

Court File No. BK-21-02734090-0031
Court of Appeal File No. COA-22-CV-0451

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT,
R.S.C. 1985, C. B-3 AS AMENDED

**IN THE MATTER OF THE NOTICES OF INTENTION
TO MAKE A PROPOSAL OF
YG LIMITED PARTNERSHIP AND YSL RESIDENCES INC.**

BOOK OF AUTHORITIES OF THE RESPONDENT, CBRE

March 23, 2023

GOWLING WLG (CANADA) LLP
Barristers & Solicitors
1 First Canadian Place
100 King Street West, Suite 1600
Toronto ON M5X 1G5

C. Haddon Murray (LSO#61640P)
Tel: 416-862-3604
Fax: 416-862-7661
haddon.murray@gowlingwlg.com

Lawyers for the Respondent/ CBRE Limited

TO: **THORNTON GROUT FINNIGAN LLP**
100 Wellington Street West
Suite 3200, TD West Tower
Toronto ON M5K 1K7

Deborah E. Palter (LSO# 37962K)
Tel: 416-304-0148
Email: dpalter@tgf.ca

Alexander Soutter (LSO# 72403T)
Tel: (416) 304-0595
Email: asoutter@tgf.ca

Lawyers for the Appellants

AND TO: **AIRD & BERLIS LLP**
Brookfield Place
1800-181 Bay Street
Toronto, ON M5J 2T9

Harry Fogul
Tel No: 416-865-7773
Email: hfogul@airdberlis.com

Lawyers for YSL Residences Inc., YG Limited Partnership, Cresford Capital Corporation and for Cresford (Rosedale) Developments Inc.

AND TO: **KSV RESTRUCTURING INC.**
150 King Street West, Suite 2308
Toronto, ON M5H 1J9

Bobby Kofman
Tel No.: 416-932-6228
Email: bkofman@ksvadvisory.com

Mitch Vininsky
Tel No.: 416-932-6013
Email: mvininsky@ksvadvisory.com

Proposal Trustee for YSL Residences Inc. and YG Limited Partnership

AND TO: **DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP**
155 Wellington Street West
Toronto, ON M5V 3J7

Robin B. Schwill
Tel No: 416-863-5502
Email: rschwill@dwpv.com

Chenyang Li
Tel No.: 416-367-7623
Email: cli@dwpv.com

Lawyers for KSV Restructuring Inc. in its capacity as Proposal Trustee

AND TO: **LAX O'SULLIVAN LISUS GOTTLIEB LLP**
2750-45 King Street West
Toronto, ON M5H 1J8

Shaun Laubman
Tel No: 416-360-8481
Email: slaubman@lolg.ca

Xin Lu (Crystal) Li
Tel No: 416-956-0112
Email: cli@lolg.ca

Lawyers for 2504670 Canada Inc., 8451761 Canada Inc. and Chi Long Inc.

AND TO: **BENNETT JONES LLP**
2500-666 Burrard Street
Vancouver, BC V6C 2X8

David E. Gruber
Tel No: 604-891-5150
Email: gruberd@bennettjones.com

Jesse Mighton
Tel No: 416-777-6255
Email: mightonj@bennettjones.com

Jason Berall
Tel No: 416-777-5480
Email: berallj@bennettjones.com

Lawyers for Concord Property Developments Corp.

AND TO: **NAYMARK LAW**
171 John Street, Suite 101
Toronto, ON M5T 1X3

Daniel Naymark
Tel No.: 416-640-6078
Email: dnaymark@naymarklaw.com

James Gibson
Tel No.: 416-640-1592
Email: jgibson@naymarklaw.com

Lawyers for Mssrs. Cicekian, Catsiliras, Giannaakopoulos, Mancuso and Millar

AND TO: **GOODMANS LLP**
Bay Adelaide Centre
333 Bay Street, Suite 3400
Toronto, ON M5H 2S7

Mark Dunn
Tel No.: 416.849.6895
Email: mdunn@goodmans.ca

Sarah Stothart
Tel No. 416.597.4200
Email: [sstothart@goodmans.ca](mailto:ssothart@goodmans.ca)

Lawyers for Maria Athanasoulis

AND TO: **MCCAGUE BORLACK LLP**
130 King St., W, Suite 2700
Toronto, ON M5X 1C7

Howard Borlack
Tel No.: 416.860.0054
Email: hbborlack@mccagueborlack.com

Lawyers for Harbour International Investment Group Inc. and Yulei (Henry) Zhang

INDEX

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

IN THE MATTER OF THE BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT,
R.S.C. 1985, C. B-3 AS AMENDED

**IN THE MATTER OF THE NOTICES OF INTENTION
TO MAKE A PROPOSAL OF
YG LIMITED PARTNERSHIP AND YSL RESIDENCES INC.**

INDEX

Tab	List of Authorities
1.	<i>YG Limited Partnership and YSL Residences Inc.</i> , 2022 ONSC 6548
2.	<i>Housen v. Nikolaisen</i> , 2002 SCC 33
3.	<i>Adams Estate v Wilson</i> , 2020 SKCA 38
4.	<i>HL v Canada (Attorney General)</i> , 2005 SCC 25 , [2005] 1 SCR 401
5.	<i>Peart v Peel Regional Police Services</i> (2006) 2006 CanLII 37566 (ON CA) , 217 OAC 269 (CA)
6.	<i>Waxman v Waxman</i> (2004), 2004 CanLII 39040 (ON CA) , 186 OAC 201
7.	<i>Ivandeava Total Image Salon Inc v Hlemgizky</i> , 2003 CanLII 43168
8.	<i>YG Limited Partnership and YSL Residences (Re)</i> , 2021 ONSC 4178

TAB 1

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.

[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

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.

[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.

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

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.

[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)].

[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.

Osborne, J.

Date: November 22, 2022, revised January 10, 2023

TAB 2

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 *Appellant*

c.

Municipalité rurale de Shellbrook
n° 493 *Intimée*

RÉPERTORIÉ : HOUSEN c. NIKOLAISEN

Référence neutre : 2002 CSC 33.

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

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.

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.

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

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

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

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

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 prévienne 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.

Cases Cited

By Iacobucci and Major JJ.

Applied: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; **considered:** *Galaske v. O’Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670; **referred to:** *Gottardo Properties (Dome) Inc. v. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *C.N.R. v. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497; *Cork v. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402; *Matthews v. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557.

By Bastarache J. (dissenting)

Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc., [1997] 1 S.C.R. 748; *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; *Fafard v. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, rev’g (1980), 112 D.L.R. (3d) 297 (*sub nom. Taylor v. The Queen in Right of British Columbia*), rev’g (1978), 95 D.L.R. (3d) 82; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Williams v. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask.

Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Major

Arrêts appliqués : *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l’instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; **arrêt examiné :** *Galaske c. O’Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; **arrêts mentionnés :** *Gottardo Properties (Dome) Inc. c. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574; *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *C.N.R. c. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497; *Cork c. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402; *Matthews c. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc., [1997] 1 R.C.S. 748; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l’instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; *Fafard c. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, inf. (1980), 112 D.L.R. (3d) 297 (*sub nom. Taylor c. The Queen in Right of British Columbia*), inf. (1978), 95 D.L.R. 82; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Williams c. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask.

L.R. 75; *Shupe v. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627; *Galbiati v. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984); *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Schreiber Products Ltd. v. Currie Brothers Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Levey v. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764; *Diebel Estate v. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68; *R. v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884; *Nelson v. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46.
Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1, ss. 33(1), 44(1).
Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192 [am. 1992, c. 63, s. 47; am. 1993, c. T-20.1, s. 7].

Authors Cited

American Bar Association. Judicial Administration Division. *Standards Relating to Appellate Courts*. Chicago: American Bar Association, 1995.
Cambridge International Dictionary of English. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, “palpable”.
 Gibbens, R. D. “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445.
 Goodhart, A. L. “Appeals on Questions of Fact” (1955), 71 *L.Q.R.* 402.
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.
New Oxford Dictionary of English. Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, “palpable”.
Random House Dictionary of the English Language, 2nd ed. Edited by Stuart Berg Flexner. New York: Random House, 1987, “palpable”.
 Wright, Charles Alan. “The Doubtful Omniscience of Appellate Courts” (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [2000] 4 W.W.R. 173, 189 Sask. R. 51, 9 M.P.L.R. (3d) 126, 50 M.V.R. (3d) 70, [2000] S.J. No. 58 (QL), 2000 SKCA 12, setting aside a decision of the Court of Queen’s Bench, [1998] 5 W.W.R. 523, 161 Sask. R. 241, 44 M.P.L.R. (2d) 203, [1997] S.J. No. 759 (QL). Appeal allowed, Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

L.R. 75; *Shupe c. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627; *Galbiati c. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Bose Corp. c. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984); *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Levey c. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764; *Diebel Estate c. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68; *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Comté de Parkland n^o 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884; *Nelson c. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46.
Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 33(1), 44(1).
Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192 [mod. 1992, ch. 63, art. 47; mod. 1993, ch. T-20.1, art. 7].

Doctrine citée

American Bar Association Judicial Administration Division. *Standards Relating to Appellate Courts*. Chicago : American Bar Association, 1995.
 Gibbens, R. D. « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445.
 Goodhart, A. L. « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402.
Grand Larousse de la langue française, Paris : Librairie Larousse, 1975, « manifeste ».
Grand Robert de la langue française, 2^e éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « manifeste ».
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton : Juriliber, 1994.
Trésor de la langue française. Paris : Gallimard, 1985, « manifeste ».
 Wright, Charles Alan. « The Doubtful Omniscience of Appellate Courts » (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Saskatchewan, [2000] 4 W.W.R. 173, 189 Sask. R. 51, 9 M.P.L.R. (3d) 126, 50 M.V.R. (3d) 70, [2000] S.J. No. 58 (QL), 2000 SKCA 12, qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine, [1998] 5 W.W.R. 523, 161 Sask. R. 241, 44 M.P.L.R. (2d) 203, [1997] S.J. No. 759 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents.

Gary D. Young, Q.C., Denis I. Quon and M. Kim Anderson, for the appellant.

Michael Morris and G. L. Gerrand, Q.C., for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. —

I. Introduction

A proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge's reasons unless there is a palpable and overriding error. The same proposition is sometimes stated as prohibiting an appellate court from reviewing a trial judge's decision if there was some evidence upon which he or she could have relied to reach that conclusion.

Authority for this abounds particularly in appellate courts in Canada and abroad (see *Gottardo Properties (Dome) Inc. v. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574 (Ont. C.A.); *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60). In addition scholars, national and international, endorse it (see C. A. Wright in "The Doubtful Omniscience of Appellate Courts" (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751, at p. 780; and the Honourable R. P. Kerans in *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994); and American Bar Association, Judicial Administration Division, *Standards Relating to Appellate Courts* (1995), at pp. 24-25).

The role of the appellate court was aptly defined in *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204, where it was stated:

The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

Gary D. Young, c.r., Denis I. Quon et M. Kim Anderson, pour l'appelant.

Michael Morris et G. L. Gerrand, c.r., pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR —

I. Introduction

Il va sans dire qu'une cour d'appel ne devrait modifier les conclusions d'un juge de première instance qu'en cas d'erreur manifeste et dominante. On reformule parfois cette proposition en disant qu'une cour d'appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans les cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision.

Il existe une abondante jurisprudence étayant cette proposition, particulièrement des décisions émanant de cours d'appel, tant au Canada qu'à l'étranger (voir *Gottardo Properties (Dome) Inc. c. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574 (C.A. Ont.); *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60). En outre, des auteurs, tant à l'échelle nationale qu'internationale, y souscrivent (voir C. A. Wright, « The Doubtful Omniscience of Appellate Courts » (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751, p. 780; l'honorable R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994); et American Bar Association, Judicial Administration Division, *Standards Relating to Appellate Courts* (1995), p. 24-25).

Le rôle des tribunaux d'appel a été défini de manière judicieuse dans l'arrêt *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204, où la cour a dit ceci :

[TRADUCTION] La cour d'appel ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu'elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

4 While the theory has acceptance, consistency in its application is missing. The foundation of the principle is as sound today as 100 years ago. It is premised on the notion that finality is an important aim of litigation. There is no suggestion that appellate court judges are somehow smarter and thus capable of reaching a better result. Their role is not to write better judgments but to review the reasons in light of the arguments of the parties and the relevant evidence, and then to uphold the decision unless a palpable error leading to a wrong result has been made by the trial judge.

5 What is palpable error? The *New Oxford Dictionary of English* (1998) defines “palpable” as “clear to the mind or plain to see” (p. 1337). The *Cambridge International Dictionary of English* (1996) describes it as “so obvious that it can easily be seen or known” (p. 1020). The *Random House Dictionary of the English Language* (2nd ed. 1987) defines it as “readily or plainly seen” (p. 1399).

6 The common element in each of these definitions is that palpable is plainly seen. Applying that to this appeal, in order for the Saskatchewan Court of Appeal to reverse the trial judge the “palpable and overriding” error of fact found by Cameron J.A. must be plainly seen. As we will discuss, we do not think that test has been met.

II. The Role of the Appellate Court in the Case at Bar

7 Given that an appeal is not a retrial of a case, consideration must be given to the applicable standard of review of an appellate court on the various issues which arise on this appeal. We therefore find it helpful to discuss briefly the standards of review relevant

Quoique cette théorie soit généralement acceptée, elle n’est pas appliquée de manière systématique. Le fondement de cette théorie est aussi valide aujourd’hui qu’il l’était il y a 100 ans. Cette théorie repose sur l’idée que le caractère définitif des décisions est un aspect important du processus judiciaire. Personne ne prétend que les juges des cours d’appel seraient, d’une manière ou d’une autre, plus intelligents que les autres et donc capables d’arriver à un meilleur résultat. Leur rôle n’est pas de rédiger de meilleurs jugements, mais de contrôler les motifs à la lumière des arguments des parties et de la preuve pertinente, puis de confirmer la décision à moins que le juge de première instance n’ait commis une erreur manifeste ayant conduit à un résultat erroné.

