans le préambule des avis d'expropriation n'a aucune incidence sur la portée des servitudes : par. 34 et 36. Selon lui, les conventions sont claires et écartent toute forme de doute à cet égard : elles autorisent l'appelante à ériger trois lignes de transport d'électricité (ou plus, dans certains cas) sans faire mention de l'origine ou de la destination du courant (par. 38).

[24] L'argument relatif à l'usage non autorisé des servitudes à la suite du réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay est rejeté au motif que les avis d'expropriation et les conventions ne contiennent aucune restriction à cet égard : par. 41-43. Au passage, le juge Sansfaçon souligne que ces travaux n'ont affecté en rien les terrains des intimés ou les servitudes en litige : par. 41-42.

[25] Ayant conclu que l'appelante bénéficie de servitudes qui l'autorisent à placer trois lignes de transport d'énergie électrique sur les terrains des intimés, et donc à procéder à la construction de la ligne

2020 SCC 37 (CanLII)

Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, he granted the injunction and dismissed the cross-application.

B. *Quebec Court of Appeal (Morissette, Healy and Roy JJ.A.), 2018 QCCA 838*

[26] The Court of Appeal allowed the respondents' appeal. It remarked at the outset that Sansfaçon J.'s decision to dismiss the cross-application had been *ultra petita*, as the splitting of the proceeding meant that that matter had no longer been before him: paras. 2, 5-6 and 38.

[27] In the Court of Appeal's view, the servitudes at issue had been acquired by expropriation and should therefore be characterized as servitudes established by operation of law: paras. 17-18. This led the Court of Appeal to find that the agreements should be analyzed in light of the limits imposed by Order in Council 3360-72 and that the scope of the servitudes did not extend beyond what had been authorized by that order in council: para. 18. Noting that the existence of a notice of expropriation does not preclude the negotiation of conventional servitudes, the court stated that the agreements entered into in this case should not be characterized in that way, given that they referred to servitudes that had been acquired by expropriation: para. 21.

[28] The Court of Appeal expressed the opinion that the appellant could not rely on the servitudes in its favour for the construction of the new Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, because [TRANSLATION] "Order in Council 3360-72, the plan, the notices of expropriation and prior possession, the agreements and the acquittances all refer to servitudes for the construction of transmission lines between Jacques-Cartier and Duvernay": para. 22. Having found that Order in Council 720-2016 of August 9, 2016 empowered the appellant to acquire servitudes by expropriation, the court invited the appellant to proceed by way of new expropriations or agreements: para. 24.

[29] The Court of Appeal rejected the respondents' argument that the reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line had resulted in a substitution for the dominant land: para. 29. It nonetheless

Chamouchouane-Bout-de-l'Île, il accorde l'injonction et rejette la demande reconventionnelle.

B. *Cour d'appel du Québec (les juges Morissette, Healy et Roy), 2018 QCCA 838*

[26] La Cour d'appel accueille le pourvoi formé par les intimés. D'emblée, elle relève que le juge Sansfaçon s'est prononcé *ultra petita* en rejetant la demande reconventionnelle dont il n'était plus saisi en raison de la scission de l'instance : par. 2, 5-6 et 38.

[27] Les servitudes en litige, ayant été acquises par voie d'expropriation, se qualifient selon elle de servitudes établies par l'effet de la loi : par. 17-18. Cela l'amène à considérer que les conventions s'analysent à la lumière des limites imposées par le Décret 3360-72 et que la portée des servitudes ne s'étend pas au-delà de ce qui a été autorisé par ce décret : par. 18. Ayant rappelé que l'existence d'un avis d'expropriation n'empêche pas la négociation de servitudes conventionnelles, elle affirme que les conventions intervenues en l'espèce ne devraient pas être qualifiées ainsi puisqu'elles font référence à des servitudes acquises par expropriation : par. 21.

[28] La Cour d'appel se dit d'avis que l'appelante ne peut s'autoriser des servitudes dont elle bénéficie pour construire la nouvelle ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, car « l'arrêté en conseil 3360-72, le plan, les avis d'expropriation et de prise de possession, les conventions et les quittances réfèrent tous à des servitudes pour construire des lignes de transmission entre Jacques-Cartier et Duvernay » : par. 22. Ayant conclu que le Décret 720-2016 du 9 août 2016 l'habilite à acquérir des servitudes par expropriation, elle invite l'appelante à procéder par de nouvelles expropriations ou convention : par. 24.

[29] L'argument des intimés portant que le réaménagement de la ligne Jacques-Cartier-Duvernay aurait entraîné la substitution du fonds dominant est rejeté : par. 29. La Cour d'appel estime néanmoins

2020 SCC 37 (CanLII)

determined that, since the reconfiguration, the appellant had been using the servitudes in its favour for a purpose other than the one provided for in the acts establishing them: para. 37. The court referred the matter of monetary compensation to the judge who would be hearing the cross-application.

C. *Quebec Court of Appeal (Savard J.A.), 2018 QCCA 1189*

[30] The appellant announced that it intended to appeal to this Court, and applied for a stay of the Court of Appeal's judgment. The respondents pointed out that their proceedings were intended not to prevent the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line from being completed, but to obtain financial compensation. Savard J.A. ordered a stay, noting that other owners in the same situation were relying on the Court of Appeal's judgment to prevent the appellant from going ahead with its work.

V. Issues

[31] This appeal raises the following issues:

A. Did the Quebec Court of Appeal err by reassessing the evidence?

B. Are the power line servitudes in favour of the appellant limited to the Jacques-Cartier-Duvernay line?

C. Was the appellant's reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay line in the 1980s incompatible with the servitudes?

D. Are the appellant's proceedings abusive?

VI. Analysis

A. *Did the Quebec Court of Appeal Err by Reassessing the Evidence?*

[32] The appellant submits that the Court of Appeal reassessed the evidence in the absence of a palpable and overriding error in concluding at para. 22 that [TRANSLATION] "the agreements and the acquittances

que, depuis ce réaménagement, l'appelante utilise les servitudes dont elle bénéficie pour une fin autre que celle prévue aux actes constitutifs : par. 37. Elle renvoie la question de la compensation monétaire au juge qui sera saisi de la demande reconventionnelle.

C. *Cour d'appel du Québec (la juge Savard), 2018 QCCA 1189*

[30] L'appelante dénonce son intention de se pourvoir devant notre Cour et demande un sursis d'exécution de l'arrêt de la Cour d'appel. Les intimés rappellent que leurs démarches ne visent pas à empêcher la réalisation de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, mais à obtenir une compensation financière. Prenant note du fait que d'autres propriétaires dans la même situation invoquent l'arrêt de la Cour d'appel pour empêcher l'appelante de procéder à ses travaux, la juge Savard ordonne le sursis d'exécution.

V. Questions en litige

[31] Le présent appel soulève les questions suivantes :

A. La Cour d'appel du Québec s'est-elle livrée à tort à une nouvelle analyse de la preuve?

B. Les servitudes de transport d'énergie électrique dont bénéficie l'appelante sont-elles restreintes à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay?

C. L'appelante a-t-elle contrevenu aux servitudes lorsqu'elle a réaménagé la ligne Jacques-Cartier-Duvernay au cours des années 1980?

D. Les procédures entreprises par l'appelante sont-elles abusives?

VI. Analyse

A. *La Cour d'appel du Québec s'est-elle livrée à tort à une nouvelle analyse de la preuve?*

[32] L'appelante prétend que la Cour d'appel s'est livrée à une nouvelle analyse de la preuve en l'absence d'erreur manifeste et déterminante lorsqu'elle a conclu, au par. 22, que « les conventions

2020 SCC 37 (CanLII)

. . . refer to servitudes for the construction of transmission lines between Jacques-Cartier and Duvernay" (emphasis added). The appellant also claims that the court conducted its own research regarding Order in Council 720-2016 of August 9, 2016 after the conclusion of oral argument. The respondents' position on this point is not entirely clear. After acknowledging that the Court of Appeal [TRANSLATION] "conducted a full, in-depth analysis of all the evidence" (R.F., at para. 29), they submit that it did not reconsider any questions of fact and that its intervention in the trial judge's findings presupposed the existence of a reviewable error.

et les quittances réfèrent [. . .] à des servitudes pour construire des lignes de transmission entre Jacques-Cartier et Duvernay » (je souligne). Elle lui reproche par ailleurs d'avoir effectué ses propres recherches sur le Décret 720-2016 du 9 août 2016 après l'audition des plaidoiries. La position des intimés à cet égard n'est pas des plus limpides. Ayant reconnu que la Cour d'appel a « fait une analyse complète et approfondie de l'ensemble de la preuve » (m.i., par. 29), ils soutiennent qu'elle n'a pas procédé à une analyse *de novo* de questions de fait et que son intervention à l'égard des conclusions du juge de première instance présupposait l'existence d'une erreur révisable.

[33] Absent a palpable and overriding error, an appellate court must refrain from interfering with findings of fact and findings of mixed fact and law made by the trial judge: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 10-37; *Benhaim v. St-Germain*, 2016 SCC 48, [2016] 2 S.C.R. 352. An error is *palpable* if it is plainly seen and if all the evidence need not be reconsidered in order to identify it, and is *overriding* if it has affected the result: *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401, at paras. 55-56 and 69-70; *Salomon v. Matte-Thompson*, 2019 SCC 14, [2019] 1 S.C.R. 729, at para. 33. As Morissette J.A. so eloquently put it in *J.G. v. Nadeau*, 2016 QCCA 167, at para. 77 (CanLII), [TRANSLATION] "a palpable and overriding error is in the nature not of a needle in a haystack, but of a beam in the eye. And it is impossible to confuse these last two notions": quoted in *Benhaim*, at para. 39. The beam in the eye metaphor not only illustrates the obviousness of a reviewable error, but also connotes a misreading of the case whose impact on the decision is plain to see.

[33] En l'absence d'une erreur manifeste et déterminante, une cour d'appel doit se garder de modifier les conclusions de fait et les conclusions mixtes de fait et de droit tirées par le juge de première instance : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 10-37; *Benhaim c. St-Germain*, 2016 CSC 48, [2016] 2 R.C.S. 352. Une erreur est *manifeste* lorsqu'elle relève de l'évidence et qu'il n'est pas nécessaire de réexaminer toute la preuve pour s'en apercevoir; elle est *déterminante* lorsqu'elle a influencé la décision : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401, par. 55-56 et 69-70; *Salomon c. Matte-Thompson*, 2019 CSC 14, [2019] 1 R.C.S. 729, par. 33. Pour reprendre la formule éloquente du juge Morissette dans l'arrêt *J.G. c. Nadeau*, 2016 QCCA 167, par. 77 (CanLII), « une erreur manifeste et dominante tient, non pas de l'aiguille dans une botte de foin, mais de la poutre dans l'œil. Et il est impossible de confondre ces deux dernières notions » : cité dans *Benhaim*, par. 39. La métaphore de la poutre dans l'œil illustre non seulement le caractère flagrant de l'erreur révisable; elle connote aussi une lecture faussée de l'affaire dont les répercussions sur la décision se constatent aisément.

[34] The respondents submit that in itself the intervention of a court of appeal with regard to findings of fact or of mixed fact and law presupposes, at least implicitly, that the court first identified a palpable and overriding error. I disagree. The appellate court must point to a palpable and overriding error before such an intervention; otherwise, this Court, if it does not identify a reviewable error,

[34] Les intimés soutiennent qu'à elle seule, l'intervention d'une cour d'appel à l'égard de conclusions de fait ou de conclusions mixtes de fait et de droit suppose, au moins implicitement, que la cour a identifié au préalable une erreur manifeste et déterminante. Je ne partage pas cet avis. La juridiction d'appel doit cibler une erreur manifeste et déterminante avant de procéder à de telles interventions;

2020 SCC 37 (CanLII)

must restore the trial judge's decision: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 36; *H.L.*, at paras. 56 and 70; *Quebec (Director of Criminal and Penal Prosecutions) v. Jodoin*, 2017 SCC 26, [2017] 1 S.C.R. 478, at para. 51; *Salomon*, at paras. 109-10, per Côté J., dissenting, but not on this point; *Modern Cleaning Concept Inc. v. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 SCC 28, [2019] 2 S.C.R. 406, at para. 71, per Côté, Brown and Rowe JJ., dissenting, but not on this point. The role of this deferential standard of review would not be fulfilled if every intervention for which no justification was given had to be assumed to be implicitly consistent with it. It would be desirable for an appellate court to precisely identify the palpable and overriding errors in respect of which it is intervening; but in every case, it must be clear from the court's reasons that it has applied the appropriate standard of review.

[35] In the case at bar, the Court of Appeal made the two errors it is purported to have made.

[36] First, it substituted its own opinion for that of the trial judge regarding a question of fact in reaching, I would add, a conclusion that was clearly contrary to the evidence. At para. 22 of its reasons, it wrote:

> [TRANSLATION] Because Order in Council 3360-72, the plan, the notices of expropriation and prior possession, the agreements and the acquittances all refer to servitudes for the construction of transmission lines between Jacques-Cartier and Duvernay, Hydro-Québec cannot rely on these servitudes for the construction of the new Chamouchouane–Bout-de-l'Île line. [Emphasis added.]

This statement is incorrect. One need only read the words of the agreements and the acquittances to realize that they do not contain even the most obscure allusion to a line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. The error is especially significant given that it is intimately linked to the findings on the main issue in the case: the scope of the servitudes established in favour of the appellant.

autrement, il incombera à notre Cour, si elle n'identifie pas d'erreur révisable, de rétablir la décision de première instance : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 36; *H.L.*, par. 56 et 70; *Québec (Directeur des poursuites criminelles et pénales) c. Jodoin*, 2017 CSC 26, [2017] 1 R.C.S. 478, par. 51; *Salomon*, par. 109-110, la juge Côté, dissidente, mais non sur ce point; *Modern Concept d'entretien inc. c. Comité paritaire de l'entretien d'édifices publics de la région de Québec*, 2019 CSC 28, [2019] 2 R.C.S. 406, par. 71, les juges Côté, Brown et Rowe, dissidents, mais non sur ce point. Cette norme de contrôle marquée au coin de la déférence et de la retenue ne remplirait pas son rôle si l'on devait tenir pour acquis que chaque intervention non motivée la respecte implicitement. Il serait souhaitable qu'une cour d'appel identifie de façon précise les erreurs manifestes et déterminantes à l'égard desquelles elle intervient; mais dans tous les cas, il doit ressortir clairement de ses motifs qu'elle a respecté la norme de contrôle applicable.

[35] En l'espèce, la Cour d'appel a commis les deux erreurs qui lui sont reprochées.

[36] Premièrement, elle a substitué son opinion à celle du juge de première instance sur une question de fait en parvenant, au surplus, à une conclusion carrément contraire à la preuve. Au par. 22 de sa décision, elle écrit :

> Comme l'arrêté en conseil 3360-72, le plan, les avis d'expropriation et de prise de possession, les conventions et les quittances réfèrent tous à des servitudes pour construire des lignes de transmission entre Jacques-Cartier et Duvernay, Hydro-Québec ne peut s'autoriser de ces servitudes pour construire la nouvelle ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île. [Je souligne.]

Cette affirmation est inexacte. Il suffit de lire le libellé des conventions et des quittances pour constater que celui-ci ne renferme pas la moindre allusion à une ligne entre les postes de Jacques-Cartier et de Duvernay. L'erreur s'avère d'autant plus significative qu'elle est intimement liée aux conclusions sur la principale question en litige, à savoir la portée des servitudes établies en faveur de l'appelante.

2020 SCC 37 (CanLII)

[37] Second, the Court of Appeal compromised the fairness of the proceeding by drawing conclusions regarding the application of Order in Council 720-2016, of which it took judicial notice after the hearing without notifying the parties. The court wrote:

[TRANSLATION] On August [9], 2016, after the proceedings began, the government issued another order in council to enable Hydro-Québec to acquire the necessary servitudes for the construction of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line. Hydro-Québec therefore has the authority to acquire servitudes for the construction of the new line, but must follow the appropriate procedure, that is, either proceed by expropriation or obtain conventional servitudes. [Emphasis added; footnote omitted; para 24.]

[38] This order in council with respect to expropriation has never been raised by the parties. It was not formally filed in the trial record, nor did it appear in the appeal record. It was touched on in passing at trial, and counsel for the respondents confirmed that the 2016 order in council did *not* cover his clients' lots. It did not come up at all in oral argument in the Court of Appeal.

[39] In all likelihood, the Court of Appeal conducted its own research after the conclusion of oral argument. Because the order in council had been published in the *Gazette officielle du Québec*, the court could take judicial notice of it: art. 2807 *C.C.Q.* But the court did much more than that: it decided the case on the basis of the order in council without giving the parties the opportunity to be heard on this subject. However, the scope of Order in Council 720-2016 is not clear from its words. It authorizes Hydro-Québec

[TRANSLATION] to acquire, by expropriation, the immovables or servitudes required for the construction and operation of the 735-kV Chamouchouane-Bout-de-l'Île project, as well as the related infrastructure and equipment on the land hereinafter defined in accordance with the plans prepared by Éric Deschamps, Land Surveyor, on March 10, 2016, under number 10838 of his minutes, and by Richard Lamontagne, Land Surveyor, on March 15, 2016, under number 236 of his minutes . . . .

[37] Deuxièmement, la Cour d'appel a compromis l'équité de la procédure en tirant des conclusions sur l'application du Décret 720-2016, dont elle a pris connaissance d'office après l'audition et sans en aviser les parties. En effet, elle écrit :

Le [9] août 2016, le gouvernement, après le début des procédures, a adopté un autre décret pour permettre à Hydro-Québec d'acquérir les servitudes nécessaires pour la construction de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île. Celle-ci est donc habilitée à procéder à l'acquisition de servitudes pour la construction de la nouvelle ligne, mais elle doit suivre la procédure appropriée, c'est-à-dire soit procéder par expropriation, soit obtenir des servitudes conventionnelles. [Je souligne; note en bas de page omise; par. 24.]

[38] Le décret d'expropriation en question n'a jamais été allégué par les parties. Il n'avait pas été formellement produit au dossier de première instance, et ne figurait pas non plus au dossier d'appel. Il a été furtivement évoqué en première instance, et l'avocat des intimés a confirmé que le décret de 2016 *ne* couvrait *pas* les lots de ses clients. Il n'en a pas du tout été question lors des plaidoiries en appel.

[39] Selon toute vraisemblance, la Cour d'appel a mené ses propres recherches après l'audition des plaidoiries. Le décret ayant été publié dans la *Gazette officielle du Québec*, elle pouvait en prendre connaissance d'office : art. 2807 *C.c.Q.* Mais elle a fait bien plus : elle y a trouvé une solution au litige, et ce sans fournir aux parties l'occasion d'être entendues à cet égard. Or, la portée du Décret 720-2016 ne ressort pas de son libellé même. En effet, celui-ci autorise Hydro-Québec

à acquérir, par voie d'expropriation, les immeubles ou les servitudes requis pour la construction et l'exploitation du projet à 735 kV de la Chamouchouane-Bout-de-l'Île, ainsi que les infrastructures et les équipements connexes sur les territoires ci-après définis, selon les plans préparés par monsieur Éric Deschamps, arpenteur-géomètre, le 10 mars 2016, sous le numéro 10838 de ses minutes, et par monsieur Richard Lamontagne, arpenteur-géomètre, le 15 mars 2016, sous le numéro 236 de ses minutes . . .

2020 SCC 37 (CanLII)

[40] It is therefore necessary to refer to the plans in question in order to determine whether the appellant's expropriation powers under Order in Council 720-2016 extend to the respondents' lots. Those plans were not published in the *Gazette officielle du Québec*, nor were they filed in evidence or even alleged or argued by the parties. This could mean one of two things: either the Court of Appeal considered plans that were not in evidence and drew erroneous conclusions from them, or it assumed, without verifying, that the respondents' lots appeared on the land surveyors' plans. Whichever is the case, the approach taken raises serious concerns relating to procedural fairness, as the appellant never had the opportunity to make representations regarding this non-viable solution which has been imposed on it, and which could not have been foreseen given what was actually discussed in the course of the litigation.

[41] On November 22, 2019, my colleague Brown J. granted the appellant leave to adduce new evidence for the purpose of establishing that Order in Council 720-2016 does *not* authorize the expropriation proceedings on the respondents' lots. It in fact appears that the section of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line where those lots are located was excluded from the plans to which the order in council refers. The appellant explains that it did not ask the government for authorization to expropriate the lots in question, because it believed it already had the real rights it needed to carry out its project. It cannot therefore be said that the appellant is authorized to acquire, by expropriation, new servitudes on the respondents' lots for the construction of the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line: C.A. reasons, at para. 24. Indeed, it has no such authorization.

[42] The two errors discussed above are significant enough to persuade me to allow this appeal. However, given the circumstances of this case, I think it is necessary to reconsider the Court of Appeal's conclusions regarding the scope and exercise of the servitudes established in favour of the appellant.

[40] Ainsi, pour décider si les pouvoirs d'expropriation conférés à l'appelante par le Décret 720-2016 s'étendent ou non aux lots des intimés, il est nécessaire de se reporter aux plans en question. Ceux-ci n'ont pas été publiés à la *Gazette officielle du Québec*; ils n'ont pas non plus été produits en preuve, ni même allégués ou invoqués par les parties. De deux choses l'une, donc. Ou bien la Cour d'appel a considéré des plans qui n'étaient pas en preuve et en a inféré des conclusions erronées; ou bien elle a tenu pour acquis, sans faire de vérification, que les lots des intimés figuraient sur les plans des arpenteurs-géomètres. Dans les deux cas, la démarche soulève de sérieuses préoccupations en matière d'équité procédurale, car l'appelante n'a jamais eu l'occasion de présenter des observations au sujet de cette solution non viable qui lui est imposée et que les paramètres du débat ne permettaient pas d'anticiper.

[41] Le 22 novembre 2019, mon collègue le juge Brown accordait à l'appelante la permission de déposer une preuve nouvelle destinée à établir que le Décret 720-2016 *n'*autorise *pas* les procédures d'expropriation sur les lots appartenant aux intimés. De fait, il appert que la section de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île où se situent les lots des intimés a été exclue des plans auxquels renvoie le décret. L'appelante explique s'être abstenue de demander au gouvernement l'autorisation d'exproprier ces lots, puisqu'elle estimait déjà posséder les droits réels pour mener à bien son projet. Dès lors, on ne saurait affirmer que l'appelante est habilitée à procéder par expropriation à l'acquisition de nouvelles servitudes sur les lots des intimés pour la construction de la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île : motifs de la C.A., par. 24. En vérité, elle ne détient aucune habilitation à cet égard.

[42] Les deux erreurs relevées plus haut sont suffisamment importantes pour me convaincre d'accueillir le présent pourvoi. Toutefois, considérant les circonstances de la présente affaire, il m'apparaît nécessaire de revenir sur les conclusions de la Cour d'appel quant à la portée et à l'exercice des servitudes établies en faveur de l'appelante.

2020 SCC 37 (CanLII)

B. *Are the Power Line Servitudes in Favour of the Appellant Limited to the Jacques-Cartier-Duvernay Line?*

[43] In this Court, the appellant submits that the servitudes should be characterized as conventional servitudes given that they were negotiated with the respondents' predecessors in title after the notices of expropriation were published. The agreements, which alone define the object and scope of the servitudes, should therefore prevail over the notices of expropriation. It would be inappropriate to interpret the servitudes having regard to an external document such as Order in Council 3360-72 which, moreover, does not appear in the land register. Under the agreements, the appellant can construct three electrical transmission lines regardless of the origin or destination of the electricity they carry.

[44] The respondents counter that the servitudes were acquired by expropriation and that the agreements concern only the indemnity that was payable. In oral argument, their counsel essentially maintained that the agreements on which the appellant relies have two parts. The first part begins with the following words:

> [TRANSLATION] WHICH PARTIES [i.e., the parties to the act], prior to the acquittance and the agreements which are the subject hereof, do declare as follows . . . .

The second begins as follows:

> THESE FACTS BEING DECLARED, the parties hereto make the following declarations and agreements . . . .

(A.R., at pp. 180 and 182)

In the respondents' view, this structure suggests that the first part of the agreements, in which the real rights flowing from the servitudes are enumerated, plays the role of a mere declaratory preamble, while the content of the agreement proper is limited to the indemnities and the acquittance stipulated in the second part. Accordingly, the servitudes, having been established by operation of law, should be interpreted in light of Order in Council 3360-72 and

B. *Les servitudes de transport d'énergie électrique dont bénéficie l'appelante sont-elles restreintes à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay?*

[43] Devant notre Cour, l'appelante prétend que les servitudes se qualifient de conventionnelles, puisqu'elles ont été négociées avec les auteurs des intimés après la publication des avis d'expropriation. Ces avis devraient donc céder devant les conventions, dont le texte seul déterminerait l'objet et la portée des servitudes. Il n'y aurait pas lieu d'interpréter ces servitudes en se reportant à un document externe comme le Décret 3360-72 qui, du reste, n'apparaît pas au registre foncier. Conformément aux conventions, l'appelante pourrait construire trois lignes de transport d'électricité sans égard à l'origine ou à la destination du courant qui les traverse.

[44] Les intimés répondent que les servitudes ont été acquises par expropriation et que les conventions ne portent que sur l'indemnité payable. Dans sa plaidoirie, leur avocat soutient essentiellement que les conventions sur lesquelles s'appuie l'appelante sont structurées en deux parties. La première est celle qui commence par les mots :

> LESQUELS [c'est-à-dire les parties à l'acte], préalablement à la quittance et aux conventions qui font l'objet des présentes, déclarent ce qui suit . . .

Et la seconde, par :

> CES FAITS ÉTANT DÉCLARÉS, les parties aux présentes font les déclarations et les conventions suivantes . . .

(d.a., p. 180 et 182)

D'après les intimés, il découlerait de cette structure que la première partie des conventions, où sont énumérés les droits réels conférés par les servitudes, jouerait le rôle d'un simple préambule déclaratif, tandis que le contenu de l'entente proprement dite se limiterait aux indemnités et à la quittance stipulées dans la deuxième partie. Par conséquent les servitudes, ayant été établies par l'effet de la loi, devraient s'interpréter en fonction du Décret 3360-72 et des

2020 SCC 37 (CanLII)

the documents subsequent to it — namely the notices of expropriation and the plans — which prevail over the declaratory provisions in the first part of the notarial agreements. Because the order, the notices of expropriation and the plans refer to the Jacques-Cartier-Duvernay line, it follows, they submit, that the servitudes only permit the construction or operation of lines between those two substations.

(1) Characterization of the Post-Expropriation Agreements

[45] The disagreement between the courts below with regard to the characterization of the servitudes at issue essentially rests on the characterization of the post-expropriation agreements. The Court of Appeal recognized that publishing a notice of expropriation does not bar the expropriating party and the expropriated party from subsequently negotiating conventional servitudes, but it concluded that the appellant and the respondents' predecessors in title had negotiated nothing of the sort, given that their agreements referred to servitudes acquired by expropriation and that such references would preclude the servitudes being characterized as conventional servitudes: para. 21.

[46] The characterization of the agreements at issue is so intimately linked to the assessment of the facts that I see this more as a question of mixed fact and law than as a pure question of law: *Uniprix inc. v. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 SCC 43, [2017] 2 S.C.R. 59, at paras. 38 and 42; *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46, [2018] 3 S.C.R. 101, at para. 49. With respect, I find that the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's conclusions in the absence of a palpable and overriding error. There is no such error in Sansfaçon J.'s conclusion, which is perfectly justifiable in light of the evidence.

[47] First, the agreements contain a clause entitled "*Cession*" (Conveyance), by which:

[TRANSLATION] . . . the OWNER . . . conveys and transfers to the COMMISSION, accepting, for all legal purposes

documents qui en découlent, à savoir les avis d'expropriation et les plans. Ceux-ci auraient préséance sur les dispositions déclaratives contenues dans la première partie des conventions notariées. Puisque le décret, les avis d'expropriation et les plans font allusion à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, il s'ensuivrait que les servitudes autoriseraient seulement la construction ou l'exploitation de lignes entre ces deux postes.

(1) La qualification des conventions postérieures à l'expropriation

[45] Le désaccord entre les cours d'instances inférieures au sujet de la qualification des servitudes en litige repose essentiellement sur la qualification des conventions postérieures à l'expropriation. La Cour d'appel reconnaît que la publication d'un avis d'expropriation n'empêche pas l'expropriant et l'exproprié de négocier par la suite des servitudes conventionnelles; elle conclut cependant que l'appelante et les auteurs des intimés n'ont rien négocié de tel, au motif que leurs conventions se réfèrent à des servitudes acquises par expropriation et que de telles références feraient obstacle à leur qualification de servitudes conventionnelles : par. 21.

[46] La qualification des conventions en litige est si intimement liée à l'appréciation des faits que j'y vois plutôt une question mixte qu'une question de droit : *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*, 2017 CSC 43, [2017] 2 R.C.S. 59, par. 38 et 42; *Churchill Falls (Labrador) Corp. c. Hydro-Québec*, 2018 CSC 46, [2018] 3 R.C.S. 101, par. 49. Avec égards, j'estime que la Cour d'appel a eu tort de modifier les conclusions du juge de première instance en l'absence d'une erreur manifeste et déterminante. Aucune erreur de ce type n'entache la conclusion du juge Sansfaçon, laquelle s'avère parfaitement justifiable au regard de la preuve.

[47] Premièrement, le texte des conventions contient une clause intitulée « Cession » par laquelle :

. . . le PROPRIÉTAIRE [. . .] cède et transporte [. . .] à la COMMISSION, acceptant, à toutes fins que de droit et en

2020 SCC 37 (CanLII)

and insofar as they may be needed, the above-mentioned perpetual real rights of servitude in the servient land . . . in favour of the dominant land . . . .

This clause appears after the acquittance, that is, in the part of the agreement that opens with the phrase "THESE FACTS BEING DECLARED, the parties hereto make the following declarations and agreements". It is thus, according to the respondents' argument, at the core of the agreement proper. It explicitly states that the owner of the servient land grants the owner of the dominant land the servitudes described in para. 2 of the preceding part. This is confirmed by the use of the word "*cession*" in the heading of the clause in question. At the time the agreements at issue were signed, leading French dictionaries defined this word as follows:

[TRANSLATION] **[Conveyance].** . . . The action of conveying, transferring to another that which one owns.

(*Dictionnaire de l'Académie française* (8th ed. 1932), vol. 1, at p. 212)

[TRANSLATION] **[C]onveyance** . . . 1. The action of abandoning to another person a right which one holds or owns . . . . 2. The action of conveying to another person property in one's possession . . . .

(*Grand Larousse de la langue française* (1971), vol. 1, at p. 652)

[TRANSLATION] [**Conveyance**] . . . *Law.* The action of conveying (a right, property). See transfer; assignment, sale.

. . .

Convey . . . 2. *Law.* To transfer ownership of a thing to another person. See grant, divest, deliver, reconvey, transfer, sell . . . .

(P. Robert, *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française* (1976), at p. 250 and p. 242)

[48] Second, Sansfaçon J. found that after the notices of expropriation were published, the parties' predecessors in title had [TRANSLATION] "sign[ed] an agreement . . . in which they detailed the object

autant que besoin peut être, les droits réels et perpétuels de servitude ci-haut mentionnés sur le fonds servant [. . .], au bénéfice du fonds dominant . . .

Cette clause figure à la suite de la quittance, c'est-à-dire dans la partie de la convention qui commence par les mots « CES FAITS ÉTANT DÉCLARÉS, les parties aux présentes font les déclarations et les conventions suivantes ». Elle se trouve donc, suivant l'argument des intimés, au cœur de l'entente proprement dite. Or, elle indique en toutes lettres que le propriétaire du fonds servant consent au propriétaire du fonds dominant les servitudes décrites au par. 2 de la partie précédente. Le terme « cession » qui chapeaute cette clause le confirme. À l'époque des conventions en litige, les principaux dictionnaires en donnaient les définitions suivantes :

[**Cession**]. [. . .] Action de céder, de transférer à un autre ce dont on est propriétaire.

(*Dictionnaire de l'Académie française* (8e éd. 1932), t. 1, p. 212)

[**C**]**ession** [. . .] 1. Action d'abandonner à une autre personne un droit dont on est titulaire ou propriétaire [. . .] 2. Action de céder à une autre personne un bien que l'on possède . . .

(*Grand Larousse de la langue française* (1971), t. 1, p. 652)

[**Cession**] *Dr*. Action de céder (un droit, un bien). V. Transmission; transfert, transport, vente.

. . .

Céder [. . .] 2. *Dr*. Transporter la propriété d'une chose à une autre personne. V. Concéder, dessaisir (se), livrer, rétrocéder, transférer, vendre . . .

(P. Robert, *Dictionnaire alphabétique & analogique de la langue française* (1976), p. 250 et p. 242)

[48] Deuxièmement, le juge Sansfaçon considère qu'après la publication des avis d'expropriation, les auteurs des parties ont « sign[é] une convention [. . .] dans laquelle ils précisent l'objet de la

2020 SCC 37 (CanLII)

of the servitude": para. 6 (emphasis added).[3] After reproducing the substantive portions of the notices of expropriation, he pointed to the provisions of the notarial agreements, which vary as regards the number of electrical transmission lines that can be placed on the servient land: paras. 5-7. Although the notices of expropriation are vague regarding the number of lines authorized by the servitudes, [TRANSLATION] "in most of the contracts at issue, this number of lines is set at three": para. 7. A discrepancy between the two instruments regarding such an important stipulation tends to confirm that negotiations with respect to the scope of the servitudes themselves were conducted after the notices of expropriation had been published.

[49] Third, I have difficulty seeing how the agreements at issue can be characterized without taking into account the real rights obtained by the appellant, focusing instead on the monetary consideration as if these were merely compensation agreements. I cannot agree with the respondents' argument that their predecessors in title *agreed* to the amount of the indemnity but only *recognized* the expropriation itself. According to the very words of the agreements, the indemnity is simply the consideration for the main prestation set out in the [TRANSLATION] "Conveyance" clause, which is reproduced above: it is "[i]n consideration of the said indemnity" that the owner of the servient land "conveys and transfers . . . accepting, for all legal purposes and insofar as they may be needed, the . . . perpetual real rights of servitude" described at the beginning of the agreements.

[50] I find that Sansfaçon J. was correct in concluding that the agreements at issue are servitude agreements. What now remains to be done is to determine their effect having regard to Order in Council 3360-72 and the notices of expropriation.

(2) Distinction Between the Agreements, the Notices of Expropriation and the Order in Council

[51] To determine the scope of the servitudes established in favour of the appellant, Sansfaçon J.

[3] The Court of Appeal repeated this finding at para. 15 of its reasons, but ascribed no legal consequences to it.

servitude » : par. 6 (je souligne)[3]. De fait, ayant reproduit l'essentiel du texte des avis d'expropriation, il souligne le texte des conventions notariées qui en diffère quant au nombre de lignes de transport d'énergie électrique susceptibles d'être placées sur le fonds servant : par. 5-7. Tandis que les avis d'expropriation demeurent imprécis sur le nombre de lignes autorisées par les servitudes, « dans la majorité des contrats en litige ce nombre de lignes est fixé à trois » : par. 7. Une divergence entre les deux textes sur une stipulation aussi importante tend à confirmer que des négociations sur la portée des servitudes elles-mêmes sont intervenues après la publication des avis d'expropriation.

[49] Troisièmement, il m'apparaît douteux de qualifier les conventions en litige en faisant abstraction des droits réels obtenus par l'appelante pour se focaliser plutôt sur leur contrepartie monétaire, comme s'il s'agissait de simples conventions d'indemnisation. Je ne puis souscrire à l'argument des intimés selon lequel leurs auteurs auraient *consenti* au montant de l'indemnité mais n'auraient fait que *reconnaître* le fait de l'expropriation. Selon le texte même des conventions, l'indemnité n'est que la contrepartie de la prestation principale énoncée dans la clause « Cession », reproduite ci-dessus. En effet, c'est « [e]n considération de ladite indemnité » que le propriétaire du fonds servant « cède et transporte [. . .], acceptant, à toutes fins que de droit et en autant que besoin peut être, les droits réels et perpétuels de servitude » décrits au début des conventions.

[50] J'estime que le juge Sansfaçon a eu raison de conclure que les conventions en litige sont des conventions de servitude. Il reste à présent à déterminer leur effet au regard du Décret 3360-72 et des avis d'expropriation.

(2) La distinction entre les conventions, les avis d'expropriation et le décret

[51] Pour déterminer la portée des servitudes établies en faveur de l'appelante, le juge Sansfaçon s'en

[3] La Cour d'appel reprend cette conclusion au par. 15 de sa décision mais n'en tire aucune conséquence juridique.

2020 SCC 37 (CanLII)

considered the notices of expropriation and the agreements, relying on the latter to clear up any ambiguities: paras. 34-38. In the Court of Appeal's view, the appropriate approach was instead to analyze all the documents — notices of expropriation, plans, agreements and acquittances — in the context of the limits imposed by Order in Council 3360-72: paras. 18 and 22.

[52] The order in council, the notices of expropriation and the agreements are different types of documents, and it is important to distinguish them from one another. An order in council issued in accordance with s. 33(3)(*b*) *HQA*, as amended,[4] is an administrative act for the purpose of authorizing the exercise of the "power . . . to deprive a property owner of the enjoyment of the attributes of his or her right of ownership": *Lorraine (Ville) v. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 SCC 35, [2018] 2 S.C.R. 577, at para. 1. This authorization is a form of administrative tutorship exercised by the Lieutenant-Governor in Council (today one would say by the government) over the appellant's discretion with respect to expropriation: P. Issalys and D. Lemieux, *L'action gouvernementale: Précis de droit des institutions administratives* (4th ed. 2020), at pp. 173-74 and 353; P. Garant, with P. Garant and J. Garant, *Droit administratif* (7th ed. 2017), at pp. 445-51. Filing a notice of expropriation and the documents related to it is an administrative act that establishes and individualizes the servitude. As for the agreement, it relates to the ordinary exercise of civil rights and to the private law rules of contract.