Qu’est-ce qu’une erreur manifeste? Le *Trésor de la langue française* (1985) définit ainsi le mot « manifeste » : « . . . Qui est tout à fait évident, qui ne peut être contesté dans sa nature ou son existence. [. . .] *erreur manifeste* » (p. 317). Le *Grand Robert de la langue française* (2^e éd. 2001) définit ce mot ainsi : « Dont l’existence ou la nature est évidente. [. . .] Qui est clairement, évidemment tel. [. . .] *Erreur, injustice manifeste* » (p. 1139). Enfin, le *Grand Larousse de la langue française* (1975) donne la définition suivante de « manifeste » : « . . . Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente : *Une erreur manifeste* » (p. 3213).

L’élément commun de ces définitions est qu’une chose « manifeste » est une chose qui est « évidente ». Si l’on applique ce critère au présent pourvoi, il faut que l’« erreur manifeste et dominante » décelée par le juge Cameron soit évidente pour que la Cour d’appel de la Saskatchewan puisse infirmer la décision de la juge de première instance. Comme nous le verrons plus loin, nous ne croyons pas qu’on a satisfait à ce critère en l’espèce.

II. Le rôle de la Cour d’appel en l’espèce

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 présent pourvoi. Nous estimons donc utile d’examiner brièvement

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.

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) :

Deference is desirable for several reasons: to limit the number and length of appeals, to promote the autonomy and integrity of the trial or motion court proceedings on which substantial resources have been expended, to preserve the confidence of litigants in those proceedings, to recognize the competence of the trial judge or motion judge and to reduce needless duplication of judicial effort with no corresponding improvement in the quality of justice.

Similar concerns were expressed by La Forest J. in *Schwartz*, *supra*, at para. 32:

It has long been settled that appellate courts must treat a trial judge's findings of fact with great deference. The rule is principally based on the assumption that the trier of fact is in a privileged position to assess the credibility of witnesses' testimony at trial. . . . Others have also pointed out additional judicial policy concerns to justify the rule. Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact; see R. D. Gibbens, "Appellate Review of Findings of Fact" (1992), 13 *Adv. Q.* 445, at pp. 445-48; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191, at p. 204.

See also in the context of patent litigation, *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 537.

In *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), at pp. 574-75, the United States Supreme Court also listed numerous reasons for deferring to the factual findings of the trial judge:

The rationale for deference to the original finder of fact is not limited to the superiority of the trial judge's position to make determinations of credibility. The trial judge's major role is the determination of fact, and with experience in fulfilling that role comes expertise. Duplication of the trial judge's efforts in the court of appeals would very likely contribute only negligibly to the accuracy of fact determination at a huge cost in diversion of judicial resources. In addition, the parties to a case on appeal have already been forced to concentrate

[TRADUCTION] La retenue est souhaitable pour diverses raisons : pour limiter le nombre et la durée des appels, pour promouvoir l'autonomie et l'intégrité des procédures devant le tribunal de première instance ou la cour des requêtes auxquelles de nombreuses ressources ont été consacrées, pour maintenir la confiance des plaideurs, pour reconnaître la compétence du juge de première instance ou du juge des requêtes, et pour réduire la multiplication inutile des procédures qui n'entraînent aucune amélioration correspondante de la qualité de la justice.

Le juge La Forest a exprimé des préoccupations semblables dans l'arrêt *Schwartz*, précité, par. 32 :

Il est établi depuis longtemps que les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait d'un juge de première instance. La règle se justifie principalement par la situation avantageuse dont bénéficie le juge des faits pour ce qui est d'évaluer la crédibilité des témoignages entendus au procès. [. . .] D'autres préoccupations liées à la politique judiciaire ont par ailleurs été invoquées pour justifier la règle. Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; voir R. D. Gibbens, « Appellate Review of Findings of Fact » (1992), 13 *Adv. Q.* 445, aux pp. 445 à 448; *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, à la p. 204.

Voir aussi, dans le contexte d'une poursuite touchant un brevet, *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, p. 537.

Dans *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), p. 574-575, la Cour suprême des États-Unis a aussi dressé une liste de raisons qui justifient de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des juges de première instance :

[TRADUCTION] La raison d'être de la retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance ne se limite pas au fait que ce dernier est mieux placé pour statuer sur la crédibilité. Le rôle principal du juge de première instance est de constater les faits, et l'expérience qu'il acquiert en s'acquittant de ce rôle lui confère son expertise à cet égard. Si les cours d'appel refaisaient le travail du juge de première instance, il est fort possible que ces efforts n'amélioreraient que marginalement l'exactitude des conclusions de fait, malgré

their energies and resources on persuading the trial judge that their account of the facts is the correct one; requiring them to persuade three more judges at the appellate level is requiring too much. As the Court has stated in a different context, the trial on the merits should be “the ‘main event’ . . . rather than a ‘tryout on the road.’” . . . For these reasons, review of factual findings under the clearly-erroneous standard — with its deference to the trier of fact — is the rule, not the exception.

- 14 Further comments regarding the advantages possessed by the trial judge have been made by R. D. Gibbens in “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, at p. 446:

The trial judge is said to have an expertise in assessing and weighing the facts developed at trial. Similarly, the trial judge has also been exposed to the entire case. The trial judge has sat through the entire case and his ultimate judgment reflects this total familiarity with the evidence. The insight gained by the trial judge who has lived with the case for several days, weeks or even months may be far deeper than that of the Court of Appeal whose view of the case is much more limited and narrow, often being shaped and distorted by the various orders or rulings being challenged.

The corollary to this recognized advantage of trial courts and judges is that appellate courts are not in a favourable position to assess and determine factual matters. Appellate court judges are restricted to reviewing written transcripts of testimony. As well, appeals are unsuited to reviewing voluminous amounts of evidence. Finally, appeals are telescopic in nature, focussing narrowly on particular issues as opposed to viewing the case as a whole.

- 15 In our view, the numerous bases for deferring to the findings of fact of the trial judge which are discussed in the above authorities can be grouped into the following three basic principles.

(1) Limiting the Number, Length and Cost of Appeals

- 16 Given the scarcity of judicial resources, setting limits on the scope of judicial review is to be

les ressources judiciaires considérables qui devraient être réaffectées à cette fin. En outre, les parties à un appel ont déjà dû consacrer énergies et ressources à convaincre le juge de première instance de la justesse de leur version des faits; ce serait abuser que de leur demander de convaincre trois autres juges en appel. Comme l’a dit notre Cour dans un contexte différent, le procès sur le fond devrait être considéré comme « “l’épreuve principale” [. . .] plutôt que comme un “banc d’essai” ». [. . .] Pour ces motifs, le contrôle des décisions de fait selon la norme de la décision manifestement erronée — et la retenue envers le juge de première instance qu’elle suppose — est la règle, et non l’exception.

D’autres observations sur les avantages dont disposent le juge de première instance ont été formulées par R. D. Gibbens dans « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, p. 446 :

[TRADUCTION] On dit que le juge de première instance possède de l’expertise dans l’évaluation et l’appréciation des faits présentés au procès. Il a également entendu l’affaire au complet. Il a assisté à toute la cause et son jugement final reflète cette connaissance intime de la preuve. Cette connaissance, acquise par le juge au fil des jours, des semaines voire des mois qu’a durés l’affaire, peut se révéler beaucoup plus profonde que celle de la cour d’appel, dont la perception est beaucoup plus limitée et étroite, et souvent déterminée et déformée par les diverses ordonnances et décisions qui sont contestées.

Cet avantage reconnu des tribunaux et des juges de première instance a pour corollaire que les cours d’appel ne sont pas dans une position favorable pour évaluer et apprécier les questions de fait. Les juges des cours d’appel n’examinent que la transcription des témoignages. De plus, les appels ne se prêtent pas à l’examen de dossiers volumineux. Enfin, les appels ont un caractère « focalisateur », en ce qu’ils s’attachent à des questions particulières plutôt qu’à l’ensemble de l’affaire.

À notre avis, ces diverses raisons justifiant la retenue à l’égard des conclusions de fait du juge de première instance peuvent être regroupées sous les trois principes de base suivants.

(1) Réduire le nombre, la durée et le coût des appels

Vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, il faut encourager l’établissement

encouraged. Deferring to a trial judge's findings of fact not only serves this end, but does so on a principled basis. Substantial resources are allocated to trial courts for the purpose of assessing facts. To allow for wide-ranging review of the trial judge's factual findings results in needless duplication of judicial proceedings with little, if any improvement in the result. In addition, lengthy appeals prejudice litigants with fewer resources, and frustrate the goal of providing an efficient and effective remedy for the parties.

(2) Promoting the Autonomy and Integrity of Trial Proceedings

The presumption underlying the structure of our court system is that a trial judge is competent to decide the case before him or her, and that a just and fair outcome will result from the trial process. Frequent and unlimited appeals would undermine this presumption and weaken public confidence in the trial process. An appeal is the exception rather than the rule.

(3) Recognizing the Expertise of the Trial Judge and His or Her Advantageous Position

The trial judge is better situated to make factual findings owing to his or her extensive exposure to the evidence, the advantage of hearing testimony *viva voce*, and the judge's familiarity with the case as a whole. Because the primary role of the trial judge is to weigh and assess voluminous quantities of evidence, the expertise and insight of the trial judge in this area should be respected.

C. *Standard of Review for Inferences of Fact*

We find it necessary to address the appropriate standard of review for factual inferences because the reasons of our colleague suggest that a lower standard of review may be applied to the inferences of fact drawn by a trial judge. With respect, it is our

de limites à la portée du contrôle judiciaire. La retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance sert cet objectif d'une manière rationnelle. D'importantes ressources sont allouées aux tribunaux de première instance aux fins d'évaluation des faits. Permettre un large contrôle des conclusions factuelles des juges de première instance entraîne une inutile répétition de procédures judiciaires, tout en n'améliorant que peu ou pas le résultat. En outre, de longs appels causent préjudice aux plaideurs moins bien nantis et compromettent l'objectif qui consiste à mettre à leur disposition des recours efficaces et efficaces.

(2) Favoriser l'autonomie du procès et son intégrité

L'organisation de notre système judiciaire repose sur la présomption que le juge de première instance est qualifié pour trancher l'affaire dont il est saisi et qu'une solution juste et équitable résultera du procès. Des appels fréquents et illimités affaibliraient cette présomption et saperait la confiance du public dans le processus judiciaire. L'appel est l'exception, non la règle.

(3) Reconnaître l'expertise du juge de première instance et sa position avantageuse

Le juge de première instance est celui qui est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, parce qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur, d'entendre les témoignages de vive voix et de se familiariser avec l'affaire dans son ensemble. Étant donné que le rôle principal du juge de première instance est d'apprécier et de soupeser d'abondantes quantités d'éléments de preuve, son expertise dans ce domaine et sa connaissance intime du dossier doivent être respectées.

C. *La norme de contrôle applicable aux inférences de fait*

Nous estimons nécessaire de nous pencher sur la question de la norme de contrôle appropriée quant aux inférences de fait des juges de première instance, parce que les motifs de notre collègue suggèrent qu'une norme de contrôle moins exigeante peut

view, that to apply a lower standard of review to inferences of fact would be to depart from established jurisprudence of this Court, and would be contrary to the principles supporting a deferential stance to matters of fact.

20 Our colleague acknowledges that, in *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, this Court determined that a trial judge's inferences of fact and findings of fact should be accorded a similar degree of deference. The relevant passage from *Geffen* is the following (*per* Wilson J., at pp. 388-89):

It is by now well established that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it is established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts Even where a finding of fact is not contingent upon credibility, this Court has maintained a non-interventionist approach to the review of trial court findings. . . .

And even in those cases where a finding of fact is neither inextricably linked to the credibility of the testifying witness nor based on a misapprehension of the evidence, the rule remains that appellate review should be limited to those instances where a manifest error has been made. Hence, in *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, this Court refused to overturn a trial judge's finding that certain goods were defective, stating at pp. 84-85 that it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole (citing *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371).

This view has been reiterated by this Court on numerous occasions: see *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580, at p. 583; *Schwartz*, *supra*, at para. 32; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426, *per* La Forest J.; *Toneguzzo-Norvell*, *supra*. The United States Supreme Court has taken a similar position: see *Anderson*, *supra*, at p. 577.

21 In discussing the standard of review of the trial judge's inferences of fact, our colleague states, at para. 103, that:

être appliquée à cet égard. En toute déférence, nous sommes d'avis que l'application d'une telle norme de contrôle romprait avec la jurisprudence établie de notre Cour en la matière et serait contraire aux principes justifiant le respect d'une attitude empreinte de retenue à l'égard des constatations de fait.

Notre collègue reconnaît que dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, notre Cour a jugé qu'il fallait faire preuve du même degré de retenue à l'égard des inférences de fait du juge de première instance qu'à l'égard de ses constatations de fait. Voici le passage pertinent des motifs de madame le juge Wilson (aux p. 388-389) :

C'est maintenant un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne soit prouvé que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits [. . .] Même si une constatation de fait ne dépend pas de la crédibilité, notre Cour a pour principe de ne pas intervenir pour réviser les constatations des tribunaux de première instance . . .

Et même dans les cas où une constatation de fait n'est ni liée inextricablement à la crédibilité du témoin ni fondée sur une mauvaise compréhension de la preuve, la règle reste la même : l'examen en appel devrait se limiter aux cas où une erreur manifeste a été commise. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, notre Cour a refusé d'infirmier la conclusion du juge de première instance que certaines marchandises étaient défectueuses, disant, aux pp. 84 et 85, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve (citant *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371).

Notre Cour a réitéré cette opinion à maintes reprises : voir *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580, p. 583; *Schwartz*, précité, par. 32; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 426, le juge La Forest; *Toneguzzo-Norvell*, précité. La Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable : voir *Anderson*, précité, p. 577.

Dans son examen de la norme de contrôle applicable aux inférences de fait du juge de première instance, notre collègue dit ce qui suit, au par. 103 :

In reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. . . . While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact. [Emphasis added.]

With respect, we find two problems with this passage. First, in our view, the standard of review is not to verify that the inference can be reasonably 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, which implies a stricter standard.

Second, with respect, we find that by drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences, the above passage may lead appellate courts to involve themselves in an unjustified reweighing of the evidence. Although we agree that it is open to an appellate court to find that an inference of fact made by the trial judge is clearly wrong, we would add the caution that where evidence exists to support this inference, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. As stated above, trial courts are in an advantageous position when it comes to assessing and weighing vast quantities of evidence. In making a factual inference, the trial judge must sift through the relevant facts, decide on their weight, and draw a factual conclusion. Thus, where evidence exists which supports this conclusion, interference with this conclusion entails interference with the weight assigned by the trial judge to the pieces of evidence.

La cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés. [. . .] 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. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait. [Nous soulignons.]

En toute déférence, nous estimons que ce passage comporte deux erreurs. Premièrement, selon nous, 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.

Deuxièmement, nous croyons en toute déférence qu'en faisant une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles, le passage précité pourrait amener les cours d'appel à soupeser la preuve à nouveau et sans raison. Bien que nous partagions l'opinion selon laquelle il est loisible à une cour d'appel de conclure qu'une inférence de fait tirée par le juge de première instance est manifestement erronée, nous tenons toutefois à faire la mise en garde suivante : lorsque des éléments de preuve étayaient cette inférence, il sera difficile à une cour d'appel de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante. Comme nous l'avons dit précédemment, les tribunaux de première instance sont dans une position avantageuse pour apprécier et soupeser de vastes quantités d'éléments de preuve. Pour tirer une inférence factuelle, le juge de première instance doit passer les faits pertinents au crible, en apprécier la valeur probante et tirer une conclusion factuelle. En conséquence, lorsque cette conclusion est étayée par des éléments de preuve, modifier cette conclusion équivaut à modifier le poids accordé à ces éléments par le juge de première instance.

23

We reiterate that it is not the role of appellate courts to second-guess the weight to be assigned to the various items of evidence. 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. The appellate court is not free to interfere with a factual conclusion that it disagrees with where such disagreement stems from a difference of opinion over the weight to be assigned to the underlying facts. As we discuss below, it is our respectful view that our colleague's finding that the trial judge erred by imputing knowledge of the hazard to the municipality in this case is an example of this type of impermissible interference with the factual inference drawn by the trial judge.

Nous rappelons qu'il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. 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. La cour d'appel n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion. Comme nous le verrons plus loin, nous estimons en toute déférence que constitue un exemple de ce genre d'intervention inadmissible à l'égard d'une inférence de fait la conclusion de notre collègue selon laquelle la juge de première instance a commis une erreur en prêtant à la municipalité la connaissance du danger dans la présente affaire.

24

In addition, in distinguishing inferences of fact from findings of fact, our colleague states, at para. 102, that deference to findings of fact is "principally grounded in the recognition that only the trial judge enjoys the opportunity to observe witnesses and to hear testimony first-hand", a rationale which does not bear on factual inferences. With respect, we disagree with this view. As we state above, there are numerous reasons for showing deference to the factual findings of a trial judge, many of which are equally applicable to all factual conclusions of the trial judge. This was pointed out in *Schwartz, supra*. After listing numerous policy concerns justifying a deferential approach to findings of fact, at para. 32 *La Forest J.* goes on to state:

De plus, en établissant une distinction entre les inférences de fait et les conclusions de fait, notre collègue dit, au par. 102, que la retenue à l'égard des secondes « repose principalement sur le fait que, puisqu'il [le juge de première instance] est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix », justification non pertinente dans le cas des inférences de fait. En toute déférence, nous ne partageons pas cette opinion. Comme nous l'avons dit plus tôt, il existe de nombreuses raisons de faire preuve de retenue à l'égard des constatations de fait du juge de première instance, dont plusieurs valent autant pour toutes ses conclusions factuelles. Cette observation a été faite dans l'arrêt *Schwartz*, précité. Après avoir énuméré les nombreuses considérations de politique judiciaire invoquées pour justifier la règle de la retenue à l'égard des constatations de fait, le juge *La Forest*, au par. 32, ajoute :

This explains why the rule [that appellate courts must treat a trial judge's findings of fact with great deference] applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge. [Emphasis added.]

Cela explique pourquoi la règle [selon laquelle les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait des juges de première instance] s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. [Nous soulignons.]

Recent support for deferring to all factual conclusions of the trial judge is found in *Toneguzzo-Norvell, supra*. McLachlin J. (as she then was) for a unanimous Court stated, at pp. 121-22:

A Court of Appeal is clearly not entitled to interfere merely because it takes a different view of the evidence. The finding of facts and the drawing of evidentiary conclusions from facts is the province of the trial judge, not the Court of Appeal.

I agree that the principle of non-intervention of a Court of Appeal in a trial judge's findings of facts does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting testimony of expert witnesses where the credibility of these witnesses is not in issue. This does not however change the fact that the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact, in this case the trial judge. [Emphasis added.]

We take the above comments of McLachlin J. to mean that, although the same high standard of deference applies to the entire range of factual determinations made by the trial judge, where a factual finding is grounded in an assessment of credibility of a witness, the overwhelming advantage of the trial judge in this area must be acknowledged. This does not, however, imply that there is a lower standard of review where witness credibility is not in issue, or that there are not numerous policy reasons supporting deference to all factual conclusions of the trial judge. In our view, this is made clear by the underlined portion of the above passage. The essential point is that making a factual conclusion, of any kind, is inextricably linked with assigning weight to evidence, and thus attracts a deferential standard of review.

Although the trial judge will always be in a distinctly privileged position when it comes to

Notre Cour a récemment donné son appui à la règle de la retenue judiciaire à l'égard de l'ensemble des conclusions factuelles du juge de première instance dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité. Madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), qui a rédigé le jugement unanime de notre Cour, a dit ceci, aux p. 121-122 :

Une cour d'appel n'est manifestement pas autorisée à intervenir pour le simple motif qu'elle perçoit la preuve différemment. Il appartient au juge de première instance, et non à la cour d'appel, de tirer des conclusions de fait en matière de preuve.

Je reconnais que le principe de non-intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un juge de première instance ne s'applique pas avec la même vigueur aux conclusions tirées de témoignages d'expert contradictoires lorsque la crédibilité de ces derniers n'est pas en cause. Il n'en demeure pas moins que, selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits, en l'espèce le juge de première instance, d'attribuer un poids aux différents éléments de preuve. [Nous soulignons.]

Nous considérons que ces propos du juge McLachlin signifient que, bien que le même degré élevé de retenue s'applique à l'ensemble des décisions factuelles du juge de première instance, lorsqu'une telle conclusion factuelle repose sur l'appréciation de la crédibilité d'un témoin, il faut reconnaître l'énorme avantage dont jouit le juge de première instance à cet égard. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une norme de contrôle moins rigoureuse s'applique lorsque la question en jeu ne porte pas sur la crédibilité d'un témoin, ni qu'il n'existe pas de nombreuses considérations de principe justifiant de faire montre de retenue à l'égard de toutes les conclusions factuelles. À notre avis, cela ressort clairement du passage souligné dans l'extrait précité. Le point essentiel est qu'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.

Bien que le juge de première instance soit toujours dans une position privilégiée pour apprécier

assessing the credibility of witnesses, this is not the only area where the trial judge has an advantage over appellate judges. Advantages enjoyed by the trial judge with respect to the drawing of factual inferences include the trial judge's relative expertise with respect to the weighing and assessing of evidence, and the trial judge's inimitable familiarity with the often vast quantities of evidence. This extensive exposure to the entire factual nexus of a case will be of invaluable assistance when it comes to drawing factual conclusions. In addition, concerns with respect to cost, number and length of appeals apply equally to inferences of fact and findings of fact, and support a deferential approach towards both. As such, we respectfully disagree with our colleague's view that the principal rationale for showing deference to findings of fact is the opportunity to observe witnesses first-hand. It is our view that the trial judge enjoys numerous advantages over appellate judges which bear on all conclusions of fact, and, even in the absence of these advantages, there are other compelling policy reasons supporting a deferential approach to inferences of fact. We conclude, therefore, by emphasizing that there is one, and only one, standard of review applicable to all factual conclusions made by the trial judge — that of palpable and overriding error.

D. *Standard of Review for Questions of Mixed Fact and Law*

26

At the outset, it is important to distinguish questions of mixed fact and law from factual findings (whether direct findings or inferences). Questions of mixed fact and law involve applying a legal standard to a set of facts: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. On the other hand, factual findings or inferences require making a conclusion of fact based on a set of facts. Both mixed fact and law and fact findings often involve drawing inferences; the difference lies in whether the inference drawn is legal

la crédibilité des témoins, ce n'est pas là le seul domaine où il bénéficie d'un avantage sur les juges des cours d'appel. Parmi les avantages dont jouit le juge de première instance sur le plan des inférences factuelles, mentionnons son expertise relative en matière d'appréciation et d'évaluation de la preuve, de même que la connaissance unique qu'il possède de la preuve souvent abondante produite par les parties. Cette familiarité avec toute la trame factuelle lui est d'une grande utilité lorsque vient le moment de tirer des conclusions de fait. En outre, les considérations relatives au coût, au nombre et à la durée des appels sont tout aussi pertinentes pour ce qui est des inférences de fait que pour ce qui est des conclusions de fait, et justifient l'application aux unes comme aux autres d'une norme empreinte de retenue. En conséquence, nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue selon laquelle la raison principale justifiant de faire montre de retenue à l'égard des conclusions de fait est la possibilité qu'a le juge de première instance d'observer les témoins directement. Nous sommes d'avis que le juge de première instance jouit, par rapport aux juges d'appel, de nombreux avantages qui influent sur toutes les conclusions de fait et que, même si ces avantages n'existaient pas, d'autres considérations impérieuses justifient de faire montre de retenue à l'égard des inférences de fait. Par conséquent, nous concluons en soulignant qu'il n'y a qu'une seule et unique norme de contrôle applicable à toutes les conclusions factuelles tirées par le juge de première instance, soit celle de l'erreur manifeste et dominante.

D. *La norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit*

D'entrée de jeu, il importe de distinguer les questions mixtes de fait et de droit des conclusions factuelles (qu'il s'agisse de conclusions directes ou d'inférences). Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits : *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35. Par contre, les conclusions ou les inférences de fait exigent que soit tirée une conclusion factuelle d'un ensemble de faits. Tant les questions mixtes de fait et de droit que les questions

or factual. Because of this similarity, the two types of questions are sometimes confounded. This confusion was pointed out by A. L. Goodhart in “Appeals on Questions of Fact” (1955), 71 *L.Q.R.* 402, at p. 405:

The distinction between [the perception of facts and the evaluation of facts] tends to be obfuscated because we use such a phrase as “the judge found as a fact that the defendant had been negligent,” when what we mean to say is that “the judge found as a fact that the defendant had done acts A and B, and as a matter of opinion he reached the conclusion that it was not reasonable for the defendant to have acted in that way.”

In the case at bar, there are examples of both types of questions. The issue of whether the municipality ought to have known of the hazard in the road involves weighing the underlying facts and making factual findings as to the knowledge of the municipality. It also involves applying a legal standard, which in this case is provided by s. 192(3) of the *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1, to these factual findings. Similarly, the finding of negligence involves weighing the underlying facts, making factual conclusions therefrom, and drawing an inference as to whether or not the municipality failed to exercise the legal standard of reasonable care and therefore was negligent.

Once it has been determined that a matter being reviewed involves the application of a legal standard to a set of facts, and is thus a question of mixed fact and law, then the appropriate standard of review must be determined and applied. Given the different standards of review applicable to questions of law and questions of fact, it is often difficult to determine what the applicable standard of review is. In *Southam, supra*, at para. 39, this Court illustrated how an error on a question of mixed fact and law can amount to a pure error of law subject to the correctness standard:

. . . if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the

de fait exigent souvent du tribunal qu’il tire des inférences; la différence réside dans le caractère — juridique ou factuel — de ces inférences. En raison de cette similitude, on confond parfois les deux catégories de questions. Cette confusion a été soulignée par A. L. Goodhart dans « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402, p. 405 :

[TRADUCTION] La distinction entre [la perception des faits et l’appréciation de ceux-ci] a tendance à être embrouillée parce que nous utilisons la formule « le juge a conclu au fait que le défendeur avait été négligent », alors que ce que nous voulons dire, c’est que « le juge a constaté le fait que le défendeur a commis les actes A et B et, suivant son opinion, il a conclu qu’il n’était pas raisonnable pour ce dernier d’avoir agi ainsi ».

L’affaire qui nous occupe présente des exemples des deux catégories de questions. Pour répondre à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le danger présenté par le chemin, il faut apprécier les faits à l’origine de l’affaire et tirer des conclusions factuelles relativement à la connaissance de la municipalité. Il faut appliquer à ces conclusions factuelles une norme juridique qui, en l’occurrence, est énoncée au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. De même, pour pouvoir conclure à la négligence, il faut apprécier les faits essentiels, en tirer des conclusions factuelles puis en dégager une inférence, c’est-à-dire se demander si la municipalité a oui ou non omis de respecter la norme de diligence raisonnable et si elle a, par conséquent, été négligente ou non.