[53] A servitude acquired by expropriation is, according to the classification set out in art. 1181 *C.C.Q.*, a servitude established by "operation of law": S. Normand, *Introduction au droit des biens* (3rd ed. 2020), at p. 322; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8th ed. 2018), at No. 611; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2nd ed. 2007), at para. 2046. This being the case, neither the law nor public order bars the expropriating party and the expropriated party from clarifying or modifying such a servitude by mutual agreement. Agreements similar to the ones at issue have come before our courts on several

[4] Today, the reference would instead be to the *Hydro-Québec Act*.

tient au texte des avis d'expropriation et des conventions, tout en s'appuyant sur ces dernières pour dissiper les ambiguïtés : par. 34-38. Pour la Cour d'appel, la démarche appropriée consiste plutôt à analyser l'ensemble des documents — avis d'expropriation, plans, conventions et quittances — à l'intérieur des paramètres fixés par le Décret 3360-72 : par. 18 et 22.

[52] Le décret, les avis d'expropriation et les conventions sont des documents de nature différente qu'il importe de bien distinguer. Le décret pris en vertu de l'art. 33(3)*b*) *LHQ* tel qu'amendé[4] est un acte administratif destiné à autoriser l'exercice du « pouvoir [. . .] de priver un propriétaire de la jouissance des attributs de son droit de propriété sur un bien » : *Lorraine (Ville) c. 2646-8926 Québec inc.*, 2018 CSC 35, [2018] 2 R.C.S. 577, par. 1. Cette autorisation relève d'une forme de tutelle administrative exercée par le lieutenant-gouverneur en conseil (on dirait aujourd'hui le gouvernement) sur le pouvoir discrétionnaire de l'appelante en matière d'expropriation : P. Issalys et D. Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives* (4e éd. 2020), p. 173-174 et 353; P. Garant, avec la collaboration de P. Garant et J. Garant, *Droit administratif* (7e éd. 2017), p. 445-451. Le dépôt d'un avis d'expropriation et des documents y afférents est un acte administratif qui constitue et individualise la servitude. Quant à la convention, elle se rattache à l'exercice ordinaire des droits civils et aux règles contractuelles propres au droit privé.

[53] La servitude acquise par expropriation est une servitude établie par « l'effet de la loi » suivant la classification énoncée à l'art. 1181 *C.c.Q.* : S. Normand, *Introduction au droit des biens* (3e éd. 2020), p. 322; D.-C. Lamontagne, *Biens et propriété* (8e éd. 2018), no 611; P.-C. Lafond, *Précis de droit des biens* (2e éd. 2007), par. 2046. Cela étant, ni la loi ni l'ordre public ne s'opposent à ce que l'expropriant et l'exproprié précisent ou modifient, par un accord de gré à gré, la servitude ainsi constituée. À quelques reprises, en effet, des conventions analogues à celles en litige ont été portées à l'attention de nos

[4] Aujourd'hui, on se référerait plutôt à la *Loi sur Hydro-Québec*.

2020 SCC 37 (CanLII)

occasions: *Michaud et Simard Inc. v. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169 (Que.); *Domaine de la rivière inc. v. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6 (C.A.); *Sani Sport inc. v. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; Lafond, at paras. 2046-47.

[54] *Michaud et Simard Inc.* is of particular interest in this regard. It concerned the scope of power line servitudes for which notices of expropriation had been issued and agreements had subsequently been entered into. Bisson J.A. wrote the following for a unanimous panel:

> [TRANSLATION] . . . I conclude that the conventional servitudes must prevail in this case. It is true that there were notices of expropriation, but these notices were followed by negotiations and conventional servitudes.
>
> The expropriated party attempted to draw a distinction between servitudes of public utility, which were referred to as administrative servitudes, and conventional servitudes.
>
> I find that an entity such as Hydro, which is empowered to obtain servitudes of public utility by expropriation, does not in so doing lose the capacity to acquire servitudes by agreement.
>
> Hydro, which has all the general powers of a corporation, obviously has the power to negotiate the acquisition of a servitude.
>
> From this, I conclude that the agreements subsequently entered into with the owners of the servient land must prevail over notices of expropriation R-19 of 1953 as amended in 1953 for Bersimis I and R-20 of 1957 for Bersimis II.
>
> What now remains to be seen is what rights and obligations were acquired by Hydro, on the one hand, and conveyed by the owners of the servient land, on the other hand, in each of these agreements. [Citations omitted; pp. 175-76.]

I agree with this reasoning. It must be presumed that the servitude agreement, if entered into after the notice of expropriation, contains a more faithful definition of the scope and terms for exercise of the servitude of public utility than does the notice of

tribunaux : *Michaud et Simard Inc. c. Commission hydro-électrique de Québec*, [1982] C.A. 169 (Qc); *Domaine de la rivière inc. c. Aluminium du Canada ltée*, [1996] R.D.I. 6 (C.A.); *Sani Sport inc. c. Hydro-Québec*, 2008 QCCA 2498, [2009] R.J.Q. 26; Lafond, par. 2046-2047.

[54] À cet égard, l'arrêt *Michaud et Simard Inc.* mérite une attention toute particulière. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer la portée de servitudes relatives au transport d'énergie électrique qui avaient fait l'objet d'avis d'expropriation, puis de conventions. Le juge Bisson, rédigeant au nom d'une formation unanime, écrit dans ses motifs :

> . . . j'en viens à la conclusion qu'en l'espèce les servitudes conventionnelles doivent primer. Certes, il y a eu des avis d'expropriation, mais ces avis furent suivis de négociations et de servitudes conventionnelles.
>
> De la part de l'expropriée, on a cherché à faire une distinction entre des servitudes d'utilité publique, qu'on a appelées servitudes administratives, et les servitudes conventionnelles.
>
> J'estime qu'un organisme comme Hydro, qui est habilité à obtenir par voie d'expropriation des servitudes d'utilité publique, ne perd pas, par le fait même, la capacité d'acquérir des servitudes par convention.
>
> Hydro, ayant tous les pouvoirs généraux d'une corporation, a certes celui de négocier l'acquisition d'une servitude.
>
> De ceci, j'en conclus que les avis d'expropriation R-19 de 1953 et amendement de 1953 pour Bersimis I et R-20 de 1957 pour Bersimis II doivent céder le pas aux conventions intervenues subséquemment avec les propriétaires des fonds servants.
>
> Il reste maintenant à voir quels étaient les droits et obligations, d'une part, acquis par Hydro et, d'autre part, cédés par les propriétaires des fonds servants lors de chacune de ces conventions. [Références omises; p. 175-176.]

Je partage ce raisonnement. On doit présumer que la convention de servitude, si elle est postérieure à l'avis d'expropriation, définit plus fidèlement la portée et les modalités d'exercice de la servitude établie pour l'utilité publique que ne le fait cet avis

2020 SCC 37 (CanLII)

expropriation. This is particularly true in the case at bar, given that the agreements at issue include a complete description of the servitudes, adding some details that do not appear in the notices of expropriation (such as the authorized number of lines). In these circumstances, the agreements are the titles to which the owners of the servient land and the dominant land must refer in exercising their respective rights.

[55] The Court of Appeal agreed with the principle from *Michaud et Simard Inc.* that notices of expropriation do not preclude parties from negotiating conventional servitudes, but it concluded that that principle did not apply, because the agreements at issue [TRANSLATION] "refe[r] to the acquisition of servitudes by expropriation": para. 21. To me, such a distinction seems excessively formalistic. First, it is based on a textual argument that does not take into account the real content of the agreements: see paras. 47-49 of these reasons. Second, the reference to the means by which the servitudes were established becomes irrelevant when one recognizes that a servitude acquired by expropriation may be amended by agreement. Third, if it were to be accepted that two different sets of rules applied depending on whether the post-expropriation agreements *referred* to the means of establishment of the servitudes, it would become practically impossible to draw a clear line between cases in which the servitude must be analyzed on the basis of the notice of expropriation and documents related to it, and cases in which it must be analyzed on the basis of the subsequent agreement.

[56] In my view, the approach according to which the servitudes should be analyzed in light of the order in council is also wrong. An order in council issued in accordance with s. 33 of the *HQA* is concerned with the public use relied on to justify the expropriation. It expresses an administrative authorization to intrude on the owner's right to the free disposition of his or her property, but it does not in itself grant any real rights. It makes it possible to establish a servitude without the consent of the owner of the servient land, but does not establish a servitude on that land. What define the rights granted by the servitudes are the titles: *Domaine de la rivière inc.*; Normand, at

d'expropriation. Cela s'applique à plus forte raison en l'espèce, attendu que les conventions en litige décrivent les servitudes de façon complète en y apportant des précisions qui ne figuraient pas dans les avis d'expropriation (quant au nombre de lignes autorisées, par exemple). Dans ces circonstances, les conventions sont les titres auxquels les propriétaires des fonds servants et dominants doivent se reporter pour l'exercice de leurs droits respectifs.

[55] Ayant admis le principe découlant de *Michaud et Simard Inc.*, à savoir que des avis d'expropriation n'empêchent pas les parties de négocier des servitudes conventionnelles, la Cour d'appel l'a pourtant jugé inapplicable au motif que le texte des conventions en litige se « réf[è]re [. . .] à l'acquisition de servitudes par expropriation » : par. 21. Pareille distinction m'apparaît exagérément formaliste. Premièrement, elle se fonde sur un argument textuel qui ne tient pas compte de la teneur réelle des conventions intervenues : voir les par. 47-49 des présents motifs. Deuxièmement, la référence au mode d'établissement perd sa pertinence dès lors qu'on reconnaît qu'une servitude acquise par expropriation peut être modifiée conventionnellement. Troisièmement, si l'on devait admettre que deux régimes différents s'appliquent selon que les conventions postérieures aux avis d'expropriation *se réfèrent* ou non au mode d'établissement des servitudes, il deviendrait pratiquement impossible de tracer une ligne claire entre les cas où la servitude devrait s'analyser d'après l'avis d'expropriation et les documents y afférents, et les cas où elle devrait s'analyser d'après la convention subséquente.

[56] La démarche consistant à analyser les servitudes à la lumière du décret m'apparaît elle aussi mal fondée. Le décret découlant de l'art. 33 *LHQ* s'intéresse à la cause d'utilité publique invoquée au soutien de l'expropriation. Il exprime une autorisation administrative de porter atteinte au droit du propriétaire à la libre disposition de ses biens, mais il ne confère en lui-même aucun droit réel. Il rend possible la constitution d'une servitude sans le consentement du propriétaire du fonds servant, mais il ne constitue pas de servitude sur ce fonds. Or, ce sont les titres qui déterminent les droits conférés par les servitudes : *Domaine de la rivière inc.*; Normand,

2020 SCC 37 (CanLII)

p. 320; Lafond, at para. 2050. In the instant case, the titles are the servitude agreements.

[57] Servitude agreements are subject to the rules applicable to the interpretation of contracts: *Centre de distribution intégré (CDI) inc. v. Développements Olymbec inc.*, 2015 QCCA 1463, 59 R.P.R. (5th) 1, at para. 17; *151692 Canada inc. v. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237, at para. 30; Normand, at p. 329; see also *Uniprix*, at paras. 34-41. If their words are clear, effect must be given to the clearly expressed intention of the parties. If, however, the agreements, read as a whole, are vague, ambiguous or incomplete, the common intention of the parties must be sought: art. 1425 *C.C.Q.*

[58] But there is no need to go to that second step in this case, as Sansfaçon J. has already found that the agreements were clear: para. 38. Whether a contract is clear or ambiguous is, in the context of an appeal, a question of mixed fact and law for which the applicable standard for intervention is palpable and overriding error: *Uniprix*, at para. 41. Because no such errors have been established, the scope of the servitudes must be determined in light of the words of the agreements at issue.

(3) Rights Under the Servitude Agreements

[59] In substance, the agreements grant the appellant:

- servitudes allowing it to place, replace, operate and maintain up to three electrical transmission lines;[5]
- servitudes for tree cutting and pruning;
- servitudes of right of way; and
- servitudes of non-construction.

[60] They do not mention any restrictions regarding the origin or destination of the electricity. The

[5] These "lines" should not be confused with the [TRANSLATION] "electrical wires" (trial reasons, at paras. 45-50).

p. 320; Lafond, par. 2050. En l'occurrence, il s'agit des conventions de servitude.

[57] Ces conventions sont soumises aux règles applicables à l'interprétation des contrats : *Centre de distribution intégré (CDI) inc. c. Développements Olymbec inc.*, 2015 QCCA 1463, 59 R.P.R. (5th) 1, par. 17; *151692 Canada inc. c. Centre de loisirs de Pierrefonds enr.*, 2005 QCCA 376, [2005] R.D.I. 237, par. 30; Normand, p. 329; voir aussi *Uniprix*, par. 34-41. Leurs termes, s'ils sont clairs, imposent le respect de la volonté manifeste des parties. Si toutefois, lues dans leur ensemble, les conventions s'avèrent obscures, ambiguës ou incomplètes, la commune intention des parties doit être recherchée : art. 1425 *C.c.Q.*

[58] Il n'y a toutefois pas lieu ici de se rendre à cette deuxième étape, le juge Sansfaçon ayant déjà conclu que les conventions étaient claires : par. 38. Le caractère clair ou ambigu d'un contrat soulève, lors d'un appel, une question mixte de fait et de droit assujettie à la norme d'intervention de l'erreur manifeste et déterminante : *Uniprix*, par. 41. Aucune erreur de ce type n'ayant été établie, on doit s'en remettre au libellé des conventions en litige pour déterminer la portée des servitudes.

(3) Les droits conférés par les conventions de servitudes

[59] Pour l'essentiel, les conventions confèrent à l'appelante :

- Des servitudes permettant de placer, de remplacer, d'exploiter et d'entretenir jusqu'à trois lignes[5] de transport d'énergie électrique;
- Des servitudes de coupe d'arbres, d'émondage et d'ébranchage;
- Des servitudes de passage;
- Des servitudes de non-construction.

[60] Elles ne font mention d'aucune restriction quant à la provenance ou à la destination du courant

[5] Ces « lignes » ne doivent pas être confondues avec les « fils électriques » : motifs de première instance, par. 45-50.

2020 SCC 37 (CanLII)

argument that the servitudes are limited to the line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations must therefore fail. Moreover, the respondents' suggestion that a restrictive interpretation of the powers of expropriation is required cannot be accepted either. What we must rule on here is not the exercise of a public power, but the scope of contractual agreements.

[61] The servitudes on the respondents' lots authorize the appellant to construct the Chamouchouane-Bout-de-l'Île line. As I mentioned above, there is no need to refer to the provisions of the notices of expropriation: the agreements must prevail. I wish to be clear, however, that had it been necessary to do so, my conclusion would have been the same. I agree with Sansfaçon J. that the reference in the preamble of the notices of expropriation to Order in Council 3360-72 and the Jacques-Cartier-Duvernay line has no impact on the description of the scope of the servitudes: trial reasons, at paras. 34 and 36.

C. *Was the Appellant's Reconfiguration of the Jacques-Cartier-Duvernay Line in the 1980s Incompatible With the Servitudes?*

[62] Having unduly limited the appellant's rights on the respondents' land to the Jacques-Cartier-Duvernay line, the Court of Appeal concluded that the redirection of that line to the La Vérendrye substation in the early 1980s was incompatible with the servitudes.

[63] The appellant submits that this conclusion seriously compromises the principle of stability of real rights on which the evolution of its system depends, especially given that redirecting an electrical transmission line to another substation has no effect on the situation of the servient land. As for the respondents, they see this change as a substitution for the dominant land.

[64] To identify the dominant land, the agreements at issue refer to s. 19 of the *Watercourses Act*, R.S.Q. 1964, c. 84.[6] Contrary to what the respond-

[6] Now the *Watercourses Act*, CQLR, c. R-13.

électrique. Dès lors, l'argument selon lequel la portée des servitudes se limiterait à la ligne entre les postes de transformation Jacques-Cartier-Duvernay ne saurait être retenu. Il ne saurait pas non plus se fonder sur une interprétation restrictive des pouvoirs d'expropriation, comme le suggèrent les intimés. Nous n'avons pas ici à statuer sur l'exercice d'un pouvoir public, mais sur la portée d'ententes contractuelles.

[61] Les servitudes grevant les lots des intimés autorisent l'appelante à construire la ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île. Comme je l'ai déjà dit, il n'y a pas lieu de s'en remettre au texte des avis d'expropriation : les conventions doivent primer. Je tiens toutefois à préciser que, dans l'hypothèse où cela se serait avéré nécessaire, ma conclusion aurait été la même. À l'instar du juge Sansfaçon, je considère que l'allusion au Décret 3360-72 et à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay contenue dans le préambule des avis d'expropriation n'a aucune incidence sur la description de la portée des servitudes : motifs de première instance, par. 34 et 36.

C. *L'appelante a-t-elle contrevenu aux servitudes lorsqu'elle a réaménagé la ligne Jacques-Cartier-Duvernay au cours des années 1980?*

[62] Ayant indûment restreint les droits de l'appelante sur les terrains des intimés à la ligne Jacques-Cartier-Duvernay, la Cour d'appel en vient à conclure que la redirection de cette ligne vers le poste de transformation La Vérendrye survenue au début des années 1980 va à l'encontre des servitudes.

[63] L'appelante prétend que cette conclusion compromet sérieusement le principe de stabilité des droits réels sur lequel repose l'évolution de son réseau, d'autant que la redirection d'une ligne de transport d'électricité vers un autre poste de transformation n'affecte en rien la situation des fonds servants. Les intimés, eux, voient dans ce changement une substitution du fonds dominant.

[64] Les conventions en litige renvoient, pour l'identification du fonds dominant, à l'art. 19 de la *Loi du régime des eaux*, S.R.Q. 1964, c. 84[6].

[6] Aujourd'hui, la *Loi sur le régime des eaux*, RLRQ, c. R-13.

2020 SCC 37 (CanLII)

ents suggest, the dominant land is not the transmission line between the Jacques-Cartier and Duvernay substations. Rather, it is [TRANSLATION] "the electrical transmission line(s) erected or to be erected on the said servient land": art. 3 of the agreements. On this point, I agree with the Court of Appeal that there is no new dominant land, because the transmission line is still there: C.A. reasons, at para. 29.

[65] However, I find that the Court of Appeal erred in concluding that the appellant [TRANSLATION] "is using the line for a purpose other than the one provided for in the act of servitude": para. 37. As I explained above, the servitudes at issue must be analyzed in light of the agreements subsequent to the notices of expropriation, and those agreements contain no restrictions as to the origin of the electricity. They grant the right to [TRANSLATION] "place, replace, maintain and operate, on the said servient land, three (3) high- or low-voltage electrical transmission line(s), and communication lines". The servitudes concern the lines crossing the servient land, not the substations located at either end of those lines. I see nothing in the words of the agreements that would explicitly or implicitly prevent the appellant from redirecting one of its lines toward another substation. The right to operate electrical transmission lines clearly includes the right to make modifications such as the one that was made in the early 1980s.

D. *Are the Appellant's Proceedings Abusive?*

[66] The respondents submit that the appellant is abusing its rights and that the proceedings it has undertaken are themselves abusive. They seek a substantial indemnity that, they claim, corresponds to the expenditures and costs they incurred.

[67] No evidence has been adduced in this regard. At first glance, however, there is nothing abusive about these proceedings. The appellant sought to use the servitudes that had been granted to it by the respondents' predecessors in title and had been

Contrairement à ce que suggèrent les intimés, le fonds dominant n'est pas la ligne de transmission entre les postes Jacques-Cartier et Duvernay. Il s'agit plutôt de « la (des) ligne(s) de transmission d'énergie électrique érigée(s) ou à être érigée(s) sur ledit fonds servant » : art. 3 des conventions. Sur ce point, je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire qu'il n'y a pas de nouveau fonds dominant, la ligne de transmission étant demeurée : motifs de la Cour d'appel, par. 29.

[65] La conclusion de la Cour d'appel selon laquelle l'appelante « fait usage de la ligne pour une fin autre que celle prévue à l'acte de servitude » (par. 37) m'apparaît toutefois erronée. Comme je l'ai déjà expliqué, les servitudes en litige doivent s'analyser à la lumière des conventions postérieures aux avis d'expropriation. Or, ces conventions ne contiennent aucune restriction quant à la provenance du courant électrique. Elles confèrent le droit de « placer, remplacer, entretenir et exploiter, sur ledit fonds servant trois (3) ligne(s) de transport d'énergie électrique, à haut ou faible voltage, et des lignes de communication ». Les servitudes portent sur les lignes qui traversent les fonds servants et non sur les postes de transformation situés aux extrémités de ces lignes. Je ne vois rien dans le texte des conventions qui empêcherait explicitement ou implicitement l'appelante de rediriger l'une de ses lignes vers un autre poste de transformation. Le droit d'exploiter des lignes de transport d'énergie électrique comprend, certes, celui d'y apporter des modifications comme celle survenue au début des années 1980.

D. *Les procédures entreprises par l'appelante sont-elles abusives?*

[66] Les intimés soutiennent que l'appelante abuse de ses droits et que les procédures entreprises sont elles-mêmes abusives. Ils demandent le versement d'une indemnité substantielle, censée correspondre aux dépenses et aux frais engagés.

[67] Aucune preuve n'a été administrée à cet égard. À première vue cependant, les procédures n'ont rien d'abusif. L'appelante a cherché à faire usage des servitudes que lui avaient consenties les auteurs des intimés et qui avaient été publiées au registre foncier.

2020 SCC 37 (CanLII)

published in the land register. The respondents were presumed to be aware of the rights granted by these servitudes: arts. 1182 and 2941 *C.C.Q.* They nonetheless blocked construction of the new Chamouchouane-Bout-de-l'Île line, which forced the appellant to seek injunction orders. Unsuccessful at trial, the respondents appealed the case, and they now claim that the appellant must [TRANSLATION] "be found liable to [them] for all the expenditures it caused them to incur in all three (3) courts": R.F., at para. 128. With respect, it is not up to the appellant to pay for the steps they took.

VII. Conclusion

[68] For these reasons, I would allow the appeal, set aside the Court of Appeal's decision and restore all the conclusions of the trial judge's decision, except the one stated in para. 66. I would remand the case to the Superior Court for hearing of the cross-application. The appellant is entitled to its costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Solicitors for the respondents: Vincent Karim & Als, Saint-Laurent; Me Hrtschan, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the intervener Canadian Electricity Association: Torys, Toronto.

Les intimés étaient présumés connaître les droits conférés par ces servitudes : art. 1182 et 2941 *C.c.Q.* Ils ont néanmoins fait obstacle à la construction de la nouvelle ligne Chamouchouane-Bout-de-l'Île, ce qui a contraint l'appelante à solliciter des ordonnances d'injonction. Déboutés en première instance, ils ont porté l'affaire en appel et prétendent aujourd'hui que l'appelante doit « être tenue responsable envers [eux] pour toutes les dépenses qu'elle [leur] a fait subir [. . .] devant les trois (3) instances » : m.i., par. 128. Avec égards, il n'appartient pas à l'appelante de faire les frais de leurs démarches.

VII. Conclusion

[68] Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'écarterais l'arrêt de la Cour d'appel et je rétablirais toutes les conclusions du jugement de première instance, sauf celle énoncée au par. 66. Je retournerais le dossier à la Cour supérieure pour l'audition de la demande reconventionnelle. L'appelante a droit aux dépens devant toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelant : Blake, Cassels & Graydon, Montréal.

Procureurs des intimés : Vincent Karim & Als, Saint-Laurent; Me Hrtschan, Montréal.

Procureur de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de l'électricité : Torys, Toronto.

2020 SCC 37 (CanLII)

CITATION: Harris v. Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft et al. 2024 ONSC 2341
DIVISIONAL COURT FILE NO.: 22-662-00
DATE: 20240423

2024 ONSC 2341 (CanLII)

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT

Firestone R.S.J., Charney and Leiper JJ.

BETWEEN:	
PETER SCOTT HARRIS Appellant	*K. Podrebarac, F. Yu*
– **and** –	for the Appellant
BAYERISCHE MOTOREN WERKE AKTIENGESELLSCHAFT AND BMW CANADA INC. Respondents	*P. Pliszka, K. Potter, C. Pilkington* for the Respondents

Proceeding under the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6

HEARD at Toronto: February 13, 2024

REASONS FOR DECISION

Firestone, R.S.J.

Overview

[1] The Appellant Peter Scott Harris ("Harris") appeals from the production and redaction order of Perell J., the case management judge, dated November 16, 2022 (the "order").

[2] This is a class action brought by the representative plaintiff Harris on behalf of all persons or entities in Canada who owned or leased certain Mini Cooper cars manufactured between 2002 to 2008 in Germany by Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft ("BMW-AG") and

distributed by its Canadian subsidiary, BMW Canada Inc. The claim alleges that the vehicles had a defective power steering system that could malfunction and cause a dangerous loss of power steering or a fire. The class action was certified by the motion judge on April 2, 2020.

[3] During the pre-common issue discovery stage of the proceeding a dispute arose regarding the discovery plan and manner of production of documents required by the foreign defendant, BMW-AG. The dispute relates to the application of European and German Privacy laws to the disclosure and production obligations under the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 (the "*Rules*").

[4] BMW-AG raised concerns that documents it was required to both disclose in their affidavit of documents and produce could reveal personal information in contravention of the *European Union General Data Protection Regulation ("GDPR")* and German privacy law under the German *Federal Data Protection Act* ("BDSG"). In BMW-AG's draft Discovery Plan it proposed that any document containing foreign private data be redacted.

[5] Prior to Harris's intended motion to settle the Discovery Plan, BMW-AG brought the underlying motion seeking a declaratory order regarding its disclosure and production obligations in light of the conflict it raised between their disclosure and production obligations under the Ontario *Rules* and data protection and privacy obligations pursuant to European and German law. BMW-AG sought a declaratory order that it produce records in accordance with the "two-step" layered approach proposed by its expert. BMW-AG took the position that European and German privacy laws prevented it from disclosing personal data and required them at first instance to redact all personal data from documents that were disclosed and produced in the litigation.

[6] Following a case conference held in advance of BMW-AG's motion, BMW-AG was directed to deliver an affidavit of documents with redactions which would then be reviewed and assessed at the motion. BMW-AG delivered an affidavit of documents that redacted references to every person in each document listed and produced. At the underlying motion Harris submitted that the extent of the redactions made by BMW-AG rendered the documents unusable and precluded class counsel from being able to prosecute the action. He argued that all documentary production should be undertaken strictly in accordance with the *Rules* with no redactions at all from or in otherwise presumptively producible records.

[7] At the underlying motion the parties each tendered expert evidence regarding how foreign privacy laws could be accommodated and complied with within the context of the disclosure obligations under the *Rules*. After considering the positions of the parties the motion judge crafted an order that required BMW-AG to deliver a further affidavit of documents with disclosure and production of documents relevant to any issue in the action with redactions for privileged information and personal data not relevant to any issue in the action.

[8] Specifically the order provided that BMW-AG could redact documents provided it is in a position to establish that: (a) the redacted information is irrelevant to the issues, serving no legitimate purpose in resolving the issues; and (b) disclosure of the information would cause significant harm to the producing party or would infringe public interests deserving of protection,

2024 ONSC 2341 (CanLII)

namely the interests of the person whose personal information is being disclosed. For clarity and to give effect to the order made, the motion judge used the text of r. 30.03 and Form 30 B as a template and modified it by inserting the additional wording contained in his reasons regarding the specific redactions allowed and annexed it to the back of the order. The motions judge ordered that an affidavit of documents shall not be filed as directed under r. 30.03(5) without leave of the court.

[9] The order did not relieve BMW-AG of its obligation to deliver an affidavit of documents and list and produce documents under each of the applicable schedules. Further, the ability to redact pursuant to the order was not unbounded. The order directed that BMW-AG could redact only on the limited basis specified. The order did not prevent or restrict Harris's ability to subsequently test and challenge the propriety of any redactions made in accordance with the process set-forth in the *Rules*.

The Issues

[10] The issues for determination are as follows:

1. Did the motion judge exceed his jurisdiction in making the order and was the Appellant denied procedural fairness?

2. Did the motion judge err in ordering that BMW-AG could redact personal data from its productions?

3. If Foreign Law required redaction, should such redactions have been allowed?

4. Did the motion judge err by imposing a leave requirement to file an affidavit of documents?

[11] For the reasons that follow I would dismiss the appeal on the first three grounds of appeal and grant the appeal on the fourth.

Standard of Review

[12] An appellate standard of review applies to this appeal: correctness as to questions of law, and palpable and overriding error in respect to questions of fact or questions of mixed fact and law. Where there is an extricable legal principle, the standard is of review is correctness. With respect to the application of the correct legal principles to the evidence, the standard is palpable and overriding error. See *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 8, 10, 19, and 27-36 and *Canada (Minister of Citizenship and Immigration v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, at para. 37.

[13] Questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what took place between the parties; and questions of mixed fact and law are questions about whether the facts satisfy the legal tests: see *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35.

2024 ONSC 2341 (CanLII)

[14] When the decision under appeal is fact-intensive or involves the exercise of discretion, care must be taken in identifying extricable errors of law since the process of severing out legal issues can undermine the standard of review analysis. An arguably unreasonable exercise of discretion is not an error of law or jurisdiction: *Wood Buffalo (Regional Municipality) v. Alberta (Energy and Utilities Board),* 2007 ABCA 192, 80 Alta. L.R. (4th) 229, at para. 8; *Natural Resource Gas Limited v. Ontario (Energy Board*), 2012 ONSC 3520 (Div. Ct.), at para. 8; *Conserve Our Rural Environment v. Dufferin Wind Power Inc*, 2013 ONSC 7307 (Div. Ct.), at para. 13.

[15] On an appeal of a judge's discretionary decision, the court will only intervene where the discretion was exercised on a wrong principle of law, or a clear error has been made. An appellate court should defer to the findings of fact made by a motion judge unless the judge has disregarded or failed to appreciate relevant evidence: *Bottan v. Vroom*, 2002 CanLII 41691 (Ont. C.A.), at para 13; *Rimon v. CBC Dragon Inc.*, 2024 ONCA 128, at para. 14.

The Legislative Context

[16] The GDPR and BDSG impose an obligation on BMW-AG not to disclose the personal data of its employees, customers, or any other person unless it can satisfy certain statutory requirements. Foreign privacy law applies to the personal data of any person whose data is stored in a company's records, whether or not that person is an employee and includes data about persons with whom a company's employees may have communicated or transacted, such as business partners or suppliers.

[17] The experts retained by both Harris and BMW-AG agreed that BMW-AG is a controller of personal data within the meaning of the foreign laws and therefore are obligated to comply with the prohibitions, conditions, and restrictions in processing such data. This includes disclosure of data in a legal proceeding. The experts agreed that personal data is broadly defined, and disclosure of any personal data is prohibited, unless a prescribed exception applies. They also agreed that the only exception that might apply in this case is the "Legitimate Interest Exception" in Art. 6(1)(f) of the GDPR, which states as follows:

> Article 6.
>
> Processing shall be lawful only if and to the extent that at least one of the following applies:
>
> …
>
> f. processing is necessary for the purposes of the legitimate interests pursued by the controller or by a third party, except where such interests are overridden by the interests or fundamental rights and freedoms of the data subject which require protection of personal data, in particular where data subject is a child.

[18] Disclosure of personal data for the purposes of asserting or defending claims in legal proceedings is a legitimate interest under Art. 6(1)(f) of the GDPR if two preconditions are met: first is necessity; the proposed disclosure must be strictly necessary with no reasonable alternative which can satisfy the same objective. Second is the balancing of interests; the legitimate interest

2024 ONSC 2341 (CanLII)

in disclosing the personal data must not be overridden by the rights and interests of the person whose information would be disclosed in preventing the disclosure. Disclosure is prohibited if the interests of the data subject outweigh the interests of the controller or third party to whom disclosure is to be made. Both experts agreed that there are sanctions and consequences for violation of the GDPR and BDSG.

[19] There is a three-step process to follow in the balancing of interests stage: (1) identify the interest at stake; (2) assess whether the data processing (disclosure in this case) is necessary to pursue the identified interests; and (3) assess if such interests are overridden by the interests or rights of the data subjects. The experts agreed that factors to be considered in carrying out the balancing of interests exercise include (1) the reasonable expectations of the data subject; (2) the potential impacts on the data subject; (3) the nature of the data; and (4) the scope and manner of the processing (i.e.; disclosure). There is disagreement between the experts about the process BMW-AG is required to follow in order to satisfy the necessity test and balancing of interests test.

[20] Dr. Hartung, the expert retained on behalf of BMW-AG, states in applying the "necessity" and "balancing of interests" preconditions that just because information contained in a document may be relevant to the litigation does not mean that all personal data in that document is relevant and therefore should be disclosed at first instance. Dr. Hartung's opinion was that the GDPR mandated a "layered approach". Under this approach, all personal data would be redacted from the document and subsequently disclosed if it is established that the disclosure of the document with those redactions would compromise the effectiveness of the fact-finding process.

[21] Dr. Piltz, the expert retained by Harris, disagrees with the layered approach and opines that such approach is not necessary in order to comply with the GDPR and BDSG. In his opinion personal data that is relevant and necessary to the litigation can be processed and exported. In applying the three-step "balancing of interests" test, Dr. Piltz opines that: (1) the plaintiffs have a legitimate interest in receiving unredacted relevant documents in order to pursue their civil claim; (2) the requirement to provide relevant documents in accordance with the *Rules* is sufficient to satisfy the necessity step of the balancing test; and (3) work-related personal data (which was the primary kind of personal data contained in the disclosure) was not particularly sensitive and would be accessed by a small number of people. Ontario's deemed undertaking rule would apply and as a result the interference with a data subject's rights was low.

The Motion Decision

[22] The motion judge agreed with Harris that the legitimate interest exception is already ingrained or "baked" into the *Rules* by way of the relevancy test and therefore at first instance it is not necessary to redact "all personal data" as mandated under the layered approach. However, the motion judge disagreed that it necessarily follows that all personal data should therefore be disclosed at first instance. In balancing the competing interests, the motion judge makes clear, as contemplated by the *Rules*, that it is only relevant information—in this case, relevant personal data—which will satisfy the Legitimate Interest Exception test and therefore be producible. The motion judge indicated that a case-by-case analysis is required in order to determine whether such personal data should be redacted.

2024 ONSC 2341 (CanLII)

[23] To balance the competing interests at play, the motion judge used a procedural tool available to him, namely redaction. The motion judge's goal was to ensure, at the initial disclosure stage that only personal data that is not relevant to any issue in the action or privileged information would be redacted from the documents listed in the affidavit of documents and produced. Such a process would allow BMW-AG to comply with its competing disclosure obligations while preserving Harris's ability to challenge all redactions made.

The Issues

1. Did the motion judge exceed his jurisdiction in making the order and was the Appellant denied procedural fairness?

Position of the parties

[24] Harris argues that pursuant to r. 37.13(1), the motion judge's jurisdiction was limited to either granting the specific relief sought on the motion or dismissing or adjourning the motion. Accordingly, once the motion judge rejected the moving parties request for a declaratory order that it produce its documentary productions strictly in accordance with the "layered approach" he had no alternative but to dismiss the motion in its entirety. Harris submits that the motion judge did not have the jurisdiction to order relief that was not specifically sought or requested on the motion. BMW-AG did not request redactions of irrelevant personal data or privileged data and therefore the issue was not, Harris submits, properly before the court. BMW-AG argued the motion on the basis that comity required that personal data be disclosed only where it is strictly relevant. In addition, Harris says that the motion judge did not have jurisdiction to amend the *Rules* or Forms and did so without giving the parties notice or an opportunity to make submissions. As a result, there was a denial of procedural fairness.

[25] In response BMW-AG submits that Harris relies on a flawed understanding of r. 37.13(1), which states that a motion judge may "grant the relief sought or dismiss or adjourn the motion, in whole or in part and with or without terms" [emphasis added]. The motion judge was not obligated to accept either party's expert opinion in its entirety. In accordance with r. 37.13(1) the motion judge had jurisdiction to grant part of the relief sought and impose terms, which is exactly what he did. The motion judge's jurisdiction was not limited to the binary choice posited by Harris. In accordance with the rule the motion judge's jurisdiction included the flexibility to grant part of the relief sought in order to achieve a just result, and to do so by imposing terms based on the facts and law. The order represented a compromise between the parties' competing positions. Further, the motion judge did not amend the *Rules*, rather he simply used the language of r. 30.03 as a template, making modifications to it in order to express and clarify the intent and application of the order made in this specific case. In other words, the motion judge's modifications provided counsel with case-specific guidance with respect to the implementation of the order.

Analysis

[26] A high degree of deference is to be accorded to the motion judge regarding the application of the *Rules*. I find the motion judge did not err by exceeding his jurisdiction and had the authority to make the order. There was not a denial of procedural fairness in doing so.

2024 ONSC 2341 (CanLII)

[27] The issues for determination before the motion judge related to BMW-AG's competing documentary production obligations. This issue was in dispute between the parties from the outset. In the notice of motion BMW-AG sought a declaratory order that it produce its documentary productions in accordance with the 'layered approach" proposed by their expert. In the alternative however, BMW-AG requested "such further and other relief as this Honourable Court may deem just".

[28] Rule 1.04(1) provides that the rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits. It is in this context that the rules were to be applied by the motion judge. Read together, rr. 1.04(1) and 37.13(1) provided the motion judge with the discretion and flexibility to grant some or part of the relief sought on the motion as it related to the disclosure of personal data and privileged information and to use the procedural tools available to him to achieve a just result regarding the issues in dispute on the motion.