Une fois établi que la question examinée exige l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits et qu’il s’agit donc d’une question mixte de fait et de droit, il faut alors déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée et l’appliquer. Vu les diverses normes de contrôle qui s’appliquent aux questions de droit et aux questions de fait, il est souvent difficile de déterminer celle qui s’applique. Dans l’arrêt *Southam*, précité, par. 39, notre Cour a expliqué comment une erreur touchant une question mixte de fait et de droit peut constituer une pure erreur de droit, assujettie à la norme de la décision correcte :

. . . si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les

decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

Therefore, what appears to be a question of mixed fact and law, upon further reflection, can actually be an error of pure law.

28

However, where the error does not amount to an error of law, a higher standard is mandated. Where the trier of fact has considered all the evidence that the law requires him or her to consider and still comes to the wrong conclusion, then this amounts to an error of mixed law and fact and is subject to a more stringent standard of review: *Southam, supra*, at paras. 41 and 45. While easy to state, this distinction can be difficult in practice because matters of mixed law and fact fall along a spectrum of particularity. This difficulty was pointed out in *Southam*, at para. 37:

... the matrices of facts at issue in some cases are so particular, indeed so unique, that decisions about whether they satisfy legal tests do not have any great precedential value. If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

29

When the question of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, this Court has held that

faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Par conséquent, ce qui peut paraître une question mixte de fait et de droit peut, après plus ample examen, se révéler en réalité une pure erreur de droit.

Cependant, lorsque l'erreur ne constitue pas une erreur de droit, une norme de contrôle plus exigeante s'impose. Dans les cas où le juge des faits examine tous les éléments de preuve que le droit lui commande de prendre en considération mais en tire néanmoins une conclusion erronée, il commet alors une erreur mixte de fait et de droit, qui est assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse : *Southam*, précité, par. 41 et 45. Bien que facile à énoncer, cette distinction peut s'avérer difficile à établir en pratique parce que les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre comportant des degrés variables de particularité. Cette difficulté a été soulignée dans l'arrêt *Southam*, par. 37 :

... il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

Lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est une conclusion de négligence, notre

a finding of negligence by the trial judge should be deferred to by appellate courts. In *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4, Dickson J. (as he then was) set aside the holding of the British Columbia Court of Appeal that the trial judge had erred in his finding of negligence on the basis that “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” (see also *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84).

This more stringent standard of review for findings of negligence is appropriate, given that findings of negligence at the trial level can also be made by juries. If the standard were instead correctness, this would result in the appellate court assessing even jury findings of negligence on a correctness standard. At present, absent misdirection on law by the trial judge, such review is not available. The general rule is that courts accord great deference to a jury’s findings in civil negligence proceedings:

The principle has been laid down in many judgments of this Court to this effect, that the verdict of a jury will not be set aside as against the weight of evidence unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it.

(*McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341, at p. 343)

See also *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, at p. 662, and *C.N.R. v. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768 (S.C.C.). To adopt a correctness standard would change the law and undermine the traditional function of the jury. Therefore, requiring a standard of “palpable and overriding error” for findings of negligence made by either a trial judge or a jury rein-

Cour a jugé que les cours d’appel devaient faire preuve de retenue à l’égard de la conclusion du juge de première instance. Dans l’arrêt *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, p. 4, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a infirmé la décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique portant que le juge de première instance avait erronément conclu à la négligence, pour le motif qu’« 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 » (voir aussi l’arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, p. 84).

Il convient d’appliquer cette norme de contrôle plus exigeante aux conclusions de négligence, étant donné que de telles conclusions peuvent également être tirées par des jurys en première instance. Si la norme applicable était celle de la décision correcte, il s’ensuivrait que les cours d’appel appliqueraient cette norme pour contrôler même des conclusions de négligence tirées par jurys. Actuellement, il n’y a ouverture à un tel contrôle que si le juge du procès a donné des directives erronées au jury sur le droit applicable. Suivant la règle générale, les tribunaux font montre d’une grande retenue envers les conclusions des jurys dans les procès civils pour négligence :

[TRADUCTION] Le principe pertinent a été énoncé dans bon nombre d’arrêts de notre Cour, à savoir qu’il n’y a pas lieu d’écarter le verdict d’un jury parce qu’il va à l’encontre du poids de la preuve, à moins que le verdict en question ne soit nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre le tribunal qu’aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n’aurait pu le prononcer.

(*McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341, p. 343)

Voir également *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, p. 662, et *C.N.R. c. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768 (C.S.C.). Adopter la norme de la décision correcte aurait pour effet de modifier le droit et de porter atteinte au rôle traditionnel du jury. Par conséquent, le fait d’exiger l’application de la norme de l’« erreur manifeste et dominante » aux

forces 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.

31 Where, however, the erroneous finding of negligence of the trial judge rests on an incorrect statement of the legal standard, this can amount to an error of law. This distinction was pointed out by Cory J. in *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at pp. 690-91:

The definition of the standard of care is a mixed question of law and fact. It will usually be for the trial judge to determine, in light of the circumstances of the case, what would constitute reasonable conduct on the part of the legendary reasonable man placed in the same circumstances. In some situations a simple reminder may suffice while in others, for example when a very young child is the passenger, the driver may have to put the seat belt on the child himself. In this case, however, the driver took no steps whatsoever to ensure that the child passenger wore a seat belt. It follows that the trial judge's decision on the issue amounted to a finding that there was no duty at all resting upon the driver. This was an error of law.

Galaske, supra, is an illustration of the point made in *Southam, supra*, of the potential to extricate a purely legal question from what appears to be a question of mixed fact and law. However, in the absence of a legal error or a palpable and overriding error, a finding of negligence by a trial judge should not be interfered with.

32 We are supported in our conclusion by the analogy which can be drawn between inferences of fact and questions of mixed fact and law. As stated above, both involve drawing inferences from underlying facts. The difference lies in whether the inference drawn relates to a legal standard or not. Because both processes are intertwined with the weight assigned to the evidence, the numerous policy reasons which support a deferential stance to the trial judge's inferences of fact, also, to a certain extent, support showing

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.

Toutefois, lorsque le juge du procès conclut erronément à la négligence par suite d'une formulation incorrecte de la norme juridique, cela peut constituer une erreur de droit. Cette distinction a été faite par le juge Cory dans l'arrêt *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, p. 690-691 :

La définition de la norme de diligence est une question mixte de droit et de fait. Il incombera habituellement au juge du procès de déterminer, compte tenu des circonstances de l'espèce, ce qui constituerait une conduite raisonnable de la part de la personne raisonnable légendaire placée dans la même situation. Dans certains cas, un simple rappel suffira, tandis que dans d'autres, par exemple lorsqu'un très jeune enfant est passager, le conducteur peut avoir à attacher lui-même la ceinture de sécurité de l'enfant. Cependant, en l'espèce, le conducteur n'a pris aucune mesure pour veiller à ce que l'enfant porte sa ceinture de sécurité. Il s'ensuit que la décision du juge du procès sur la question équivalait à une conclusion qu'aucune obligation n'incombait au conducteur, ce qui constituait une erreur de droit.

L'arrêt *Galaske*, précité, illustre bien l'idée exposée dans l'arrêt *Southam*, précité, selon laquelle il est possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît être une question mixte de fait et de droit. Toutefois, en l'absence d'erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante, la conclusion de négligence tirée par un juge de première instance ne doit pas être modifiée.

L'analogie qui peut être établie entre les inférences de fait et les questions mixtes de fait et de droit étaye notre conclusion. Comme nous l'avons dit précédemment, dans les deux cas des inférences doivent être tirées des faits à l'origine de l'affaire. La différence dépend de la question de savoir si l'inférence se rapporte à une norme juridique ou non. Parce que le résultat des deux processus est tributaire du poids accordé à la preuve, les diverses considérations de principe justifiant de faire montre de retenue à l'égard des inférences de

deference to the trial judge's inferences of mixed fact and law.

Where, however, an erroneous finding of the trial judge can be traced to an error in his or her characterization of the legal standard, then this encroaches on the law-making role of an appellate court, and less deference is required, consistent with a "correctness" standard of review. This nuance was recognized by this Court in *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at paras. 48-49:

A question "about whether the facts satisfy the legal tests" is one of mixed law and fact. Stated differently, "whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact" (*Southam*, at para. 35).

Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. [Emphasis added.]

A good example of this subtle principle can be found in *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497, at pp. 515-16. In that case the issue was the identification of certain individuals within a corporate structure as directing minds. This is a mixed question of law and fact. However, the erroneous finding of the courts below was easily traceable to an error of law which could be extricated from the mixed question of law and fact. The extricable question of law was the issue of the functions which are required in order to be properly identified as a "directing mind" within a corporate structure (pp. 515-16). In the opinion of Iacobucci J. for the majority of the Court (at p. 526):

With respect, I think that the courts below over-emphasized the significance of sub-delegation in this case. The key factor which distinguishes directing minds from normal employees is the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy, rather than merely to give effect to such policy on an

fait du juge de première instance justifient également, dans une certaine mesure, de faire de même à l'égard de ses inférences mixtes de fait et de droit.

Par contre, lorsqu'il peut être établi que la conclusion erronée du juge de première instance découle d'une erreur quant à la norme juridique à appliquer, ce facteur touche au rôle de création du droit de la cour d'appel, et une retenue moins élevée s'impose, conformément à la norme de la décision « correcte ». Notre Cour a apporté cette nuance dans l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 48-49 :

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou, en d'autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d'appel. [Nous soulignons.]

Un bon exemple de ce principe subtil est l'arrêt *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497, p. 515-516. La question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si certaines personnes faisaient partie des âmes dirigeantes d'une société. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait. Toutefois, la conclusion erronée des juridictions inférieures était facilement imputable à une erreur de droit qui pouvait être dégagée de la question mixte de droit et de fait. La question de droit ainsi isolable était celle des fonctions que devait remplir une personne pour qu'on puisse à bon droit la considérer comme une « âme dirigeante » de la société (p. 515-516). Le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi au nom des juges de la majorité, à la p. 526 :

En toute déférence, je crois que les juridictions inférieures ont trop insisté sur l'importance de la subdélégation en l'espèce. Le facteur clé qui permet de distinguer les âmes dirigeantes des employés ordinaires est la capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale, plutôt que

33

34

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.

In this regard, we respectfully disagree with our colleague when he states at para. 106 that “[o]nce the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met by the defendant 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. In many cases, viewing the facts through the legal lens of the standard of care gives rise to a policy-making or law-setting function that is the purview of both the trial and appellate courts”. In our view, it is settled law that the 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. This question is 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.

III. Application of the Foregoing Principles to this Case: Standard of Care of the Municipality

A. *The Appropriate Standard of Review*

We agree with our colleague that the correct statement of the municipality’s standard of care is that found in *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (Sask. C.A.), *per* Martin J.A., at pp. 558-59:

The extent of the statutory obligation placed upon municipal corporations to keep in repair the highways under their jurisdiction, has been variously stated in numerous reported cases. There is, however, a general rule which may be gathered from the decisions, and that is, that the road must be kept in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety. What is a reasonable state of repair is a question of fact, depending upon all the surrounding circumstances; “repair” is a relative term, and hence the facts in one case afford no fixed rule

À cet égard, nous ne pouvons en toute déférence pas souscrire à l’opinion de notre collègue lorsqu’il affirme, au par. 106, qu’« [u]ne 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. Dans bien des cas, l’examen des faits à travers le prisme juridique de la norme de diligence implique l’établissement de politiques d’intérêt général ou la création de règles de droit, rôle qui relève autant des cours de première instance que des cours d’appel ». À notre avis, il est bien établi en droit que 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 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 isolable en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit.

III. Application des principes qui précèdent à l’espèce : la norme de diligence applicable à la municipalité

A. *La norme de contrôle appropriée*

À l’instar de notre collègue, nous sommes d’avis que la norme de diligence applicable à la municipalité a été convenablement énoncée par le juge Martin dans l’arrêt *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (C.A. Sask.), p. 558-559 :

[TRADUCTION] L’étendue de l’obligation légale d’entretien qui incombe aux corporations municipales à l’égard des routes qui se trouvent sur leur territoire a été énoncée de diverses façons dans nombre de décisions publiées. Il est toutefois possible de dégager la règle générale suivante de ces décisions : le chemin doit être tenu dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. La question de savoir en quoi consiste un état raisonnable d’entretien est une question de fait, qui est fonction de toutes

by which to determine another case where the facts are different

However, we differ from the views of our colleague in that we find that the trial judge applied the correct test in determining that the municipality did not meet its standard of care, and thus did not commit an error of law of the type mentioned in *Southam*, *supra*. The trial judge applied all the elements of the *Partridge* standard to the facts, and her conclusion that the respondent municipality failed to meet this standard should not be overturned absent palpable and overriding error.

B. *The Trial Judge Did Not Commit an Error of Law*

39

We note that our colleague bases his conclusion that the municipality met its standard of care on his finding that the trial judge neglected to consider the conduct of the ordinary motorist, and thus failed to apply the correct standard of care, an error of law, which justifies his reconsideration of the evidence (para. 114). As a starting point to the discussion of the ordinary or reasonable motorist, we emphasize that 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. This was made clear by the recent decision of *Van de Perre*, *supra*, where Bastarache J. says, at para. 15:

. . . omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, an omission is only a material error if 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. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence.

les circonstances de l'espèce; le terme « entretien » est une notion relative et, par conséquent, les faits propres à une affaire donnée ne permettent pas de dégager de règle déterminée permettant de trancher une autre affaire présentant des circonstances différentes

Toutefois, contrairement à notre collègue, nous estimons que la juge de première instance a appliqué le bon critère juridique en concluant que la municipalité n'avait pas respecté la norme de diligence à laquelle elle était tenue, et que la juge n'a donc pas commis une erreur de droit du genre de celle décrite dans l'arrêt *Southam*, précité. La juge de première instance a appliqué aux faits de l'espèce tous les éléments du critère énoncé dans l'arrêt *Partridge*, et sa conclusion que la municipalité défenderesse n'a pas respecté ce critère ne devrait pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

B. *La juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit*

Nous soulignons que notre collègue fonde sa décision que la municipalité a respecté la norme de diligence sur sa conclusion que la juge de première instance a négligé de prendre en compte le comportement de l'automobiliste moyen et n'a donc pas appliqué la bonne norme de diligence, commettant ainsi une erreur de droit le justifiant de réexaminer la preuve (par. 114). Pour les besoins de l'analyse du critère de l'automobiliste moyen ou raisonnable, nous tenons au départ à signaler que l'omission d'examiner en profondeur un facteur pertinent, voire de ne pas l'examiner du tout, n'est pas en soi un fondement suffisant pour justifier une cour d'appel de réexaminer la preuve. Ce principe a été clairement énoncé dans l'arrêt récent *Van de Perre*, précité, où le juge Bastarache a dit ceci, au par. 15 :

. . . des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que 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. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve.

In our view, as we will now discuss, there can be no reasoned belief in this case that the trial judge forgot, ignored, or misconceived the question of the ordinary driver. It would thus be an error to engage in a re-assessment of the evidence on this issue.

The fact that the conduct of the ordinary motorist was in the mind of the trial judge from the outset is clear from the fact that she began her standard of care discussion by stating the correct test, quoting the above passage from *Partridge, supra*. Absent some clear sign that she subsequently varied her approach, this initial acknowledgment of the correct legal standard is a strong indication that this was the standard she applied. Not only is there no indication that she departed from the stated test, but there are further signs which support the conclusion that the trial judge applied the *Partridge* standard. The first such indication is that the trial judge did discuss, both explicitly and implicitly, the conduct of an ordinary or reasonable motorist approaching the curve. The second indication is that she referred to the evidence of the experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, both of whom discussed the conduct of an ordinary motorist in this situation. Finally, the fact that the trial judge apportioned negligence to Mr. Nikolaisen indicates that she assessed his conduct against the standard of the ordinary driver, and thus considered the conduct of the latter.

The discussion of the ordinary motorist is found in the passage from the trial judgment immediately following the statement of the requisite standard of care:

Snake Hill Road is a low traffic road. It is however maintained by the R.M. so that it is passable year round. There are permanent residences on the road. It is used by farmers for access to their fields and cattle. Young people frequent Snake Hill Road for parties and as such the road is used by those who may not have the same degree of familiarity with it as do residents.

À notre avis, comme nous allons le voir, la présente espèce ne peut faire naître la conviction rationnelle que la juge de première instance a oublié d'examiner la question du conducteur moyen, en a fait abstraction ou l'a mal interprétée. Il serait donc erroné de réexaminer la preuve relative à cette question.

Le fait que, dès le départ, la juge de première instance a eu à l'esprit la conduite de l'automobiliste moyen ressort clairement du fait qu'elle a commencé son examen de la norme de diligence en formulant le critère approprié, c'est-à-dire en citant le passage susmentionné de l'arrêt *Partridge*, précité. En l'absence d'indications claires qu'elle a subséquemment modifié sa méthode d'analyse, cette mention initiale de la norme juridique appropriée constitue un indice solide qu'il s'agit bien de la norme qu'elle a appliquée. Non seulement rien n'indique qu'elle s'est écartée du critère énoncé, mais d'autres indices étayaient la conclusion qu'elle a appliqué le critère de l'arrêt *Partridge*. Le premier de ces indices est que la juge s'est bel et bien interrogée, tant explicitement qu'implicitement, sur la conduite de l'automobiliste moyen ou raisonnable s'approchant du virage. Le deuxième indice est qu'elle a fait état des témoignages des experts, MM. Anderson et Werner, qui ont tous deux analysé le comportement de l'automobiliste moyen se trouvant dans cette situation. Enfin, le fait que la juge de première instance ait imputé une partie de la responsabilité à M. Nikolaisen indique qu'elle a évalué sa conduite eu égard au critère du conducteur moyen, et qu'elle a donc pris en compte la conduite de ce dernier.

On trouve l'analyse relative à l'automobiliste moyen dans cet extrait du jugement de première instance qui suit immédiatement l'énoncé de la norme de diligence requise :

[TRADUCTION] Le chemin Snake Hill est un chemin à faible débit de circulation. Il est néanmoins entretenu par la M.R. à longueur d'année afin de le garder carrossable. Des résidences permanentes sont situées en bordure de celui-ci. Les fermiers l'utilisent pour accéder à leurs champs et à leur bétail. Des jeunes gens empruntent le chemin Snake Hill pour se rendre à des fêtes, de sorte qu'il est utilisé par des conducteurs qui ne le connaissent pas toujours aussi bien que les résidents de l'endroit.

There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner. Further, it is a hazard that is not readily apparent to users of the road. It is a hidden hazard. The location of the Nikolaisen rollover is the most dangerous segment of Snake Hill Road. Approaching the location of the Nikolaisen rollover, limited sight distance, created by uncleared bush, precludes a motorist from being forewarned of an impending sharp right turn immediately followed by a left turn. While there were differing opinions on the *maximum* speed at which this curve can be negotiated, I am satisfied that when limited sight distance is combined with the tight radius of the curve and lack of superelevation, this curve cannot be safely negotiated at speeds greater than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet.

. . . where the existence of that bush obstructs the ability of a motorist to be forewarned of a hazard such as that on Snake Hill Road, it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation. [Underlining added; italics in original.]

([1998] 5 W.W.R. 523, at paras. 84-86)

42

In our view, this passage indicates that the trial judge did consider how a motorist exercising ordinary care would approach the curve in question. The implication of labelling the curve a “hidden hazard” which is “not readily apparent to users of the road”, is that the danger is of the type that cannot be anticipated. This in turn implies that, even if the motorist exercises ordinary care, he or she will not be able to react to the curve. As well, the trial judge referred explicitly to the conduct of a motorist exercising ordinary care: “it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation” (para. 86 (emphasis added)).

Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner. En outre, il s’agit d’un danger qui n’est pas facilement décelable par les usagers du chemin. Il s’agit d’un danger caché. L’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau est situé sur le tronçon le plus dangereux du chemin Snake Hill. À l’approche de cet endroit, des broussailles réduisent la distance de visibilité de l’automobiliste et l’empêchent de voir l’imminence d’un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d’un virage à gauche. Bien que des opinions divergentes aient été émises quant à la vitesse *maximale* à laquelle ce virage peut être pris, je suis d’avis que, vu la distance de visibilité réduite, l’existence d’une courbe serrée et l’absence de surélévation du chemin, ce virage ne peut être pris en sécurité à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide.

. . . à l’endroit où la présence des broussailles empêche les automobilistes de voir venir un danger comme celui qui existe sur le chemin Snake Hill, il est raisonnable de s’attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux. [Nous soulignons; en italique dans l’original.]

([1998] 5 W.W.R. 523, par. 84-86)

À notre avis, cet extrait indique que la juge de première instance a effectivement pris en compte la façon dont l’automobiliste prenant des précautions normales s’approcherait du virage en question. Qualifier le virage de [TRADUCTION] « danger caché », danger qui « n’est pas facilement décelable par les usagers du chemin », implique que le danger en est un qu’il est impossible de prévoir. Il s’ensuit que, même si l’automobiliste prend des précautions normales, il ne pourra pas réagir à la présence du virage. Par ailleurs, la juge de première instance a explicitement fait état de la conduite de l’automobiliste prenant des précautions normales : [TRADUCTION] « [I] est raisonnable de s’attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux » (par. 86 (nous soulignons)).

With respect to the speed of a motorist approaching the curve, there is also an indication that the trial judge considered the conduct of an ordinary motorist. First, she stated that she accepted the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner with respect to the finding that the curve constituted a hazard to the public. The evidence given by these experts suggests that between 60 and 80 km/h is a reasonable speed to drive parts of this road, and at that speed, the curve presents a hazard. Their evidence also indicates their general opinion that the curve was a hazardous one. Mr. Anderson refers to the curve being difficult to negotiate at “normal speeds”. Also, Mr. Anderson states that “if you’re not aware that this curve is there, the sharp course of the curve, and you enter too far into it before you realize that the curve is there, then you have to do a tighter radius than 118 metres in order to get back on track to be able to negotiate the second curve”. He also states that “you could be lulled into thinking you’ve got an 80 kilometres an hour road until you are too far into the tight curve to be able to respond”.

The Court of Appeal found that, given the nature and condition of Snake Hill Road, the contention that this rural road would be taken at 80 km/h by the ordinary motorist was untenable. However, it is clear from the trial judge’s reasons that she did not take 80 km/h as the speed at which the ordinary motorist would approach the curve. Instead she found, based on expert evidence, that “this curve cannot be *safely* negotiated at speeds greater than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet” (para. 85 (emphasis in original)). From this finding, coupled with the finding that the curve was hidden and unexpected, the logical conclusion is that the trial judge found that a motorist exercising ordinary care could easily be deceived into approaching the curve at speeds in excess of the safe speed for the curve, and subsequently be taken by surprise. Therefore, the trial judge found that the curve was hazardous to the ordinary

Relativement à la vitesse à laquelle les automobilistes s’approchent du virage, il existe également un indice confirmant que la juge de première instance a pris en compte la conduite de l’automobiliste moyen. Premièrement, elle a dit qu’elle acceptait les témoignages de MM. Anderson et de Werner en ce qui concerne la conclusion que la courbe constituait un danger pour le public. Leurs témoignages suggèrent qu’une vitesse de 60 à 80 km/h est une vitesse raisonnable à certains endroits de ce chemin et que, à cette vitesse, la courbe constitue un danger. Leurs témoignages indiquent également qu’ils estiment de façon générale que la courbe est dangereuse. De dire M. Anderson, le virage est difficile à prendre à des [TRADUCTION] « vitesses normales ». Il ajoute que, [TRADUCTION] « si on ne connaît pas la présence de ce virage à cet endroit, le caractère prononcé du virage, et qu’on ne s’aperçoit pas qu’il y a un virage avant de s’être déjà engagé trop loin dans celui-ci, il faut tourner dans un rayon inférieur à 118 mètres pour corriger sa trajectoire afin d’être en mesure de prendre le deuxième virage ». Il affirme également qu’ [TRADUCTION] « on peut être amené à croire qu’on se trouve sur une route où il est possible de rouler à 80 km/h, jusqu’à ce qu’on soit engagé trop loin dans le virage serré pour être capable de réagir ».

La Cour d’appel a jugé que, vu la nature et l’état du chemin Snake Hill, la prétention selon laquelle l’automobiliste moyen roulerait sur cette route rurale à 80 km/h était insoutenable. Toutefois, il ressort clairement des motifs de la juge de première instance qu’elle ne considérait pas que l’automobiliste moyen s’approcherait du virage à 80 km/h. Elle a plutôt conclu, à partir des témoignages des experts, que [TRADUCTION] « ce virage ne peut être pris *en sécurité* à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide » (par. 85 (en italique dans l’original)). De cette constatation, conjuguée à celle que le virage était caché et imprévu, il est logique de conclure que la juge de première instance a estimé que l’automobiliste prenant des précautions normales pouvait aisément être amené à s’approcher du virage à des vitesses supérieures à la vitesse sécuritaire pour le prendre, et se retrouver ensuite pris au dépourvu. La juge de première

motorist and it follows that she applied the correct standard of care.

45

In our respectful view, our colleague errs in agreeing with the Court of Appeal's finding that the trial judge should have addressed the conduct of the ordinary motorist more fully (para. 124). At para. 119, he writes:

A proper application of the test demands that the trial judge ask the question: "How would a reasonable driver have driven on this road?" Whether or not a hazard is "hidden" or a curve is "inherently" dangerous does not dispose of the question.

And later, he states, "In my view, the question of how the reasonable driver would have negotiated Snake Hill Road necessitated a somewhat more in-depth analysis of the character of the road" (para. 125). With respect, requiring the trial judge to have made this specific inquiry in her reasons is inconsistent with *Van de Perre, supra*, which makes it clear that an omission or a failure to discuss a factor in depth is not, in and of itself, a basis for interfering with the findings of the trial judge and reweighing the evidence. As we note above, it is clear that although the trial judge may not have conducted an extensive review of this element of the *Partridge* test, she did indeed consider this factor by stating the correct test, then applying this test to the facts.

46

We note that in relying on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, the trial judge chose not to base her decision on the conflicting evidence of other witnesses. However, her reliance on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner is insufficient proof that she "forgot, ignored, or misconceived" the evidence. The full record was before the trial judge and we can presume that she reviewed all of it, absent further proof that the trial judge forgot, ignored or misapprehended the evidence, leading to an error in law. It is open to a trial judge to prefer the evidence of some witnesses over others:

instance a donc conclu que le virage était dangereux pour l'automobiliste moyen et il s'ensuit qu'elle a appliqué la norme de diligence appropriée.