[29] The motion judge did not, as suggested by Harris, amend the *Rules* or Forms without giving either party notice or an opportunity to make submissions. For clarity and to give effect to the procedural order made, the motions judge used the text of r. 30.03 and Form 30 B and inserted the additional wording regarding the specific redactions allowed for personal data and privilege in this proceeding specifically.

[30] In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration*), [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 21, the Supreme Court of Canada references its earlier decision in *Knight v. Indian Head School Division No. 19*, [1990] 1 S.C.R. 653, at p. 682, where the court states "the concept of procedural fairness is eminently variable, and its content must be decided in the specific context of each case".

[31] Redaction as a method of achieving a balance in the production process was an essential feature of the "layered approach" proposed by BMW-AG's expert which was addressed and responded to by Harris's expert. While the motion judge did not accept BMW-AG's expert's proposal as to the precise manner and extent to which redactions should be made, redaction as a procedural tool was clearly referenced in both expert reports, such reports having been delivered prior the hearing of the motion. The concept of redaction was not foreign to the parties and was not raised for the first time at the hearing of the motion. Both parties made submissions to the motion judge on what personal data could be disclosed. It was open to the motion judge in the exercise of his discretion to use the procedural tools available to him in a way that resolved the issues he was confronted with during the initial disclosure process.

2. Did the motion judge err in ordering that BMW-AG could redact personal data from its productions?

Position of the parties

[32] Harris argues that the motion judge erred in law in ordering that BMW-AG could redact information from its relevant and producible documents. It is submitted that once the motion judge agreed with Dr. Piltz that the legitimate interest exception had been satisfied there was no need to

2024 ONSC 2341 (CanLII)

redact any personal information. Harris further submits that given the motion judge found that the three-step test for the legitimate interest exception was already baked into the *Rules*, there was no need to make amendments to or supplement r. 30.03 as they contend the motion judge did.

[33] Harris references the unreported[1] decision of *Kalra v. Mercedes-Benz Canada Inc., Daimler AG et al* (September 16, 2019), a previous class action proceeding against a German auto manufacturer in which the defendant also introduced evidence from Dr. Hartung and sought approval and implementation of the layered approach. In *Kalra*, Belobaba J. rejected the application of the layered approach and ordered documents to be produced in unredacted form, an approach which was considered not to breach foreign law. Harris states that the motion judge was strictly obligated and bound to follow *Kalra in* addressing the issues on the motion before him.

[34] Harris submits that the motion judge in this case granted BMW-AG broad power to redact information from its otherwise producible documents if such information is irrelevant and would cause significant harm to the producing party or infringe on public interests. The motion judge did not state how the requirements of the test are to be met or if court approval of redactions is required. The order allows BMW-AG to redact information, rather than just personal data, and the order considers the impact on the producing party, rather than the data subject and eliminates the balancing of interest's requirement imposed under the GDPR. The result, Harris argues, is that in effect BMW-AG has free reign to make unilateral redactions which is inconsistent with both European and Ontario jurisprudence. The order does not require BMW-AG to justify any redactions made and shifts the burden to Harris to challenge presumptively valid redactions in an evidentiary vacuum by way of motion.

[35] BMW-AG submits that the underlying flaw in the position taken by Harris is that the motion judge clearly did not accept Dr. Piltz's opinion that redactions were unnecessary in their entirety. Rather, what the motion judge did in fact accept was that the three-part Legitimate Interest Exception was already "baked-in" to the *Rules*, so the "layered approach" did not need to be applied. The motion judge went on to state that redactions are allowed under the *Rules* where the disclosure of information could cause significant harm to the producing party, a point which was not reflected in Dr. Piltz's opinion.

[36] Harris contends that the motion held that the legitimate interest exception permits the disclosure of personal information without redactions, as long as other parts of a document containing personal data were relevant. BMW-AG submits that this is an incorrect reading of the motion judge's decision. Rather, what the motion judge held is that the legitimate interest exception is satisfied only if personal data is relevant to the issues in the litigation. Personal data that is irrelevant can and should be redacted.

[37] BMW-AG also points out that in *Kalra*, while the production of all relevant documentation in unredacted form was ordered it was to be coupled with what was described as a comprehensive

[1] While this decision is unreported, the motion judge appended it as a schedule to the decision under appeal.

2024 ONSC 2341 (CanLII)

Protective Umbrella or Judicial Lockbox that may include Sealing and Confidentiality Orders and NDAs to fully achieve the objectives of the GDPR. The important point is that in that case, it was recognized that compliance with the GDPR required some form of modification to the documentary production process under Ontario law. In the present case the motion judge found it could be achieved by way of redaction. In *Kalra* it was to be achieved by way of a Sealing or Confidentiality Order.

[38] The order, BMW-AG submits, does not allow blanket unilateral redactions to otherwise producible documents as Harris contends. Rather, redaction of irrelevant information is permissible only if such disclosure would cause significant harm to the producing party or infringe public interests deserving of protection. The redaction process ordered aligns with the established practice for redacting privileged information where the producing party makes an initial determination, and the receiving party may move to challenge such determination. The order in no way restricts the ability to bring such a challenge. This also accords with the established process for determining the relevancy of documents, where the producing party makes the initial determination of whether its documents are relevant and producible and swears to the completeness of its productions leaving it to the receiving party to move for a further and better affidavit of documents.

[39] BMW-AG refers to the recent decision in *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Pharmascience Inc.*, 2023 FC 584 where the Federal Court allowed redaction where there was a legitimate purpose for doing so, namely, to ensure compliance with the GDPR and BDDG foreign privacy laws.

Analysis

[40] I conclude that the motion judge did not err in ordering that BMW-AG could redact personal data from its productions. The discretionary order was consistent with established legal principles.

[41] Section 137(2) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 provides the court with the authority to order that any document filed in a civil proceeding before it be treated as confidential, sealed and not form part of the public record. While there is no corresponding section dealing with redaction, similar principles apply.

[42] In the decision of *McGee v. London Life Insurance Company Limited*, 2010 ONSC 1408, 86 C.P.C. (6th) 381, the court dealt with the production of documents in a class action pension surplus case. This decision provides a general statement of the law regarding redaction and production of documents.

[43] In *McGee*, at paras. 8-9, Strathy J. (as he then was) states:

> [i]t is impermissible for a party to redact portions of a relevant document simply on the basis of its assertion that those portions are not relevant … The whole of a relevant document must be produced except to the extent it contains information

2024 ONSC 2341 (CanLII)

> that would cause significant harm to the producing party or would infringe public interests deserving of protection. [Emphasis added.]

Additionally, "[t]he party seeking to [redact portions of a document] bears the onus of establishing that redaction is necessary to protect an important interest": *McGee,* at para. 13.

[44] In this case the motion judge's order provided that BMW-AG could redact … provided that it was in a position to establish that: (a) the redacted information is irrelevant to the issues, serving no legitimate purpose in resolving the issues; and [emphasis added] (b) disclosure of the information would cause significant harm to the producing party or would infringe public interests deserving of protection, which would be the interests of the person whose personal information is being disclosed. The order was clear that relevancy on its own was not sufficient justification to redact; rather irrelevancy as well as significant harm or infringement of an important public interest was also required. The disclosure process set forth in the order is subject to the ongoing oversight by the court.

[45] It is apparent from the motion judges' reasons that he was alive to and mindful of the open court principle set forth in *Sherman Estate v. Donovan*, 2021 SCC 25, [2021] 2 S.C.R. 75. The motion judge's reasons demonstrate a sensitivity to and understanding of the need to balance open courts and full disclosure with other limiting obligations. The motions judge's decision was consistent with the principles in both the *McGee* and *Sherman* decisions.

3. If Foreign Law required redaction, should such redactions have been allowed?

Position of the parties

[46] Harris submits that even if the GDPR and BDSG requires redaction of relevant documents, it should not be allowed. Harris relies on *Laxton v. Coglon* et al, 2006 BCSC 1458, for the proposition that a potential breach of foreign law does not excuse a party from its pre-trial discovery obligations in Canada.

[47] In *Laxton* at paras 34-35 the Supreme Court of British Columbia states:

> [The defendant] knowingly decided to do business in a jurisdiction (namely, British Columbia) in which, if it became involved in litigation, it would be required to make full disclosure of its documents. Having assumed that risk by doing business in this jurisdiction, it would be unjust to the Plaintiff to excuse [the defendant] from complying with that obligation. Put another way, to exercise my discretion in this case would not only deprive the Plaintiff of her right to be provided with all relevant evidence, but it would permit a foreign country to frustrate the administration of justice in Canada in what is essentially a domestic situation.

[48] In response BMW-AG submits that the jurisprudence does not support the proposition that a Canadian court should uncritically enforce and apply its domestic laws without regard to the impact it will have on parties and witnesses under foreign laws.

2024 ONSC 2341 (CanLII)

[49] Canadian courts have repeatedly affirmed that a domestic court should have regard for foreign laws binding on a litigant and facilitate compliance with those laws if it will not interfere with the court's fact-finding process. BMW-AG cites the decision of the Court of Appeal for Ontario in *Frischke v. Royal Bank of Canada* (1977), 17 O.R. (2d) 388, at para. 26, where the court states:

> An Ontario Court would not order a person here to break our laws; we should not make an order that would require someone to compel another person in that person's jurisdiction to break the laws of that State. We respect those laws. The principle is well recognized.

[50] This principle was subsequently followed in *TD Bank, N.A. v. Lloyd's Underwriters*, 2016 ONSC 4188, 92 C.P.C. (7th) 181, at para. 18, where the court states:

> Our courts have always sought means of accommodating the reasonable requirements of foreign law in matters pertaining to the production of documents in litigation. They do so whether by way of recognizing statutory privileges under foreign law or by way of extending comity.

Analysis

[51] It cannot be said that the motion judge's order made at this stage of the litigation with the specified pre-conditions permitting redaction will have the ultimate effect of depriving the plaintiff of his right to be provided with all relevant evidence, especially given the court's ongoing oversight and the opportunity for subsequent challenges to any and all initial redactions made. The motion judge's use of redaction allowed the court at this stage of the proceeding to appropriately balance the competing interests, namely avoiding infringement of public interests deserving of protection and compliance with foreign law, without frustrating the Ontario courts' fact-finding and disclosure process. The order made is consistent with the principles in both the *Laxton* and *Frischke* decisions cited by the parties.

[52] I agree with BMW-AG's submission that this is a matter of international comity; while foreign laws cannot dictate the procedures to be followed by Canadian courts, a foreign litigant should not be compelled to contravene the laws of its jurisdiction if domestic fact-finding process can accommodate compliance with foreign laws.

4. Did the motion judge err by imposing a leave requirement to file an affidavit of documents?

[53] Rule 30.03(5) provides that an affidavit of documents shall not be filed unless it is relevant to an issue on a pending motion or at trial. The motion judge ordered that this can only be done with leave of the court. BMW-AG does not oppose Harris's request that this portion of the motion judge's order be set aside.

[54] There is no leave requirement under r. 30.03(5) and there was no basis to impose one. The motion judge erred in doing so.

2024 ONSC 2341 (CanLII)

Disposition

[55] For the reasons above I dismiss the appeal on grounds 1, 2, and 3 and grant the appeal on ground 4. On the agreement of the parties, costs of this appeal are to be paid by the Appellant to the Respondents in the all-inclusive amount of $20,000.

_____

Firestone RSJ.

I agree

_____

Charney J.

I agree

_____

Leiper J.

Released: April 23, 2024

2024 ONSC 2341 (CanLII)

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE
DIVISIONAL COURT

Firestone RSJ, Charney J., and Leiper J.

BETWEEN:

Harris v. Bayerische Motoren., et al.

REASONS FOR DECISION

Firestone RSJ

Released: April 23, 2024

2024 ONSC 2341 (CanLII)

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Rimon v. CBC Dragon Inc., 2024 ONCA 128
DATE: 20240223
DOCKET: COA-23-CV-0452

van Rensburg, Roberts and Gomery JJ.A.

BETWEEN

Ezekiel Rimon, EMTI Management Inc., Mytam Holding Ltd.,
and The Planning Management Group Limited

Plaintiffs (Respondents)

and

CBC Dragon Inc.*, Charles Chan*, KBIJ Corporation*, Derek Lee,
Sun and Partners Professional Corporation,
An-Dak Trading Company Ltd.*, and An Yuan Lin*

Defendants (Appellants*)

Vusumzi Msi, for the appellants

Jasdeep Bal and Sara Maadanisani, for the respondents

Heard: February 13, 2024

On appeal from the order of Justice Peter J. Osborne of the Superior Court of Justice, dated March 23, 2023, with reasons reported at 2023 ONSC 3701.

Gomery J.A.:

[1] The appellants appeal the motion judge's order striking their statement of defence and counterclaim based on their failure to answer undertakings, produce relevant documents, and abide by successive court orders.

2024 ONCA 128 (CanLII)

Background

[2] The respondents began this action in May 2020. They allege that they were induced by misrepresentations to advance $1,135,904.93 to the appellants to purchase property for a subdivision development in Toronto. They contend that the appellants used the money advanced for purposes other than those for which they were intended and that it has disappeared without explanation. The respondents seek damages, an accounting, and equitable and declaratory relief. The appellants deny the allegations and have delivered a defence and counterclaim.

[3] In September 2020, the respondents brought a motion seeking interlocutory relief, including a certificate of pending litigation and an order to produce particulars of banking transactions. The appellant Charles Chan was cross-examined on his affidavit opposing the motion in October 2020. During the cross-examination, he gave undertakings to provide information and records relating to the transactions.

[4] When the appellants failed to comply with the Chan undertakings, the respondents brought a motion to compel them to do so. The motion was originally returnable in December 2020, but was adjourned by Cavanagh J. on consent, subject to the appellants' commitment to provide the answers by a revised deadline. That deadline was missed and the answers to undertakings were not provided.

2024 ONCA 128 (CanLII)

[5] The respondents did not obtain a certificate of pending litigation, one of the orders originally sought in their September 2020 motion, when this issue was adjudicated by Dunphy J. in June 2021. Dunphy J. nevertheless declined to award costs to the appellants on the motion, saying he was not impressed with Mr. Chan's "stonewalling efforts" and "obstructive behaviour".

[6] In January 2022, the respondents brought a motion to compel the appellants to comply with the terms of the December 2020 consent order. On January 28, 2022, McEwen J. issued a further consent order. It required the appellants to provide particulars of 192 banking transactions and to answer all outstanding undertakings from Mr. Chan's October 2022 cross-examination, by no later than March 31, 2022.

[7] Although some answers and records were produced by the appellants following this order, a significant number of undertakings and documents unquestionably remained outstanding. This prompted the respondents to bring their motion to strike the statement of defence and counterclaim. The motion was originally returnable before Kimmel J. on October 3, 2022, but was adjourned, at the appellants' request, to give them additional time to comply with their production obligations. Kimmel J. stated that she was not impressed by the appellants' "lack of compliance, or any demonstrated efforts to comply". She noted that "[t]here comes a time when parties who are repeatedly delinquent in complying with their obligations under the *Rules of Civil Procedure* and Court orders will be given no

2024 ONCA 128 (CanLII)

more chances by the court." In her view, the appellants had "almost reached that point", but she decided to give them "one more chance". She adjourned the hearing of the motion to strike to a new date, peremptory to the appellants, and ordered them to produce the transaction records and missing answers to undertakings by no later than October 31, 2022.

[8] The appellants failed to fully comply with Kimmel J.'s order, and the motion was returned before the motion judge in March 2023.

The motion judge's decision

[9] The motion judge reviewed the history of the case. He found that the appellants had failed to comply meaningfully with the orders of Cavanagh J., McEwen J., and Kimmel J., and remained in material default at the time of the hearing before him. He characterized the appellants' non-compliance as "clear and unequivocal".

[10] At the hearing before the motion judge, the appellants proposed a further adjournment along with a new timetable, a proposed costs award in the respondents' favour, and a term permitting the respondents to obtain an *ex parte* motion to strike the defence and counterclaim if the appellants again defaulted on their production obligations and failed to remedy any noted deficiencies within a seven-day cure period. They did not suggest that they were not obliged to deliver

2024 ONCA 128 (CanLII)

the outstanding answers and records they had been ordered to produce in earlier court orders.

[11] The motion judge rejected the appellants' proposal. Based on the history of the litigation, he had no confidence that they would comply with any further timetable ordered.

[12] Applying the principles and factors set out in *Falcon Lumber Limited v. 2480375 Ontario Inc. (GN Mouldings and Doors)*, 2020 ONCA 310, the motion judge found that the appellants had not provided any reasonable explanation for their non-compliance to date and there was no evidence that their failure to comply was inadvertent or based on a lack of understanding of their obligations. Given the relevance of the transaction records to the central issue of "what happened to the money", he concluded that the appellants' non-compliance was not "immaterial or minimal and clearly ha[d] an impact on the ability of the court to do justice in this particular case." He observed that, given finite court resources, failure to comply with disclosure obligations impacts not only the just and expeditious determination of this case, but other pending matters.

[13] The motion judge concluded that striking the appellants' statement of defence and counterclaim, without leave to amend, was an appropriate and proportionate remedy in the circumstances.

2024 ONCA 128 (CanLII)

Analysis

[14] On an appeal of a judge's discretionary decision, this court will intervene only where the discretion has been exercised on a wrong principle of law or a clear error has been made. An appellate court should defer to the findings of fact made by a motion judge unless they disregarded or failed to appreciate relevant evidence: *Bottan v. Vroom*, 2002 CanLII 41691 (Ont. C.A.), at para. 13. This general rule applies where an appellate court reviews a judge's decision to strike a pleading: *Aslezova v. Khanine*, 2023 ONCA 153, at para. 14.

[15] The appellants raise five grounds of appeal. In my view, none of them reveals any error of law or reversible error by the motion judge.

[16] First, the appellants contend that the Chan undertakings were made solely on behalf of Mr. Chan, CBC Dragon Inc. and KBIJ Inc., and that the motion judge's order unjustifiably "sweeps up" An-Dak Trading Company and its principal An Yuan Lin (the "Lin Defendants"). The 2020 and 2022 disclosure orders were directed against all the appellants, and the appellants at no point prior to this appeal took the position that the Lin Defendants were not bound by them. It would in fact be strange if the Lin Defendants were exempt from the orders compelling production of transaction records, since the statement of claim alleges that some of the funds advanced by the respondents were transferred to them.

2024 ONCA 128 (CanLII)

[17] Second, the appellants argue that an inability to complete an undertaking is not a “fatal omission”, and that the motion judge unfairly failed to consider the efforts that the appellants had made to answer the Chan undertakings. This argument amounts to an attack on the motion judge’s assessment of the evidence and the weight he gave to various factors relevant to the exercise of his discretion. It does not point to an error that would justify intervention by this court.

[18] Third, the appellants contend that the motion judge did not consider whether the appellants’ failure to comply with their production obligations meaningfully prejudiced the respondents. I do not agree. The motion judge found that the appellants’ failure to respect their obligations to answer undertakings and to comply with court-ordered timetables to produce records had prejudiced the respondents:

> I am satisfied in the present case that the conduct of the Defendants has increased the costs of the non-defaulting parties, the Plaintiffs, particularly when I consider the costs of the successive motions, the preparation of the extensive (and helpful) charts of the outstanding undertakings and relevant transactions, the cross-examination of the principal Defendant, Chan, and the repeated and continued efforts to follow-up on these defaults over a two-year period.
>
> For the same reasons, it is obvious to me that the failure by the Defendants to comply with their obligations has delayed the final adjudication of the case on its merits, again taking into account the amount of money in dispute. While the amount (approximately $1.1 million) is material, it is apparent to me that the costs of litigating this dispute will soon represent, if they have not already,

2024 ONCA 128 (CanLII)

> a proportion of the amount in dispute that cannot be dismissed as being immaterial.

[19] Fourth, the appellants argue that the motion judge erred by not accepting Mr. Chan's evidence that he had not understood what he was undertaking to do at the October 2020 cross-examination, and that he had now realized that some of the records sought could not, in fact, be produced. They further contend that striking a pleading is not a remedy available for the failure to answer undertakings, citing *Newlove v. Moderco Inc.*, 2002 CanLII 34748 (Ont. S.C.).

[20] Given the history of the litigation, it was open to the motion judge to reject Mr. Chan's evidence that he only belatedly realized that he could not answer some of the undertakings given. This explanation for the appellants' non-compliance was entirely new and, as noted by the motion judge, stood "in complete contrast to the position [the appellants] [had] maintained throughout over the last period of approximately two years, to the effect that they understood exactly what was required and were working diligently on it, but simply required more time." The motion judge further observed that the appellants had not, as one would have expected, "put forward any evidence of good faith efforts and due diligence to obtain, for example, documents from third parties such as banks or other financial institutions."

[21] *Newlove* does not stand for the proposition that striking a pleading is never a remedy available for a failure to answer undertakings. Rules 30.08(1) and (2) of

2024 ONCA 128 (CanLII)

the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194 give the court wide discretion to impose remedies where a party fails to disclose or produce a document or serve an affidavit of documents as required by the *Rules* or by a court order. Rule 30.08(2) specifically contemplates an order to strike a pleading, and both Rules empower the court to make any order "as is just". At para. 21 of *Newlove*, Wein J. held that dismissal of an action should be granted only exceptionally but that "the matter of the scope of the remedy is one within the discretion of the Court, to be determined in the context of the particular case."

[22] *Newlove* concerned a motion at the outset of trial seeking to dismiss an action for the plaintiff's failure to comply with undertakings or in the alternative to preclude the plaintiff from relying on certain documents at trial. There was no prior court order. In this case, the appellants' conduct includes not only a failure to answer undertakings but to comply with multiple court orders. Rule 60.12(b) explicitly provides that the court may strike out a party's defence where a party fails to comply with an interlocutory order.

[23] Finally, the appellants contend that striking their defence and counterclaim sanctioned them disproportionately. They argue that the motion judge failed to distinguish the circumstances of this case from those in *Falcon Lumber*. *Falcon Lumber* dealt with a defendant's failure to list or produce relevant documents in their affidavit of documents, whereas the demand for production in this case stems from a cross-examination prior to the discovery process.

2024 ONCA 128 (CanLII)

[24] The motion judge was alive to the particular facts of this case. He nonetheless found that Brown J.A.'s observation in *Falcon Lumber* about the fundamental importance of documentary production in any action is "particularly apt here, where the documents that are the subject of the outstanding production requests, and multiple court orders, go to the very heart of the issues in this action on the merits." This led him to conclude that the *Falcon Lumber* analysis applied:

> While the action was "front-end loaded" in the sense that a significant motion was brought early on, the Defendants have still had a very significant period of time to produce the relevant documents as they were, given the terms of the adjournment of the motion as originally ordered by Cavanagh, J., clearly aware of their obligations, there were successive orders directing them to comply with their obligations, and yet they have still not done so.

[25] I cannot fault this reasoning. The *Rules* are intended to ensure that parties to civil suits disclose all relevant information in a timely manner at all stages of a proceeding. A party's failure to comply with their disclosure obligations increases the costs of litigation and frustrates the opposing party's ability to move the proceeding forward. The *Falcon Lumber* principles apply even more forcibly when a party fails to disclose records when repeatedly ordered by the court to do so within a specific deadline. In such a case, the defaulting party does not simply delay or prevent an adjudication on the merits but undermines the court's authority.

[26] The motion judge applied the correct principles of law and evaluated the record before determining that the order sought by the respondents was just.

2024 ONCA 128 (CanLII)

As observed in *Falcon Lumber*, at para. 73, citing *Starland Contracting Inc. v. 1581518 Ontario Ltd.*, 252 O.A.C. 19 (Div. Ct.), at para. 26:

> The authority to dismiss proceedings for repeated failure to comply with court orders and flagrant disregard for the court process is an essential management tool. A case management judge or master who has a continuous connection with an action, the parties and their counsel is well-positioned to monitor the conduct of the participants throughout the proceedings, and to determine whether anyone is deliberately stalling, showing bad faith or abusing the process of the court when deadlines are missed and defaults occur under procedural orders.

[27] I agree that the appellants' failure to comply with the successive orders of the court to disclose critical records and information, including a final "last chance" order, opened the door to the exceptional discretionary order made here.

[28] I would dismiss the appeal, with costs of $12,500 to the respondents.

Released: February 23, 2024 "K.M.v.R."

"S. Gomery J.A."
"I agree. K. van Rensburg J.A."
"I agree. L.B. Roberts J.A."

2024 ONCA 128 (CanLII)

CITATION: Guergis v. Hamilton et al, 2014 ONSC 438
COURT FILE NO.: 11-53210
DATE: 20140120

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: Helena Guergis, Plaintiff

- and –

Arthur Hamilton et al, Defendants

BEFORE: Hackland R.S.J.

COUNSEL: Stephen Victor, Q.C., for the plaintiff

Robert W. Staley, for the defendant

2014 ONSC 438 (CanLII)

ENDORSEMENT

[1] The defendant The Honourable Shelly Glover seeks an order dismissing or staying the action because of non-payment of costs owed to her by the plaintiff. She and four of the other individual defendants are owed jointly costs of $46,500 on a pleadings motion heard by this court. On appeal, the Court of Appeal ruled that the plaintiff's defamation claim against Ms. Glover was arguable and could proceed, however the Court of Appeal ruled that the defendants were substantially successful on the appeal and a further award of costs in the sum of $25,000 was made against the plaintiff. The particular entitlement of Ms. Glover to costs out of these joint awards is unknown. The other remaining defendants in the action do not join Ms. Glover in this motion. There is a pending motion by certain of the remaining defendants to strike the plaintiff's amended pleading. The plaintiff, who currently resides out of the jurisdiction, has deposed that she has paid $35,000 in costs to certain other defendants and is presently impecunious. Her affidavit to this effect was not challenged in cross-examination.

[2] The case law recognizes that the court has a broad discretion as to how to deal with issues of non-payment of costs. Here the action against Ms. Glover is not frivolous and was described by the Court of Appeal as arguable. The action is still at the pleadings stage and as noted a further motion to strike the amended statement of claim is pending. I am of the opinion that it is

premature to consider the relief requested by this defendant. I am dismissing the motion without prejudice to any motion for security for costs which Ms. Glover (or any of the remaining defendants) might bring in the future, if appropriate and if so advised.

[3] If the plaintiff is seeking costs of this motion, she is to provide a brief written submission within two weeks from the release of the endorsement and Ms. Glover is to reply within two weeks from being served with that submission.

2014 ONSC 438 (CanLII)

Mr. Justice Charles T. Hackland

Released: January 20, 2014

CITATION: Guergis v. Hamilton et al, 2014 ONSC 438
COURT FILE NO.: 11-53210
DATE: 20140120

2014 ONSC 438 (CanLII)

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

Helena Guergis

- and –

Arthur Hamilton et al

ENDORSEMENT

HACKLAND R.S.J.

Released: January 20, 2014

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Garrett v. Oldfield, 2016 ONCA 424
DATE: 20160601
DOCKET: C61661

2016 ONCA 424 (CanLII)

Juriansz, Brown and Roberts JJ.A.

Allison Garrett

Appellant
(Plaintiff)

and

Oldfield, Greaves, D'Agostino, G. Edward Oldfield, Terrance J. Billo, Catherine P. Watson (Catherine P. Watson Professional Corporation), Steiber Berlach LLP, Elizabeth Bowker, Iain Peck, Guarantee Company of North America, Temple Insurance, Southeast Grey Support Services, Irwin Dowker, Her Majesty the Queen in Right of Ontario as Represented by the Minister of Community and Social Services and Bud Carter

Respondents
(Defendants)

Allison Garrett, in person

Filipe A. Mendes, for the respondents, Oldfield, Greaves, D'Agostino, G. Edward Oldfield, and Terrance J. Billo

Heard: May 26, 2016

On appeal from the judgment of Justice Dale Parayeski of the Ontario Superior Court of Justice dated August 14, 2014.

Endorsement

[1] The appellant appeals from the dismissal of her action against the respondents, her former lawyers. The appellant failed to pay the $10,400.00 in costs awarded to the respondents within 30 days of March 7, 2014, following the dismissal of her summary judgment motion against the respondents on January 23, 2014. The appellant did not appeal these orders. The appellant's action was dismissed on August 14, 2014, pursuant to rule 57.03(2) of the *Rules of Civil Procedure*, for her failure to pay the costs awarded to the respondents.

[2] Rule 57.03(2) provides the court with the discretion to dismiss a plaintiff's action for failure to pay a costs order. In determining whether an action should be dismissed, a court must balance the competing interests of the parties and consider all relevant factors: see *Tarion Warranty Corp. v. 1486448 Ontario Inc.*, 2012 ONCA 288.

[3] Despite remarks that he made during argument, the motion judge's reasons demonstrate that he considered the appellant's submissions concerning the merits of her action and her allegations of impecuniosity, and balanced them against the competing interests of the respondents and the administration of justice.

[4] As the motion judge fairly noted concerning the merits of her action, the appellant's motion for summary judgment was dismissed. The appellant filed no

2016 ONCA 424 (CanLII)

affidavit evidence with respect to the merits of her action in support of her summary judgment motion or before the motion judge on the respondents' motion to dismiss her action, thereby preventing the court from assessing the merits of her claim. The respondents' affidavit evidence refuting the appellant's allegations of professional negligence and other improprieties was unchallenged.

[5] Moreover, the motion judge correctly observed that the appellant had not raised the issue of her alleged impecuniosity to pay costs before the motion judge who had ordered them nor had she provided any evidence supporting her allegation of impecuniosity.

[6] The motion judge properly weighed the appellant's interests in pursuing her claim against the interests of the respondents in receiving compensation for their costs that the appellant caused to be incurred by her unsuccessful summary judgment motion, and of the administration of justice in ensuring that court orders are followed. The motion judge's decision was within the bounds of his discretion and we cannot interfere.

[7] The appellant also argues that the motion judge erred in failing to consider the potential bias of the motion judge who dismissed her summary judgment motion and ordered that she pay costs to the respondents. These submissions are without merit. The appellant did not appeal from the motion judge's orders.

2016 ONCA 424 (CanLII)

The appellant did not raise the issue of bias before the motion judge who dismissed her action nor does the record support this allegation.

[8] Accordingly, the appeal is dismissed.

[9] The appellant shall pay within 30 days the respondent's partial indemnity costs in the all-inclusive amount of $5,000.00.

"R.G. Juriansz J.A."

"David Brown J.A."

"L.B. Roberts J.A."

2016 ONCA 424 (CanLII)

CITATION: Kaiman v. Graham, 2009 ONCA 77
DATE: 20090128
DOCKET: C47530

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

2009 ONCA 77 (CanLII)

Weiler, Juriansz and MacFarland JJ.A.

BETWEEN

Cyril Kaiman, Personally and as Litigation Guardian for Benyemina Kaiman, an infant, and as Executor and Trustee of the Estate of Diane Elizabeth (Diamond) Kaiman, deceased

Plaintiffs (Appellants)

and

Douglas Harvey Graham, Personally, and Brenda Louise Graham and Ronald Johnston Swain, Executor and Trustees of the Estate of Harvey Leonard (Alexander) Graham

Defendants (Respondents)

Garry J. Wise, for the appellants

J. William Evans, for the respondent Douglas Harvey Graham

M. John Ewart and P. Kourtney O'Dwyer, for the respondents Brenda Louise Graham and Ronald Johnston Swain

Heard: December 9, 2008

On appeal from the judgment of Justice Robert D. Reilly of the Superior Court of Justice dated July 6, 2007 and reported at 58 R.P.R. (4th) 305.

Weiler J.A.:

2009 ONCA 77 (CanLII)

OVERVIEW

[1] The subject of this appeal is a cottage property. The central issue in this case is whether the Superior Court had jurisdiction to entertain the action brought by the appellants for damages and other relief or whether the Landlord and Tenant Board had exclusive jurisdiction under the *Residential Tenancies Act, 2006*, S.O. 2006, c. 17 ("*RTA*"). A subsidiary issue is whether, even if the Superior Court had jurisdiction, the appellants ought to be allowed to argue the applicability of the *RTA* on appeal.

FACTS

[2] The appellant Cyril Kaiman married Diamond in 1978. They had one child, the appellant Benyemina.

[3] Shortly after Cyril and Diamond married, they began to vacation at a cottage property owned by Diamond's father, Harvey Leonard Graham ("H.A."). In 1979, Cyril proposed an improvement to the cottage to H.A. The appellants say that H.A. agreed to the improvements and verbally agreed to give Cyril a 100 year lease.

[4] On September 1, 1982, H.A. and his wife Frances Edna Graham ("Frances") entered into a lease with Diamond (and Diamond only) in respect of the cottage. The lease was for a term of 40 years. It contained a termination clause stating that notwithstanding the 40 year term, the lease shall expire upon the death of H.A. and the happening of one of three events: (i) France's death; (ii) France's remarriage; or (iii) written notice by Frances that she no longer wishes to use the cottage property.

[5] The appellants say that both Cyril and Diamond continued to negotiate with H.A. for a 100 year lease and to include provision for any children of the marriage in the lease. Revised leases were prepared but never executed.

[6] On August 18, 1999, H.A. transferred the entire property to his son, the respondent Douglas. Shortly thereafter, Diamond passed away. H.A. passed away two years later. Since Diamond's death, the appellants say that they have been denied use and enjoyment of the cottage property. Frances provided written notice trigging termination of the lease in January 2005.

[7] At trial, the appellants sought the following relief: a declaration that they had an equitable interest in the cottage property; rectification of the written lease agreement to extend the term to 100 years; and a declaration that an unsigned written lease was valid and subsisting. They also sought damages in the amount of $250,000 on account of the improvements to the cottage on the basis of *quantum meruit* and unjust enrichment.

[8] On appeal, the appellants do not attack the basis of the trial judge's decision. They submit that the trial judge lacked jurisdiction to hear the claim they brought because the *RTA* applies to the cottage and the Landlord and Tenant Board had exclusive jurisdiction to deal with the matters in issue. The appellants submit that, as a result, the judgment of the Superior Court judge is a nullity and ought to be quashed. They also argue that they are tenants as "heirs" of Diamond pursuant to s. 2 of the *RTA* and that the lease termination clause is void since it is an agreement to terminate a lease entered into at the time of the tenancy, contrary to s. 37(5)(a).

ANALYSIS

1. *Did the Superior Court have jurisdiction to hear the case presented before it?*

[9] As stated above, the appellants neither pleaded nor raised the *RTA* at trial. The question is thus whether the appellants should be allowed to rely on it for the first time on appeal. Since the appellants' argument goes to the jurisdiction of the Superior Court, it may be raised for the first time on appeal: see *W.(V.) v. S.(D.)*, [1996] 2 S.C.R. 108, at para. 17.

[10] Although the matter is by no means free from contention, for the purposes of determining the jurisdictional issue, I am prepared to assume that the *RTA* applied to the cottage property in issue. It is clear, however, that the Superior Court had jurisdiction to hear the case presented before it and that the matters in issue at trial did not fall within the exclusive jurisdiction of the Landlord and Tenant Board.

[11] Contrary to the appellants' submission, the central issue at trial was *not* the interpretation and applicability of a lease governed by the *RTA*. Rather, as discussed above, the issues at trial concerned the extension of the lease based on an alleged oral promise and compensation for improvements based on unjust enrichment or *quantum meruit*. The Superior Court undoubtedly had jurisdiction over this subject matter and the subject matter contained in the statement of claim.

[12] The appellants have framed the issue on appeal as being whether a declaration terminating their tenancy should be granted. They submit that the Landlord and Tenant Board has exclusive jurisdiction to decide this issue: see generally, Part V of the *RTA* and s. 168(2). However, their statement of claim does not contain a request for a declaration

2009 ONCA 77 (CanLII)

terminating a tenancy. It requests a declaration that a tenancy exists. The *RTA* does not confer jurisdiction on the Tribunal to determine whether there is a valid tenancy agreement. The existence of a tenancy agreement is presumed: *O'Brien v. 718458 Ontario Inc.* (1999), 25 R.P.R. (3d) 57 (Ont. Gen. Div.).

[13] Furthermore, in their statement of claim, the appellants sought numerous grounds of relief, including equitable relief and a certificate of pending litigation, which the Landlord and Tenant Board would have had no jurisdiction to order.

[14] In any event, even if the Board had jurisdiction to determine whether the tenancy was validly terminated, having regard to the appellants' claim for damages in the amount of $250,000, the appellants were entitled to commence their proceeding in the Superior Court. Having done so, that court had all the jurisdiction that the Board would have had.

[15] Section 207(1) of the *RTA* states that the Board, where it otherwise has jurisdiction, may order the payment of the greater of $10,000 and the jurisdiction of Small Claims Court. Section 207(2) states:

> A person entitled to apply under this Act but whose claim exceeds the Board's monetary jurisdiction may commence a proceeding in any court of competent jurisdiction for an order requiring the payment of that sum and, if such a proceeding is commenced, the court may exercise any powers that the Board could have exercised if the proceeding had been before the Board and within its monetary jurisdiction.

Simply put, the Superior Court had jurisdiction to grant any and all of the relief claimed by the appellants. The Board did not. Any jurisdiction it did have was, by virtue of s. 207(2), non-exclusive.

[16] Accordingly, I would dismiss the appellants' submission that the Superior Court lacked jurisdiction to try the case.

2. *Although the Superior Court had jurisdiction, should the appellants' argument respecting the RTA be entertained on appeal?*

[17] The appellants rely on s. 3 of the *RTA* which states that the Act applies "with respect to rental units in residential complexes, despite any other Act and despite any agreement or waiver to the contrary". They argue that the exception in s. 5(a) of the Act does not apply. That section provides:

> 5. This Act does not apply with respect to,

2009 ONCA 77 (CanLII)

> (a) living accommodation intended to be provided to the travelling or vacationing public or occupied for a seasonal or temporary period in a hotel, motel or motor hotel, resort, lodge, tourist camp, cottage or cabin establishment, inn, campground, trailer park, tourist home, bed and breakfast vacation establishment or vacation home.