En toute déférence, notre collègue commet une erreur en souscrivant à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la juge de première instance aurait dû examiner de manière plus approfondie la conduite de l'automobiliste moyen (par. 124). Il écrit ceci, au par. 119 :

Pour bien appliquer le critère juridique, le juge de première instance doit se poser la question suivante : « Comment un conducteur raisonnable aurait-il roulé sur ce chemin? » Le fait de conclure qu'il existe ou non un danger « caché » ou qu'une courbe est quelque chose d'« intrinsèquement » dangereux ne vide pas la question.

Plus loin, il dit : « À mon avis, la question de savoir comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur le chemin Snake Hill nécessitait un examen un peu plus approfondi de la nature du chemin » (par. 125). En toute déférence, considérer que la juge de première instance aurait dû faire cette analyse particulière dans ses motifs est incompatible avec l'arrêt *Van de Perre*, précité, lequel établit clairement que l'omission ou le défaut d'analyser un facteur en profondeur ne constitue pas, en soi, une raison justifiant de modifier les conclusions du juge de première instance et de réexaminer la preuve. Comme nous l'avons dit précédemment, il est clair que, quoique la juge de première instance n'ait peut-être pas fait une analyse approfondie de ce volet du critère énoncé dans l'arrêt *Partridge*, elle a effectivement tenu compte de ce facteur en formulant le critère approprié puis en l'appliquant aux faits de l'espèce.

Nous tenons à souligner que, en s'appuyant sur les témoignages de MM. Anderson et Werner, la juge de première instance a choisi de ne pas fonder sa décision sur les témoignages contradictoires rendus par d'autres témoins. Toutefois, cela ne suffit pas pour établir qu'elle a « oublié, négligé d'examiner ou mal interprété » la preuve. La juge de première instance disposait de l'ensemble du dossier et on peut présumer qu'elle l'a étudié d'un bout à l'autre, en l'absence d'autre indication qu'elle a oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve, commettant ainsi une erreur de droit. Le juge de première

Toneguzzo-Norvell, supra, at p. 123. Mere reliance by the trial judge on the evidence of some witnesses over others cannot on its own form the basis of a “reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion” (*Van de Perre, supra*, at para. 15). This is in keeping with the narrow scope of review by an appellate court applicable in this case.

A further indication that the trial judge considered the conduct of an ordinary motorist on Snake Hill Road is her finding that both Mr. Nikolaisen and the municipality breached their duty of care to Mr. Housen, and that the defendant Nikolaisen was 50 percent contributorily negligent. Since a finding of negligence implies a failure to meet the ordinary standard of care, and since Mr. Nikolaisen’s negligence related to his driving on the curve, to find that Mr. Nikolaisen’s conduct on the curve failed to meet the standard of the ordinary driver implies a consideration of that ordinary driver on the curve. The fact that the trial judge distinguished the conduct of Mr. Nikolaisen in driving negligently on the road from the conduct of the municipality in negligently failing to erect a warning sign is evidence that the trial judge kept the municipality’s legal standard clearly in mind in its application to the facts, and that she applied this standard to the ordinary driver, not the negligent driver.

To summarize, in the course of her reasons, the trial judge first stated the requisite standard of care from *Partridge, supra*, relating to the conduct of the ordinary driver. She then applied that standard to the facts referring again to the conduct of the ordinary driver. Finally, in light of her finding that the municipality breached this standard, she apportioned negligence between the driver and the municipality in a way which again entailed a consideration of the

instance peut retenir la déposition de certains témoins de préférence à d’autres : *Toneguzzo-Norvell*, précité, p. 123. Le fait pour le juge de première instance de s’appuyer sur certains témoignages plutôt que sur d’autres ne peut à lui seul fournir l’assise d’une « 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*, précité, par. 15). Cette conclusion est compatible avec la portée restreinte de l’examen qu’il convient de faire en appel dans la présente affaire.

Une autre indication que la juge de première instance s’est interrogée sur la façon dont conduit l’automobiliste moyen sur le chemin Snake Hill est sa conclusion que M. Nikolaisen et la municipalité ont tous deux manqué à leur obligation de diligence envers M. Housen, et que le défendeur Nikolaisen était responsable de négligence concourante dans une proportion de 50 p. 100. Comme une conclusion de négligence implique un manquement à la norme de diligence habituelle, et comme la négligence de M. Nikolaisen était liée à sa manière de conduire dans le virage, la conclusion que sa conduite à cet endroit ne respectait pas le critère du conducteur moyen suppose qu’on s’est demandé comment ce conducteur s’approcherait du virage. La distinction qu’a établie la juge de première instance entre la négligence dont a fait preuve M. Nikolaisen lorsqu’il roulait sur le chemin et celle dont la municipalité a fait montre en omettant d’installer un panneau d’avertissement prouve qu’elle n’a pas perdu de vue la norme juridique régissant la municipalité et l’application de cette norme aux faits, et que la juge a appliqué cette norme au conducteur moyen, et non au conducteur négligent.

En résumé, dans ses motifs la juge de première instance a d’abord énoncé la norme de diligence requise par l’arrêt *Partridge*, précité, relativement à la conduite de l’automobiliste moyen. Elle a ensuite appliqué cette norme aux faits, se reportant encore une fois à la conduite de l’automobiliste moyen. Enfin, vu sa conclusion que la municipalité avait manqué à cette norme de diligence, elle a réparti la responsabilité entre le conducteur

ordinary driver. As such, we are overwhelmingly drawn to the conclusion that the conduct of the ordinary driver was both considered and applied by the trial judge.

49 Thus, we conclude that the trial judge did not commit an error of law with respect to the municipality's standard of care. On this matter, we disagree with the basis for the re-assessment of the evidence undertaken by our colleague (paras. 122-42) and regard this re-assessment to be an unjustified intrusion into the finding of the trial judge that the municipality breached its standard of care. This finding is a question of mixed law and fact which should not be overturned absent a palpable and overriding error. As discussed below, it is our view that no such error exists, as the trial judge conducted a reasonable assessment based on her view of the evidence.

C. *The Trial Judge Did Not Commit A Palpable or Overriding Error*

50 Despite this high standard of review, the Court of Appeal found that a palpable and overriding error was made by the trial judge ([2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12, at para. 84). With respect, this finding was based on the erroneous presumption that the trial judge accepted 80 km/h as the speed at which an ordinary motorist would approach the curve, a presumption which our colleague also adopts in his reasons (para. 133).

51 As discussed above, the trial judge's finding was that an ordinary motorist could approach the curve in excess of 60 km/h in dry conditions, and 50 km/h in wet conditions, and that at such speeds the curve was hazardous. The trial judge's finding was not based on a particular speed at which the curve would be approached by the ordinary motorist. Instead, she found that, because the curve was hidden and sharper than would be anticipated, a motorist exercising ordinary care could approach it at greater than

et la municipalité d'une manière qui, une fois de plus, atteste la prise en compte du critère du conducteur moyen. En conséquence, nous en venons irrésistiblement à la conclusion que la juge de première instance a pris en compte et appliqué ce critère.

Par conséquent, nous estimons que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne la norme de diligence à laquelle était tenue la municipalité. Sur ce point, nous ne souscrivons pas aux raisons sur lesquelles se fondent notre collègue pour réexaminer la preuve (aux par. 122 à 142) et nous considérons ce réexamen comme une intervention injustifiée relativement à la conclusion de la juge de première instance portant que la municipalité a manqué à la norme de diligence à laquelle elle était tenue. Cette conclusion porte sur une question mixte de droit et de fait et elle ne peut pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. Comme nous le verrons plus loin, nous sommes d'avis qu'aucune erreur de cette nature n'a été commise, car la juge de première instance a fait une analyse raisonnable, fondée sur son appréciation de la preuve.

C. *La juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste ou dominante*

Malgré cette norme de contrôle sévère, la Cour d'appel a jugé que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante ([2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12, par. 84). En toute déférence, cette conclusion repose sur la présomption erronée selon laquelle la juge aurait accepté que l'automobiliste moyen approcherait du virage à 80 km/h, présomption qu'adopte également notre collègue dans ses motifs (par. 133).

Comme nous l'avons vu plus tôt, la conclusion de la juge de première instance était que l'automobiliste moyen pourrait s'approcher du virage à une vitesse supérieure à 60 km/h sur chaussée sèche, et 50 km/h sur chaussée humide, mais qu'à ces vitesses le virage était dangereux. Cette conclusion n'était pas fondée sur une vitesse précise à laquelle l'automobiliste moyen s'approcherait du virage. La juge de première instance a plutôt estimé que, parce que le virage est caché et plus serré que ce à quoi on

the speed at which it would be safe to negotiate the curve.

As we explain in greater detail below, in our opinion, not only is this assessment far from reaching the level of a palpable and overriding error, in our view, it is a sensible and logical way to deal with large quantities of conflicting evidence. It would be unrealistic to focus on some exact speed at which the curve would likely be approached by the ordinary motorist. The findings of the trial judge in this regard were the result of a reasonable and practical assessment of the evidence as a whole.

In finding a palpable and overriding error, Cameron J.A. relied on the fact that the trial judge adopted the expert evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner which was premised on a *de facto* speed limit of 80 km/h taken from *The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1. However, whether or not the experts based their testimony on this limit, the trial judge did not adopt that limit as the speed of the ordinary motorist approaching the curve. Again, the trial judge found that the curve could not be taken safely at greater than 60 km/h dry and 50 km/h wet, and there is evidence in the record to support this finding. For example, Mr. Anderson states:

If you don't anticipate the curve and you get too far into it before you start to do your correction then you can get into trouble even at, probably at 60. Fifty you'd have to be a long ways into it, but certainly at 60 you could.

It is notable too that both Mr. Anderson and Mr. Werner would have recommended installing a sign, warning motorists of the curve, with a posted limit of 50 km/h.

Although clearly the curve could not be negotiated safely at 80 km/h, it could also not be

s'attend normalement, il était possible qu'un automobiliste prenant des précautions normales s'en approche à une vitesse supérieure à la vitesse sécuritaire pour prendre le virage.

Comme nous allons le préciser plus loin, nous sommes d'avis que non seulement cette appréciation est-elle loin de constituer une erreur manifeste et dominante, mais elle est une réponse judicieuse et logique eu égard à l'abondance d'éléments de preuve contradictoires. Il serait irréaliste de fixer une quelconque vitesse à laquelle l'automobiliste moyen s'approcherait vraisemblablement du virage. Les conclusions de la juge de première instance à cet égard découlent d'une évaluation raisonnable et réaliste de l'ensemble de la preuve.

En concluant à l'existence d'une erreur manifeste et dominante, le juge Cameron de la Cour d'appel s'est appuyé sur le fait que la juge de première instance avait retenu les témoignages d'expert de MM. Anderson et Werner, lesquels étaient fondés sur la vitesse limite *de facto* de 80 km/h prévue par la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1. Toutefois, que le témoignage des experts ait été ou non fondé sur cette limite, la juge de première instance n'a pas retenu cette vitesse comme étant celle à laquelle l'automobiliste moyen s'approche du virage. Rappelons que la juge de première instance a estimé qu'il n'était pas possible d'aborder le virage en sécurité à une vitesse supérieure à 60 km/h sur chaussée sèche et 50 km/h sur chaussée humide, et il existe au dossier des éléments étayant cette conclusion. Par exemple, M. Anderson a dit ceci :

[TRADUCTION] Si vous ne prévoyez pas l'arrivée du virage et que vous vous engagez trop loin dans celui-ci avant d'amorcer votre manœuvre correctrice, vous risquez d'avoir des ennuis même à, probablement à 60. À cinquante il faudrait que vous soyez engagé assez loin, mais à 60 vous pourriez certainement en avoir.

Il convient également de signaler que MM. Anderson et Werner auraient tous deux recommandé l'installation d'un panneau avertissant les automobilistes de l'imminence du virage et fixé la vitesse maximale permise à 50 km/h.

Le virage ne pouvait manifestement pas être pris en sécurité à 80 km/h, mais il ne pouvait l'être non

52

53

54

negotiated safely at much slower speeds. It should also be noted that the trial judge did not adopt the expert testimony of Mr. Anderson and Mr. Werner in its entirety. She stated: “There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner” (para. 85 (emphasis added)). It cannot be assumed from this that she accepted a *de facto* speed limit of 80 km/h especially when one bears in mind (1) the trial judge’s statement of the safe speeds of 50 and 60 km/h, and (2) the fact that both these experts found the road to be unsafe at much lower speeds than 80 km/h.

55 Given that the trial judge did not base her standard of care analysis on a *de facto* speed limit of 80 km/h, it then follows that the Court of Appeal’s finding of a palpable and overriding error cannot stand.

56 Furthermore, the narrowly defined scope of appellate review dictates that 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. As we are of the view that the trial judge committed no error of law in finding that the municipality breached its standard of care, we are also respectfully of the view that our colleague’s re-assessment of the evidence on this issue (paras. 129-42) is an unjustified interference with the findings of the trial judge, based on a difference of opinion concerning the inferences to be drawn from the evidence and the proper weight to be placed on different portions of the evidence. For instance, in the opinion of our colleague, based on some portions of the expert evidence, a reasonable driver exercising ordinary care would approach a rural road at 50 km/h or less, because a reasonable driver would have difficulty seeing the sharp radius of the curve and oncoming traffic (para. 129). However, the trial judge, basing her assessment on other portions of the expert evidence, found that the nature of the road was such that a motorist could be

plus à des vitesses beaucoup plus réduites. Il convient également de souligner que la juge de première instance n’a pas retenu intégralement les témoignages d’expert de MM. Anderson et Werner. Elle a dit : [TRADUCTION] « Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner » (par. 85 (nous soulignons)). Ces propos ne permettent pas de présumer qu’elle acceptait une vitesse limite *de facto* de 80 km/h, particulièrement si l’on se rappelle (1) qu’elle a dit qu’on pouvait rouler en sécurité à des vitesses de 50 et de 60 km/h, et (2) que ces deux experts ont considéré que le chemin n’était pas sûr même à des vitesses bien inférieures à 80 km/h.