The appellants place particular reliance on the Divisional Court decision in *Putnam v. Grand River Conservation Authority* (2006), 210 O.A.C. 191 which held that year-round cottage properties did not fall within the predecessor to s. 5(a) of the *RTA* since the properties were not "part of a cottage or cabin establishment" that was analogous to a hotel, motel or the other types of accommodation set out in the definition. Accordingly, the appellants wish us to make a determination on appeal as to the applicability of the *RTA* or to refer the matter for hearing before the Landlord and Tenant Board.

[18] The general rule is that appellate courts will not entertain entirely new issues on appeal. The rationale for the rule is that it is unfair to spring a new argument upon a party at the hearing of an appeal in circumstances in which evidence might have been led at trial if it had been known that the matter would be an issue on appeal: *Ontario Energy Savings L.P. v. 767269 Ontario Ltd.*, 2008 ONCA 350, at para. 3. The burden is on the appellant to persuade the appellate court that "all the facts necessary to address the point are before the court as fully as if the issue had been raised at trial": *Ross. v. Ross* (1999), 181 N.S.R. (2d) 22 (C.A.), at para. 34, per Cromwell J.A.; *Ontario Energy Savings* at para. 3. This burden may be more easily discharged where the issue sought to be raised involves a question of pure law: see e.g. *R. v. Vidulich* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 391 (C.A.); *R. v. Brown*, [1993] 2 S.C.R. 918, per L'Heureux-Dubé J., dissenting. In the end, however, the decision of whether to grant leave to allow a new argument is a discretionary decision to be guided by the balancing of the interests of justice as they affect all parties: *R. v. Warsing*, [1998] 3 S.C.R. 579, per L'Heureux-Dubé J., dissenting; *R. v. Sweeney* (2000), 50 O.R. (3d) 321 (C.A.); *Vidulich* at pp. 398-99.

[19] In my opinion, it would be contrary to the interests of justice to entertain the appellants' argument respecting the *RTA* with a view to having the issue of the applicability of the Act determined by this court or at a new hearing. Five reasons support this conclusion.

[20] First, appeals cannot be conducted without any regard for the pleadings and positions advanced at trial. The majority of the relief requested – a declaration that the appellants had an equitable interest in the cottage property, rectification and specific

2009 ONCA 77 (CanLII)

performance of a lease, a declaration that an unsigned lease was valid, and damages – had nothing to do with the *RTA*. Having regard to the fact that the appellants' arguments at trial did not succeed and that they did not challenge them on appeal, it is clear that there was "no error at trial in this case" and that the appellants are seeking "an opportunity to present a whole new case" based on a statute that was neither pleaded nor argued before the Superior Court. To allow them to raise the *RTA* in these circumstances would run "contrary to the basic purpose of an appeal which is to correct trial error": *Canadiana Towers Ltd. v. Fawcett* (1978), 21 O.R. (2d) 545 (C.A.), at p. 548.

[21] Second, the issue of whether the *RTA* applies to the cottage property appears to involve an application of facts to a legal definition and is thus a question of mixed fact and law.[1] Since the *RTA* was neither raised nor contemplated at trial, the factual record regarding the nature and use of the property is sparse. All that is known is that it was a cottage and that the Kaiman family used it during the summers over the duration of the lease period and sometimes over Christmas for a couple of weeks. Had the respondents known that the *RTA* would have been in issue, they could have developed a more fulsome record on these matters so as to support their contention that the *RTA* does not apply.

[22] Third, no explanation has been put forward as to why this argument was not raised at trial. Counsel on this appeal, who did not represent the appellants at trial, does not allege negligence or incompetence on the part of trial counsel. Nor is there any affidavit from trial counsel to the effect that the *RTA* was not pleaded or raised due to inadvertence. We are simply asked to speculate that this is in fact what happened. The appellants should not be allowed to have a second chance based on speculation.

[23] Fourth, in seeking to be allowed to raise this issue, the appellants did not undertake to save harmless the respondents from their costs at trial on a full indemnity basis or offer to pay the costs of the appeal on this basis. The fact that the appellants did not ensure that the respondents would be adequately compensated in costs for their failure to raise the *RTA* at trial is a factor that has been held to weigh against allowing new arguments on appeal: see e.g. *V.S. v. Nova Scotia (Minister of Health)* (2006), 249 N.S.R. (2d) 185 (C.A.), at para. 28.

[24] Fifth, even if this court were to refer the question of whether the cottage property was subject to the *RTA* to the Landlord and Tenant Board, the likelihood of success of the appellants' argument is by no means clear and is outweighed by the interests of finality. The approach in *Putnam* appears to depart from previous approaches taken by the Divisional Court to the interpretation of s. 5(a) of the *RTA* and its predecessor, s. 3(a) of

[1] While the Divisional Court held in *Putnam* that the interpretation of the exemption to the *RTA* for seasonal and temporary accommodation raised a question of law in the circumstances of that case, the court noted that the factual record was accepted by all parties and was not controversial. The same cannot be said in this case.

2009 ONCA 77 (CanLII)

the *Tenant Protection Act, 1997*, S.O. 1997, c. 24. In *McCormick v. Paul Bunyan Trailer Camp Ltd*. (1999), 22 R.P.R. (4th) 305 (Div. Ct.), Aitken J. held that all that was necessary for the exemption to apply was that: (1) the living accommodation falls within one of the categories set out in the definition; and (2) it is intended to be occupied for a seasonal or temporary period. It is arguable that this could be said of the cottage at issue in this case. It would be unfair to the respondents to allow the appellants to rely on the *RTA* on appeal in light of the state of the authorities and this sparse factual record. It would also be unfair to the respondents to have them undergo the expense of yet another hearing at first instance simply because a fresh lawyer on the case thought of a new argument that may or may not succeed.

2009 ONCA 77 (CanLII)

CONCLUSION

[25] Having regard to the positions advanced in the pleadings and at trial, the issue being one of mixed fact and law, the lack of any explanation as to why the argument was not raised at trial, the lack of any undertaking by the appellants' with respect to costs on a full indemnity basis, the likelihood of success of the new argument and the interests of finality, it would be contrary to the interests of justice to allow the appellants to raise the new argument concerning the *RTA* at this late stage.

[26] For these reasons, I would dismiss the appeal. Costs of the appeal are to the respondents and, as agreed, are fixed at $2,500, all inclusive, to each respondent.

RELEASED: RGJ
January 28, 2009

"Karen M. Weiler J.A."
"I agree R.G. Juriansz J.A."
"I agree J. MacFarland J.A."

CITATION: Credifinance Securities Limited v. DSLC Capital Corp., 2011 ONCA 160
DATE: 20110302
DOCKET: C51766

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

2011 ONCA 160 (CanLII)

Goudge, Sharpe and LaForme JJ.A.

In the Matter of the Bankruptcy of Credifinance Securities Limited, of the City of Toronto, in the Province of Ontario

BETWEEN

Deloitte & Touche Inc.,
in its Capacity as Trustee in Bankruptcy of
Credifinance Securities Limited

Appellant

and

DSLC Capital Corp.

Respondent

Catherine Francis, for the appellant

Gregory Sidlofsky, for the respondent

Heard: January 7, 2011

On appeal from the order of Justice F. N. Marrocco of the Superior Court of Justice, dated February 16, 2010, with reasons reported at 63 C.B.R. (5th) 250.

H.S. LaForme J.A.:

INTRODUCTION

[1] Credifinance Securities Limited ("Credifinance") made an assignment in bankruptcy. DSLC Capital Corp. ("DSLC") filed a proof of claim in the amount of $400,000. In its proof of claim, DSLC maintained that the sum of $310,500 in the possession of Credifinance was its property. Deloitte & Touche Inc., as Trustee of Credifinance (the "Trustee"), denied the claim in full. DSLC appealed that decision in the Superior Court.

[2] The appeal judge found that DSLC had been defrauded into loaning Credifinance the $400,000. The appeal judge granted DSLC a constructive trust over what remained of the loan – $310,500 – and determined that it did not form part of the bankrupt estate. The Trustee appeals this decision.

[3] DSLC cross-appeals, seeking leave to appeal the decision of the appeal judge not to award costs to DSLC. If leave is granted, DSLC is seeking an award of costs against the Trustee personally.

BACKGROUND

[4] There is a good deal more to the factual background of this case than what I propose to set out. What I intend to do is simply provide that background that I believe is necessary to give context to my analysis and ultimate conclusions.

2011 ONCA 160 (CanLII)

The lawsuit

[5] On February 6, 2009, DSLC issued a notice of action against Credifinance, Georges Benarroch (who controlled Credifinance) and others and obtained an *ex parte* Mareva injunction.

[6] On March 6, 2009, DSLC filed a statement of claim seeking damages, an Order winding up Credifinance, oppression remedy relief, and the appointment of a receiver. DSLC did not assert a constructive trust claim; rather, it alleged that Credifinance had failed to repay the $400,000 loan.

[7] On April 2, 2009 DSLC amended its claim seeking an Order rescinding the Subscription Agreement and the Share Purchase Agreement (the agreements related to the loan and the relationship between DSLC and Credifinance) on the basis of the alleged "dishonest and fraudulent conduct of the defendants". DSLC repeated its allegation that Credifinance had refused to repay the $400,000 loan.

[8] On April 20, 2009, the Mareva injunction was dismissed as against the defendants other than Credifinance. However, the motion judge ordered that $310,500 be preserved pursuant to r. 45.02 of the *Rules of Civil Procedure*, whereupon the injunction would be dissolved against Credifinance. He found that, of the $460,000 that had been frozen in Credifinance's bank accounts, $310,500 on deposit with the National Bank could be identified as remaining from the $400,000 loan.

2011 ONCA 160 (CanLII)

[9] On July 23, 2009, Credifinance's motion for leave to appeal the order of the motion judge was dismissed. On August 24, 2009 Benarroch assigned Credifinance into bankruptcy. Credifinance has never paid the $310,500 into court.

[10] The only creditors of Credifinance are DSLC, Benarroch – directly and through a corporation – and Benarroch's lawyers. Benarroch and his company Credifinance Capital Corp. allege that they are secured creditors owed $127,032.07. The lawyers who represent the defendants including Benarroch claim to be owed a total of $128,546.25.

The trustee proceedings

[11] Before setting out the basic facts of this part of the background, I think it will be useful to set out the provisions of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (BIA) that are at the core of this appeal. Section 81 provides in part:

> **81.** (1) Where a person claims any property or interest therein, in the possession of a bankrupt at the time of the bankruptcy, he shall file with the trustee a proof of claim verified by affidavit giving the grounds on which the claim is based and sufficient particulars to enable the property to be identified.
>
> (2) The trustee with whom a proof of claim is filed under subsection (1) shall within 15 days after the filing of the claim or within 15 days after the first meeting of creditors, whichever is the later, either admit the claim and deliver possession of the property to the claimant or send notice in the prescribed manner to the claimant that the claim is disputed, with the trustee's reasons for disputing it, and, unless the claimant appeals the trustee'[s] decision to the court within 15 days after the sending of the notice of dispute, the claimant is deemed to have abandoned or relinquished all

2011 ONCA 160 (CanLII)

> his or her right to or interest in the property to the trustee who may then sell or dispose of the property free of any right, title or interest of the claimant.

2011 ONCA 160 (CanLII)

[12] On September 9, 2009, pursuant to this section, DSLC filed a property proof of claim with the trustee claiming a property interest in the $310,500 that remained on deposit in Credifinance's bank account. In the proof of claim, DSLC outlined the basic facts relied upon, including the allegation of fraudulent misrepresentations made by Credifinance, and asserted that "the $310,500 are trust funds belonging to DSLC".

[13] In its notice of dispute of this claim dated September 25, 2009, the Trustee refused to consider the merits of DSLC's fraud allegations and denied DSLC's property claim. In doing so, and among other things, it responded with this: "The allegations of fraudulent misrepresentation made by DSLC, even if they could be established, are incapable at law of elevating DSLC's subordinate unsecured claim to the status of a property claim with priority over the Trustee or other creditors of the bankrupt."

[14] DSLC appealed the Trustee's decision and by agreement, the matter was placed on the Commercial List to be heard by a judge of the Superior Court. The procedure to be followed for the hearing was agreed upon by counsel for the parties and reflected in a case conference order. As set out in the order, the parties agreed to file and rely on affidavits and transcripts from the civil proceeding and DSLC would also call *viva voce* evidence. Counsel for the Trustee declined to call witnesses as she expressly intended to rely only on the affidavit and transcript evidence from the civil proceeding.

[15] The appeal judge conducted what he called a hearing *de novo* and, as I noted earlier, allowed DSLC's appeal. He awarded DSLC a constructive trust over the $310,500. He made no order as to costs – he held that, given the result of his order on the estate would mean it has "virtually no assets".

The position of the Trustee

[16] The Trustee's position is that the appeal judge erred in determining DSLC's fraud allegations in the context of an appeal from a disallowance. It says that these issues were not properly before the court. Rather, the issue before the court was whether DSLC could, at law, establish a property claim to the funds in priority to the interests of the Trustee.

[17] The Trustee decided that DSLC could not establish a property claim to the funds and that the loan advance was not required to be held in trust. Accordingly, it disallowed DSLC's proof of claim. This was, it argues, based upon well-established legal principles and admissions from DSLC's own representatives that DSLC's interest in the funds was subordinate to the interests of Credifinance's other creditors.

The position of DSLC

[18] DSLC asserts that the hearing before the appeal judge proceeded as a hybrid trial of an issue. It submits that the procedure adopted for the hearing was agreed to by the parties and was the appropriate means to determine the issues. That is, by agreement of

2011 ONCA 160 (CanLII)

counsel, the Trustee and DSLC each filed and relied on various affidavits and transcript evidence from a related civil proceeding. DSLC also called *viva voce* evidence at the hearing in support of its fraud allegations.

[19] The issue for the appeal judge, DSLC argues, was whether DSLC was defrauded into loaning the $400,000 to Credifinance – the appeal judge's finding of fraud is a finding of fact supported by the evidence.

[20] I would dismiss the appeal. I conclude that both the process followed by the appeal judge and the issues he decided were, in the circumstances of this case, correct in law. I also conclude that the appeal judge committed no errors in either his decision or his analysis. Finally, I would not grant DSLC leave to appeal the issue of costs. This is not an obvious case where leave should be granted.

DISCUSSION

[21] The Trustee essentially disputes the factual and jurisdictional basis for the appeal judge's remedy under the statutory regime of the BIA. The essence of the Trustee's appeal to this court, and the answer to it, I believe, is bound up in two questions. First, did the Trustee agree to the process and the issue to be decided? Second, was it within the jurisdiction of the court to proceed in the fashion it did and to decide the issue it did? I find that the answer to both is "yes", and I conclude that the appeal should be dismissed.

2011 ONCA 160 (CanLII)

(1) The process

[22] By way of brief summary, under the BIA the Chief Justice of the Ontario Superior Court of Justice designates judicial officers who sit as part of Ontario's Bankruptcy Court. Appeals from a decision made by a Trustee in bankruptcy proceedings are most often made to a Registrar of the Ontario Bankruptcy Court. From time to time, however, appeals are heard by judges of the Superior Court.

[23] It seems that in Ontario the usual course for appeals under the BIA may be to proceed by way of *viva voce* evidence. This includes appeals under s. 81 of the BIA of a Notice of Dispute of property claims. Occasionally the court permits these appeals to proceed by way of affidavit evidence or partly by way of affidavit evidence and partly by way of *viva voce* evidence: *Katz (Bankruptcy) (Re)* (2005), 14 C.B.R. (5th) 193 (Ont. S.C.) at paras. 4 and 5.

[24] At the very least, the practice seems to be that an appeal court, when considering a Notice of Disallowance, will first decide the issue of whether the matter proceeds as a true appeal or as a hearing *de novo*. The test that has evolved seems to be that a hearing *de novo* will occur if the court decides that to proceed otherwise would result in an injustice to the creditor: *Charlestown Residential School (Re)* (2010), 70 C.B.R. (5th) 13 (Ont. S.C.) at paras. 1 and 18.

[25] I note that this practice is not used uniformly across the country. For example, in British Columbia an appeal under s. 81 of the BIA is not intended to be a trial *de novo* but

2011 ONCA 160 (CanLII)

rather a true appeal: *Galaxy Sports Inc. (Re)* (2004), 1 C.B.R. (5th) 20 (B.C.C.A.) at para. 40. The policy rationale is that trustees in bankruptcy should be regarded as having experience and expertise in the area of business financing, restructurings and insolvency.

2011 ONCA 160 (CanLII)

[26] This BC approach makes sense because, if evidence that was not before a Trustee were to be presented on an appeal as a matter of course, much of the efficiency in the operation of the bankruptcy scheme would be lost. Creditors who neglected to file a proof of claim in compliance with the requirements of the scheme would be at an advantage because they could expect to enhance their proof on appeal. This, it seems to me, would impact on the objective implicit in the BIA, which is to enable parties to have their rights and claims determined in an expeditious fashion, and add unwanted expense, delay and formality: *Galaxy Sports* at para. 41.

[27] However, since counsel before us did not raise the issue of the correctness of this practice, I do not intend to comment on it further. This is not the case that requires this court to consider the merits of the Ontario practice. I would add that the practice appears to have been developed mainly through decisions of Ontario's Bankruptcy Court.

[28] The procedure adopted for the hearing of the appeal in this case was agreed to by the parties and was, in their view, the appropriate means to determine the issues. On that there is no dispute. There is, however, a dispute that the Trustee describes as this: the Trustee did not seek a trial of DSLC's fraud allegations against Benarroch, nor was it the

Trustee's understanding that such allegations were supposed to have been tried before the appeal judge.

2011 ONCA 160 (CanLII)

[29] There is no doubt that DSLC's appeal of the Trustee's Notice of Dispute was focused entirely on its allegation of fraud. That was the very issue it sought to have decided by the appeal judge. At para. 2 of his reasons, the appeal judge describes DSLC's position on the appeal this way:

> [T]hat it is the victim of a fraud at the hands of Georges Benarroch and that, as a result of that fraud, it loaned $400,000 to Credifinance Securities Limited. According to DSLC Capital Corp., the $310,500 is directly traceable to that $400,000 loan and, therefore, should be impressed with a constructive trust in favour of DSLC Capital Corp.

[30] It was DSLC's appeal. It framed the issue to be heard by the appeal judge, and all parties agreed to the process to be followed. While the Trustee may have disagreed with what issue was to be decided, the appeal judge was required to address the issue put forward by DSLC. I fail to see where he committed any error in doing so. There is no merit to this submission.

(2) The fraud issue

[31] Before the appeal judge, counsel for the Trustee – who is also counsel on this appeal – took two positions that demonstrate that the Trustee was fully engaged in the issue of fraud that she now asserts the appeal judge had no jurisdiction to decide. First, she argued that, even if there was a fraudulent misrepresentation, it would not allow

DSLC to bypass the BIA. Her view was – as it continues to be – that in bankruptcy proceedings, there is no special status accorded to a victim of a fraud.

[32] Second, she fairly conceded – again as she does here – that constructive trust principles can be applied in bankruptcy proceedings, however, those principles are applied only in the most extraordinary cases. She relies on *Ascent Ltd. (Re)* (2006), 18 C.B.R. (5th) 269 (Ont. S.C.) as illustrating such a case. Indeed, in her oral submissions, counsel conceded that a trustee could, albeit in extraordinary circumstances, find a *de facto* constructive trust by allowing the property claim, or otherwise refer the issue for a hearing before a Bankruptcy Registrar or judge of the Superior Court.

[33] There is no question that the remedy of constructive trust is expressly recognized in bankruptcy proceedings. Both the case law and authors of texts make this clear, although the test for proving the existence of a constructive trust in a bankruptcy setting is high: L.W. Houlden & Geoffrey Morawetz, *Houlden and Morawetz Bankruptcy and Insolvency Analysis* (Toronto: WL Can, 2011) at F§5(1). The authors add this at F§5(8): "A constructive trust will ordinarily be imposed on property in the hands of a wrongdoer to prevent him or her from being unjustly enriched by profiting from his or her wrongful conduct" (citations omitted).

[34] *Ascent*, a case decided by an Ontario Registrar in Bankruptcy, is a case that demonstrates the type of circumstances that can make a case extraordinary. I found this case to be very instructive.

2011 ONCA 160 (CanLII)

[35] The Registrar in *Ascent* held that in its role as the arbiter of commercial morality, the Bankruptcy Court can rely on equitable principles, "even at the expense of the formulaic aspects of the BIA scheme of distribution": para. 17.

[36] An example of commercial immorality is described in *Ascent* as being where a bankrupt and its creditors benefit from misconduct by the bankrupt which was the basis upon which the property was obtained. The Registrar held that to permit an estate to retain the property in such circumstances amounts to an unjust enrichment, and the court can impose a constructive trust on an estate's assets to remedy the injustice. Furthermore, "it matters not which assets are consumed to remedy this": para. 18.

[37] Thus, a constructive trust in bankruptcy proceedings can be ordered to remedy an injustice; for example, where permitting the creditors access to the bankrupt's property would result in them being unjustly enriched. The prerequisite is that the bankrupt obtained the property through misconduct. The added necessary feature is that it would be unjust to permit the bankrupt and creditors to benefit from the misconduct.

[38] A Trustee in bankruptcy is an officer of the court and must act in an equitable manner. Enriching creditors with a windfall and depriving another of its interest in property, has been held to be an offence to natural justice. As Karakatsanis J. (as she then was) held at para. 14 in *Elez (Re)* (2010), 54 E.T.R. (3d) 31 (Ont. S.C.), "The court will not allow the trustee, as an officer of the court, to stand on his legal rights if to do so would offend natural justice" (citations omitted).

2011 ONCA 160 (CanLII)

[39] Some of the relevant findings of the appeal judge, which demonstrate why this case is somewhat exceptional, bear repeating:

> [23] I am also satisfied, on a balance of probabilities, that, but for the deceit, Mr. Lorenzo [the director of DSLC who negotiated with Benarroch] would not have entered into any agreement concerning Credifinance Securities Limited, would not have lent Credifinance Securities Limited $400,000, and Credifinance would not have $310,500 in its bank account.
>
> [24] At present, it appears that Georges Benarroch and a company he controls, Credifinance Capital Corp., have filed secured claims in the bankruptcy of Credifinance Securities Limited. It appears that the other creditors are lawyers who acted for Credifinance Securities Limited in the litigation against DSLC Capital Corp and its attempts to recover the $400,000 and in the IDA [Investment Dealers Association] investigations. In this regard, it is also a fact that Georges Benarroch, through his company, Donabo Inc., has guaranteed the fees of the Trustee.

[40] Thus, as the appeal judge found, DSLC was the victim of a fraud perpetrated by Credifinance and Benarroch. Importantly, the only creditors of Credifinance impacted by the appeal judge's order are Benarroch and his lawyers. Enriching Benarroch, therefore, with a windfall and depriving DSLC of its interest in the $310,500 would be fundamentally unjust.

[41] The constructive trust granted by the appeal judge was just in the circumstances of this case and did not unjustly deprive creditors of their rights under the BIA. In the words of the appeal judge at para. 34, "those funds should be the subject of a constructive

2011 ONCA 160 (CanLII)

trust in favor of DSLC Capital Corp. in order to prevent the unjust enrichment of Credifinance Securities Limited."

[42] It was within the appeal judge's jurisdiction to grant the remedy he did. Furthermore, there was ample evidence upon which the appeal judge could rely to make the findings he did, and they are reasonable and entitled to deference from this court. I would, therefore, reject this argument.

[43] Before leaving this issue, I believe it is important to make a final observation. The appeal judge's reasons should not be interpreted to suggest that once a civil fraud by the bankrupt on the claimant, whose claim was disallowed by the trustee, is proven, and that is coupled with a loss and an ability to trace the consequences of the fraud, then a constructive trust will always be imposed. That, in my view, is too broad.

[44] Constructive trust is a discretionary remedy. In a bankruptcy there are other interests to consider besides those of the defrauder and the defraudee: there are other creditors. Thus, the exercise of remedial discretion must be informed by additional considerations than in a civil fraud trial. The appeal judge in our case clearly understood this, considered the claims of the creditors, found them to be tainted by Benarroch's misconduct, and concluded that a rigid formulaic approach, relying strictly on the letter of the BIA would produce an unjust result.

2011 ONCA 160 (CanLII)

THE CROSS-APPEAL

[45] The appeal judge's decision on costs is explained in full in his reasons at para. 35: "Having regard to the fact that the effect of my ruling means that the Estate of Credifinance Securities Limited has virtually no assets, there will be no order concerning costs." DSLC in its cross-appeal asserts that this was an error and the appeal judge's decision is not entitled to deference. I disagree.

[46] The general rule in these types of proceedings is found in the provisions of the BIA. Section 197(1) provides that the costs of and incidental to any proceedings in court under the BIA are in the discretion of the court. Section 197(3) provides that where an action or proceeding is brought by or against a trustee, or where a trustee is made a party to any action or proceeding, he is not personally liable for costs unless the court otherwise directs.

[47] As this court held in *McNaughton Automotive Ltd.* v. *Co-operators General Insurance Co.* (2008), 95 O.R. (3d) 365 (C.A.) at paras. 23-26, leave to appeal a costs decision is granted sparingly and only in obvious cases. This is because decisions as to costs are highly discretionary and are accorded a very high degree of deference. Generally, they will only be interfered with where it can be demonstrated that the decision maker is plainly wrong or has made an error in principle.

[48] While trustees in bankruptcy are not exempt from liability for costs, the jurisprudence in the field suggests that they will only be liable in limited circumstances:

2011 ONCA 160 (CanLII)

see *Farm Mutual Financial Services Inc. (Re)* (2010), 66 C.B.R. (5th) 85 (Ont. S.C.). I fail to see any such limited circumstances in this case. DSLC has not met its heavy burden and has not satisfied me that this is an obvious case.

[49] Accordingly, I would deny DSLC leave to appeal the award of costs.

DISPOSITION

[50] For the reasons herein I would dismiss the Trustee's appeal. I would deny DSLC leave to appeal the costs order of the appeal judge.

[51] Although DSLC was unsuccessful on its cross-appeal, it was wholly successful in the main appeal. After factoring this into my analysis, I would award DSLC its costs in this court fixed in the amount of $20,000, inclusive of disbursements and taxes, paid from the estate.

RELEASED:

"MAR -2 2011" "H.S. LaForme J.A."

"STG" "I agree S.T. Goudge J.A."

"I agree Robert Sharpe J.A."

2011 ONCA 160 (CanLII)

In the Matter of the Bankruptcy of Kaiser, of the City of Toronto, in the Province of Ontario

[Indexed as: Kaiser (Re)]

113 O.R. (3d) 308

2012 ONCA 838

Court of Appeal for Ontario,
Goudge, Feldman and Blair JJ.A.
November 29, 2012

Professions -- Barristers and solicitors -- Solicitor-client privilege -- Motion judge granting motion by trustee in bankruptcy for order for disclosure of identity of person paying bankrupt's legal fees in bankruptcy proceedings -- Bankrupt's appeal allowed -- Identity of person paying party's legal fees presumptively privileged -- Presumption being rebuttable by evidence showing that there is no reasonable possibility that disclosure will lead to revelation of confidential solicitor-client communications or that requested information is not linked to merits of case and its disclosure would not prejudice client -- Motion judge erring in finding that presumption had been rebutted.

K was a bankrupt. His trustee in bankruptcy suspected that he was hiding assets and using B as a straw man to do so. Accordingly, the trustee applied for the appointment of a receiver over the property of B and his company on the basis that the property belonged to K and therefore to the trustee. A member of the law firm that represented the trustee had in the past represented numerous litigants in proceedings against or involving K. When the trustee sought to examine K pursuant to

2012 ONCA 838 (CanLII)

s. 163(1) of the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, K brought a motion to have the law firm removed as solicitor for the trustee (the "removal motion"). The removal motion was dismissed, and K was ordered to pay costs to the trustee. Those costs were not paid. The trustee moved for an order compelling K and his lawyer to disclose the identity of the person paying K's lawyer's legal fees for the removal motion. K opposed that motion on the basis that the information sought was permanently protected by solicitor-client privilege. The motion judge granted the motion. K appealed.

Held, the appeal should be allowed.

Administrative information relating to the solicitor-client relationship -- including the identity of the person paying the lawyer's bills -- is presumptively privileged. The presumption may be rebutted by evidence showing (a) that there is no reasonable possibility that disclosure of the requested information [page309] will lead, directly or indirectly, to the revelation of confidential solicitor-client communications; or (b) that the requested information is not linked to the merits of the case and its disclosure would not prejudice the client. The motion judge took too narrow a view both of the potential prejudice and the impact of disclosure on K's right to confidentiality. K's lawyer was not simply retained for the removal motion; rather, he was retained to represent K in the bankruptcy proceedings generally, and in those proceedings, the real dispute was about whether K was hiding assets from the trustee through the use of a straw man. The identity of the person paying K's legal fees on the removal motion was not merely tangential information. It impacted directly on the merits of the overall dispute and its revelation might well be prejudicial to K in that overall context. Moreover, disclosure of the source of K's lawyer's fees would reveal confidential communications between the lawyer and his client. The information was provided in the context of the lawyer's need to know how his fees would be paid in order to decide whether to act. It was therefore information which K had to provide in order to obtain legal advice and which was given in confidence for that purpose.

Cases referred to

2012 ONCA 838 (CanLII)

Maranda v. Richer, [2003] 3 S.C.R. 193, [2003] S.C.J. No. 69, 2003 SCC 67, 232 D.L.R. (4th) 14, 311 N.R. 357, J.E. 2003-2138, 178 C.C.C. (3d) 321, 15 C.R. (6th) 1, 113 C.R.R. (2d) 76, 59 W.C.B. (2d) 553; Ontario (Attorney General) v. Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner), [2005] O.J. No. 941, 251 D.L.R. (4th) 65, 197 O.A.C. 278, 10 C.P.C. (6th) 144, 137 A.C.W.S. (3d) 877 (C.A.); R. v. Cunningham, [2010] 1 S.C.R. 331, [2010] S.C.J. No. 10, 2010 SCC 10, 399 N.R. 326, 2010EXP-1163, J.E. 2010-626, EYB 2010-171414, 317 D.L.R. (4th) 1, 73 C.R. (6th) 1, 254 C.C.C. (3d) 1, 87 W.C.B. (2d) 70, 283 B.C.A.C. 280, 87 W.C.B. (2d) 70, apld

Descteaux v. Mierzwinski, [1982] 1 S.C.R. 860, [1982] S.C.J. No. 43, 141 D.L.R. (3d) 590, 44 N.R. 462, J.E. 82-659, 70 C.C.C. (2d) 385, 28 C.R. (3d) 289, 1 C.R.R. 318, 8 W.C.B. 383, consd

Other cases referred to

Bankruptcy of Morris Kaiser (Re), [2011] O.J. No. 3716, 2011 ONSC 4877, 84 C.B.R. (5th) 29 (S.C.J.) [Leave to appeal refused [2011] O.J. No. 6223, 2011 ONCA 713, 84 C.B.R. (5th) 269, 209 A.C.W.S. (3d) 223]; R. v. 1504413 Ontario Ltd. (2008), 90 O.R. (3d) 122, [2008] O.J. No. 1302, 2008 ONCA 253, 235 O.A.C. 48, 77 W.C.B. (2d) 194, 230 C.C.C. (3d) 193, 70 C.L.R. (3d) 1; R. v. Colbourne, [2001] O.J. No. 3620, 149 O.A.C. 132, 157 C.C.C. (3d) 273, 19 M.V.R. (4th) 29, 51 W.C.B. (2d) 65 (C.A.)

Statutes referred to

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 163(1) [as am.], 193, (a)-(e)

Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31 [as am.]

Authorities referred to

Wigmore, John Henry, Wigmore on Evidence, vol. 8 (McNaughton rev. 1961)

APPEAL from the order of Newbould J., [2011] O.J. No. 6036, 2011 ONSC 7617 (S.C.J.) for disclosure of the identity of the person paying the bankrupt's legal fees. [page310]

2012 ONCA 838 (CanLII)

Melvyn L. Solmon and Cameron J. Wetmore, for appellant Morris Kaiser.

Milton A. Davis and Neil S. Rabinovitch, for respondent Soberman Inc. as trustee of the estate of Morris Kaiser, a bankrupt.

2012 ONCA 838 (CanLII)

BLAIR J.A.: --

Issue

[1] May a court require that a bankrupt and/or the bankrupt's solicitor disclose the identity of the person paying the bankrupt's legal fees in proceedings arising out of the bankruptcy? That is the issue raised on this appeal.

Background

[2] Morris Kaiser has been bankrupt for more than three years, and claims to have been impecunious at the time of his bankruptcy. In spite of this, however, he appears to have continued to live a life of some means in Toronto. He has made a number of trips to various casinos in the United States, gambling many hundreds of thousands of dollars in pursuit of this hobby, and made numerous cash withdrawals on credit cards allegedly paid for by a third party, Mr. Cecil Bergman, and by various companies under Mr. Bergman's control.

[3] This has led Soberman Inc., Mr. Kaiser's trustee in bankruptcy, to suspect that Mr. Kaiser was not impecunious at the time of his bankruptcy but, rather, that he is hiding assets from the trustee and using Mr. Bergman as a "straw man" to do so. Both Mr. Kaiser and Mr. Bergman deny that Mr. Bergman has provided Mr. Kaiser with any funds since the date of his bankruptcy, but this controversy underpins the issue arising on this appeal.

[4] The trustee applied to the court for the appointment of a receiver over the property of Mr. Bergman and his company, Bergman Capital, on the basis that the property belongs to Mr. Kaiser and therefore to the trustee as a result of the bankruptcy (the "receivership motion"). Shortly thereafter, it

also moved for an order requiring Mr. Kaiser, or any person so requested by the trustee, to disclose the source of "any and all funds" received by Mr. Kaiser since the bankruptcy (the "first disclosure motion"). The law firm, Davis Moldaver LLP, represented the trustee in those proceedings.

[5] The record indicates that Milton Davis of that firm has had considerable experience dealing with Mr. Kaiser because he has represented numerous disgruntled litigants in proceedings [page311] against or involving Mr. Kaiser for over a decade. When the trustee (with Mr. Davis acting for it) sought to examine Mr. Kaiser pursuant to s. 163(1) of the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "BIA"), Mr. Kaiser, in turn, brought a motion to have Davis Moldaver LLP removed as solicitor for the trustee (the "removal motion"). Newbould J. dismissed that motion on August 16, 2011: Bankruptcy of Morris Kaiser (Re), [2011] O.J. No. 3716, 2011 ONSC 4877 (S.C.J.). He observed, at para. 4:

> In my view the motion is completely miscast and it is evident that it has been brought for tactical purposes to try to delay actions by the trustee in seeking to obtain a declaration that a third party, Cecil Bergman, is holding millions of dollars of assets in trust for Mr. Kaiser. It is quite evident that Mr. Kaiser, who has an obligation to the trustee to assist in locating assets belonging to the bankrupt estate, is taking every opportunity to refuse to provide information that could assist the trustee.

[6] Cronk J.A. dismissed an application for leave to appeal from the removal motion order, noting that the motion judge's conclusions were "firmly grounded in the evidentiary record": Bankruptcy of Morris Kaiser (Re), [2011] O.J. No. 6223, 2011 ONCA 713. A motion to set aside her decision was dismissed and the appeal from the removal motion order quashed.

[7] In the meantime, the trustee's first disclosure motion had been adjourned indefinitely. However, after Newbould J. dismissed the removal motion he ordered Mr. Kaiser to pay costs to the trustee in the amount of $50,000, and, not surprisingly, those costs were not paid. As a result, the trustee moved

2012 ONCA 838 (CanLII)

separately before Newbould J. for an order compelling Mr. Kaiser and his lawyer Mr. Solmon to disclose the identity of the person paying Mr. Solmon's legal fees respecting the removal motion (the "second disclosure motion"). The trustee's request that the amount of the legal fees also be disclosed was not pursued at the hearing. No one doubts that, if successful, the trustee will follow with a motion for an order requiring that person to pay the outstanding costs.

[8] Mr. Kaiser opposed the second disclosure motion on the basis that the information sought was permanently protected by solicitor-client privilege. The trustee argued that the identity of the person paying Mr. Kaiser's legal bills is simply a matter of fact that does not attract solicitor-client privilege in the first place.

[9] The motion judge considered the relevant case law and determined that the information sought was presumptively -- not permanently -- privileged. However, he went on to hold that the presumption could be rebutted if it could be shown that the information did not reveal confidential solicitor-client communications [page312] and was not relevant to the merits of the case, and that its revelation would not be prejudicial to Mr. Kaiser.

[10] Ultimately, the motion judge concluded that this burden had been met. He explained, at paras. 11 and 15:

> In this case, I fail to see how the amount of fees paid by the third person to Mr. Solmon could reveal any communication between Mr. Kaiser and Mr. Solmon protected by solicitor-client privilege. The same applies to the release of only the identity of the person who paid.
>
> . . . . .
>
> The identity of the person who paid Mr. Solmon's fees is not relevant to the merits of what was before the court, namely, whether Mr. Davis's firm should be removed as solicitor for the trustee. Nor could it be prejudicial to that issue or cause any other legal prejudice to Mr. Kaiser.

2012 ONCA 838 (CanLII)

[11] Accordingly, the motion judge ordered Mr. Kaiser and Mr. Solmon to disclose to the trustee the identity of the person who paid Mr. Solmon for his work on the removal motion, as well as for the unsuccessful appeals arising from that motion. This order is the subject of the appeal.

Leave to Appeal

[12] As a threshold matter, the trustee moved to quash Mr. Kaiser's appeal because he had not sought leave as required by s. 193 of the BIA. Just prior to the hearing of the appeal, Mr. Solmon served a notice of motion seeking leave in the event that it was needed. While there was no apparent justification for the late notice, I am satisfied that leave to appeal is required and that, in the circumstances, leave should be granted.

[13] In bankruptcy proceedings, an appeal only lies to this court as of right in the specific circumstances enumerated in paras. (a)-(d) of s. 193 of the BIA, namely,

(a) if the point at issue involves future rights;
(b) if the order or decision is likely to affect other cases of a similar nature in the bankruptcy proceedings;
(c) if the property involved in the appeal exceeds in value ten thousand dollars; or
(d) from the grant of or refusal to grant a discharge if the aggregate unpaid claims of creditors exceed five hundred dollars.

[14] Paragraph (e) of s. 193 provides that an appeal lies to this court "in any other case by leave of a judge of the Court of Appeal".

[15] An appeal from an order requiring a bankrupt and his solicitor to reveal the identity of the person paying the bankrupt's legal fees does not fit nicely into any of paras. (a)-(d). [page313] However, the issue raised is an important one for the practice -- not dealt with in this context before -- and has implications beyond the four corners of this dispute. I would therefore grant leave to appeal pursuant to s. 193(e).

2012 ONCA 838 (CanLII)

Analysis

[16] Whether a court may order disclosure of the identity of a person paying the legal fees of a bankrupt in proceedings arising out of the bankruptcy depends upon whether that information is protected by solicitor-client privilege. For the reasons that follow, I am satisfied that, on this record, the identity of the person paying Mr. Kaiser's legal fees on the motion to remove Mr. Davis's firm as solicitors of record is protected by that privilege and ought not to have been ordered disclosed.

[17] As he did in the court below, Mr. Solmon relies heavily on the decision of the Supreme Court of Canada in Descteaux v. Mierzwinski, [1982] 1 S.C.R. 860, [1982] S.C.J. No. 43, for his argument that the information sought to be disclosed is protected by solicitor-client privilege. In that case, Mr. Descteaux was suspected of lying about his finances in a legal aid application so the police obtained a warrant and seized the allegedly fraudulent application from a legal aid bureau. Both the bureau and Mr. Descteaux claimed that the document was protected by privilege.

[18] Speaking for the court, Lamer J. held that, in the context of legal advice, "administrative" information required to obtain that advice -- including information about the payment of the lawyer's bill -- was completely privileged, subject only to very narrow common law exceptions. In coming to this conclusion, he adopted the "permanently protected from disclosure" condition precedent found in Wigmore's test for the existence of solicitor-client privilege: Wigmore on Evidence (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at 2292. Lamer J. summed up the principle, at pp. 892-93 S.C.R.:

> [A] lawyer's client is entitled to have all communications made with a view to obtaining legal advice kept confidential. Whether communications are made to the lawyer himself or to employees, and whether they deal with matters of an administrative nature such as financial means or with the actual nature of the legal problem, all information which a person must provide in order to obtain legal advice and which

2012 ONCA 838 (CanLII)

is given in confidence for that purpose enjoys the privileges attached to confidentiality.
(Emphasis added)

[19] Mr. Solmon argues that the motion judge erred in failing to apply the Descteaux test. Mr. Kaiser's ability or inability to pay his fees was a precondition to the creation of the solicitor-client relationship, he says, and, relying on Descteaux, at pp. 876-77 S.C.R., [page314] he argues that the source of those fees was "as much [a communication] made in order to obtain legal advice as any information communicated" to the lawyer subsequently, and was "[an item] of information that a lawyer requires from a person in order to decide if he [or she] will agree to advise or represent" the client: Descteaux, at pp. 876-77 S.C.R. The information, he submits, is therefore permanently protected from disclosure.

[20] I agree that the foregoing principles would preclude disclosure of the information sought by the trustee here. However, I do not agree that the "permanent protection from disclosure" test governs any longer.

[21] Descteaux must be read in light of more recent jurisprudence. In Maranda v. Richer, [2003] 3 S.C.R. 193, [2003] S.C.J. No. 69, 2003 SCC 67 and in R. v. Cunningham, [2010] 1 S.C.R. 331, [2010] S.C.J. No. 10, 2010 SCC 10, the Supreme Court moved away from the categorical approach articulated in Descteaux and towards a more flexible and contextual approach to the determination of when peripheral information is protected by solicitor-client privilege. The prevailing law now appears to be that administrative information related to the establishment of a solicitor-client relationship -- including a lawyer's bill and a client's ability to pay, and by extension, the source of the lawyer's fees -- is presumptively privileged. The presumption may be rebutted by the party seeking disclosure, however.

[22] Maranda involved the seizure under warrant of documents from a lawyer's office relating to fees and disbursements billed to, or paid by, a client who was suspected of money laundering and drug trafficking. The warrant was quashed and

2012 ONCA 838 (CanLII)

the search declared illegal because the information contained in the seized documents was privileged. Writing for eight of nine judges, [See Note 1 below] LeBel J. reaffirmed the importance and the broad scope of solicitor-client privilege and the principles to that effect enunciated in Descteaux. He did not adopt the "permanently protected" test, however. Instead, at paras. 33 and 34, he introduced the concept of a "presumption" of privilege:

> In law, when authorization is sought for a search of a lawyer's office, the fact consisting of the amount of the fees must be regarded, in itself, as information that is, as a general rule, protected by solicitor-client privilege. While that presumption does not create a new category of privileged information, it will provide necessary guidance concerning the methods by which effect is given to solicitor-client privilege, which, it will be recalled, is a class privilege. Because of the difficulties inherent in determining the extent to which the information contained in lawyers' bills of account is neutral [page315] information, and the importance of the constitutional values that disclosing it would endanger, recognizing a presumption that such information falls prima facie within the privileged category will better ensure that the objectives of this time-honoured privilege are achieved. That presumption is also more consistent with the aim of keeping impairments of solicitor-client privilege to a minimum[.]
>
> Accordingly, when the Crown believes that disclosure of the information would not violate the confidentiality of the relationship, it will be up to the Crown to make that allegation adequately in its application for the issuance of a warrant for search and seizure. The judge will have to satisfy himself or herself of this[.]

(Emphasis added)

[23] In developing the "presumption of privilege" approach, LeBel J. considered, and rejected, the argument that the raw data of lawyers' dockets are not "communications" protected by solicitor-client privilege, but are rather "facts" to which privilege does not attach at all. He explained, at para. 32:

2012 ONCA 838 (CanLII)

> While this distinction in respect of lawyers' fees may be attractive as a matter of pure logic, it is not an accurate reflection of the nature of the relationship in question. As this Court observed in [Descteaux], there may be widely varying aspects to a professional relationship between solicitor and client. Issues relating to the calculation and payment of fees constitute an important element of that relationship for both parties . . . . The existence of the fact consisting of the bill of account and its payment arises out of the solicitor-client relationship and of what transpires within it. That fact is connected to that relationship, and must be regarded, as a general rule, as one of its elements.
>
> (Emphasis added)

[24] LeBel J. acknowledged in the course of his analysis that at least some information in lawyers' dockets might well be "neutral" information that does not attract solicitor-client privilege. He therefore directed that in future cases where search warrants are sought for lawyers' dockets, the information sought should be treated as presumptively privileged. The onus would be on the Crown to demonstrate that disclosure would not violate the confidentiality of the solicitor-client relationship.

[25] Although the court in Maranda did not discuss the identity of the person paying the lawyers' fees, I see no practical distinction between the source of payment and the details of payment for purposes of this analysis. As will become apparent, the identity of the person paying the legal fees may well not be "neutral information" in the context of a particular case and its disclosure may, indeed, violate the confidentiality perimeters of that relationship. It follows that the "fact/communication" distinction the trustee attempts to draw in this case must be rejected for the same reason as LeBel J. rejected it in Maranda.

[26] This court applied the "presumptive privilege" approach introduced in Maranda outside the criminal/search warrant [page316] context in Ontario (Attorney General) v. Ontario

2012 ONCA 838 (CanLII)

(Assistant Information and Privacy Commissioner), [2005] O.J. No. 941, 251 D.L.R. (4th) 65 (C.A.). There, the issue was whether the total amount of fees paid by the Attorney General to outside counsel in two high-profile criminal matters was privileged, and therefore exempt from disclosure under the Freedom of Information and Protection of Privacy Act, R.S.O. 1990, c. F.31. The Information and Privacy Commissioner concluded that this information was not privileged, and ordered the Attorney General to disclose it. The Attorney General disagreed and challenged the production order in court. The commissioner's order to disclose the information was upheld in the Divisional Court and in this court on the basis of the Maranda analysis. At para. 9 of its reasons, this court said:

> Assuming that [Maranda] . . . holds that information as to the amount of a lawyer's fees is presumptively sheltered under the client/solicitor privilege in all contexts, Maranda also clearly accepts that the presumption can be rebutted. The presumption will be rebutted if it is determined that disclosure of the amount paid will not violate the confidentiality of the client/solicitor relationship by revealing directly or indirectly any communication protected by the privilege.

(Emphasis added)

[27] More recently, in Cunningham the Supreme Court emphasized that the question of whether or not fee information is protected by solicitor-client privilege should be answered contextually.

[28] The narrow issue in Cunningham was whether a court could refuse a request by defence counsel to withdraw from a case on the basis of the client's failure to pay his legal bills. For purposes of this discussion, the important question was whether it would breach solicitor-client privilege for the lawyer to disclose to the court that the client had not paid.

[29] Writing for a unanimous court, Rothstein J. held, at para. 30, that this information may be privileged "[w]here payment or non-payment of fees is relevant to the merits of the case, or disclosure of such information may cause prejudice to

2012 ONCA 838 (CanLII)

the client". However, where these conditions are not met, the "sliver" of information that the client is in arrears does not attract privilege in the first place.

[30] From these developments in the jurisprudence, I take the law to be that administrative information relating to the solicitor-client relationship -- including the identity of the person paying the lawyer's bills -- is presumptively privileged. The presumption may be rebutted by evidence showing (a) that there is no reasonable possibility that disclosure of the requested information will [page317] lead, directly or indirectly, to the revelation of confidential solicitor-client communications (Maranda, at para. 34; and Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner), at para. 9); or (b) that the requested information is not linked to the merits of the case and its disclosure would not prejudice the client (Cunningham, at paras. 30-31).

[31] I note that the "confidential communication" and the "merits/prejudice" lines of reasoning from Maranda and Cunningham, respectively, do not necessarily define the same body of information. The reason is that not all information a client tells his lawyer in confidence will be relevant to the merits of the case for which the lawyer is retained: see Descteaux, at p. 877 S.C.R.

[32] That said, even if there are differences between the Maranda and the Cunningham approaches, those differences do not matter in the present case. From either viewpoint, the record does not support the disclosure of the identity of the person paying Mr. Kaiser's legal bills. I respectfully disagree with the motion judge on this point.

[33] The motion judge properly concluded that the Maranda/ Cunningham line of jurisprudence governed. However, he erred in its application, in my opinion, primarily because he took too narrow a view both of the potential prejudice and the impact of disclosure on Mr. Kaiser's right to confidentiality.

[34] As I explained above, the thrust of the motion judge's reasoning to order disclosure was two-fold. First, he concluded

2012 ONCA 838 (CanLII)

[at para. 15] that "[t]he identity of the person who paid Mr. Solmon's fees is not relevant to the merits of what was before the court, namely, whether Mr. Davis's firm should be removed as solicitor for the trustee". Secondly, he decided that disclosure of that information could not prejudice Mr. Kaiser on the removal motion or in the sense that it might have a chilling effect on any future attempts by Mr. Kaiser to obtain funding to pay legal fees. The motion judge was sceptical about why Mr. Kaiser, a bankrupt, would have a need for future legal services in any event.

[35] In my view, this line of reasoning fails to take into account the overall context of the dispute between the trustee and Mr. Kaiser. Mr. Solmon is not simply retained for the removal motion. He is retained to represent Mr. Kaiser in the bankruptcy proceedings generally. In those proceedings, the real dispute is about whether Mr. Kaiser, a bankrupt, is hiding assets from the trustee through the use of a "straw man". The removal motion is but a tangential skirmish in that theatre of battle.

[36] Respectfully, however, the identity of the person paying Mr. Kaiser's legal fees on the removal motion is not merely tangential information. It has relevance beyond that motion. [page318] Mr. Bergman is the trustee's primary suspect as the "straw man", if there is one. Should it turn out that Mr. Bergman is the person paying Mr. Solmon's fees on the removal motion, the trustee will have a significant piece of circumstantial evidence for use in the receivership and related proceedings that there is a "straw man", and, indeed, that Mr. Bergman is he.

[37] In that sense, the information sought to be disclosed impacts directly on the merits of the overall dispute and its revelation might well be prejudicial to Mr. Kaiser in that overall context. Thus, the presumption of privilege cannot be rebutted using the Cunningham criteria.

[38] Similarly, the presumption cannot be rebutted based on the Maranda criteria because disclosure of the source of Mr. Solmon's fees would reveal confidential communications between

2012 ONCA 838 (CanLII)

him and his client. The information is provided in the context of Mr. Solmon's need to know how his fees will be paid in order to decide whether to act. In the words of Supreme Court, it is therefore "information which a person must provide in order to obtain legal advice and which is given in confidence for that purpose", and accordingly "enjoys the privileges attached to confidentiality": Maranda, at para. 22, citing Descteaux, at p. 893 S.C.R. Of course, this privilege is lost if the party seeking disclosure can demonstrate that the communication was itself criminal or fraudulent or made in furtherance of a crime or fraud: Descteaux, at p. 873 S.C.R. Here, the trustee did not seek to invoke the crime/fraud exception to force disclosure of the identity of the person who funded the removal motion.

[39] The foregoing conclusions are in themselves sufficient to dispose of the appeal.

[40] In addition, however, the motion judge rejected Mr. Kaiser's argument that disclosure of the identity of the person paying his legal fees would have a chilling effect on any further attempts to obtain funding for legal fees. Mr. Kaiser said in his affidavit that he was concerned that if the trustee learned of the details of his fee arrangement, the trustee would take steps to prevent him from obtaining legal advice and representation.

[41] The motion judge was of the view that there were few, if any, legitimate reasons that Mr. Kaiser, a bankrupt, would need legal advice in the future. On the contrary, the motion judge obviously thought that whatever legal proceedings Mr. Kaiser might initiate were more likely to be in furtherance of Mr. Kaiser's obstructive strategy of attempting to prevent the trustee from succeeding on the receivership motion.

[42] There was some discussion during oral argument of Mr. Kaiser's potential need for counsel in connection with the [page319] first disclosure motion referred to earlier in these reasons. On that motion -- brought in May 2010 -- the trustee sought an order requiring Mr. Kaiser and Mr. Solmon to disclose the source of "any and all funds" received by Mr.

2012 ONCA 838 (CanLII)

Kaiser since the date of his bankruptcy, as well as ancillary information relating to those funds and their use by Mr. Kaiser and/or members of his family. This motion, although long dormant, is still outstanding and encompasses a request for relief that is much wider than merely the source of funding for the removal motion.

[43] As I have said, however, the chilling-effect point is not dispositive in any event. The appeal turns on the analysis, conducted above, that the trustee has failed to tender evidence sufficient to rebut the presumption of privilege based on the principles outlined in Maranda, Ontario (Assistant Information and Privacy Commissioner) and Cunningham. On that basis, the appeal must be allowed.

[44] Finally, given my conclusion that the appeal must be allowed for the reasons articulated above, there is no basis to order that Mr. Kaiser's lawyer be required to disclose the information as well. I observe, however, that the courts have been very reluctant to put lawyers in the position where they are required to give evidence against their clients except in very rare cases where the proper administration of justice demands it: see R. v. 1504413 Ontario Ltd. (2008), 90 O.R. (3d) 122, [2008] O.J. No. 1302, 2008 ONCA 253, at para. 13; and R. v. Colbourne, [2001] O.J. No. 3620, 157 C.C.C. (3d) 273 (C.A.), at para. 51. Here, there was another source of the information -- Mr. Kaiser -- had disclosure been ordered.

Disposition

[45] For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the order below and in its place substitute an order dismissing the trustee's motion for an order directing Mr. Kaiser and Mr. Solmon to disclose the identity of the person who paid Mr. Kaiser's legal fees in connection with the removal motion and any appeals there from, with costs.

[46] Counsel may submit brief submissions, not to exceed three pages in length, as to costs within 15 days of the release of this decision.

Appeal allowed.

2012 ONCA 838 (CanLII)

Notes

Note 1: Deschamps J. wrote separate but concurring reasons.

2012 ONCA 838 (CanLII)

CITATION: Morris v Khadr, 2021 ONSC 7018
COURT FILE NO.: CV-17-576756
DATE: 20211025

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:	
LAYNE MORRIS, LEISL MORRIS and TABITHA SPEER, in her personal capacity and as EXECUTRIX OF THE ESTATE OF CHRISTOPHER SPEER and on behalf of the minor children, T.S. AND T.S.	*James S. Schacter and Neil Searles*, lawyers for the Plaintiffs/Respondents
Plaintiffs/Respondents	
– and –	
OMAR AHMED KHADR	*Frank Addario and Zachary Al-Khatib*, lawyers for the Defendant/Appellant
Defendants/Appellant	
	HEARD: October 18, 2021

2021 ONSC 7018 (CanLII)

ENDORSEMENT

DIAMOND J.:

Overview

[1] In this proceeding, the respondents seek to enforce a default judgment obtained in the State of Utah against the appellant.

[2] By way of brief background, in or around 2010 the appellant entered into a plea agreement with U.S. authorities and signed a Stipulation of Fact in which he admitted that, *inter alia*,

(a) during a firefight that occurred on July 27, 2002, he threw a grenade that killed FSC Christopher Speer, an American soldier; and,

(b) the appellant helped construct and plant improvised explosive devices (IEDs).

[3] The Utah Complaint commenced by the Respondents referenced and relied, in part, upon the Stipulation of Fact. It is common ground between the parties that the Stipulation of

Fact and the appellant's confessions therein, were improperly obtained. At the time the Utah Complaint was served, the appellant was in a Canadian prison. When the appellant did not defend the Utah Complaint, a Utah court granted the default judgment in favour of the respondents.

[4] The appellant now defends the within proceeding on the primary basis that the Utah judgment is contrary to public policy, and that he was denied natural justice. After the appellant was examined for discovery in this action, the respondents brought a motion seeking answers to various questions refused at the appellant's discovery. That motion proceeded before the learned Associate Judge on November 8, 2019. By Endorsement released that same day, the learned Associate Judge ordered various questions to be answered by the appellant.

[5] The appellant now appeals the learned Associate Judge's decision. That appeal was argued before me on October 18, 2021. At the conclusion of the hearing, I took my decision under reserve.

Standard of Review

[6] As held by Justice McArthur in *Hassoun v. Molu* 2018 ONSC 6781 (CanLII), "a Master's [now Associate Judge's] decision should not be interfered with unless the Master made an error in law, exercised his/her discretion on the wrong principles, or misapprehended the evidence such that there was a palpable and overriding error."

[7] This Court will also grant an Associate Judge deference in deciding discovery issues, as an Associate Judge has significant expertise dealing with the discovery process.

Decision

[8] For the purpose of this appeal, the learned Associate Judge ordered eight specific questions to be answered by the appellant. Counsel for the parties divided the eight questions into two categories:

(a) questions which raise concerns of solicitor/client privilege; and,

(b) questions concerning the veracity of the Stipulation of Fact.

[9] The first category is comprised of six questions. The second category consisted of two questions. All eight questions ordered to be answered by the appellant were as follows:

Category #1

#4 To advise if the appellant was told by anybody, including a lawyer, about his ability to attend the Utah court by teleconference or videoconference

2021 ONSC 7018 (CanLII)

#5 To advise what steps the appellant took to get legal advice (in relation to the Utah claim)

#6 To advise if the appellant spoke with Mr. Edney while in prison

#7 To advise if the appellant spoke with Mr. Whitling while in prison

#8 To advise if the appellant's lawyers in Canada and the U.S. were being paid

#9 To advise if the appellant consulted or retained counsel to go to Utah to set aside the default judgment

Category #2

#11 To advise of what actions taken by signatories to that protocol were contravened

#13 To allow the appellant to be questioned on the contents of the Stipulation of Facts derived from the interrogation

[10] During argument of the appeal, counsel confirmed that this Court did not have to adjudicate upon two of the eight refusals.

[11] Refusal #9 has apparently already been answered by the appellant (i.e. he has confirmed that no steps were carried out to set aside the Utah judgment), and counsel for the appellant has agreed to provide further clarification that those "steps" included consulting and/or retaining counsel.

[12] In addition, counsel for the parties also confirmed that refusal #11 has already been answered by the appellant

[13] Accordingly, I shall now address the remaining six refusals.

#4: To advise if the appellant was told by anybody, including a lawyer, about his ability to attend the Utah court by teleconference or videoconference

[14] The learned Associate Judge held that as the appellant pleaded in his Statement of Defence that he was "legally prohibited" from appearing before the Utah court (either personally or through legal counsel), this question was proper as it sought to explore the appellant's position that he was denied an opportunity to participate in the Utah proceedings at a time when he had lawyers in both Canada and the United States working for him.

[15] The appellant argues that the question is proper save and except for the words "including a lawyer", as the appellant's answer to that particular inquiry relates to advice about attending and defending the Utah Complaint which may have emanated from a lawyer

2021 ONSC 7018 (CanLII)

(ie. legal advice). While the fact of receiving legal advice is not privileged (as it reveals nothing about the content of any such legal advice), the appellant relies upon the decision of Master Glustein (as he then was) in *578115 Ontario Inc. v. Sears Canada Inc.* 2013 ONSC 4135 (S.C.J.). It was held in that case that where questions about whether legal advice was provided in a particular area would reveal aspects of the subject matter about which the advice was sought, answers to such questions amount to a breach of solicitor/client privilege.

[16] The respondents rely upon the decision of Justice Perell in *Creative Career Systems v. Ontario* 2012 ONSC 649 (CanLII), and in particular the finding that questions about the content of solicitor/client communications are proper if the party utilizes the presence or absence of legal advice as a material element of his/her claim or defence.

[17] The respondents point to paragraphs 35-36 of the appellant's Statement of Defence in support of their position:

> "35. At the time of being served with the Complaint, the Defendant was imprisoned in Bowden Institution, being a federal penitentiary located in the Province of Alberta, serving the sentence imposed by the military commission in GTMO, was totally impecunious, and was prohibited by the terms of the PTA from entering Utah or any other U.S. state or territory for the purposes of defending the action commenced by the Complaint.
>
> 36. The rules of natural justice at least required the Defendant to be accorded an opportunity to appear before the Court determining the Utah action, both personally and through legal counsel. Since the Defendant was legally prohibited from doing so, the Defendant was not accorded natural justice in the Utah proceedings."

[18] In my view, the learned Associate Judge exercised her discretion on an incorrect principle. On my reading of paragraphs 35-36 of the appellant's Statement of Defence, he did not utilize the absence of legal advice as a material element of his defence. It was the terms of a Pre-Trial Agreement (executed in furtherance of the Stipulation of Fact) which the appellant contends precluded him from appearing before the Utah court.

[19] This question, and in particular the inclusion of words "including a lawyer", is overreaching and seeks to obtain information, even impliedly, about the nature of any communications between the appellant and his lawyer(s).

[20] I do not find that the appellant's Statement of Defence goes as far as the respondents submit, and in my view the question inclusive of the words "including a lawyer" is improper.

[21] Accordingly, this question as posed need not be answered by the appellant.

2021 ONSC 7018 (CanLII)

#5: To advise what steps the appellant took to get legal advice (in relation to the Utah claim)

[22] The appellant argues that this question goes beyond the issue of whether he could access legal advice. The appellant submits that this question seeks information about the "specific activities involved in his seeking of that advice", which the appellant contends is privileged information.

[23] I do not accept this argument. Any steps the appellant may have taken in order to seek out legal advice are not protected by solicitor/client privilege. Those steps pre-date any possible retainer of counsel, and the potential exchange of privileged communications. The appellant has squarely put the defence of a lack of natural justice before this Court. While it is true that the appellant was prohibited from appearing in Utah to respond to the Complaint, there is nothing improper in asking the appellant what steps, if any, he took to potentially secure legal advice in relation to the Complaint. Answering that question does not risk disclosure of any solicitor/client communication(s).

[24] Accordingly, this question was properly ordered to be answered.

#6: To advise if the appellant spoke with Mr. Edney while in prison

#7: To advise if the appellant spoke with Mr. Whitling while in prison

[25] The appellant submits that these questions ask about specific conversations with individual lawyers. I disagree. Both questions seek to confirm whether the appellant spoke, or not, with specific lawyers while the appellant was in prison. The fact that the appellant may have spoken with a lawyer at that time is not protected by solicitor/client privilege.

[26] I do not find that answering these questions would reveal anything, directly or indirectly, about the content of any legal advice which may have been imparted to the appellant while in prison. These questions seek to discover whether the appellant had access to legal advice or not while in prison, and that inquiry is relevant to the appellant's defences raised this proceeding, and not protected by solicitor/client privilege.

[27] Accordingly, this question was properly ordered to be answered.

#8: To advise if the appellant's lawyers in Canada and the U.S. were being paid

[28] As stated above, the appellant has pleaded that he was "totally impecunious" at the time of being served with the Utah Complaint. The learned Associate Judge held that by claiming to be "totally impecunious", the appellant brought his financial situation (including his ability to raise and/or access funds) into question. As such, the learned Associate Judge held that the respondents were entitled to test his plea of impecuniosity, which the appellant "used as a shield" in defending this proceeding.

2021 ONSC 7018 (CanLII)

[29] The appellant argues that his ability to pay a lawyer for services rendered is presumably privileged information. He relies upon the Court of Appeal for Ontario's decision in *Re Kaiser* 2012 ONCA 838 (CanLII). However, on my reading of the *Kaiser* decision, it is not the client's ability to pay that is presumptively privileged, but "administrative information relating to the solicitor/client relationship including the identity of the person paying a lawyer's bills".

[30] In *Kaiser*, disclosure of the identity of the individual paying Mr. Kaiser lawyer's fees was sought. On the facts of that case, knowledge of that individual's identity could have prejudiced Mr. Kaiser's position in his overall bankruptcy dispute.

[31] Such concerns are not present in this proceeding. The appellant claims impecuniosity as a pillar of his defence of a lack of natural justice. The respondents are entitled to test that allegation, and the question seeks confirmation of whether the appellant's lawyers in Canada and the United States were being paid or not. The question does not seek to learn of the identity of any third party who may or may not have been assisting in the payment of legal fees, if such assistance was even required.

[32] Accordingly, this question was properly ordered to be answered.

#13: To allow the appellant to be questioned on the contents of the Stipulation of Facts derived from the interrogation

[33] In Canada, evidence obtained through torture cannot be subsequently used in legal proceedings. As the parties do not seemingly quarrel with the fact that the Stipulation of Fact was coerced through torture, questions about the Stipulation of Fact should generally be refused.

[34] However, that does not end the injury. While the Stipulation of Fact (and whether its contents are true or not) is generally irrelevant to the issues joined in this proceeding, the appellant nevertheless chose to make it arguably relevant by pleading the following in paragraph 22 of his Statement of Defence (my emphasize in **bold**):

> "22. All of the factual statements contained in the Stipulation were derived from written reports of statements supposedly made by the Defendant to government interrogators, all of which were derived from torture, and/or obtained under the conditions found by the Supreme Court of Canada to offend the most basic Canadian standards about the treatment of detained youth suspects. **The great majority of the factual statements contained in the Stipulation were and are false**."

[35] In the face of this contention by the appellant, the respondents asked him which portions of the Stipulation of Fact were true, and which were false. The learned Associate Judge held that notwithstanding that the Stipulation of Fact was derived from clearly abusive interrogations, according to the appellant not all of the factual statements contained in the

2021 ONSC 7018 (CanLII)

Stipulation of Fact were false. That issue was raised by the appellant himself in his Statement of Defence, and he has not brought any motion to seek leave to withdraw any admissions or further amend his Statement of Defence.

[36] As pleadings govern the relevant issues to be examined upon, I do not find that the learned Associate Judge made any palpable or overriding error, or exercised her discretion on an incorrect principle. While the respondents may not be able to use the Stipulation of Fact in this proceeding, they are entitled to test the appellant's position that at least some of the contents of that Stipulation of Fact may be true.

[37] Accordingly, this question was properly ordered to be answered.

Costs

[38] I would ask counsel for the parties to exert the necessary efforts to try and resolve the costs of this appeal. If such efforts prove unsuccessful, they may serve and file written costs submissions, totaling no more than five pages including a Costs Outline, in accordance with the following schedule:

(a) the respondents may serve and file their written costs submissions within ten business days of the release of this Endorsement; and

(b) the appellant may serve and file his responding written costs submissions within ten business days of the receipt of the respondents' written costs submissions.

Diamond J.

Released: October 25, 2021

2021 ONSC 7018 (CanLII)

CITATION: Morris v Khadr, 2021 ONSC 7018
COURT FILE NO.: CV-17-576756
DATE: 20211025

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

2021 ONSC 7018 (CanLII)

BETWEEN:

LAYNE MORRIS, LEISL MORRIS and TABITHA SPEER, in her personal capacity and as EXECUTRIX OF THE ESTATE OF CHRISTOPHER SPEER and on behalf of the minor children, T.S. AND T.S.

Plaintiff/Respondents

– and –

OMAR AHMED KHADR

Defendants/Appellant

ENDORSEMENT

Mr. Justice Diamond

Released: October 25, 2021

In the Court of Appeal of Alberta

Citation: Farm Credit Corporation v. Dunwoody Limited, 1988 ABCA 216

Date: 19880601
Docket: 8703-0501-AC
Registry: Edmonton

1988 ABCA 216 (CanLII)

Between:

Farm Credit Corporation

Appellant

- and -

Dunwoody Limited, Trustee of the Estates of Peter Holowach, Bankrupt, and Anne Holowach, Bankrupt, and Peter Holowach and Anne Holowach

Respondents

The Court:

The Honourable Chief Justice Laycraft
The Honourable Mr. Justice McClung
The Honourable Mr. Justice Harradence
The Honourable Mr. Justice Belzil
The Honourable Mr. Justice Stevenson
The Honourable Mr. Justice Foisy
The Honourable Mr. Justice Irving

Reasons for Judgment of the Court

APPEAL FROM THE JUDGMENT OF THE HONOURABLE MR. JUSTICE E.A. MARSHALL DATED the 6th DAY OF MAY, A.D. 1987 ENTERED the 3rd DAY OF JUNE. A.D. 1987

COUNSEL:

D.R. Bailey, Q.C. and C.E. Mostert, Esq., for Farm Credit Corporation

A.P. Hnatiuk, Q.C. and D.W. Kinloch, Esq., for the Attorney General of Alberta, as Intervenor

E.J. Kindrake, Esq. and D.S. Leflar, Esq., for the Trustee in Bankruptcy

J.M. Hope, Esq. and P.E. Odynak, Esq., for the Holowachs

REASONS FOR JUDGMENT OF THE COURT

[1] The appellant, mortgagee, appeals (with leave) a bankruptcy decision disallowing its claim for a deficiency under a mortgage granted to it by the respondent bankrupts. The respondent trustee in bankruptcy disallowed the claim on the basis that it was barred by the restriction in the *Law of Property Act* R.S.A. 1980, c. L-8 which precludes proceeding on the covenant to pay. The primary issue is whether the mortgagee, as an agent of the Crown in the right of Canada, is immune from the operation of that statutory restriction. A preliminary question is whether the deficiency remained "a claim provable in bankruptcy" notwithstanding the restriction.

[2] This court granted leave to argue that the court had wrongly decided *Alberta Mortgage and Housing Corporation v. Ciereszko, Craik and Craik* (1987). 50 Alta. L.R. (2d) 289, which held that the mortgagee, a provincial Crown corporation, was barred by the restriction.

[3] The facts are not in dispute. The bankrupts borrowed money from the mortgagee and mortgaged certain lands to it as security for repayment of that loan. The mortgage, made under the terms of the *Farm Credit Act,* R.S.C. 1970, c. F-2, was registered on the 7th of October. 1982. On the 3rd of October, 1986 the mortgagors each made an assignment in bankruptcy. The mortgagee filed a proof of claim alleging an indebtedness under the mortgage in the amount of $353,268.83 and valuing the lands at $150,000.00.

[4] The mortgagee then commenced an action on the mortgage and applied for a *"Rice"* order declaring the balance owing on the mortgage, allowing it to purchase the lands, extinguishing the interests of the trustee and the bankrupts, and directing that the title issue to it. The trustee wrote to the mortgagee confirming an election not to exercise his rights to redeem the security under s.99(3) of the *Bankruptcy Act* and expressing no interest in the proceedings.

[5] An order was made declaring the balance to be $365,276.36 and permitting the mortgagee to buy the property for $137,000.00 (subject to tax adjustments) and giving the other relief claimed. The mortgagee then claimed, in the bankruptcy, for its deficiency in the amount of $284,929.67. The trustee disallowed the claim stating "the *Law of Property Act* of

1988 ABCA 216 (CanLII)

Alberta precludes deficiency claims against individuals in foreclosure actions". The mortgagee claims it is not affected by that legislative restriction.

I

[6] We turn to the preliminary point. The mortgagee points out, and this is not in dispute, that s.41 does not extinguish or satisfy the debt: *Credit Fonder Franco-Canadien v. Edmonton Airport Hotel Co. Ltd. et al* (1964), 48 W.W.R. 641 at 679, affirmed (1965), 51 W.W.R. 431 at 434 (Alta. C.A. and S.C.C.). It then urges that the balance owing on the covenant is a "claim provable in bankruptcy" under s.95(1) of the *Bankruptcy Act:*

> 95. (1) All debts and liabilitites, present or future, to which the bankrupt is subject at the date of the bankruptcy … shall be deemed to be claims provable in proceedings under this Act.

[7] In our view a provable claim must be one recoverable by legal process. In *Reference re The Debt Adjustment Act, 1937,* [1943] 2 D.L.R. 1 the Privy Council said (at 11):

> In England it has always been held that, subject to the statutory exceptions as to debts payable at some certain future time, the petitioning creditor's debt and the debts provable must be debts recoverable by legal process. For example a debt barred by the *Statute of Limitations* is not a debt on which a bankruptcy petition can be presented, nor is it one provable in bankruptcy …. The Dominion Act is very similar to the English *Bankruptcy Acts* so far as those matters are concerned and there appears to be no reason for thinking that a similar principle would not be applied in Canada to the words "debt due."

The same reasoning was applied in *Re Kolodychuk* (197B), 6 B.C.L.R. 238 to hold a chattel mortgagee disentitled to a deficiency claim because of "seize or sue" limitations. Other examples are *Re Solmon* (1974), 19 C.B.R. 165 *(Statute of Frauds); Re Hamar* (1921), 63 D.L.R. 241 *(Statute of Limitations);* and *Re Morton.* (1922), 66 D.L.R. 378 *(Statute of Limitations).* We agree with the conclusions that a provable claim must be recoverable.

[8] We note an argument made by the intervenor that s.98(1) of the *Bankruptcy Act* is of special assistance to the mortgagee. That section reads:

> 98. (1) Where a secured creditor realizes his security, he may prove for the balance due to him after deducting the net amount realized.

We read that provision as simply saying that he may file a proof of claim. We do not interpret it as determining that the claim is provable.

II

1988 ABCA 216 (CanLII)

[9] We now turn to the main issue. The mortgagee says it is immunized from the restriction by s.14 of the *Interpretation Act,* R.S.A. 1980, c. 1-7, s.14:

> 14 No enactment is binding on Her Majesty or affects Her Majesty or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner, unless the enactment expressly states that it binds Her Majesty.

[10] The mortgagee is a federal corporation created by the *Farm Credit Act.* Section 10 of that Act provides:

> 10. The Corporation is, for all purposes of this Act, an agent of Her Majesty in right of Canada.

All parties argued this appeal on the basis that the mortgagee was entitled to raise any immunity of the federal Crown. The mortgagee, as agent of the Crown in the right of Canada, is entitled to invoke s.14 of the *Interpretation Act.* Under s.25(1)(i) of that Act "'Her Majesty … means the Sovereign of … Canada …"

[11] Section 41(1) of the *Law of Property Act* provides (with our emphasis):

> 41(1) In an action brought on a mortgage of land … the right of the mortgagee … is restricted to the land to which the mortgage … relates and to foreclosure of the mortgage …, and no action lies
>
> (a) on a covenant for payment contained in the mortgage. …

[12] The mortgagee questions the decision of this court in the *Ciereszko* case. The decision in *Ciereszko* was based on the decisions of the Supreme Court of Canada in *R. v. Murray,* [1967] S.C.R. 262 and *Gartland Steamship Company v. R,* [1960] S.C.R. 315, 22 D.L.R. (2d) 385 this court saying, at p.296. "It is this case which governs the outcome of the present appeal" and. at 298, "The present case is indistinguishable from *Gartland.*"

[13] *Gartland* involved a consideration of a statutory limitation of liability under a Canadian statute and the issue was whether that statutory limitation applied against the Crown in the right of Canada as plaintiff. The relevant provision of the Canada *Interpretation Act* provided:

> 16. No provision or enactment in any Act shall affect, in any manner whatsoever, the rights of His Majesty, his heirs or successors, unless it is expressly stated therein that His Majesty shall be bound thereby.