Puisque la juge de première instance n’a pas fondé son analyse de la norme de diligence sur une vitesse limite *de facto* de 80 km/h, il s’ensuit que la conclusion de la Cour d’appel relativement à l’existence d’une erreur manifeste et dominante ne saurait être confirmée.

En outre, vu la portée restreinte de la révision en appel, 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. Étant d’avis que la juge de première instance n’a pas commis d’erreur de droit en concluant que la municipalité avait violé la norme de diligence à laquelle elle était tenue, nous estimons aussi, en toute déférence, que le réexamen de la preuve auquel procède notre collègue sur cette question (aux par. 129 à 142) constitue une intervention injustifiée relativement aux conclusions de la juge de première instance, fondée sur une divergence d’opinions quant aux inférences devant être tirées de la preuve et au poids qu’il convient d’accorder à divers éléments. Par exemple, notre collègue est d’avis, sur la foi de certaines parties des témoignages d’expert, qu’un conducteur raisonnable prenant des précautions normales roulerait sur une route rurale à une vitesse maximale de 50 km/h, parce qu’il aurait de la difficulté à voir que le virage est serré et s’il vient des véhicules en sens inverse (par. 129). Or, se

deceived into believing that the road did not contain a sharp curve and thus would approach the road normally, unaware of the hidden danger.

We are faced in this case with conflicting expert evidence on the issue of the correct speed at which an ordinary motorist would approach the curve on Snake Hill Road. The differing inferences from the evidence drawn by the trial judge and the Court of Appeal amount to a divergence on what weight should be placed on various pieces of conflicting evidence. As noted by our colleague, Mr. Sparks was of the opinion that “[if] you can’t see around the corner, then, you know, drivers would have a fairly strong signal . . . that due care and caution would be required”. Similar evidence of this nature was given by Mr. Nikolaisen, and indeed even by Mr. Anderson and Mr. Werner. This is contrasted with evidence such as that given by Mr. Anderson and Mr. Werner that a reasonable driver would be “lulled” into thinking that there is an 80 km/h road ahead of him or her.

As noted by McLachlin J. in *Toneguzzo-Norvell*, *supra*, at p. 122 and mentioned above, “the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact”. In that case, a unanimous Court found that the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge’s factual findings, on the basis that 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 (*Toneguzzo-Norvell*, at pp. 122-23). Similarly, in this case, the trial judge’s factual findings concerning the proper speed to be used on approaching the curve should not be interfered with. It was open to her to choose to place more weight on certain portions of the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, where the evidence was conflicting. Her assessment of the proper speed was a reasonable inference based on the evidence and does not reach

fondant sur d’autres parties des témoignages d’expert, la juge de première instance a estimé que la nature du chemin était telle qu’un automobiliste pourrait être amené à croire que le chemin ne comporte pas de virage serré et, de ce fait, à y rouler normalement, sans soupçonner l’existence du danger caché.

En l’espèce, nous sommes en présence de témoignages d’expert contradictoires sur la question de la vitesse à laquelle l’automobiliste moyen s’approcherait du virage du chemin Snake Hill. Les inférences différentes que la juge de première instance et la Cour d’appel tirent de la preuve équivalent à une divergence d’opinion quant au poids à accorder à divers éléments de preuve contradictoires. Le témoin Sparks a émis l’opinion suivante, que cite également notre collègue : [TRADUCTION] « [Si] vous ne pouvez voir, de l’autre côté du virage, alors, vous savez, cela devrait envoyer un message clair aux conducteurs [. . .] que l’attention et la prudence s’imposent ». M. Nikolaisen, et même MM. Anderson et Werner ont d’ailleurs témoigné au même effet. Cela contraste avec l’affirmation de MM. Anderson et Werner selon laquelle un conducteur raisonnable serait [TRADUCTION] « amené » à croire qu’il se trouve sur un chemin où l’on peut rouler à 80 km/h.

Comme l’a souligné madame le juge McLachlin, à la p. 122 de l’arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité, « selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits [. . .] d’attribuer un poids aux différents éléments de preuve ». Dans cette affaire, notre Cour a conclu à l’unanimité que la Cour d’appel avait commis une erreur en modifiant les conclusions de fait du juge de première instance, au motif qu’il était loisible à celui-ci d’accorder un poids moins grand à certains éléments de preuve et à accepter d’autres éléments contradictoires, qu’il considérait plus convaincants. (*Toneguzzo-Norvell*, p. 122-123). De même, en l’espèce, il n’y a pas lieu de modifier les conclusions de fait de la juge de première instance au sujet de la vitesse à laquelle il faudrait approcher du virage. Il lui était loisible d’accorder plus de poids à certaines parties des témoignages de MM. Anderson et Werner, dans les cas où la preuve était contradictoire. Son

the level of a palpable and overriding error. As such, the trial judge's findings with respect to the standard of care should not be overturned.

IV. Knowledge of the Municipality

59

We agree with our colleague that s. 192(3) of *The Rural Municipality Act, 1989*, requires the plaintiff to show that the municipality knew or should have known of the disrepair of Snake Hill Road before the municipality can be found to have breached its duty of care under s. 192. We also agree that the evidence of the prior accidents, in and of itself, is insufficient to impute such knowledge to the municipality. However, we find that the trial judge did not err in her finding that the municipality knew or ought to have known of the disrepair.

60

As discussed, the question of whether the municipality knew or should have known of the disrepair of Snake Hill Road is a question of mixed fact and law. The issue is legal in the sense that the municipality is held to a legal standard of knowledge of the nature of the road, and factual in the sense of whether it had the requisite knowledge on the facts of this case. As we state above, absent an isolated error in law or principle, such a finding is subject to the "palpable and overriding" standard of review. In this case, our colleague concludes that the trial judge erred in law by failing to approach the question of knowledge from the perspective of a prudent municipal councillor, and holds that a prudent municipal councillor could not be expected to become aware of the risk posed to the ordinary driver by the hazard in question. He also finds that the trial judge erred in law by failing to recognize that the burden of proving knowledge rested with the plaintiff. With respect, we disagree with these conclusions.

appréciation de la vitesse appropriée constituait une inférence raisonnable, fondée sur la preuve, et elle ne constitue pas une erreur manifeste et dominante. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'écarter ses conclusions concernant la norme de diligence.

IV. Connaissance de la municipalité

À l'instar de notre collègue, nous estimons que le par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, oblige le demandeur à démontrer que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill pour qu'il soit possible de conclure qu'elle a manqué à l'obligation de diligence qui lui incombe en vertu de l'art. 192. Nous sommes nous aussi d'avis que la preuve des accidents antérieurs n'est pas, en soi, suffisante pour prêter cette connaissance à la municipalité. Cependant, nous arrivons à la conclusion que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin.

Comme nous l'avons vu, la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill est une question mixte de droit et de fait. Il s'agit, d'une part, d'une question de droit en ce que la municipalité est tenue à une norme juridique qui lui impose de connaître la nature du chemin, et, d'autre part, d'une question de fait en ce qu'il faut déterminer si, eu égard aux faits de l'espèce, elle avait la connaissance requise. Comme nous l'avons dit précédemment, en l'absence d'erreur de droit ou de principe isolable, une telle conclusion est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur « manifeste et dominante ». En l'espèce, notre collègue conclut que la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne considérant pas la question de la connaissance du point de vue du conseiller municipal prudent, et il estime qu'on ne pouvait s'attendre à ce qu'un conseiller municipal prudent s'aperçoive du risque que le danger en question faisait courir au conducteur moyen. Il est également d'avis que la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne reconnaissant pas que la charge de prouver la connaissance incombait au demandeur. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à ces conclusions.

The hazard in question is an unsigned and unexpected sharp curve. In our view, when a hazard is, like this one, a permanent feature of the road which has been found to present a risk to the ordinary driver, it is open to the trial judge to draw an inference, on this basis alone, that a prudent municipal councillor ought to be aware of the hazard. In support of his conclusion on the issue of knowledge, our colleague states that the municipality's knowledge is inextricably linked to the standard of care, and ties his finding on the question of knowledge to his finding that the curve did not present a hazard to the ordinary motorist (para. 149). We agree that the question of knowledge is closely linked to the standard of care, and since we find that the trial judge was correct in holding that the curve presented a hazard to the ordinary motorist, from there it was open to the trial judge to find that the municipality ought to have been aware of this hazard. We further note that as a question of mixed fact and law this finding is subject to the "palpable and overriding" standard of review. On this point, however, we restrict ourselves to situations such as the one at bar where the hazard in question is a permanent feature of the road, as opposed to a temporary hazard which reasonably may not come to the attention of the municipality in time to prevent an accident from occurring.

In addition, our colleague relies on the evidence of the lay witnesses, Craig and Toby Thiel, who lived on Snake Hill Road, and who testified that they had not experienced any difficulties with it (para. 149). With respect, we find three problems with this reliance. First, since the curve was found to be a hazard based on its hidden and unexpected nature, relying on the evidence of those who drive the road on a daily basis does not, in our view, assist in determining whether the curve presented a hazard to the ordinary motorist, or whether the municipality ought to have been aware of the hazard. In addition, in finding that the municipality ought to have known of the disrepair, the trial judge clearly chose not to rely on the above evidence. As we state above,

Le danger en question est une courbe serrée et soudaine, qui n'est annoncée par aucune signalisation. À notre avis, lorsqu'un danger constitue, comme celui-ci qui nous intéresse, une caractéristique permanente qui, a-t-on jugé, présente un risque pour le conducteur moyen, le juge de première instance peut, pour ce seul motif, inférer qu'un conseiller municipal prudent aurait dû connaître l'existence d'un danger. Pour étayer sa conclusion sur la question de la connaissance, notre collègue affirme que la connaissance de la municipalité est intimement liée à celle de la norme de diligence, et il lie sa conclusion sur la connaissance à sa conclusion selon laquelle la courbe ne constituait pas un danger pour l'automobiliste moyen (par. 149). Nous reconnaissons que la question de la connaissance est étroitement liée à celle de la norme de diligence, et, comme nous estimons que la juge de première instance a eu raison de conclure que la courbe présentait un danger pour l'automobiliste moyen, elle pouvait dès lors juger que la municipalité aurait dû connaître ce danger. Soulignons également que cette conclusion visant une question mixte de fait et de droit est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur « manifeste et dominante ». Sur ce point, toutefois, nous limitons la portée de notre opinion aux situations analogues à celle qui nous occupe, où le danger constitue une caractéristique permanente du chemin, par opposition à un danger temporaire dont une municipalité pourrait raisonnablement ne pas être informée en temps utile pour empêcher un accident de survenir.

Par ailleurs, notre collègue se fonde sur les dépositions de témoins ordinaires, Craig et Toby Thiel, qui habitaient sur le chemin Snake Hill et qui ont témoigné n'avoir jamais éprouvé de difficulté à conduire à cet endroit (par. 149). En toute déférence, nous estimons que le fait de se fonder sur ces témoignages pose trois problèmes. D'abord, vu la conclusion que la courbe constituait un danger à cause de sa nature cachée et imprévue, ce n'est pas en se basant sur le témoignage de ceux qui empruntent quotidiennement le chemin qu'il est possible, à notre avis, de déterminer si cette courbe présentait un danger pour l'automobiliste moyen, ou si la municipalité aurait dû connaître l'existence du danger. De plus, en concluant que la municipalité

it is open for a trial judge to prefer some parts of the evidence over others, and to re-assess the trial judge's weighing of the evidence, is, with respect, not within the province of an appellate court.

aurait dû connaître le mauvais état du chemin, la juge de première instance a clairement choisi de ne pas se fonder sur les témoignages susmentionnés. Comme nous l'avons dit précédemment, le juge de première instance peut préférer certaines parties de la preuve à d'autres, et, en toute déférence, il n'appartient pas au tribunal d'appel de procéder à nouveau à l'appréciation de la preuve, tâche déjà accomplie par le juge du procès.

63 As well, since the question of knowledge is to be approached from the perspective of a prudent municipal councillor, we find the evidence of lay witnesses to be of little assistance. In *Ryan*, *supra*, at para. 28, Major J. stated that the applicable standard of care is that which “would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances” (emphasis added). Municipal councillors are elected for the purpose of managing the affairs of the municipality. This requires some degree of study and of information gathering, above that of the average citizen of the municipality. Indeed, it may in fact require consultation with experts to properly meet the obligation to be informed. Although municipal councillors are not experts, to equate the “prudent municipal councillor” with the opinion of lay witnesses who live on the road is incorrect in our opinion.

Qui plus est, étant donné que la question de la connaissance doit être considérée du point de vue du conseiller municipal prudent, nous estimons que le témoignage des témoins ordinaires est peu utile. Dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 28, le juge Major a dit que la norme de diligence qui s'applique est celle de la personne agissant aussi diligemment que « le ferait une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation » (nous soulignons). Les conseillers municipaux sont élus pour gérer les affaires de la municipalité. Pour s'acquitter de cette tâche, il leur faut, dans un cas donné, examiner la situation et recueillir de l'information, faire davantage que ce que fait le simple citoyen de la municipalité. De fait, ils peuvent avoir à consulter des experts pour respecter leur obligation d'être informés. Bien que les conseillers municipaux ne soient pas des experts, il est à notre avis erroné d'assimiler le point de vue du « conseiller municipal prudent » à l'opinion de témoins ordinaires qui habitent sur le chemin.