Locke, J., whose judgment decided the question, held that the Crown was not immune from the operation of the statute because the purpose of s.16 was to prevent the infringement of the prerogative and the prerogative never extended to imposing liability on the subject to a

1988 ABCA 216 (CanLII)

greater extent than that declared by legislation. In *Ciereszko* this court commented that this section "provided - much as does the Alberta Act - that the Crown is not bound by any statute unless expressly made so."

[14] The mortgagee, supported by the intervenor, notes a distinction between the Alberta *Interpretation Act* and s.16 of the old federal *Interpretation Act* considered in *Gartland.* The differences are conveniently set out by the intervenor as follows (emphasis added):

"Alberta (RSA 1980 c.1-7 s.14)	Modern Canada (S.C. 1967-68 C.7 s.16; RSC 1970 c.I-23 S.16)	Old Canada (RSC 1927 c.1 s.16; RSC 1952 C.158 s.16)
No enactment	No enactment	No provision or enactment in any Act
is binding on Her Majesty	is binding on Her Majesty	
or affects Her Majesty	or affects Her Majesty	shall affect, in any manner whatsoever,
or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner	or Her Majesty's rights or prerogatives in any manner	the rights of His Majesty, his heirs or successors
unless the enactment expressly states that it binds Her Majesty.	except only as therein mentioned or referred to.	unless it is expressly stated therein that His Majesty shall be bound thereby."

[15] There is a difference in wording and the *Gartland* case may, on that account, be distinguished.

[16] Two decisions of the Supreme Court of Canada, subsequent to *Murray* and *Gartland* but not discussed in *Ciereszko* recognize the distinction: *Her Majesty in right of the Province, of Alberta v. Canadian Transport Commission,* [1978] 1 S.C.R. 61 and *R. v. Eldorado Nuclear Limited,* [1983] 2 S.C.R. 551. In the first case (conveniently referred to as the *P.W.A.* case), the issue was whether the provincial Crown was obliged to comply with *Air Carrier Regulations*, made under the *Aeronautics Act.* The Regulations required parties involved in the transfer of ownership of a commercial air service to notify the Commission in advance. Chief Justice Laskin held that the Crown in the right of Alberta was not obliged to notify. In the *P.W.A.* case the federal Court of Appeal had held the Crown in the right of the

1988 ABCA 216 (CanLII)

province obliged by “necessary implication”. Noting the significant change in the new *Interpretation Act* the Chief Justice said:

> It seems to me, on the contrary, that “necessary implication” is excluded if it is necessary that the Crown be mentioned or referred to in legislation before it becomes binding on the Crown. (at p.75)

Spence, J. concluded that the Regulations did not affect the situation and that, consequently, it was not necessary to decide whether the Crown was bound. Six members of the court concurred with each of these judgments so it may be said that the authority of Chief Justice Laskin’s judgment is weakened.

[17] No such shortcoming may be urged regarding the judgment of the majority in the *Eldorado Nuclear* case. In the *Eldorado Nuclear* case the question was whether Eldorado Nuclear Limited, as an agent for the federal Crown, was immune from prosecution under the *Combines Investigation Act* and a principal issue was whether the *Combines Investigation Act* caught the federal Crown. Dickson, J., as he then was, reviewed the doctrine of Crown immunity and found that the new s.16 of the federal *Interpretation Act,* “removes even the necessary implication exception (at 558)”. He concludes, “The Court must give effect to the statutory direction that the Crown is not bound unless it is ‘mentioned or referred to’ in the enactment.”

[18] On the basis of these cases, the mortgagee says that *Gartland* would be differently decided under the new s. 16 of the federal *Interpretation Act* and that this court was in error in equating Alberta’s interpretation provision with the old **C**anadian interpretation provision. In essence, the mortgagee says that the Law *of Property Act* should be read as if it contained an express provision “the Crown is not bound or affected by this Act”.

[19] This argument overlooks a broader principle applied in *Ciereszko.* When the “federal Crown chooses to sue someone in relation to a matter that is not governed by any special prerogative rules, it must abide by the laws applicable to such matters in private disputes in the province in question”: *R. v. Murray* as summarized by Gibson, “Interjurisdictional Immunity in Canadian Federalism” (1969), 47 Can. Bar Rev. 40 at 50. While this principle is mentioned in *Gartland,* that case can be based solely on the reach of the *Interpretation Act. Murray* is, however, not based upon an interpretation provision. *Ciereszko,* similarly, does not depend upon an assessment of the reach of the *Interpretation Act* but applies *Murray* which, in turn, builds on the comment of Locke, J. in *Gartland* (at 400

1988 ABCA 216 (CanLII)

D.L.R.) that the Crown's prerogative does not extend the liability of the subject beyond the limits effectively declared by relevant law.

[20] *Murray,* which was approved in *Bank of Montreal v. Quebec,* [1979] 1 S.C.R. 525, does not hinge upon the construction of interpretation legislation. In *Murray* the federal Crown claimed that it was not bound by a restriction on the right of recovery contained in the Manitoba *Highway Traffic Act* which reduced the amount recoverable by a passenger for injuries caused, in part, by his own driver who was negligent, but not grossly negligent. The Crown claimed for injury to a servant who was a passenger whose damages would be reduced if the Manitoba Act applied. Martland, J., holding that the federal Crown was caught by the provision, quoted from the judgment of Locke, J. in *Gartland.* Martland, J. said (at 652 D.L.R.):

> "… This is not a case in which the provicial legislature has sought to 'bind' the federal crown, in the sense of imposing a liability upon it or of derogating from existing crown prerogatives, privileges or rights."

A full discussion is also found in the trial judgment of Jackett, P. in *Hurray,* [1965] 2 Ex. C.R. 663.

[21] Does the Crown escape from that principle by a general interpretation provision that statutes "do not bind or affect"? We agree with Dickson, J. in the *Eldorado Nuclear* decision that it has become "less easy … to understand why the Crown need be, or ought to be, in a position different from the subject." The new Acts do away with the doctrine of "necessary implication". In our view they need not be given the more extensive office of immunizing the Crown from limitations protecting the subject given by general law.

[22] Some assistance may also be derived from the decision of the Privy Council in *Dominion Building Corporation, Limited et al v. The King,* [1933] A.C. 533. In that case Ontario legislation provided that stipulations in contracts as to time being of the essence would receive equitable construction, in other words, that time would not be of the essence. The federal Crown was sued and the question was whether the Ontario provision applied against it. The Privy Council said (at 549):

> Under the provisions of the *Interpretation Act* … no Act shall affect the rights of His Majesty, his heirs or successors, unless it is expressly stated therein that His Majesty shall be bound thereby. The expression 'the rights of His Majesty' in this context means, in their Lordships' view, the accrued rights of His Majesty, and does not cover mere possibilities such as rights which, but for the alteration made in the general law by the

1988 ABCA 216 (CanLII)

> enactment under consideration, might have thereafter accrued to His Majesty under some future contract.

The court, then, applied the law which applied as between subjects. We note that in that case the federal Crown did not raise any suggestion that the Ontario legislation could not be applied to it on constitutional grounds. We acknowledge that the decision is difficult to reconcile with the earlier judgment of the Supreme Court of Canada in *Gauthier v. The King* (1911), 56 S.C.R. 176, but it is consistent with the subsequent decision in *Murray.*

[23] To say that the Crown is not bound or affected by a statute immunizes the Crown from duties and obligations, and from interference with accrued rights, or the prerogative, but does not otherwise immunize it in dealings with the subject.

[24] If the Legislature wished to exclude the Crown, or an agency of the Crown, from the operation of s.41 it could do as it does in the present s.43(2) and simply provide that the provisions “do not apply”.

[25] We would not read an interpretation provision that has ample scope in defining the extent to which a statute directly affects the Crown as itself creating an immunity for the Crown when dealing with the subject. *Interpretation Act* provisions giving Crown immunity are narrowly construed: e.g. *Gartland,* at 345; Blackstone’s Commentaries, i-261-262; *Dominion Building,* and the recent Scottish decision in *Lord Advocate v. Strathclyde Regional Council,* The Times, March 17, 1988 -all describing the mischief to be avoided as interference with established rights or prerogatives. We would, then, apply the principle in *Hurray,* which accords with our conclusion in *Ciereszko.*

[26] We should note that the appellant also urged that the trustee was estopped by reason of its decision not to appear in the proceedings. Since s.49(1) of the *Bankruptcy Act* precludes judgment against the bankrupt, no basis for an estoppel is available.

[27] We note also that the trustee raised the possibility of an argument under s.15 of the *Charter,* but did not argue the point and it is unlikely that we would have permitted argument given that it was not raised in the court below.

[28] We dismiss the appeal with costs. There will be no costs for or against the intervenor.

1988 ABCA 216 (CanLII)

DATED at EDMONTON, Alberta
this 1st DAY Of JUNE,
A.D. 1988.

1988 ABCA 216 (CanLII)

CITATION: Timminco Limited (Re), 2014 ONSC 3393
COURT FILE NO.: CV-12-9539-00CL
DATE: 2014-07-07

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*, R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED

AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF TIMMINCO LIMITED AND BÉCANCOUR SILICON INC.

BEFORE: Regional Senior Justice Morawetz

COUNSEL: *Jane Dietrich* and *Kate Stigler*, for the Board of Directors, except John Walsh

Kenneth D. Kraft, for Chubb Insurance Company of Canada

James C. Orr, for St. Clair Pennyfeather, Plaintiff in the Class Action

Maria Konyukhova, for Timminco Entities

Robert Staley, for John Walsh

Linc Rogers, for the Monitor

HEARD: July 22, 2013

SUPPLEMENTARY WRITTEN SUBMISSIONS RECEIVED MARCH 2014

ENDORSEMENT

Introduction

[1] On May 14, 2009, Kim Orr Barristers PC, counsel to the representative plaintiff Mr. St. Clair Pennyfeather ("Plaintiff's Counsel"), initiated the proposed class action (the "Class Action"), which names as defendants Timminco Limited ("Timminco"), a third party, Photon Consulting LLC, and certain of the directors and officers of Timminco, (the "Directors").

[2] The Class Action focusses on alleged public misrepresentations that Timminco possessed a proprietary metallurgical process that provided a significant cost advantage in manufacturing solar grade silicon for use in manufacturing solar cells.

[3] Mr. Pennyfeather alleges that the representations were first made in March 2008, after which the shares of Timminco gained rapidly in value to more than $18 per share by June 5,

2014 ONSC 3393 (CanLII)

2008. Subsequently, Mr. Pennyfeather alleges that as Timminco began to acknowledge problems with the alleged proprietary process, the share price fell to the point where the equity was described as "penny stock" prior to its delisting in January 2012.

[4] In the initial order, granted January 3, 2012 in the *Companies' Creditors Arrangement Act*., R.S.C. 1985, c. C-36, as amended (the "CCAA") proceedings, Timminco sought and obtained stays of all proceedings including the Class Action as against Timminco and the Directors (the "Initial Order").

[5] Timminco also obtained a Claims Procedure Order on June 15, 2012 (the "CPO"). Among other things, the CPO established a claims-bar date of July 23, 2012 for claims against the Directors. Mr. Pennyfeather did not file a proof of claim by this date.

[6] No CCAA plan has been put forward by Timminco and there is no intention to advance a CCAA plan.

[7] Mr. Pennyfeather moves to lift the stay to allow the Class Action to be dealt with on the merits against all named defendants and, if necessary, for an order amending the CPO to exclude the Class Action from the CPO or to allow the filing of a proof of claim relating to those claims.

[8] The Class Action seeks to access insurance moneys and potentially the assets of Directors.

[9] The respondents on this motion, (the Directors named in the Class Action), contend that the failure to file a claim under the CPO bars any claim against officers and directors or insurance proceeds.

[10] Neither Timminco nor the Monitor take any position on this motion.

[11] For the reasons that follow, the motion of Mr. Pennyfeather is granted and the stay is lifted so as to permit Mr. Pennyfeather to proceed with the Class Action.

The Stay and CPO

[12] The Initial Order contains the relevant stay provision (as extended in subsequent orders):

> 24. This Court Orders that during the Stay Period… no Proceeding may be commenced or continued against any former, current or future directors or officers of the Timminco Entities with respect to any claim against the directors or officers that arose before the date hereof and that relates to any obligations of the Timminco Entities whereby the directors or officers are alleged under any law to be liable in their capacities as directors or officers for the payment or performance of such obligations, **until a compromise or arrangement in respect of the Timminco Entities, if one is filed, is sanctioned by this court or is refused by the creditors of the Timminco Entities or this Court.**

[emphasis added]

2014 ONSC 3393 (CanLII)

[13] In May and June 2012, The Court approved sales transactions comprising substantially all of the Timminco Entities' assets. In their June 7, 2012 Motion, the Timminco Entities sought an extension of the Stay Period to "give the Timminco Entities sufficient time to, among other things, close the transactions relating to the Successful Bid and carry out the Claims Procedure". The Timminco Entities sought court approval of a proposed claims procedure to "identify claims which may be entitled to distributions of potential proceeds of the … transactions…" The Timminco entities took the position that the Claims Procedure was "a fair and reasonable method of determining the potential distribution rights of creditors of the Timminco Entities".

[14] The mechanics of the CPO are as follows. Paragraph 2(h) of the CPO defines the Claims Bar Date as 5:00 p.m. on July 23, 2012. "D&O Claims" are defined in para. 2(f)(iii):

> Any existing or future right or claim of any person against one or more of the directors and/or officers of the Timminco Entity which arose or arises as a result of such directors or officers position, supervision, management or involvement as a director or officer of a Timminco Entity, whether such right, or the circumstances giving rise to it arose before or after the Initial Order up to and including this Claims Procedure whether enforceable in any civil, administrative, or criminal proceeding (each a "D&O Claim") (and collectively the "D&O Claims"), including any right:
>
> a. relating to any of the categories of obligations described in paragraph 9 of the Initial Order, whether accrued or falling due before or after the Initial Order, in respect of which a director or officer may be liable in his or her capacity as such;
>
> b. in respect of which a director or officer may be liable in his or her capacity as such concerning employee entitlements to wages or other debts for services rendered to the Timminco Entities or any one of them or for vacation pay, pension contributions, benefits or other amounts related to employment or pension plan rights or benefits or for taxes owing by the Timminco Entities or amounts which were required by law to be withheld by the Timminco Entities;
>
> c. in respect of which a director or officer may be liable in his or her capacity as such as a result of any act, omission or breach of duty; or
>
> d. that is or is related to a penalty, fine or claim for damages or costs.
>
> Provided however that in any case "Claim" shall not include an Excluded Claim.

[15] The CPO appears to bar a person who fails to file a D&O Claim by the Claims Bar Date from asserting or enforcing the claim:

> 19. This Court orders that any Person who does not file a proof of a D&O Claim in accordance with this order by the claims-bar date **or such other later date as may be**

2014 ONSC 3393 (CanLII)

> **ordered by the Court**, shall be forever barred from asserting or enforcing such D&O Claim against the directors and officers and the directors and officers shall not have any liability whatsoever in respect of such D&O Claim and such D&O Claim shall be extinguished without any further act or notification. [emphasis added]

Mr. Pennyfeather's Position

[16] Mr. Pennyfeather advances a number of arguments. Most significantly, he argues that it is not fair and reasonable to allow the defendants to bar and extinguish the Class Actions claims through the use of an interim and procedural court order. He submits that the respondents attempt to use the CCAA in a tactical and technical fashion to achieve a result unrelated to any legitimate aspect of either a restructuring or orderly liquidation. The operation of the fair and reasonable standard under the CCAA calls for the exercise of the Court's discretion to lift the stay and, if necessary, amend the CPO to either exclude the Class Action claims or permit submissions of a class proof of claim.

[17] In support of this argument, Mr. Pennyfeather adds that there is no evidence that any of the Directors who are defendants in the class action contributed anything to the CCAA process, and that the targeted insurance proceeds are not available to other creditors. Thus, he submits, a bar against pursuing these funds benefits only the insurance companies who are not stakeholders in the restructuring or liquidation.

[18] Mr. Pennyfeather advances a number of additional arguments. Because I am persuaded by this first submission, it is not necessary to discuss the additional arguments in great detail. However, I will give a brief summary of these additional arguments below.

[19] First, Mr. Pennyfeather submits, since the stay was ordered, he has attempted to have the stay lifted as it relates to the Class Action.

[20] Second, Mr. Pennyfeather submits that the CPO did not permit the filing of representative claims, unlike, for example, claims processed in *Labourers' Pension Fund of Canada and Eastern Canada v. Sino-Forest Corporation*, 2013 ONSC 1078, 100 C.B.R. (5th) 30. Representative claims are generally not permitted under the CCAA and the solicitors for the representative plaintiff do not act for class members prior to certification (see: *Muscletech Research and Development Inc. (Re)* (2006), 25 C.B.R. (5th) 218 (Ont. S.C.)). Therefore, Mr. Pennyfeather submits that the omission in the order obtained by the Timminco entities, of the type of provision contained in the *Sino-Forest* Claims Order, precluded the action that they now assert should have been taken.

[21] Third, Mr. Pennyfeather responds to the significant argument made by the responding parties that the CPO bars the claim. He submits that the Class Action, which alleges, *inter alia*, misrepresentations and breaches of the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, is unaffected by the CPO. There are several reasons for this. First, the CPO excludes claims that cannot be compromised as a result of the provisions of s. 5.1(2) of the CCAA. Alternatively, even if Mr. Pennyfeather and other class members are not creditors pursuant to section 5.1(2), he submits that Parliament has clearly intended to exclude claims for misrepresentation by directors

2014 ONSC 3393 (CanLII)

regardless of who brought them. In addition, insofar as the Class Action seeks to recover insurance proceeds, the CPO did not, according to Mr. Pennyfeather, affect that claim.

[22] In summary, Mr. Pennyfeather's most significant argument is that the CCAA process should not be used in a tactical manner to achieve a result collateral to the proper purposes of the legislation. The rights of putative class members should be determined on the merits of the Class Action, which are considerable given the evidence. Further, the lifting of the stay is fair and reasonable in all of the circumstances.

Directors' Position

[23] Counsel to directors and officers named in the proposed class action, other than Mr. Walsh (the "Defendant Directors") submit there are three issues to be considered on the motion: (a) should the CPO be amended to grant Mr. Pennyfeather the authority to file a claim on behalf of the class members in the D&O Claims Procedure? (b) if Mr. Pennyfeather is granted the authority to file a claim on behalf of the class members, should the claims-bar date be extended to allow him the opportunity to file a late claim against the Defendant Directors? and (c) if Mr. Pennyfeather is permitted to file a late claim against the Defendant Directors, should the D&O stay be lifted to allow the proposed class action to proceed against the Defendant Directors?

[24] The Defendant Directors take the position that: (a) Mr. Pennyfeather does not have the requisite authority and/or right to file a claim on behalf of the class action members and the CPO and should not be amended to permit such; (b) if Mr. Pennyfeather is granted the authority to file a claim on behalf of the class members, the claims-bar date should not be extended to allow Mr. Pennyfeather to file a late claim; and (c) if Mr. Pennyfeather is permitted to file a late claim, the D&O stay should not be lifted to allow the proposed class action to proceed against the Defendant Directors.

[25] The Defendant Directors counter Mr. Pennyfeather's arguments with a number of points. They take the position that while they were holding office, they assisted with every aspect of the CCAA process, including (i) the sales process through which the Timminco Entities sold substantially all of their assets and obtained recoveries for the benefit of their creditors; and (ii) the establishment of the claims procedure, resigning only after the claims-bar date passed.

[26] The Defendant Directors also submit that Mr. Pennyfeather has been aware of, and participated in, the CCAA proceedings since the weeks following the granting of the Initial Order. They submit that at no time prior to this motion did Mr. Pennyfeather take any position on the claims procedures established to seek the authority to file a claim on behalf of the class members. They submit that, at this point, Mr. Pennyfeather is asking the court to exercise its discretion to (i) amend the CPO to grant him the authority to file a claim on behalf of the class members; (ii) extend the claims-bar date to allow him to file such claim; and (iii) lift the stay of proceedings. They submit that Mr. Pennyfeather asks this discretion be exercised to allow him to pursue a claim against the Defendant Directors which remains uncertified, is in part statute barred, and lacks merit.

2014 ONSC 3393 (CanLII)

[27] Counsel to the Defendant Directors submits that the D&O Claims Procedure was initiated for the purpose of determining, with finality, the claims against the directors and officers. They submit that the D&O Claims Procedure has at no time been contingent on, tied to, or dependent on the filing of a Plan of Arrangement by the Timminco Entities.

[28] Simply put, the Defendant Directors submit that the CPO sets a claims-bar date of July 23, 2012 for claims against Directors and Mr. Pennyfeather did not file any Proof of Claim against the Defendant Directors by the claims-bar date. Accordingly, they submit that the claims against the Defendant Directors contemplated by the Class Action are currently barred and extinguished by the CPO.

[29] The arguments put forward by Mr. Walsh are similar.

[30] Counsel to Mr. Walsh attempts to draw similarities between this case and *Sino-Forest*. Counsel submits this is a case where Mr. Pennyfeather intentionally refused to file a Proof of Claim in support of a securities misrepresentation claim against Timminco and its directors and officers.

[31] They further submit that Mr. Pennyfeather is asking for the Court to exercise its discretion in his favour to lift the stay of proceedings, in order to allow him to pursue a proceeding which has been largely, if not entirely neutered by the Court of Appeal (leave to appeal to the Supreme Court of Canada dismissed). They point out that just like in *Sino-Forest*, to lift the stay would be an exercise in futility where the Court commented that "there is no right to opt out of any CCAA process…by virtue of deciding, on their own volition, not to participate in the CCAA process", the objectors relinquished their right to file a claim and take steps, in a timely way, to assert their rights to vote in the CCAA proceeding.

[32] Counsel to Mr. Walsh also takes the position that Mr. Pennyfeather's only argument is a strained effort to avoid the plain language of the CPO in an effort to say that his claim is an "excluded claim" and therefore a Proof of Claim was never required. Even if Mr. Pennyfeather was right, counsel to Mr. Walsh submits that Mr. Pennyfeather still would have been required to file a Proof of Claim, failing which his claim would have been barred. Under the CPO, proofs of such claims were still called for, even if they were not to be adjudicated.

[33] They note that Mr. Pennyfeather was aware of the CCAA proceeding and the Initial Order. As early as January 17, 2012, counsel to Mr. Pennyfeather contacted counsel for Timminco, asking for consent to lift the Stay.

[34] Counsel contends that the "excluded claim" language that Mr. Pennyfeather relies on is not found in the definition of D&O Claim. Under the terms of the CPO, the language is a carve-out from the larger definition of "claim", not the subset definition of D&O Claim. As a result, counsel submits that proofs of claim are still required for D&O Claims, regardless of whether they are excluded claims. In that way, the universe of D&O Claims would be known, even if excluded claims would ultimately not be part of a plan.

2014 ONSC 3393 (CanLII)

[35] Mr. Walsh also takes the position that Mr. Pennyfeather made an intentional decision not to file a claim. Mr. Walsh emphasizes that Mr. Pennyfeather had full notice of the motion for the CPO and chose not to oppose or appear on the motion. Further, at no time did Mr. Pennyfeather request the Monitor apply to court for directions with respect to the terms of the CPO.

[36] Mr. Walsh submits he is prejudiced by the continuation of the Class Action and he wants to get on with his life but is unable to do so while the claim is extant.

2014 ONSC 3393 (CanLII)

Law and Analysis

[37] For the purposes of this motion, I must decide whether the CPO bars Mr. Pennyfeather from proceeding with the Class Action and whether I should lift the stay of proceedings as it applies to the Class Action. For the reasons that follow, I conclude that the CPO should not serve as a bar to proceeding with the Class Action and that the stay should be lifted.

[38] As I explain below, the application of the claims bar order and lifting the stay are discretionary. This discretion should be exercised in light of the purposes of both claims-bar orders and stays under the CCAA. A claim bar order and a stay under the CCAA are intended to assist the debtor in the restructuring process, which may encompass asset realizations. At this point, Timminco's assets have been sold, distributions made to secured creditors, no CCAA plan has been put forward by Timminco, and there is no intention to advance a CCAA plan. It seems to me that neither the stay, nor the claims bar order continue to serve their functional purposes in these CCAA proceedings by barring the Class Action. In these circumstances, I fail to see why the stay and the claim bar order should be utilized to obstruct the plaintiff from proceeding with its Class Action.

The Purpose of Stay Orders and Claims-Bar Orders

[39] For the purposes of this motion, it is necessary to consider the objective of the CCAA stay order. The stay of proceedings restrains judicial and extra-judicial conduct that could impair the ability of the debtor company to continue in business and the debtor's ability to focus and concentrate its efforts on negotiating of a compromise or arrangement: *Campeau v. Olympia & York Developments Ltd.* (1992), 14 C.B.R. (3d) 303 (Ont. S.C.).

[40] Sections 2, 12 and 19 of the CCAA provide the definition of a "Claim" for the purposes of the CCAA and also provide guidance as to how claims are to be determined. Section 12 of the CCAA states

> 12. The court may fix deadlines for the purposes of voting and for the purposes of distributions under a compromise or arrangement.

The use of the word "may" in s. 12 indicates that fixing deadlines, which includes granting a claims bar order, is discretionary. Additionally, as noted above the CPO provided at para. 19 that a D&O Claim could be filed on "such other later date as may be ordered by the Court".

[41] It is also necessary to return to first principles with respect to claims-bar orders. The CCAA is intended to facilitate a compromise or arrangement between a debtor company and its creditors and shareholders. For a debtor company engaged in restructuring under the CCAA, which may include a liquidation of its assets, it is of fundamental importance to determine the quantum of liabilities to which the debtor and, in certain circumstances, third parties are subject. It is this desire for certainty that led to the development of the practice by which debtors apply to court for orders which establish a deadline for filing claims.

[42] Adherence to the claims-bar date becomes even more important when distributions are being made (in this case, to secured creditors), or when a plan is being presented to creditors and a creditors' meeting is called to consider the plan of compromise. These objectives are recognized by s. 12 of the CCAA, in particular the references to "voting" and "distribution".

[43] In such circumstances, stakeholders are entitled to know the implications of their actions. The claims-bar order can assist in this process. By establishing a claims-bar date, the debtor can determine the universe of claims and the potential distribution to creditors, and creditors are in a position to make an informed choice as to the alternatives presented to them. If distributions are being made or a plan is presented to creditors and voted upon, stakeholders should be able to place a degree of reliance in the claims bar process.

[44] Stakeholders in this context can also include directors and officers, as it is not uncommon for debtor applicants to propose a plan under the CCAA that compromises certain claims against directors and officers. In this context, the provisions of s. 5.1 of the CCAA must be respected.

[45] In the case of Timminco, there have been distributions to secured creditors which are not the subject of challenge. The Class Action claim is subordinate in ranking to the claims of the secured creditors and has no impact on the distributions made to secured creditors. Further, there is no CCAA plan. There will be no compromise of claims against directors and officers. I accept that at the outset of the CCAA proceedings there may very well have been an intention on the part of the debtor to formulate a CCAA plan and further, that plan may have contemplated the compromise of certain claims against directors and officers. However, these plans did not come to fruition. What we are left with is to determine the consequence of failing to file a timely claim in these circumstances.

[46] In the circumstances of this case, i.e., in the absence of a plan, the purpose of the claims bar procedure is questionable. Specifically, in this case, should the claims bar procedure be used to determine the Class Action?

[47] In my view, it is not the function of the court on this motion to determine the merits of Mr. Pennyfeather's claim. Rather, it is to determine whether or not the claims-bar order operates as a bar to Mr. Pennyfeather being able to put forth a claim. It does not act as such a bar.

[48] It seems to me that CCAA proceedings should not be used, in these circumstances, as a tool to bar Mr. Pennyfeather from proceeding with the Class Action claim. In the absence of a CCAA proceeding, Mr. Pennyfeather would be in position to move forward with the Class Action in the usual course. On a principled basis, a claims bar order in a CCAA proceeding,

2014 ONSC 3393 (CanLII)

where there will be no CCAA plan, should not be used in such a way as to defeat the claim of Mr. Pennyfeather. The determination of the claim should be made on the merits in the proper forum. In these circumstances, where there is no CCAA plan, the CCAA proceeding is, in my view, not the proper forum.

[49] Similar considerations apply to the Stay Order. With no prospect of a compromise or arrangement, and with the sales process completed, there is no need to maintain the status quo to allow the debtor to focus and concentrate its efforts on negotiating a compromise or arrangement. In this regard, the fact that neither Timminco nor the Monitor take a position on this motion or argue prejudice is instructive.

2014 ONSC 3393 (CanLII)

Applicability of Established Tests

[50] The lifting of a stay is discretionary. In determining whether to lift the stay, the court should consider whether there are sound reasons for doing so consistent with the objectives of the CCAA, including a consideration of (a) the balance of convenience; (b) the relative prejudice to the parties; and (c) where relevant, the merits of the proposed action: *Canwest Global Communications Corp., Re*, 2011 ONSC 2215, 75 C.B.R. (5th) 156, at para. 27.

[51] Counsel to Mr. Walsh submit that courts have historically considered the following factors in determining whether to exercise their discretion to consider claims after the claims-bar date: (a) was the delay caused by inadvertence and, if so, did the claimant act in good faith? (b) what is the effect of permitting the claim in terms of the existence and impact of any relevant prejudice caused by the delay; (c) if relevant prejudice is found, can it be alleviated by attaching appropriate conditions to an order permitting late filing? and (d) if relevant prejudice is found which cannot be alleviated, are there any other considerations which may nonetheless warrant an order permitting late filing?

[52] These are factors that have been considered by the courts on numerous occasions (see, for example, *Sino-Forest*; *Re Sammi Atlas Inc.* (1998), 3 C.B.R. (4th) 171 (Ont. Gen. Div.), *Blue Range Resource Corp. (Re)*, 2000 ABCA 285, 193 D.L.R. (4th) 314, leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] SCCA No. 648; *Canadian Red Cross Society (Re)* (2000), 48 C.B.R. (5th) 41 (Ont. S.C.); and *Ivorylane Corp.* v. *Country Style Realty Ltd.*, [2004] O.J. No. 2662 (S.C.)).

[53] However, it should be noted that all of these cases involved a CCAA Plan that was considered by creditors.

[54] In the present circumstances, it seems to me there is an additional factor to take into account: there is no CCAA Plan.

[55] I have noted above that certain delay can be attributed to the CCAA proceedings and the impact of *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, at the Court of Appeal. That is not a full answer for the delay but a partial explanation.

[56] The prejudice experienced by a director not having a final resolution to the proposed Class Action has to be weighed as against the rights of the class action plaintiff to have this matter heard in court. To the extent that time constitutes a degree of prejudice to the defendants, it can be alleviated by requiring the parties to agree upon a timetable to have this matter addressed on a timely basis with case management.

[57] I have not addressed in great detail whether the CPO requires excluded claims to be filed. In my view, it is not necessary to embark on an analysis of this issue, nor have I embarked on a review of the merits. Rather, the principles of equity and fairness dictate that the class action plaintiff can move forward with the claim. The claim may face many hurdles. Some of these have been outlined in the factum submitted by counsel to Mr. Walsh. However, that does not necessarily mean that the class action plaintiff should be disentitled from proceeding.

2014 ONSC 3393 (CanLII)

[58] In the result, the motion of Mr. Pennyfeather is granted and the stay is lifted so as to permit Mr. Pennyfeather to proceed with the Class Action. The CPO is modified so as to allow Mr. Pennyfeather to file his claim.

Morawetz, R.S.J.

Date: July 7, 2014

2014 ONSC 3393 (CanLII)

COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Citation: ***Galaxy Sports Inc. (Re),***
2004 BCCA 284

Date: 20040520
Docket: CA030731

2004 BCCA 284 (CanLII)

Between:

Galaxy Sports Inc.

Appellant
(Debtor)

And

Abakhan & Associates Inc., Trustee in the Proposal of Galaxy Sports Inc., Umbro Worldwide Limited, and Umbro International Limited

Respondents

Before: The Honourable Madam Justice Rowles
The Honourable Madam Justice Newbury
The Honourable Mr. Justice Hall

J.P. Sullivan and D.A. Gagnon	Counsel for the Appellant
K.R. Doyle and M.B. Morgan	Counsel for the Respondents Umbro Worldwide Ltd. and Umbro International Ltd.
J.R. Sandrelli	Counsel for the Respondent Abakhan & Associates, Trustee
Place and Date of Hearing:	Vancouver, British Columbia January 27, 2004
Written Submissions Received:	April 8, 15, 16 and 19, 2004
Place and Date of Judgment:	Vancouver, British Columbia May 20, 2004

Written Reasons by:
The Honourable Madam Justice Newbury

Concurred in by:
The Honourable Madam Justice Rowles
The Honourable Mr. Justice Hall

Reasons for Judgment of the Honourable Madam Justice Newbury:

[1] Galaxy Sports Inc. ("Galaxy") appeals several rulings made by the Chambers judge below in connection with its proposal to creditors under the ***Bankruptcy and Insolvency Act***, R.S.C. 1985, c. B-3 as amended (the "***BIA***"). For the most part, the questions raised by the appeal are very concrete and discrete; but some matters of principle that have apparently not been considered at the appellate court level in Canada also arise.

The Factual Background

[2] I turn first, however, to the facts of the case. Galaxy is a Canadian corporation, the shares of which are publicly listed. Until its insolvency, it was the exclusive distributor in Canada of "Umbro" sports clothing and related products. As such, Galaxy had a close working relationship with the Umbro companies, which I will refer to collectively as "Umbro". At some point, it is alleged that Galaxy and Umbro discussed Umbro's granting to Galaxy, or an American subsidiary thereof, a licence for the "big box" market in the United States. Allegedly, the parties even talked about Umbro's acquiring control of Galaxy. In reliance on representations made by Umbro, Galaxy says it turned down financing available to it from other sources.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[3] In early 2002, however, the negotiations came to a sudden halt. Umbro threatened to cancel Galaxy's licence, effective September 2002, unless certain alleged defaults were remedied. According to the Trustee's report, Galaxy could not remedy the defaults and foresaw that it would be unable to continue in business once the cancellation of its licence took effect. On August 23, 2002, Galaxy therefore filed a Notice of Intention to Make a Proposal under the ***BIA***. The proposal was forwarded to Galaxy's creditors on September 20, 2002. Galaxy also began an action for damages against, *inter alia*, Umbro Worldwide Limited ("Umbro Worldwide") and Umbro International Limited ("Umbro International"), both of which are respondents in this appeal, alleging breaches of fiduciary duty, fraudulent and negligent misrepresentation, and "bad faith conduct" leading to the unjust enrichment of the defendants. As well, Galaxy's American subsidiary sought protection under Chapter 11 of the U.S. ***Bankruptcy Act*** in Seattle, Washington.

[4] Galaxy's proposal in Canada was unusual in that it did not appear to contemplate the debtor's complete cessation of business or the sale of all its inventory and operating assets. Instead, Galaxy proposed to sell "so much of its inventory and operating assets as [would be] necessary" to pay liquidation costs, to pay its only secured creditor in full,

2004 BCCA 284 (CanLII)

and to pay the sum of $420,000 to the Trustee, the respondent Abakhan & Associates, for distribution to unsecured creditors. Galaxy also proposed to pursue diligently its lawsuit against the Umbro defendants to a conclusion and then to pay the Trustee 50 percent of the net recovery after payment of legal costs. By accepting the proposal, then, the unsecured creditors would be deemed to have agreed to accept the $420,000 and half of the net amount recovered in the lawsuit, in full settlement and satisfaction of their provable claims. If the lawsuit yielded nothing, they would receive approximately five cents on each dollar of their claims.

[5] As required, the Trustee carried out an investigation of Galaxy's affairs and prepared a report to creditors concerning the proposal. It stated that based on Galaxy's statement of affairs, ordinary unsecured creditors had claims totalling approximately $3,600,000; that there was only one registered secured creditor, a bank, to which Galaxy owed approximately $5,000,000; and that Galaxy's assets included inventory of some $3,200,000, accounts receivable of some $2,470,000 and bank deposits of some $804,446, the latter to be applied against the bank's secured claim. As well, the Trustee reported:

2004 BCCA 284 (CanLII)

> Galaxy invested approximately $1.2 mil into the US operation by way of shareholders loan. The main asset available for liquidation is UMBRO brand inventory with an approximate value of $1.6 mil., which is being claimed by UMBRO International. The determination of the value of the amount due to Galaxy from the US Corp is dependent on the outcome of the UMBRO Litigation.
>
> UMBRO Litigation
>
> Management's current assessment is that there will be adequate funds from the litigation such that 50% of the net recovery will be adequate to pay the unsecured creditors 100% of their claims.

The Trustee estimated that if the proposal were to proceed, the estate would have available to it approximately $584,000, apart from any proceeds of the Umbro litigation. On the other hand, if Galaxy were to go bankrupt, the funds available to the estate would be approximately $62,000. Accordingly, the Trustee concluded:

> Should Galaxy be Bankrupt it would be up to the creditors to decide whether the Estate should pursue the UMBRO litigation. If the litigation were not pursued the creditors could recover approximately $260,000 of the asset liquidation proceeds which are currently slated to be paid to the litigation effort as legal fees. . . . This potential recovery would not offset the projected reduction in liquidation proceeds should management not participate.
>
> Based on this analysis, allowing management to proceed by approving Galaxy's proposal will likely result in more funds being available to the unsecured creditors than would be the case if Galaxy were to be Bankrupt.

2004 BCCA 284 (CanLII)

> Recommendation and Conclusion
>
> The Proposal of Galaxy allows management to realize on the existing operational assets and to pursue the litigation against UMBRO International. The quantum of funds projected to be available to the unsecured creditors is dependent on participation of management in those efforts. It is likely that should management not participate in the realization of assets and in the litigation that there will be less funds available to the unsecured creditors, perhaps NIL. Accordingly, the creditors will realize more in the proposal than they would in a Bankruptcy and that realization will be enhanced should the UMBRO litigation be successful.
>
> The Trustee recommends that the creditors accept the Proposal as they will likely realize more than would be the case should Galaxy be bankrupt.

[6] The first meeting of creditors was held on October 15 and continued after an adjournment on October 29, 2002. Mr. Nayer, an official receiver, chaired the meeting and received various objections from various parties regarding the proofs of claim filed by various creditors. For purposes of this appeal, I need note only three groups of such objections.

[7] First, Umbro Worldwide raised questions about the proofs of claim filed by Galaxy's two landlords (in respect of separate premises), Sun Life Assurance Company of Canada Ltd. ("Sun Life") and Cookstown Holdings Ltd. ("Cookstown"). Sun Life's claim (filed after the first meeting but before the second) was for $1,445,656.68, consisting of arrears of rent of $12,051.25, plus the aggregate amount (not discounted) of

2004 BCCA 284 (CanLII)

rent and operating costs that would, had the lease continued, have been payable by the tenant over the unexpired term ending September 30, 2007. Although this was referred to in Sun Life's statement of account as the "lease disclaimer", the disclaimer procedure provided by s. 65.2 of the ***BIA*** was not invoked in this case, since Galaxy required more time — two or three months — in occupation of the premises than what s. 65.2 would have permitted. Galaxy and Sun Life reached an understanding under which Galaxy agreed to vacate the leased premises by December 31, 2002 and to pay rent up to that date and acknowledged that Sun Life had "a preferred claim in the proposal or any further bankruptcy for the three months rent owed prior to August 23, 2002."

[8] With respect to Cookstown, an agreement was also reached in which the disclaimer procedure was expressly not invoked. Galaxy proposed in a letter of October 9 to Cookstown that it would "surrender" its lease by delivering vacant possession by November 1 at the latest, leaving Cookstown's "right to prove . . . actual losses" unaffected — a proposal the lessor apparently accepted. Accordingly, Cookstown claimed arrears of rent of $16,737.90 up to December 31, 2002, and again, the aggregate of anticipated rental and other amounts that would have been payable by the tenant over the unexpired term of the

2004 BCCA 284 (CanLII)

lease to December 31, 2005, or $311,798.16. The amount of Galaxy's original deposit and another minor amount were deducted, resulting in the final claim of $320,167.11.

[9] The amount of Sun Life's claim was the subject of considerable discussion at the meeting. On October 15, Galaxy's representative advised that the company expected to vacate the premises on or about December 15, 2002; that (in accordance with s. 136(1)(f) of the ***BIA***) rental arrears for the three months prior to the proposal would be a preferred claim; and that subject to mitigation, Sun Life's remaining loss would be an unsecured claim. Although the solicitor for Galaxy, Mr. Gagnon, expressed the hope that the premises "should not be vacant for too long", so that Sun Life's claim "should be minimized", Sun Life's representative stated that it had been offering the premises for rent, and that a similar "unit" on Annacis Island had been on the market for a year.

[10] By the time the meeting continued on October 29, Sun Life's proof of claim had been filed. Various creditors who objected to the claim being allowed in full contended that the landlord's position seemed similar to that of various suppliers of goods shipped to Galaxy but not received by it at the time of its proposal. Most of these had been assigned a "zero" value by the Trustee. Similarly, it was said, Sun

2004 BCCA 284 (CanLII)

Life's claim should not be allowed as a liquidated claim or at full value, since like the suppliers, Sun Life could mitigate its future losses over the course of the tenancy by re-letting the premises. Mr. Abakhan, the Trustee's representative, told the meeting that he did "not know how to value the claim other than how it is presented. Creditors can go to Court and appeal the Trustee's decisions." When pressed further, he added:

> . . . that the courts make a distinction between landlord's claims and unliquidated claims such that landlords are permitted to file their entire claim for the total unexpired term of the lease, regardless of potential mitigation, while creditors such as King's Fashion have no claim until they liquidate the asset in their possession.

[11] In the result, Sun Life's claim was allowed "for voting purposes in full". The Chair requested that if the proposal were accepted by the creditors, the Trustee would give "notice to everyone who voted of SunLife's claim and of the fact that any creditor with a concern could make submissions to the Court. This would ensure that creditors who sent in voting letters but did not attend the meeting would be aware of Sun Life's claim and the possible dilution of dividends." Later in the meeting, the Trustee ruled that Cookstown was "in the same position as SunLife", and allowed its claim at the full amount.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[12] The second set of claims relevant to this appeal were those made by three of Galaxy's directors, Messrs. Dewar and Watson, who were also the President and the Chief Executive Officer respectively, and Mr. Gill, the chairman of the board. Mr. Dewar's claim was for $120,000. Attached as a schedule to his proof of claim was the statement "6 Months Severance Pay As Per Employment Contract – $120,000." Similarly, Mr. Watson, who claimed a total of $257,969.28 simply noted that his claim represented "15 Months Severance Pay Per Employment Contract." Mr. Gill's claim was for the reimbursement of some $4,600 of expenses apparently incurred on company business. Various creditors objected that these claimants were prohibited from voting by s. 109(6) of the ***BIA***, which is reproduced later in these Reasons. After discussion of that provision and s. 113(3)(c), however, the Chair ruled that the votes of all three directors would be counted at the full amounts of their claims and that "these decisions could be appealed to the Court."

[13] The third contentious issue was a claim filed by Umbro Worldwide in the amount of $1,208,016.45. The proof of claim had attached to it various invoices apparently prepared by Umbro International, rather than Umbro Worldwide, for royalties and other amounts due under the licence agreement.

2004 BCCA 284 (CanLII)

A lengthy colloquy took place at the creditors' meeting among the Chair, counsel for Umbro Worldwide and Galaxy's representative, focussing on a secured debt apparently owing to Galaxy by its U.S. subsidiary. Then, the following discussion ensued:

> Mr. Gagnon then advised the Chair that he takes the position that UMBRO does not have a valid claim. He had only just been made aware of the fact that the UMBRO Proof of Claim filed in the Proposal had been made and signed by UMBRO Worldwide Limited, however, all of the support for the claim (the Schedule "A"), including invoices and statements were to the account of UMBRO International, a separate and distinct legal entity. Accordingly, in his opinion the claim was invalid as filed, for voting purposes.
>
> There followed discussion on the issue of the validity of the UMBRO claim as filed. Mr. Doyle [counsel for Umbro] indicated that UMBRO International did the invoicing for UMBRO Worldwide and both companies were subsidiaries of UMBRO Holdings.
>
> The Chair ruled that the Proof of Claim filed by UMBRO was valid for voting purposes.

Shortly thereafter, the Trustee advised the meeting that it was valuing Umbro Worldwide's claim at approximately $640,000.

[14] At the close of the meeting, the Trustee advised that 79 votes representing 75.93 percent of the claims had been cast in favour of the proposal and that eight votes representing 24.07 percent of the claims had been cast against. The Chair declared that the proposal had been accepted by the creditors.

2004 BCCA 284 (CanLII)

The Proceedings Below

[15] Four motions came before the Supreme Court judge in Chambers. First, the Trustee applied under s. 58(a) of the ***BIA*** for court approval of the proposal. Second, Umbro Worldwide applied under s. 163(2) for an order permitting it to examine representatives of Sun Life and Galaxy under oath; an order for the lessor's production of books and records relating to its claim; and an order that Galaxy produce all books and records in its possession "relating to the administration of the estate of Galaxy". In that motion, Umbro Worldwide also appealed the Trustee's ruling in respect of the voting entitlement of the three directors.

[16] Apparently in response to Umbro Worldwide's application to examine, Sun Life thereafter reached an understanding with Umbro Worldwide that the latter would not proceed with the application, in return for Sun Life's agreement that its claim would be reduced to $12,051.25 "for voting purposes only". This understanding was confirmed in a letter dated January 21, 2003 prepared by Sun Life's solicitors, which stated:

> We confirm that Umbro [Worldwide] will not take issue with Sun Life's Proof of Claim for the purposes of distribution from the Estate of Galaxy Sports Inc. Sun Life will, of course, revise its Proof of Claim downward if it is able to mitigate its losses prior to any eventual distribution from the Estate of Galaxy Sports Inc.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[17] By the time of the foregoing correspondence, Umbro Worldwide had filed another notice of motion in Supreme Court seeking orders that:

> 1. the Proofs of Claim filed by Sun Life Assurance Company of Canada and of Cookstown Holdings Ltd. are to be reduced to $12,051.25 and zero dollars respectively, solely for the purpose of the vote by Galaxy's creditors on its Proposal and the votes of these creditors on the Proposal are to be correspondingly reduced in the calculation of the vote by Galaxy's creditors on its Proposal;
>
> 2. the Proofs of Claim filed by the Officers and Directors be expunged and the votes of the Officers and Directors are not to be counted in the vote by Galaxy's creditors on its proposal;
>
> 3. there be a declaration that Galaxy's creditors refused to accept the Proposal;
>
> pursuant to s. 135(5) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* and Rules 6 and 11 of the Bankruptcy and Insolvency General Rules.

In support of this motion and its earlier motion, Umbro Worldwide filed and adduced affidavit material referring to or having appended to it documents that had not been before the Chair of the creditors' meeting in October 2002.

[18] The fourth motion before the Chambers judge was filed by Galaxy. It sought declarations that both Umbro defendants were disentitled by s. 109(6) of the ***BIA*** from voting at any creditors' meetings "as they did not, at all times in the year preceding commencement of this proceeding, deal with [Galaxy]

2004 BCCA 284 (CanLII)

at arm's length"; and in the alternative, that Umbro Worldwide was not entitled to vote "as a result of its failure to duly prove its claim by annexing a statement of account that evidenced a debt owing to it that is provable under the Act".

2004 BCCA 284 (CanLII)

The Judgment Appealed From

[19] The motions came on for hearing in January 30 and 31, 2003 (although I note the date of hearing on the face page of the Reasons refers to a hearing on December 2, 2002). The Chambers judge's Reasons were released on March 31, 2003 and are reproduced at 2003 BCSC 493. It does not appear from the judgment that counsel made any objection to her consideration of what I shall refer to as "fresh evidence" — i.e., documents and other materials that were not before the Trustee or the Chair of the meeting of creditors — nor that any specific application was made to adduce the "fresh evidence" at the hearing. It was simply filed and admitted without objection or argument.

[20] The Chambers judge began by dealing with the voting entitlement of Messrs. Watson, Dewar and Gill. She first addressed the question of whether they were prohibited from voting by s. 109(6) of the ***BIA***, which provides:

> (6) Except as otherwise provided by this Act, a creditor is not entitled to vote at any meeting of

> creditors if the creditor did not, at all times within the period beginning on the day that is one year before the date of the initial bankruptcy event in respect of the debtor and ending on the date of the bankruptcy, both dates included, deal with the debtor at arm's length.

Also relevant is s. 113(3)(b), which provides:

> (3) The following persons are not entitled to vote on the appointment of a trustee or inspectors: . . .
>
> (b) where the bankrupt is a corporation, any officer, director, or employee thereof; . . .

[21] The Chambers judge noted that whether parties are dealing at arm's length for purposes of s. 109(6) is a question of fact, citing ***Skalbania (Trustee of) v. Wedgewood Village Estate Ltd.*** (1989) 74 C.B.R. (N.S.) 97 (B.C.C.A.). She found that the three men were not "passive directors" in that Messrs. Watson and Dewar had signed various agreements and dealt with Umbro and that Mr. Watson had even executed the Chapter 11 proceedings in the United States for Galaxy's U.S. subsidiary. Each of these men, she said, "could influence the direction of Galaxy." As well, she noted, the claims of Messrs. Watson and Dewar were predicated on the assumption that their employment contracts had been terminated, whereas there was no evidence of termination. Indeed, the Trustee's report suggested that Galaxy had ongoing operations and that

2004 BCCA 284 (CanLII)

the continued services of management would be required at least in connection with the Umbro lawsuit. Based on these facts, the Chambers judge ruled that the votes of none of the three directors could be counted, and that the proofs of claim of Messrs. Watson and Dewar should be expunged pursuant to s. 135(5).

[22] The Chambers judge then moved to the question of the landlords' entitlement to vote the full amounts of their claims under Galaxy's leases. Cookstown did not appear in the court below. Sun Life, in accordance with the understanding it had reached with Umbro, did not oppose Umbro Worldwide's motion to reduce its claim to $12,051.25.

[23] The Chambers judge drew a strong analogy between the claims of the landlords and those of various suppliers whose proofs of claim had been disallowed in their entirety. (The only exception was King's Fashion, whose representative had advised the meeting that the product it had shipped to Galaxy would be difficult to sell elsewhere because of its "custom" nature. King's Fashion had a claim in excess of $1,318,000 but the Trustee valued it at $544,837 for voting purposes.) The Chambers judge stated:

> The cases of the landlords and the suppliers are alike. In each of these cases the creditor has retained an asset and by re-leasing or selling that

2004 BCCA 284 (CanLII)

> asset, will be able to mitigate its losses. There has not been sufficient time for the landlords to have re-let the premises or for the suppliers to have sold the manufactured goods.
>
> Section 135 provides that the trustee shall determine if an unliquidated claim is a provable claim and, if so, the value of the claim. The trustee may require further evidence in support of a claim. A creditor with an unliquidated claim has no right to vote until his claim has been valued and has a provable claim only for the amount at which the trustee values the claim. In valuing the claim, the trustee should look at what is reasonable in the circumstances and apply an appropriate contingency in determining the amount at which to value the claim, as the court did in *Re Wiebe* (1995), 30 C.B.R. (3d) 109 (Ont. Gen. Div.). [paras. 17-18]

The Chambers judge noted the statement made by Mr. Gagnon on behalf of Galaxy at the first creditors' meeting that "[t]he actual losses incurred by Sun Life would be unsecured and will be subject to mitigation, and it is the understanding of Galaxy that this space should not be vacant for too long and the claim should be minimized." She agreed, noting that in valuing Sun Life's claim for voting purposes, the likelihood of re-letting the premises must be considered. She continued:

> The landlords and Galaxy could provide the trustee with information respecting re-letting the property as could real estate agents. To simply allow the claim for the unexpired term inflates the claim and accords it inappropriate voting power. A claim allowed for voting purposes at far more than its true value may well be sufficient to approve or defeat a proposal over the views of other creditors. It is given disproportionate weight.

2004 BCCA 284 (CanLII)

> The claims of the landlords must be discounted to reflect the likely loss, and consider the likely recovery on re-letting. The evidence before me does not allow me to determine an appropriate reduction as contemplated by s. 135(5). The parties may adduce further evidence on this point, if necessary. [paras. 22-23]

Accordingly, the Court adjourned this aspect of the motion, declaring that the parties were at liberty to schedule another hearing regarding the valuation of the landlords' claims.

[24] The Court next turned to the claim filed by Umbro Worldwide. Appended to its proof of claim were invoices from Umbro International. There was evidence from Mr. Watson that Galaxy was normally invoiced by and made payment to Umbro International for goods shipped under the licence agreement. With respect to Galaxy's objection that "the wrong company" had filed the claim, the Chambers judge concluded on the evidence before her that Umbro International had assigned its licence agreement with Galaxy, to Umbro Worldwide in 1999, and had given notice of the assignment to Galaxy. Thus, she said, it was "appropriate that [Umbro Worldwide] file the proof of claim." (Para. 27.) As to the objection based on s. 109(6), the Chambers judge reviewed affidavit evidence filed by Mr. Watson concerning Galaxy's court action against the Umbro companies, the Statement of Claim, and various e-mails between Galaxy and Umbro discussing their possible merger back in

2004 BCCA 284 (CanLII)

2001-2002, Umbro's financial assistance to Galaxy, and extensions of the time for Galaxy's payment of royalties. However, the Chambers judge found:

> Without a clear sworn statement from Mr. Watson or another Galaxy representative detailing the manner in which Galaxy says that Umbro was not dealing at arm's length and setting out facts in support, I cannot conclude that Umbro was not acting at arm's length.
>
> The statement of claim is merely an unsworn pleading. It is not a sworn statement of the facts which Galaxy says lead to the conclusion that Umbro was not acting at arm's length.
>
> The e-mails do not demonstrate a non-arm's length relationship, even if the court could speculate as to the nature of the relationship, negotiations, etc. without further evidence from the parties involved.
>
> I will not set aside the chairman's rulings on these issues, Galaxy's motion is dismissed. [paras. 31-34; emphasis added.]

[25] In light of her rulings on the voting entitlements of Galaxy's directors and the adjournment of the motion concerning the landlords' claims, the Chambers judge concluded that it would be inappropriate to deal with the Trustee's application for approval of Galaxy's proposal by the Court. Obviously, this appeal has suspended further proceedings below and the matter has unfortunately sat unresolved for several more months.

2004 BCCA 284 (CanLII)

ON APPEAL

[26] The first ground of appeal advanced by Galaxy is that the Chambers judge erred in ordering that the landlords' respective claims must be reduced for purposes of the creditors' vote on the proposal. Galaxy contends that in so concluding, the Chambers judge erred in three respects. The latter two grounds — that she should not have directed that additional evidence be adduced regarding the leases, and that she failed to show "proper deference" to the Trustee's decision — may conveniently be dealt with first, and together, since the questions of what evidence is properly adduced on an appeal under s. 135, and what standard of review is to be applied on such an appeal, are obviously related.

First Evidence and Standard of Review

[27] Galaxy submits that the Chambers judge erred in making an order "that would involve evidence on the question of mitigation, and a further hearing." In this regard, counsel commends to us the comments of Farley J. in ***Re Canadian Triton International Ltd.*** (1997) 49 C.B.R. (3d) 192 (Ont. Ct. Gen. Div.), where he observed:

> It would seem to me to be reasonably obvious that the determination as to who is allowed to vote at a particular meeting has to be decided on the basis of what information (i.e., the appropriate

2004 BCCA 284 (CanLII)

> material) was available to the Chair of the meeting (in this case the Official Receiver) at the time the vote was conducted. See *In Re Andrew Motherwell of Canada Limited* (1923), 4 C.B.R. 265 (Ont. S.C.) at p. 268: "Again I do not see how I can allow any new material to go in at this stage. We must deal with the proxies as of the date the votes were cast under them." In other words, it would be inappropriate to go back after the meeting and attempt to cooper up any observed deficiency with the material filed for the purpose of voting. That is not to be confused with material *then available* to the Chair. If it were otherwise, then there could be a (never ending) string of attempts at bolstering the material so that it was objectively satisfactory and that the estate would continue to be in a state of uncertainty as to any vote taken. Any appeal from the Chair's decision should be in accord with the appeal provision and be on a single appeal basis. That is not to imply that the material could not be coopered up for any *future* vote or for the purpose of entitlement to any future distribution. The time for lodging the proxy according to Houlden and Morawetz, "The 1997 Annotated *Bankruptcy and Insolvency Act*" . . . at p. 335 "must, however, be filed with the Chair before the taking of the vote, not afterwards: *Re Britannia Canning Co.* (1938), 19 C.B.R. 250 (Ont. S.C.)." [para. 5; emphasis added.]

[28] Farley J.'s comments strike a pragmatic note, but one that would appear to be in keeping with the general scheme, or "purpose", of the ***BIA*** provisions relating to debtors' proposals and creditors' meetings. That scheme operates on fairly tight time lines: within five days of its appointment, the trustee is required to send to every known creditor a notice of the first meeting, to be held within 21 days of that appointment (s. 102(1)). Notice must be published in the local newspaper not later than five days prior to the first

2004 BCCA 284 (CanLII)

meeting of creditors (s. 102(4)), and after the first meeting, notice of meetings need not be given to any creditors other than those who have proven their claims (s. 104(2)).

[29] Sections 105-115 provide for the procedure to be followed at creditors' meetings generally. Section 105(1) states that the official receiver or his nominee shall chair the first meeting of creditors and "shall decide any questions or disputes arising at the meeting". A creditor may appeal any such decision to the court. (All subsequent meetings are required to be chaired by the trustee unless some other person is appointed by resolution at the meeting.) Section 107 requires that every class of creditors be permitted to express its views and wishes separately from every other class. Subject to the ***BIA***, the question of what effect is to be given to those views and wishes in the event of any dispute lies "in the discretion of the court." The chair is given the authority under s. 108 to reject or admit a proof of claim "for the purpose of voting", but his decision is subject to appeal to the court. Section 108(3) also states:

> Where the chairman is in doubt as to whether a proof of claim should be admitted or rejected, he shall mark the proof as objected to and allow the creditor to vote, subject to the vote being declared invalid in the event of the objection being sustained.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[30] At the same time, a person may not vote as a creditor unless he has duly proved a claim which has been duly lodged with the trustee prior to the meeting: s. 109(1). The formal requirements for proofs of claim are set forth in s. 124. Under s. 135, the trustee may disallow, in whole or in part, any claim or security. Further, where the claim is contingent or unliquidated, the trustee must decide whether it is a provable claim, and if it is, he or she must value it. Only when that has occurred is the claim "deemed to be a proved claim to the amount of its valuation": s. 135(1.1). This represents a change from earlier versions of the ***BIA***, which required that the court determine, on application by the trustee, whether any contingent or unliquidated claim was provable. If so, the court was also required to value the claim: see R.S.C. 1985, c. B-3, s. 121; R.S.C. 1970, c. B-3, s. 95; R.S.C. 1952, c. 14, s. 83; and S.C. 1949 (2nd Sess.), c. 7, s. 83.

[31] Under s. 135(1), the trustee in examining a proof of claim may require further evidence in support of the claim. Section 135(4) provides that the trustee's decision as to the value of a contingent or unliquidated claim or the disallowance of any claim under s. 135(2) is "final and

2004 BCCA 284 (CanLII)

conclusive" unless it is appealed within 30 days of service of the notice referred to in s. 135(3).

[32] The interrelationship of the chair and the trustee has not been the subject of much judicial comment, presumably because the trustee normally becomes the chair after the first meeting, and the two generally co-operate in the treatment of creditors' claims. I do note one case in which the two disagreed: in ***Northstone Power Corp. v. R.J.K. Power Systems Ltd.*** (2002) 33 C.B.R. (4th) 261 (Alta. Q.B.), a trustee had disallowed a creditor's claim but the official receiver, acting as chair of a subsequent creditors' meeting, decided to allow the creditor to vote on the debtor's proposal, relying on ss. 108(1) and (3). Forsyth J. ruled on the appeal that the official receiver had erred in doing so, and that upon a clear reading of those provisions together with ss. 109(1) and 135, "Section 108 would only come into play when the Trustee had not yet ruled on the validity or otherwise of a proof of claim." (para. 15.) Further, he said:

> I referred earlier in this judgment to the Notice of Disallowance served by the Trustee on R.J.K. and the language set out therein. At this point in time, and subject to appeal, which had not yet been launched as of the April 2nd voting date, or an application for a stay which again had not been applied for, the claim had been disallowed in total and therefore R.J.K. was not entitled to vote at the meeting of April 2nd. I cannot read into Section

2004 BCCA 284 (CanLII)

> 108 that where there has been a ruling on the validity of the claim, the Chairperson (Official Receiver) can override that decision of the Trustee and purport to allow a vote to take place even on the limited basis that it is subject to Court subsequently validating the vote or disallowing the claim of R.J.K. . . .
>
> . . . I would note, however, that the Trustee did not make his decision absent any evidence whatsoever as to the debt claimed, but had the benefit of the investigation carried out by the party proposed under the contract entered into by both parties to be the person who would make the initial determination of the validities of various claims arising under the contract. The point is, that at the date of taking of the vote on April 2nd, the Trustee had clearly disallowed the claim in its entirety and I am satisfied that Section 108, as noted, does not give the Official Receiver, the Chairperson of the meeting, the right to override that decision and find that there was validity to the extent of allowing the vote to be taken and recorded. [paras. 17 and 18; emphasis added.]

[33] In any event, the foregoing provisions seem designed to encourage creditors to take the first meeting seriously (by requiring that they file complete proofs of claim) and to facilitate the prompt airing of the "views and wishes" of the various classes of creditors. Trustees at least are given a considerable degree of authority and have the benefit of the privative clause in s. 135(4). Presumably, this is because they possess specialized expertise in the areas of business financing, restructurings and insolvency, and are decision-makers to whom some deference is owed by a reviewing court. Expertise, of course, has been said to be the most important

2004 BCCA 284 (CanLII)

of the well-known factors to be considered in determining the standard of review applicable by a court of law to the decisions of administrative tribunals in accordance with the "pragmatic and functional" approach mandated by the Supreme Court of Canada. In ***Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*** [1997] 1 S.C.R. 748, for example, the Court quoted at 773 the following passage from ***United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*** [1993] 2 S.C.R. 316:

> . . . the expertise of the tribunal is of the utmost importance in determining the intention of the legislator with respect to the degree of deference to be shown to a tribunal's decision in the absence of a full privative clause. Even where the tribunal's enabling statute provides explicitly for appellate review, as was the case in *Bell Canada* [*v. Canada (Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission)* [1989] 1 S.C.R. 1722], it has been stressed that deference should be shown by the appellate tribunal to the opinions of the specialized lower tribunal on matters squarely within its jurisdiction. [at 335]

(See also ***Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*** [1994] 2 S.C.R. 557, ***Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*** [1998] 1 S.C.R. 982, ***Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*** [1999] 2 S.C.R. 817, ***Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*** [2003] 1 S.C.R. 226, ***Law Society of New Brunswick v. Ryan*** [2003] 1 S.C.R. 247, and the decision of

2004 BCCA 284 (CanLII)

this court in ***Aquasource Ltd. v. British Columbia (Information and Privacy Commission)*** (1998) 58 B.C.L.R. (3d) 61.)

[34] It is arguable that slightly different considerations apply to the decision of the chair when accepting or rejecting proofs of claim at the initial meeting of creditors. As earlier mentioned, he or she does not have the benefit of a privative clause. Instead, where a dispute arises concerning the effect to be given to the "views and wishes" of different classes of creditors, the matter is said to be "in the discretion of the court" (s. 107), and where the chair is in doubt as to whether a claim should be rejected, he or she must mark the proof as "objected to" and allow the creditor to vote, subject to the vote being invalidated if the objection is sustained — presumably, by the court (or the trustee if ***Northstone,*** *supra,* is correct).

[35] However, counsel before us did not differentiate between official receivers and trustees in this regard. Galaxy contends that in the bankruptcy area, the law has "long been clear" that in reviewing proofs of claim and determining voting rights at creditors' meetings, the chair (and presumably, the trustee where applicable) has a discretion which, if reasonably exercised, should not be interfered with unless the decision relates to a "mandatory" provision of the

2004 BCCA 284 (CanLII)

BIA. The source generally cited for this well-known proposition is the judgment of Tweedie J. in ***Re McCoubrey*** (1924) 5 C.B.R. 248 (Alta. S.C.):

> Coming now to the various objections in regard to proofs of claim and proxies: In considering the objections, regard must be had to the provisions of the statutes and Rules in connection with which the objections are raised. If they are mandatory, it is the duty of the chairman to require strict compliance with them; if they are merely directory, he is entitled to exercise his discretion concerning them and if there are reasonable grounds for his exercising such discretion in the manner in which he does, his decision will not be interfered with. [at 252]

[36] The Umbro respondents take issue both with the applicability of the Court's remarks in ***Triton*** (which they characterize as *obiter* in any event) and the proposition that where the chair or trustee has a discretion to exercise, a court of law should not interfere if there were reasonable grounds for the decision. In their submission, the hearing before the Chambers judge below was a trial *de novo* in which the Court was entitled to hear evidence regarding the valuation of the landlords' claims that was "not necessarily before the trustee." On this point, they cite ***Re Eskasoni Fisheries Ltd.*** (2000) 16 C.B.R. (4th) 173, a decision of the Registrar of the Nova Scotia Supreme Court dealing with a trustee's disallowance of a claim. The Registrar stated:

2004 BCCA 284 (CanLII)

> Where a creditor appeals to the court from the decision of a trustee to disallow a claim that appeal will proceed by way of trial *de novo*. While I have found no specific case or commentary that makes this point clear, it is clear from a review of the cases generally that a Judge or Registrar hearing an appeal from a trustee's decision is not required simply to proceed upon the information before the trustee. In other words, on such appeals the court is entitled to accept and consider all evidence relevant to the claim. [para. 17]

(See also ***Re MacDonald*** [2002] O.J. No. 2744 at para. 19 (Ont. Sup. Ct.), ***Re Exner*** (2003) 41 C.B.R. (4th) 49 at para. 22 (B.C.S.C.), and ***Re Beetown Honey Products Inc.*** [2003] O.J. No. 3853 at para. 16 (Ont. Sup. Ct.), all of which followed ***Eskasoni***. In ***Port Chevrolet Oldsmobile Ltd. (Re)***, 2004 BCCA 37, a recent decision of this court, counsel did not challenge the "trial *de novo*" approach taken in ***Eskasoni***. The Court therefore proceeded on the assumption for purposes of that appeal that the Chambers judge below was entitled to consider material that had not been before the trustee in deciding whether a proof of claim had complied with s. 124 of the ***BIA***.)

[37] The respondents also argue that the chair or trustee is not a "specialized tribunal" of the kind discussed in ***Southam*** and that there was neither a "hearing" before them in this case nor any meaningful opportunity afforded at the creditors' meeting to adduce evidence to contradict the position taken by the debtor. Yet the ***BIA*** obviously intends that a meaningful

2004 BCCA 284 (CanLII)

opportunity be accorded to all creditors at their meeting to raise objections and arguments for consideration by the chair or the trustee in making their determinations under ss. 108 and 135 respectively. At this point, the decision-maker has a 'gatekeeping' role with respect to creditors' voting entitlement, which in turn may decide the fate of the debtor's proposal. The fact that many of the formalities of a hearing in a court of law may be lacking is a necessary feature of the bankruptcy provisions relating to debtors' proposals as I have described them above, but in my view it is not conclusive of the issue of standard of review. Further, I know of no binding authority to the effect that such a hearing must take place before the relevant decision-maker will be regarded as a "specialized tribunal" with expertise that commands some deference. Many statutory decision-makers whose roles are not strictly "adjudicative" have been subjected to the standard of review analysis described in ***Southam*** and the cases following it. Thus in Brown and Evans, ***Judicial Review of Administrative Action in Canada*** (loose-leaf, 1998) the authors observe:

> Until recently, the extension of the pragmatic or functional analysis to determine the appropriate standard of review to be applied to administrative action outside the adjudicative context has been sporadic. For the most part, courts have assumed that the interpretation of statutory provisions

2004 BCCA 284 (CanLII)

> conferring legislative or administrative powers on non-adjudicative agencies or officials is subject to *de novo* determination by the courts. Judicial deference was typically not afforded to the decision-maker's view of what considerations are legally relevant to, or what purposes may legitimately be pursued by, the exercise of discretion. However, in a recent decision of the Supreme Court of Canada [*Baker v. Canada*, *supra*] a pragmatic or functional analysis was applied to the review of a refusal by an immigration officer to grant permanent residence status on humanitarian and compassionate grounds to a woman who had been living in Canada illegally.
>
> *Baker* makes two important changes to the review of the exercise of administrative discretion. First, it extends the doctrine of judicial deference to areas of administrative decision-making where it had previously been assumed that, as a general rule, any legal issue decided by the decision-maker was subject to review on a standard of correctness. Second, *Baker* firmly establishes the principle that, even if the decision-maker has committed none of the errors traditionally associated with the *ultra vires* doctrine, a reviewing court may still set the decision aside or declare it to be unlawful if the exercise of discretion fails to meet a basic standard of rationality. [at 15-95 to 15-96]

(See also ***Chamberlain v. Surrey School District No. 36*** [2002] 4 S.C.R. 710 at para. 4.)

[38] Proceeding on the basis that the "pragmatic and functional" approach can be applied to the decisions at issue here, the nature of the question being decided — whether it is one of fact, or mixed fact and law, and whether it involves consideration of "polycentric" factors — is another important factor in deciding where on the (three-point) "continuum" the

2004 BCCA 284 (CanLII)

decision falls. Indeed, it was said by Donald J.A. in ***Aquasource***, *supra*, that "whether an administrative tribunal's decision will attract curial deference largely depends on the question involved. It is no longer appropriate to grant blanket deference to the tribunal . . . ." (Para. 16.) It cannot be said that any of the decisions at issue here involves the balancing of polycentric interests. On the other hand, the chair's determination as to "what effect" to give to creditors' "views and wishes" and the trustee's power to allow or disallow a claim (for which the trustee must give written reasons) under s. 135 (which in turn also involves the requirements of s. 124) seem to be decisions more of law than fact. On these matters, a judge of the Supreme Court may be assumed to have equal expertise. Further, these questions have important legal consequences, in that a person whose proof of claim is disallowed or rejected may not participate as a creditor in the bankruptcy generally or in the distribution of the bankrupt's estate.

[39] On a consideration of all the "contextual" factors mandated by the "pragmatic and functional" approach, I see no reason to disagree with the long-standing principle enunciated in ***Re McCoubrey***, *supra*, which requires the application of a "correctness" standard where compliance with a "mandatory"

2004 BCCA 284 (CanLII)

provision (which I would equate to a question of law or statutory compliance) is involved, and the application of a "reasonableness" standard where the determination of a factual matter or an exercise of true discretion is called for. In the former category, I would place the chair's decision under s. 108 rejecting a proof of claim for voting purposes and the trustee's decision disallowing a proof of claim under ss. 124 and 135(2). In the latter category, I would place the trustee's role in valuing contingent and unliquidated claims under s. 135(1.1). This general approach conforms with the objective, which I see as implicit in the ***BIA***, of enabling debtors to have their proposals voted upon expeditiously and permitting creditors to have their rights and claims determined in a business-like manner, while at the same time providing a meaningful appeal to a court of law on questions that clearly affect legal rights, engage the relative expertise of judges, and set precedents for other cases.

[40] I am also of the view that the Supreme Court's hearing of an appeal under s. 135(4) of the ***BIA*** is not intended to be a trial *de novo* but a true appeal. With all due respect to ***Re Eskasoni***, *supra,* the law in British Columbia is clear that unless the statute that provides an appeal also states that it is to take the form of a trial *de novo* (as do, for example, s.

2004 BCCA 284 (CanLII)

119(4.1) of the ***Social Service Tax Act***, R.S.B.C. 1996, c. 431 and s. 822(4) of the ***Criminal Code***, R.S.C. 1985, c. C-46), the appeal will be an ordinary appeal. Thus in ***McKenzie v. Mason*** (1992) 72 B.C.L.R. (2d) 53, this court held that a statutory appeal to the Chief Gold Commissioner provided by s. 35 of the ***Mineral Tenure Act*** did not envisage a trial *de novo*. In the course of his reasons for the Court, Toy J.A. cited a passage from ***R. v. Dennis*** [1960] S.C.R. 286, where Ritchie J. wrote:

> . . . the distinction between "an appeal by holding a trial de novo" and an appeal to the provincial Court of Appeal is that although the object of both is to determine whether the decision appealed from was right or wrong, in the latter case the question is whether it was right or wrong having regard to the evidence upon which it was based, whereas in the former the issue is to be determined without any reference, except for purposes of cross-examination, to the evidence called in the Court appealed from and upon a fresh determination based upon evidence called anew and perhaps accompanied by entirely new evidence. [at 290-91]

McKenzie v. Mason was confirmed by a five-judge panel of this court in ***Dupras v. Mason*** (1994) 120 D.L.R. (4th) 127. There, Mr. Justice Lambert, speaking for the Court, reviewed the complaint procedure provided in the ***Mineral Tenure Act*** and said:

> Running through the consideration of s. 35 must be an understanding of the function and expertise of the chief gold commissioner. He or she may be expected to have had many years of experience with

2004 BCCA 284 (CanLII)

> respect to the mining industry in general and the locating and recording of mineral claims in particular. That expertise will imbue the carrying out of his or her functions under s. 35. It will also make his or her decision under s. 34 about good faith non-compliance a decision which is well informed by practical experience of what constitutes a good faith attempt to comply with the Act and Regulations, and about whether a failure to comply was calculated to mislead other free miners.
>
> If an appeal were to be taken by trial *de novo* the chief gold commissioner's expertise would no longer be available in the process of decision-making under ss. 35 and 34. For that reason and for the other reasons set out by Mr. Justice Toy for this court in *McKenzie v. Mason*, including particularly the fact that the appeal is not specified in the statute to be by trial *de novo*, I conclude that s. 35(10) of the *Mineral Tenure Act* does not contemplate or permit an appeal to a Supreme Court judge by trial *de novo*.
>
> Having reached that conclusion, it follows that the appeal to the Supreme Court must be a true appeal confined to whether the chief gold commissioner made a reviewable error of fact, of law, or of procedure. [at 134-35; emphasis added.]

[41] In my opinion, similar considerations apply in this case with respect to the expertise of trustees in bankruptcy. As I have already mentioned, they can be expected to have considerable experience and expertise in the area of business financing, restructurings and insolvency. If "fresh evidence" — i.e., evidence not before the trustee or chair at the time of his or her decision — were to be adduced in Supreme Court on appeal as a matter of course, it seems to me that much would be lost in the way of efficiency in the operation of the

2004 BCCA 284 (CanLII)

bankruptcy scheme generally. Creditors who neglected to file proofs of claim in compliance with the requirements of s. 124 would suffer no practical consequences if, in Farley J.'s phrase, they could expect to "cooper up" their proofs at a later date in court; and the business now conducted at creditors' meetings by trustees (who are generally supervised by inspectors under the ***BIA***) would be largely co-opted to courts of law, with all the attendant expense, delay and formality.

[42] With respect to decisions of the chair under s. 108, again it is arguable that a less restrictive approach to "fresh evidence" is intended. However, since counsel were content to "lump together" the two decision-makers for purposes of this appeal, I will not pursue or decide this rather fine point on this occasion. It will be sufficient, I believe, to state my view that to the extent the Chambers judge below proceeded on the basis that the appeal was a trial *de novo* in which "fresh evidence" was considered as a matter of course, she fell into error. As unsatisfactory as the state of the evidence may have been, she should have proceeded to consider whether the Trustee had made a reviewable error in its treatment of the landlords' claims on the evidence before it. If counsel applied to adduce "fresh evidence", she would

2004 BCCA 284 (CanLII)

then have been obliged to decide whether its admissibility was justified in the interests of justice or on some other principled basis. Since counsel before us did not make submissions as to what the appropriate criteria would be in this regard, I will leave that point as well for another day. But before counsel on appeals under the ***BIA*** file large volumes of affidavits and exhibits in the Supreme Court bearing no resemblance to what was actually before the decision-maker whose decision is being appealed, consideration should be given to that question.

Landlords' Claims

[43] This brings me to Galaxy's remaining ground of appeal under this rubric, which is that the Chambers judge erred in applying the reasoning in ***Re Wiebe*** (1995) 30 C.B.R. (3d) 109 (Ont. Ct. Gen. Div.), to the landlords' claims. (Another point of law which this court raised, and on which we received written argument — the effect, if any, of s. 65.1 on these claims — will be addressed below.) Galaxy says that the landlords' claims are, by virtue of ***Highway Properties Ltd. v. Kelly, Douglas and Co. Ltd.*** [1971] S.C.R. 562, "entirely uncontingent". With respect, however, the Chambers judge proceeded not on the basis that these claims were contingent, but on the basis that they were unliquidated. Although she

2004 BCCA 284 (CanLII)

did not cite ***Highway Properties***, she was correct on this point. ***Highway Properties*** made it clear that where (as here) a commercial lease is repudiated by the tenant prior to the expiration of its term, the "full armoury of remedies ordinarily available to redress repudiation of covenants" is available to the landlord, including "prospective remedial relief in damages." (At 576 and 573.) In ***Keneric Tractor Sales Ltd. v. Langille*** [1987] 2 S.C.R. 440, the Supreme Court of Canada applied similar reasoning to chattel leases and clarified that a repudiation of a lease "may be triggered by either the inability or the unwillingness of a party to perform his contractual obligations." (At 454.) The lessor's remedy was again to sue for damages as compensation for its "prospective loss." (See ***32262 B.C. Ltd. v. See-Rite Optical Ltd.*** [1998] 9 W.W.R. 442 (Alta. C.A.), at paras. 20-22.) The reasoning in these cases, and various judgments delivered by various courts since then, leave little doubt that Sun Life's claim above and beyond the $12,051.25 represented an unliquidated claim for damages which, leaving aside for the moment s. 65.1 of the ***BIA***, the Trustee would have been required to evaluate in accordance with s. 135(1.1). Obviously, valuation is a matter of discretion in the sense that the Trustee could bring many factors, unspecified in the ***BIA***, to bear on it, and in the sense that there is no one

2004 BCCA 284 (CanLII)

"correct" answer. (See S. Waddams, "Judicial Discretion", (2001) 1 ***Cwth. L.J.*** 59.) Obviously, such a determination would call upon the Trustee's expertise in commercial insolvency matters. For these reasons and the reasons given above at paras. 27-39, the Trustee's decision in this regard would normally be scrutinized on a "reasonableness" standard.

[44] I am doubtful, however, that the Trustee can be said to have exercised its discretion at all in this instance. Mr. Abakhan stated at the meeting that he did not know how to value the claim "other than how it is presented." Moreover, his observation that "landlords are permitted to file their entire claim for the total unexpired term of the lease, regardless of potential mitigation" begged the question of what effect "potential mitigation" should have had on the valuation of Sun Life's claim. Although as counsel for Galaxy argues, the Trustee did not have specific "evidence" as to the probability that Sun Life or Cookstown could successfully mitigate their damages, this was not a hearing in a court of law, where fine distinctions are drawn on the basis of where an onus of proof may lie. Again setting aside for the moment s. 65.1, the Trustee, using its knowledge and expertise, would have been required to consider whether as a factual matter, the valuation of the claims at their full amounts was

2004 BCCA 284 (CanLII)

appropriate – just as it did in connection with the suppliers' claims. (See, e.g., ***Re Eftaxias*** (1962) 3 C.B.R. (N.S.) 152 (Que. Sup. Ct.).)

[45] Following the hearing of this appeal, however, counsel were asked to consider and make submissions to the Court on the effect, if any, of s. 65.1 of the ***BIA*** on the landlords' claims. Section 65.1 provides in material part:

> 65.1 (1) Where a notice of intention or a proposal has been filed in respect of an insolvent person, no person may terminate or amend any agreement with the insolvent person, or claim an accelerated payment under any agreement with the insolvent person, by reason only that
>
> (a) the insolvent person is insolvent; or
>
> (b) a notice of intention or a proposal has been filed in respect of the insolvent person.
>
> (2) Where the agreement referred to in subsection (1) is a lease or a licensing agreement, subsection (1) shall be read as including the following paragraph:
>
> "(c) the insolvent person has not paid rent or royalties, as the case may be, or other payments of a similar nature, in respect of a period preceding the filing of
>
> (i) the notice of intention, if one was filed, or
>
> (ii) the proposal, if no notice of intention was filed."
>
> . . .
>
> (5) Any provision in an agreement that has the effect of providing for, or permitting, anything that, in substance, is contrary to subsections (1) to (3) is of no force or effect.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[46] Section 65.1 was enacted at the same time as s. 65.2, the "disclaimer" provision which permits the debtor to disclaim a lease on giving 30 days' written notice to the landlord. Where this occurs, the landlord has no claim for accelerated rent and may file a proof of claim only in respect of its "actual losses resulting from the disclaimer", or the formula amount set out in s. 65.2(4). Section 65.2 was not invoked by Galaxy in this case, since it wished to continue occupying the Sun Life and Cookstown premises, in order to sell its large inventory of clothing for a longer period than s. 65.2 would have permitted. At the same time, counsel for Galaxy informed the Court that his client wanted to avoid any action which could be taken as affirming the leases, since it wished to continue in occupation only for two or three months post-proposal. Galaxy therefore reached the understandings with the landlords described above at paras. 7 and 8.

[47] Our specific question to counsel was whether these arrangements contravened s. 65.1. Galaxy argued that the arrangements constituted a consensual "surrender" of the leases that fell outside both ss. 65.1 and 65.2. It submitted that Galaxy negotiated "terms of surrender" with the landlords and did so in a manner that did not prejudice the estate in bankruptcy in any way, since both agreements were premised

2004 BCCA 284 (CanLII)

upon the landlords' ability to claim actual losses, subject to mitigation. ("Actual losses" are, Galaxy emphasizes, one of the two options that the debtor may choose when a lease is disclaimed under s. 65.2.) Thus if Galaxy had invoked the disclaimer procedure, the landlords would be in exactly the same position, except that Galaxy (and thus the estate) would not have had the benefit of the extra time in the leased premises. In Galaxy's view, nothing in the ***BIA*** precludes it from "surrendering" its leases in this manner, and indeed ss. 30(1)(k) and 65.2(1) of the ***BIA*** both refer to the "surrender" of a lease as something different from a disclaimer.

[48] With respect to the specific terms of s. 65.1, Galaxy also submitted that the claim for damages by a landlord in accordance with ***Highway Properties*** does not constitute a claim for an accelerated payment, but simply the "present recovery of damages for [the landlord's] losing the benefit of the lease over its unexpired term." (At 570.) Thus it says the landlords' respective claims for damages upon Galaxy's "repudiation" of the leases and the landlords' agreements to "terms of surrender" leave the Trustee with claims provable like other claims under s. 121 of the ***BIA***. By reference,

2004 BCCA 284 (CanLII)

s. 121 leads back to the question of whether the claims are contingent or unliquidated for purposes of s. 135.

[49] In response, Umbro submitted that ss. 65.1 and 65.2 of the ***BIA*** constitute a complete statutory code intended to govern all aspects of the contractual relationship between a lessor and an insolvent lessee. In this regard, Umbro cites this court's decision in ***Re B.C. Boat Sales Ltd.; Casson v. Redisco Ltd.*** (1962) 4 C.B.R. (N.S.) 168, as well as ***Re Vanwood Forest Products*** (1983) 45 C.B.R. (N.S.) 254 (B.C.S.C.) and ***KPMG Inc. v. Alberta Dental Association*** (2003) 44 C.B.R. (4th) 236 (Alta. Q.B.). All of these refer to the ***BIA*** as providing a comprehensive code for certain purposes, but none deals specifically with ss. 65.1 and 65.2 or with lessors/lessee relationships generally. (See, however, ***Re Cosgrove-Moore Bindery Services Ltd.*** (2000) 48 O.R. (3d) 540 at para. 2 (Ont. Sup. Ct.).)

[50] The real question for us is whether the arrangements agreed upon between Galaxy and its landlords constituted the "termination" of an agreement or resulted in the claiming of an "accelerated payment" under an agreement by reason only of the facts described in subparagraphs (a) and (b) of s. 65.1(1) or in s. 65.1(2). On the first point, Umbro notes that the "surrender" of a lease is not the same as a "termination" and

2004 BCCA 284 (CanLII)

that where a lease is surrendered at law, any claim by the landlord to damages ceases. Thus in Anger and Honsberger's ***Law of Real Property*** (2nd ed., 1985), the authors note that "the surrender of a lease stops rent accruing", since the effect of a surrender is "to extinguish the interest created by the lease by means of the term merging in the reversion." (At §811.1.) Similarly, H.M. Haber in ***Landlord's Rights and Remedies in a Commercial Lease*** (1996) writes that "If the landlord accepts the tenant's surrender of its lease, although not strictly a waiver of the landlord's right to re-enter, such acceptance negates any claim for damages the landlord may make after the surrender." (At 80.) Accordingly, Umbro contends that the leases were not surrendered but were terminated, in contravention of s. 65.1(1).

[51] I agree that the leases were indeed terminated and that subject to Galaxy's argument concerning the purpose of s. 65.1, the terminations appear to have contravened that provision. However, the effect of this fact on the landlords' claims, for both voting and other purposes, would seem to depend upon whether damages under the rubric of ***Highway Properties*** constitute an "accelerated payment", in which event the claim is prohibited. That a broad meaning should be given to the phrase "accelerated payment" is indicated by

2004 BCCA 284 (CanLII)

s. 65.1(5), which states that any provision in an agreement that has the effect of providing for or permitting anything that "in substance" is contrary to subsection (1) is of no force or effect. Although a technical argument might be mounted to the effect that damages for the repudiation of a lease should not be equated with the phrase "accelerated payment under any agreement", I am of the view that invoking an acceleration clause in a lease may "in substance" be equated to suing for damages under the ***Highway Properties*** principle. Suing for damages is the "fourth alternative" referred to by Laskin J. in that case – "namely, that the landlord may elect to terminate the lease but with notice to the defaulting tenant that damages will be claimed on the footing of a present recovery of damages for losing the benefit of the lease over its unexpired term." (At 570.) At 573, the Court held that the landlord's termination of the leasehold estate in ***Highway Properties*** as a result of the tenant's repudiation of the lease did not mean an end "to all covenants therein to the point of denying prospective remedial relief in damages." In practical terms, such a damage claim seems indistinguishable from a claim for an "accelerated payment" under the lease or any other agreement between debtor and landlord.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[52] The next question is whether the leases were terminated "by reason only" of Galaxy's failure to pay rent in respect of the period prior to the filing of the notice of intention, or by reason of its insolvency. Galaxy did not make any specific argument in respect to this question, although it might have contended that the landlords' respective claims arose out of their agreements with Galaxy rather than Galaxy's insolvency *per se*. Again, however, I would not give effect to such an argument, since on the evidence that is available to us, there is no suggestion that anything other than Galaxy's insolvency led to its proposal to the landlords and ultimately to the landlords' agreements. In the result, I do not think one can conclude that the leases were terminated for any reason other than the insolvency.

[53] I return, then, to Galaxy's broader submission that s. 65.1 was not intended to apply where the insolvent tenant itself seeks the termination of the lease, since the apparent purpose of s. 65.1 is to "permit commercial businesses to avoid being dismantled in a bankruptcy and to survive in the hope of future viability". (***Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*** (2002) 58 O.R. (3d) 549 at para. 8 (Ont. C.A.), aff'd 2004 SCC 3.) In this case, the arrangements reached between the parties were intended to assist, and presumably

2004 BCCA 284 (CanLII)

did assist, sales of inventory — an important aspect of Galaxy's proposal. Nevertheless, the interests of other creditors must be borne in mind. Very arguably, s. 65.1 is intended not only to prevent landlords from presenting burdensome proofs of claim that inhibit insolvents from regaining viability, but also to avoid prejudice to unsecured creditors whose ability to recover is dependent on the continued operation of the debtor. To that extent, s. 65 may be intended to prohibit the sort of arrangements that occurred in this case, notwithstanding Galaxy's willing promotion of those arrangements.

[54] Based on the foregoing, I am of the view that the landlords' claims to the "actual losses" over the unexpired terms of their leases were prohibited by s. 65.1(1) and that the Trustee was bound to reject their claims except insofar as they related to past arrears and rent as it became due monthly post-proposal. It follows that in the absence of a disclaimer by Galaxy, the claims of Sun Life and Cookstown for purposes of the creditors' meeting and other purposes must be so limited.

[55] I would allow the appeal insofar as the landlords' claims are concerned.

2004 BCCA 284 (CanLII)

The Directors' Claims

[56] The Chambers judge disagreed with the Trustee's ruling which allowed Messrs. Watson, Dewar and Gill to vote as claimants at the creditors' meeting. The information available at that time was that Galaxy had over 300 shareholders, that it had five directors, and that the three individuals in question did not control, either through a related corporation or with a related group, more than 50 percent of the issued shares. The Chambers judge noted, correctly, that "arm's length" has generally been defined to mean that there are no bonds of dependence, control or influence, between the corporation and the person in question. She drew a distinction, however, between "passive" and "active" directors, finding that Messrs. Watson and Dewar were active managers and that "Each could influence the direction of Galaxy." With respect, I doubt that the ***BIA*** intended that a distinction be drawn between individual directors on that basis. All directors are required to devote their best efforts to the company's affairs, and every director can by the very nature of his or her office "influence" those affairs. (Presumably, each director had one vote of five on the board.) This does not mean, without more, that each was able to control the company or that the company was dependent on him.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[57] Thus while the three men were prohibited by s. 113(3)(b) from voting on the appointment of a trustee or inspectors, they were not in my view prohibited from filing proofs of claim and voting the dollar amount thereof by reason of the fact that they were directors, or even "active" directors. In this regard, I believe the Chambers judge erred.

[58] On the other hand, the Chambers judge was correct in concluding that the claims made by Messrs. Watson and Dewar assumed that their employment contracts had been terminated when there was no evidence of that fact, and indeed there was evidence to the contrary, before the Trustee. Moreover, any claims for severance they may have had would, unless their employment agreements provided otherwise, be claims for damages for wrongful dismissal, which would again be unliquidated claims subject to valuation by the Trustee. As it was, since there was no evidence of termination, the Chambers judge was correct in expunging the claims of Messrs. Watson and Dewar.

Umbro Worldwide and Umbro International

[59] Last, Galaxy contends that the Chambers judge erred in affirming the Trustee's decision to permit Umbro Worldwide to vote on the proposal. On this point, Galaxy relies on the fact that Umbro Worldwide's proof of claim had attached to it

2004 BCCA 284 (CanLII)

various invoices bearing the name "Umbro International" or "Umbro International Ltd." At the creditors' meeting, Mr. Doyle on behalf of Umbro Worldwide had stated that "Umbro International did the invoicing for Umbro Worldwide and both companies were subsidiaries of Umbro Holdings." More importantly, there was evidence before the Chair that the Umbro licence agreement had been assigned by Umbro International to Umbro Worldwide in 1999. This fact had even been asserted at para. 13 of Galaxy's Statement of Claim in the legal action against Umbro, which was circulated and discussed at the meeting. Given this, I cannot accede to Galaxy's submission that Umbro Worldwide failed to comply with the requirements of s. 124 regarding the filing of proofs of claim, or that the Trustee erred in ruling that Umbro Worldwide had a provable claim entitling it to vote at the creditors' meeting. It simply does not lie in Galaxy's mouth to deny the connection, by way of assignment, between Umbro International and Umbro Worldwide, and it cannot be said that the proof of claim filed by the latter did not contain or refer to adequate statements of account showing particulars of its claim for purposes of s. 124 of the ***BIA.***

[60] It is also contended on appeal that the Chambers judge erred in declining to find on the evidence before her that

2004 BCCA 284 (CanLII)

Umbro Worldwide was not at arm's length to Galaxy in the year prior to the insolvency. Galaxy submits that the "arm's length" determination to be made pursuant to s. 109(6) of the ***BIA*** is less onerous than that required to be made under s. 3(1) in that it is "not transaction-specific and therefore must relate to the way the debtor and creditor conducted their business affairs in the subject period." In this regard, counsel notes the observations of the Court in ***Irving Oil Ltd. v. Noseworthy, Cook, Atlantic Transportation Company Limited and Heap Noseworthy Limited*** (1982) 42 C.B.R. (N.S.) 302 (Nfld. S.C.) that:

> Whether or not the dealings were at arm's length is a question of fact which cannot be decided by a finding that the companies concerned had a common director. There must be evidence of the existence of an unbusiness-like advantage.
>
> The agreement was in the ordinary course of business, and neither Peter Cook nor Roger Crosbie had control of the companies concerned, and there is no evidence to indicate that the dealings were not at arm's length. It can be said that, between all the parties concerned, each of them was selfishly seeking the best economic advantage and none had any reasons to expect from the others, nor would any party have been prepared to accord to another, any favours or concessions. [at 306]

Galaxy relies on the (fresh) affidavit evidence filed by Mr. Watson to which was appended various e-mails between him and the Umbro defendants concerning various dealings under the

2004 BCCA 284 (CanLII)

licence agreement. Even if this evidence were properly accepted, however, it does not show a relationship of dependence or control (which might lead to the existence of an "unbusiness-like advantage") between them. The parties may have been attempting to find common ground and to reach an understanding that would be of benefit to both sides, but the material falls short of proving that either had such influence that the other was sacrificing its own self-interest. I would therefore dismiss this aspect of the appeal.

Disposition

[61] I would allow the appeal to the extent of allowing Mr. Gill's claim to be voted at the meeting, and setting aside the Chambers judge's order directing that new evidence be adduced concerning the valuation of the landlords' claims. I would remit those claims to the Trustee for determination of the amounts of rent that have become due since the purported terminations, in respect of which s. 65.1 does not bar the claims, but damages under ***Highway Properties*** for loss of future rent are to be disallowed. Following the re-taking of the creditors' vote on the proposal, I would remit the motion for approval of the proposal back to the Supreme Court.

2004 BCCA 284 (CanLII)

[62] We are indebted to counsel for their helpful submissions, oral and written.

"The Honourable Madam Justice Newbury"

I Agree:

"The Honourable Madam Justice Rowles"

I Agree:

"The Honourable Mr. Justice Hall"

2004 BCCA 284 (CanLII)

CITATION: YG Limited Partnership and YSL Residences Inc., 2022 ONSC 6548
COURT FILE NO.: BK-21-02734090-0031
DATE: 20221122

SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
(COMMERCIAL LIST)

IN THE MATTER of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.SC. 1985, c.B-3 as amended

AND:

IN THE MATTER of the Notices of Intention to Make a Proposal of YG Limited Partnership and YSL Residences Inc.

BEFORE: Osborne J.

COUNSEL: *C. Haddon Murray and Elie Laskin*, CBRE Limited
A. Soutter, Yonge SL LPs
Robin Schwill, KSV, Proposal Trustee
Jesse Mighton, Concord Properties
Sarah Stothart, Maria Athanasoulis
Conner Sipa, Harbour International Investment Group and Yulei Zhang

HEARD: September 26, 2022

REVISED ENDORSEMENT

[1] This motion raises three questions that can arise where a Proposal Trustee has disallowed a Proof of Claim pursuant to section 135 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* ["BIA"], and the claimant has appealed from that disallowance pursuant to section 135(4):

a. should the appeal proceed before this Court as a hearing *de novo*, or should the record be limited to those materials considered by the Proposal Trustee at the time [i.e., the materials filed in support of the claim];

b. do limited partners of a limited partnership that has filed an NOI have standing on such an appeal; and

c. should the appeal be allowed in this case?

[2] CBRE Limited ["CBRE"] moves for an order setting aside the disallowance of its claim by the Proposal Trustee in the Proposal of YSL Limited Partnership and YSL Residences Inc. [together, the "Debtors"], and allowing the claim.

2022 ONSC 6548 (CanLII)

[3] CBRE also seeks an order that this motion, which is effectively the appeal of the disallowance of its claim, be heard by way of hearing *de novo*.

[4] For the reasons that follow, the motion is granted.

Background and Context

[5] On April 30, 2021, YG Limited Partnership and YSL Residences Inc. [collectively, "YSL"] filed Notices of Intention to Make a Proposal pursuant to section 50.4(1) of the BIA. On May 14, 2021, this Court granted a consolidation order consolidating the NOI Proceedings for the purpose of simplifying the administration of the estates and facilitating the filing of a joint proposal and single meeting of creditors, among other things.

[6] YSL is part of the Cresford Group of Companies, a developer of real estate in the Toronto area. YSL Residences Inc. was a registered owner of the YSL Property defined below. It acted as bare trustee for, and nominee of, the limited partnership.

[7] This motion arises out of a dispute over a commission related to the acquisition of property at 363-391 Yonge St., Toronto and 3 Gerrard Street East, Toronto, [together, the "YSL Property"] by Concord Properties Developments Corp. ["Concord"].

[8] More than a year prior to the filing of the NOIs, in January 2020, CBRE had entered into an oral agreement with YSL for the listing of the YSL Property. For the purposes of this motion, the agreement was a relatively typical arrangement pursuant to which CBRE was to be paid a commission equal to 0.65% of the purchase price in the event that the property was sold and the purchaser was one of the parties introduced by CBRE.

[9] On February 21, 2020, as CBRE was already performing the oral agreement, it provided YSL with a proposed written agreement which further clarified and defined the terms of the bargain. In particular, it provided that the term of the contract expired on August 20, 2020 but also included a holdover clause pursuant to which the commission was payable if a binding agreement of purchase and sale was executed within 90 days after the expiry of the term and the transaction subsequently closed.

[10] The evidence on this motion is that the written agreement was never executed through inadvertence, although both parties performed the agreement and acted in all respects as if it had been formally executed.

[11] As noted above, YSL subsequently encountered financial difficulties and filed the NOIs. CBRE filed a claim with the Proposal Trustee in respect of the commission owing on the sale of the YSL Property.

[12] The Proposal Trustee initially disallowed the claim of CBRE as it was not satisfied, on the information initially filed in support of the claim, that it ought to be allowed. However, upon further review and particularly upon reviewing the Motion Record filed by CBRE, the Proposal

2022 ONSC 6548 (CanLII)

Trustee and CBRE entered into a settlement agreement pursuant to which the claim would be allowed in exchange for the agreement of CBRE not to seek its costs on this motion.

[13] As a result of that settlement agreement, the Proposal Trustee supports CBRE and the relief sought on this motion.

[14] Indeed, the only parties opposing the relief sought are certain limited partners in the YG Limited Partnership.

[15] CBRE, supported by the Proposal Trustee, submits that the disallowance should be set aside and its claim should be allowed pursuant to the settlement agreement. It argues that, for the purposes of this motion, the Court should in any event consider the matter *de novo.*

[16] The limited partners submit that CBRE has failed to prove its claim with the requisite cogent evidence originally before the Proposal Trustee [i.e., the material originally filed in support of the CBRE claim], or at all.

ANALYSIS

Do the Limited Partners Have Standing?

[17] Section 135 of the BIA sets out the regime pursuant to which proofs of claim are admitted or disallowed.

[18] Pursuant to subsection (2), a trustee may disallow, in whole or in part, any claim.

[19] That disallowance is final and conclusive unless, pursuant to subsection (4), the person to whom the notice was provided appeals from the trustee's decision to the court in accordance with the *General Rules*.

[20] Pursuant to subsection (5), the court may expunge or reduce a proof of claim on the application of a creditor or of the debtor if the trustee declines to interfere in the matter.

[21] Here, the limited partners are limited partners in one of the Debtors, YG Limited Partnership. In my view, they lack the standing in this case to challenge the disallowance by the Proposal Trustee.

[22] For the purposes of this motion, the creditor is CBRE and the Debtor [or one of them] is YG Limited Partnership. As submitted by the Proposal Trustee, the whole bankruptcy regime is based upon all parties dealing with the debtor entity and/or the proposal trustee to address, determine and/or resolve claims.

[23] I agree with the submission of the Proposal Trustee that pursuant to subsection 135(5), the court may grant relief only where either one of two parties requests it: the creditor applies, or the debtor applies in circumstances where the trustee will not interfere.

2022 ONSC 6548 (CanLII)

[24] The limited partners are not creditors, but rather are exactly that - limited partners - in one of the Debtors. They hold limited partnership units in that entity. That is insufficient to make them debtors [within the meaning of this subsection or generally within the structure of the BIA], any more than shareholders of a debtor corporation would themselves automatically be debtors.

[25] Moreover, the particular contractual entitlements of the limited partners applicable to their units do not assist them here. The partnership agreement sets out the rights and obligations of the general partner to act on behalf of the limited partnership, and of the limited partners themselves.

[26] The contractual right in the partnership agreement to bind the partnership with respect to things such as claims is granted to the general partner. The general partner, on behalf of the limited partnership, consents to the relief sought on this motion.

[27] Finally, the Proposal Trustee has in fact "interfered" here, as contemplated in section 135(5). This is not a case where a trustee simply refuses to take a position or will not engage on the issue.

[28] I also observe that section 37 of the BIA provides that, where the bankrupt or any of the creditors or any other person is aggrieved by any act or decision of the trustee, he may apply to the court, and the court may confirm, reverse or modify the act or decision complained of and make such order in the premises as it thinks just.

[29] I have already concluded that the limited partners are not creditors. Are they "persons aggrieved"? In my view they are not. Their grievance, or complaint, boils down to the fact that their ultimate potential recovery will presumably be reduced if the claim is allowed. That is not sufficient to make them aggrieved within the meaning of section 37. To conclude otherwise would mean that every creditor would have standing pursuant to section 37 to challenge the claim of every other creditor in a bankruptcy proceeding and I reject this notion.

[30] As observed in Holden & Morawetz, *The 2022 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Thomson Reuters, Toronto, 2022 at p. 102-103,

> "the words "any other person is aggrieved" must be broadly interpreted. They do not mean a person who is disappointed of a benefit that he or she might have received if some other order had been made. A "person aggrieved" is a person who has suffered a legal grievance, a person against whom a decision has been pronounced by the trustee that has wrongfully deprived him or her of something, or wrongfully refused him or her something, or wrongfully affected his or her title to something: *Re Sidebotham,* (1880), 14 Ch.D. 458 at 465; *Liu v. Sung*, (1989), 72. C.B.R. (N.S.) 224 (BCSC)."

[31] This Court reached the same conclusion in *Global Royalties Ltd. v. Brook*, 2016 ONSC 6277 at para. 13.

[32] I conclude that in this case, the limited partners lack the requisite standing to oppose the motion.

2022 ONSC 6548 (CanLII)

Should the Appeal Proceed *de Novo*?

[33] As stated above, the authority of the court to expunge or reduce a proof of claim is found in section 135(5) of the BIA.

[34] I am satisfied that this Court may direct that an appeal from a disallowance of a claim by a trustee proceed by way of hearing *de novo* where it determines that to proceed otherwise would result in an injustice to the creditor. (see *Credifinance Securities Limited v DSLC Capital Corp*, 2011 ONCA 160 at para. 24, citing *Charlestown Residential School, Re*, 2010 ONSC 4099 at paras. 1, 18, and *Re: Poreba*, 2014 ONSC 277 at para. 32).

[35] I recognize, as did the Court of Appeal in *Credifinance*, that this practice is not uniform across the country. I also recognize that a major legislative objective of the bankruptcy regime is to maximize efficiency and the expeditious determination of claims between and among the stakeholders, and that this, in turn, could support the exercise of deference in the review of a decision of a trustee. In my view, that is why appeals of this nature should generally proceed as true appeals, based on a record consisting of the materials relied upon by the trustee in its decision to disallow the claim.

[36] However, it seems to me that the present case is an example of precisely the type of case where to proceed otherwise than *de novo*, and limit the record to that material originally filed in support of the claim, would result in an injustice to the creditor. That is exactly what section 135(5) is designed to correct or avoid, and in circumstances such as this, the appeal can and should proceed *de novo* in the sense that materials not originally before the trustee can and should be considered by the court.

[37] The *Poreba* case is such an example, where the Master [now Associate Judge] concluded that a hearing *de novo* was appropriate because there were significant issues of credibility such that fairness required that the claimant be given an opportunity to provide *viva voce* evidence and to explain certain issues.

[38] The evidence that, in my view, is relevant both to a determination of the claim and to my conclusion that to exclude it would work an injustice on the creditor, is described below. The creditor and the Proposal Trustee acted openly and transparently and entering into the settlement agreement, in the context of the appeal by the creditor. They did not act in an underhanded or unfair manner.

Should the Appeal be Allowed?

[39] Notwithstanding my conclusion above that the limited partners lacked the requisite standing to oppose this motion, I have considered their evidence and arguments with respect to the merits of the appeal, in case I am wrong. Moreover, CBRE seeks an order allowing the appeal, in any event of opposition.

[40] In this case, what occurred was rather straightforward. Based on the information and material originally available to it, the Proposal Trustee disallowed the claim. This seems

2022 ONSC 6548 (CanLII)

reasonable when one considers the summary nature of claims evaluation by a trustee, in the somewhat unique circumstances of this case where the listing agreement giving rise to the claim for the commission on the sale of the property was first oral and then reduced to writing but through inadvertence the written agreement was never executed.

[41] However, and as stated above, when additional material was filed with the Proposal Trustee, it was of the view that the claim ought properly to be allowed. The Proposal Trustee did not, however, purport to allow an appeal from its own decision. Rather, it agreed, pursuant to the provisions of the settlement agreement, to support and not oppose the appeal by the creditor, properly brought pursuant to section 135(5), in exchange for the agreement of the creditor not to seek costs against the Proposal Trustee.

[42] I point this out in part due to the argument advanced by the limited partners to the effect that the disallowance of a claim by the Proposal Trustee is final and conclusive with the result that the Proposal Trustee has no residual power to reconsider its own decision or reverse itself. Again, that is not what has occurred here. Rather, the settlement agreement was entered into in the context of the appeal properly brought by the creditor.

[43] There is no dispute on this motion as to several relevant facts:

a. CBRE entered into a listing agreement with YSL for the YSL Property;

b. CBRE introduced YSL to Concord for the purposes of acquiring the YSL Property;

c. Concord in fact did acquire the YSL Property; and

d. the commission claimed by CBRE is equal to 0.65% of the total consideration paid for the YSL Property.

[44] For its part, Concord agrees and acknowledges that CBRE introduced it to YSL, although it has no knowledge of the agreement with CBRE. The evidence on this motion is that the Proposal Trustee in making its decision relied on information provided by Concord to the effect that it dealt with the Debtors at all times and did not have dealings with CBRE.

[45] However, that information was not provided to the creditor that had advanced the claim, CBRE. CBRE accordingly did not have any opportunity to make submissions with respect to, or file evidence to challenge, that statement from Concord.

[46] The evidence of Concord as subsequently provided to the Proposal Trustee and filed on this motion is to the effect that CBRE in fact introduced it to YSL for the purposes of acquiring the YSL Property.

[47] Indeed, the clear and unequivocal evidence of both counterparties to the agreement [CBRE and YSL] is consistent and clear: there was an agreement, CBRE performed the agreement and indeed was involved in negotiations right up until the conveyance of the YSL Property pursuant to the amended Proposal, and the commission is payable according to its terms.

2022 ONSC 6548 (CanLII)

[48] I am satisfied that this is clear from the evidence, and in particular the affidavit of Mr. Ted Dowbiggin, the former president of Cresford, and the affidavit of Mr. Casey Gallagher, VP of CBRE, relied upon by CBRE.

[49] I referred above in these reasons to the oral agreement of January, 2020 and the subsequent written agreement of February 21, 2020 and the fact that the latter had never been formally signed. As noted, the written agreement provided that the term of the contract ended on August 20, 2020, and the holdover clause [section 4.1] essentially extended the entitlement to a commission for an additional 90 days.

[50] The limited partners submit that even if the YSL Property was conveyed pursuant to the [amended] Proposal, that occurred outside the 90-day period with the result that the commission ought not to be payable.

[51] I am satisfied based on the evidence described above and particularly the evidence of Messrs. Dowbiggin and Gallagher, and in the absence of any contrary evidence put forward by any party, that the negotiations between YSL and Concord commenced with their introduction and continued until the acquisition of the YSL Property by Concord through the proposal, and specifically during the holdover period. The limited partners did not cross-examine either of those witnesses on their evidence with respect to these points. CBRE continued to act as listing broker and responded to questions from YSL during the negotiations.

[52] In addition, the Debtors themselves support the claim and have confirmed such to the Proposal Trustee. This is consistent also with the conduct of both the Debtors on the one hand and CBRE on the other, prior to the claim being advanced, as the parties to the agreement performed it according to its terms and acted in all respects as if the written agreement had been executed.

[53] Finally, I observe that Concord itself supports the claim being allowed and it, very arguably, has the most to gain if the claim were denied.

[54] The limited partners oppose the relief sought but were not parties to the impugned agreement nor, obviously, were they present for any of the discussions leading to the oral agreement.

[55] The limited partners argue that the terms of the agreement did not entitle CBRE to the payment of the commission since the sale of the YSL Property was not a sale by agreement of purchase and sale within the meaning the commission agreement.

[56] CBRE, one of the parties to that agreement, supported by both the Debtors [the counterparty to the agreement] and the Proposal Trustee, submits that this includes an agreement pursuant to which consideration is given for the conveyance of title to the YSL Property. I agree. I also agree that a proposal is a form of contract [between the debtor and its creditors].[See *Jones v. Ontario*, (2003), 66 O.R.(3d) 674 (ONCA)].

2022 ONSC 6548 (CanLII)

[57] In the result, I am therefore satisfied that to exclude this clear and cogent evidence would result in the disallowance of the claim and that would be an unjust result in the circumstances of this case.

[58] For all of the above reasons,

a. the limited partners do not have standing to oppose or the relief sought on this motion by the creditor [CBRE] supported by the Proposal Trustee and the Debtors;

b. in this case, the appeal from the decision of the Proposal Trustee should be considered, and has been considered by me, as a hearing *de novo*, since to do otherwise would result in an injustice to the creditor [CBRE]; and

c. the appeal should be allowed and the motion granted.

[59] Accordingly, the disallowance of CBRE's claim by the Proposal Trustee is set aside and the claim is allowed.

[60] CBRE, the Proposal Trustee and the limited partners have all submitted costs outlines. CBRE seeks partial indemnity costs, inclusive of fees, disbursements and HST, of $64,896.07. The Proposal Trustee seeks costs on the same basis of $58,948.48. The costs outline of the limited partners supports a claim for costs on the same basis of $21,725.48.

[61] Exercising my discretion pursuant to section 131 of the *Courts of Justice Act*, and considering the factors in Rule 57.01, I have determined that costs should follow the event, and that CBRE and the Proposal Trustee have succeeded on the merits and should be entitled to costs.

[62] However, I am conscious of the fact that the Proposal Trustee supported the motion of CBRE and I am conscious of avoiding any duplication in work and fees. I am also cognizant of the somewhat unique nature of the circumstances and chronology in this case.

[63] The validity of the claim flows from the entitlement to the commission under the listing agreement, and the facts that support the fact of that agreement, as they do, are not readily apparent at first blush from a review of the facts given the initial oral agreement and the terms of the holdover clause in the written agreement [i.e., the 90-day period]. The fact that it is not immediately straightforward is illustrated perhaps by the original concerns of the Proposal Trustee.

[64] I also observe, as submitted by the limited partners, that given the manner in which the events unfolded, this appeal would have been necessary even if it had been unopposed. However, it would have been a much more straightforward and less expensive proceeding.

[65] Accordingly, in considering the facts and Rule 57 factors, in my view CBRE is entitled to partial indemnity costs from the limited partners in the amount of $25,000 and the Proposal Trustee is entitled to costs on the same basis in the amount of $18,000. All amounts are inclusive of fees, disbursements and HST. Costs payable within 60 days.

2022 ONSC 6548 (CanLII)

Osborne, J.

Date: November 22, 2022, revised January 10, 2023

2022 ONSC 6548 (CanLII)

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY OF PROEX LOGISTICS INC., GURU LOGISTICS INC.,
1542300 ONTARIO INC. AND 2221589 ONTARIO INC.

Court of Appeal File No.: **[NTD: Fill in]**
Court File No. BK-24-03014702-0031

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

PROCEEDING COMMENCED AT TORONTO

BOOK OF AUTHORITIES OF THE RESPONDENT, SWINDERPAL SINGH RANDHAWA

STIKEMAN ELLIOTT LLP
Barristers & Solicitors
5300 Commerce Court West, 199 Bay Street
Toronto, ON M5L 1B9

Aaron Kreaden (LSO# 60157U)
Tel: 416.869.5565
akreaden@stikeman.com

Lee Nicholson (LSO# 66412I)
Tel: 416.869.5604
leenicholson@stikeman.com

Sam Dukesz LSO#74987T)
Tel: 416.869.5612
sdukesz@stikeman.com

Lawyers for Swinderpal Singh Randhawa