64 It is in this context that we view the following comments of the trial judge, at para. 90:

C'est à la lumière de ce contexte que nous interprétons les commentaires suivants de la juge de première instance (au par. 90) :

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing.

[TRADUCTION] Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n'est peut-être pas significatif en soi, mais il le devient si l'on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu'il s'agit d'une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que le chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill.

From this statement, we take the trial judge to have meant that, given the occurrence of prior accidents on this low-traffic road, the existence of permanent residents, and the type of drivers on the road, the municipality did not take the reasonable steps it should have taken in order to ensure that Snake Hill Road did not contain a hazard such as the one in question. Based on these factors, the trial judge drew the inference that the municipality should have been put on notice and investigated Snake Hill Road, in which case it would have become aware of the hazard in question. This factual inference, grounded as it was on the trial judge's assessment of the evidence, was in our view, far from reaching the requisite standard of palpable and overriding error, proper.

Although we agree with our colleague that the circumstances of the prior accidents in this case do not provide a direct basis for the municipality to have had knowledge of the particular hazard in question, in the view of the trial judge, they should have caused the municipality to investigate Snake Hill Road, which in turn would have resulted in actual knowledge. In this case, far from causing the municipality to investigate, the evidence of Mr. Danger, who had been the municipal administrator for 20 years, was that, until the time of the trial, he was not even aware of the three accidents which had occurred between 1978 and 1987 on Snake Hill Road. As such, we do not find that the trial judge based her conclusion on any perspective other than that of a prudent municipal councillor, and therefore that she did not commit an error of law in this respect. Moreover, we do not find that she imputed knowledge to the municipality on the basis of the occurrence of prior accidents on Snake Hill Road. The existence of the prior accidents was simply a factor which caused the trial judge to find that the municipality should have been put on notice with respect to the condition of Snake Hill Road (para. 90).

We emphasize that, in our view, the trial judge did not shift the burden of proof to the municipality

Selon notre interprétation, la juge de première instance a voulu dire que, compte tenu des accidents antérieurs sur ce chemin à faible débit de circulation, de la présence de résidents permanents et du type de conducteurs qui empruntent le chemin, la municipalité n'a pas pris les mesures raisonnables qu'elle aurait dû prendre pour faire en sorte que le chemin Snake Hill ne comporte pas de danger comme celui en cause. À partir de ces éléments, la juge de première instance a inféré que la municipalité aurait dû être informée de la situation sur le chemin Snake Hill et aurait dû faire enquête à cet égard, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance de l'existence du danger. Cette inférence factuelle, qui repose sur l'appréciation de la preuve faite par la juge de première instance, était selon nous fondée et loin de constituer l'erreur manifeste et dominante requise par la norme pertinente.

À l'instar de notre collègue, nous estimons que les circonstances des accidents survenus antérieurement, en l'espèce, ne constituent pas une preuve directe que la municipalité aurait dû avoir connaissance du danger particulier en cause, mais, selon la juge de première instance, ces circonstances auraient dû inciter la municipalité à faire enquête à l'égard du chemin Snake Hill, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance concrètement du danger. Dans la présente affaire, les accidents antérieurs sont loin d'avoir incité la municipalité à faire enquête. D'ailleurs, M. Danger, administrateur de la municipalité pendant 20 ans, a témoigné que, jusqu'au procès, il n'était même pas au fait des trois accidents survenus entre 1978 et 1987 sur le chemin Snake Hill. En conséquence, nous n'estimons pas que la juge de première instance a fondé sa conclusion sur quelque autre point de vue autre que celui du conseiller municipal prudent, et elle n'a donc pas commis d'erreur de droit à cet égard. De plus, nous sommes d'avis qu'elle n'a pas prêté à la municipalité la connaissance requise sur la base des accidents antérieurs. L'existence de ces accidents ne constituait rien de plus qu'un des éléments qui l'ont amenée à conclure que la municipalité aurait dû être au fait de l'état du chemin Snake Hill (par. 90).

Nous tenons à souligner que la juge de première instance n'a pas, à notre avis, transféré le fardeau de

on this issue. Once the trial judge found that there was a permanent feature of Snake Hill Road which presented a hazard to the ordinary motorist, it was open to her to draw an inference that the municipality ought to have been aware of the danger. Once such an inference is 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. In our view, this is what the trial judge did in the above passage when she states: “I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing” (para. 90 (emphasis added)). The fact that she drew such an inference is clear from the fact that this statement appears directly after her finding that the municipality ought to have known of the hazard based on the listed factors. Thus, it is our view that the trial judge did not improperly shift the burden of proof onto the municipality in this case.

la preuve à la municipalité sur cette question. Dès lors qu’elle a conclu qu’il existait sur le chemin Snake Hill une caractéristique permanente présentant un danger pour l’automobiliste moyen, il lui était loisible d’inférer que la municipalité 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. Selon nous, c’est ce que la juge de première instance a fait dans l’extrait précité lorsqu’elle dit : [TRADUCTION] « Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill » (par. 90 (nous soulignons)). L’existence de cette inférence ressort clairement du fait que le passage précité suit immédiatement la conclusion de la juge de première instance selon laquelle, pour les raisons qu’elle énumère, la municipalité aurait dû connaître l’existence du danger. Par conséquent, nous sommes d’avis que la juge de première instance n’a pas fait erreur et transféré le fardeau de la preuve à la municipalité en l’espèce.

67

As well, although the circumstances of the prior accidents in this case do not provide strong evidence that the municipality ought to have known of the hazard, proof of prior accidents is not a necessary condition to a finding of breach of the duty of care under s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*. If this were so, the first victim of an accident on a negligently maintained road would not be able to recover, whereas subsequent victims in identical circumstances would. Although under s. 192(3) the municipality cannot be held responsible for disrepair of which it could not have known, it is not sufficient for the municipality to wait for an accident to occur before remedying the disrepair, and, in the absence of proof by the plaintiff of prior accidents, claim that it could not have known of the hazard. If this were the case, not only would the first victim of an accident suffer a disproportionate evidentiary burden, but municipalities would also be encouraged not to collect information pertaining to accidents on its roads, as this would make it more difficult for the plaintiff in a motor vehicle accident to prove that the

De même, bien que les accidents survenus antérieurement en l’espèce ne constituent pas une preuve solide que la municipalité aurait dû connaître l’existence du danger, la preuve d’accidents antérieurs n’est pas une condition nécessaire pour qu’un tribunal puisse conclure à la violation de l’obligation de diligence prévue par l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*. Si c’était le cas, la première victime d’un accident sur une route négligemment entretenue ne pourrait obtenir réparation, alors que les victimes subséquentes d’accidents survenant dans des circonstances identiques le pourraient. Bien que, au regard du par. 192(3), la municipalité ne puisse être tenue responsable du mauvais état d’une route dont elle n’aurait pu avoir connaissance, elle ne saurait se contenter d’attendre qu’un accident se produise avant de remédier au mauvais état de la route et, si un demandeur n’apporte pas la preuve de l’existence d’accidents antérieurs, soutenir qu’elle n’aurait pu connaître l’existence du danger. Dans cette hypothèse, non seulement imposerait-on à la première victime d’un accident un fardeau de preuve disproportionné, mais on encouragerait aussi

municipality knew or ought to have known of the disrepair.

Although in this case the trial judge emphasized the prior accidents that the plaintiff did manage to prove, in our view, it is not necessary to rely on these accidents in order to satisfy s. 192(3). For the plaintiff to provide substantial and 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 in our view, it was reasonable for the trial judge to draw an inference of knowledge from her finding that there was an ongoing state of disrepair.

To summarize our position on this issue, we do not find that the trial judge erred in law either by failing to approach the question from the perspective of a prudent municipal councillor, or by improperly shifting the burden of proof onto the defendant. As such, it would require a palpable and overriding error in order to overturn her finding that the municipality knew or ought to have known of the hazard, and, in our view, no such error was made.

V. Causation

We agree with our colleague's statement at para. 159 that the trial judge's conclusions on the cause of the accident was a finding of fact: *Cork v. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402 (C.A.), at p. 407, quoted with approval in *Matthews v. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557 (Ont. H.C.), at p. 566. Thus, this finding should not be interfered with absent palpable and overriding error.

les municipalités à ne pas recueillir d'informations concernant les accidents survenant sur leurs routes, puisqu'il serait en conséquence plus difficile à la victime d'un accident d'automobile qui tente des poursuites de prouver que la municipalité visée connaissait le mauvais état de la route ou aurait dû le connaître.

Bien que, en l'espèce, la juge de première instance ait souligné les accidents antérieurs dont le demandeur a effectivement prouvé l'existence, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur ces accidents pour satisfaire aux exigences du par. 192(3). Exiger du demandeur qu'il fournisse une preuve substantielle et tangible de la connaissance par la municipalité du mauvais état de ses routes revient à lui imposer 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.

Pour résumer notre position sur cette question, nous ne pouvons conclure que la juge de première instance a commis une erreur de droit soit parce qu'elle aurait omis d'examiner la question du point de vue du conseiller municipal prudent, soit parce qu'elle aurait à tort transféré le fardeau de la preuve à la défenderesse. Par conséquent, il faudrait une erreur manifeste et dominante pour écarter sa conclusion que la municipalité connaissait le danger ou aurait dû le connaître et, selon nous, aucune erreur de cette nature n'a été commise.

V. Lien de causalité

Nous faisons nôtres les propos énoncés par notre collègue, au par. 159, selon lesquels la conclusion de la juge de première instance quant à la cause de l'accident était une conclusion de fait : *Cork c. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402 (C.A.), p. 407; cité et approuvé dans *Matthews c. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557 (H.C. Ont.), p. 566. En conséquence, cette conclusion ne doit pas être modifiée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

68

69

70

71 The trial judge based her findings on causation on three points (at para. 101):

(1) the accident occurred at a dangerous part of the road where a sign warning motorists of the hidden hazard should have been erected;

(2) even if there had been a sign, Mr. Nikolaisen's degree of impairment did increase his risk of not reacting, or reacting inappropriately, to a sign;

(3) even so, Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that one would have expected him to have missed or ignored a warning sign. Moments before, on departing the Thiel residence, he had successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him.

The trial judge concluded that, on a balance of probabilities, Mr. Nikolaisen would have reacted and possibly avoided an accident, if he had been given advance warning of the curve. However she also found that the accident was partially caused by the conduct of Mr. Nikolaisen, and apportioned fault accordingly, with 50 percent to Mr. Nikolaisen and 35 percent to the Rural Municipality (para. 102).

72 As noted above, this Court has previously held that "an omission is only a material error if 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, supra*, at para.15). In the present case, it is not clear from the trial judge's reasons which portions of the evidence of Mr. Laughlin, Craig and Toby Thiel and Paul Housen she relied upon, or to what extent. However, as we have already stated, the full evidentiary record was before the trial judge and, absent further proof that the omission in her reasons was due to her misapprehension or neglect, of the evidence, we can presume that she reviewed the evidence in its entirety and based her factual findings

La juge de première instance a fondé ses conclusions au sujet du lien de causalité sur trois éléments (au par. 101) :

(1) l'accident est survenu à un endroit dangereux du chemin, où un panneau de signalisation aurait dû être installé pour avertir les automobilistes du danger caché;

(2) même s'il y avait eu un panneau de signalisation, le degré d'ébriété de M. Nikolaisen avait accru chez lui le risque qu'il ne réagisse pas du tout ou de façon inappropriée à une signalisation;

(3) malgré cela, M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu'il était à prévoir qu'il ne voit pas un panneau de signalisation ou n'en tienne pas compte. Quelques instants plus tôt, à son départ de la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir.

La juge de première instance a estimé que, selon la prépondérance des probabilités, M. Nikolaisen aurait réagi et peut-être évité l'accident si on lui avait signalé à l'avance la présence de la courbe. Toutefois, elle a également conclu que l'accident avait été causé en partie par la conduite de M. Nikolaisen, et elle a réparti la responsabilité en conséquence, soit dans une proportion de 50 p. 100 à M. Nikolaisen et de 35 p. 100 à la municipalité rurale (par. 102).

Comme nous l'avons indiqué précédemment, notre Cour a jugé, dans une autre affaire, qu'« une omission ne constitue une erreur importante que 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*, précité, par. 15). En l'espèce, les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement sur quelles parties des témoignages de M. Laughlin, de Craig et Toby Thiel et de Paul Housen elle s'est appuyée, ni dans quelle mesure elle l'a fait. Cependant, comme nous l'avons dit plus tôt, la juge de première instance disposait de l'ensemble de la preuve et, en l'absence d'autre élément

on this review. This presumption, absent sufficient evidence of misapprehension or neglect, is consistent with the high level of error required by the test of “palpable and overriding” error. We reiterate that it is open to the trial judge to prefer the testimony of certain witnesses over others and to place more weight on some parts of the evidence than others, particularly where there is conflicting evidence: *Toneguzzo-Norvell, supra*, at pp. 122-23. The mere fact that the trial judge did not discuss a certain point or certain evidence in depth is not sufficient grounds for appellate interference: *Van de Perre, supra*, at para. 15.

For these reasons, we do not feel it appropriate to review the evidence of Mr. Laughlin and the lay witnesses *de novo*. As we concluded earlier, the trial judge’s finding of fact that a hidden hazard existed at the curve should not be interfered with. The finding of a hidden hazard that requires a sign formed part of the basis of her findings concerning causation. As her conclusions on the existence of a hidden hazard had a basis in the evidence, her conclusions on causation grounded in part on the hidden hazard finding also had a basis in the evidence.

As for the silence of the trial judge on the evidence of Mr. Laughlin, we observe only that the evidence of Mr. Laughlin appears to be general in nature and thus of limited utility. Mr. Laughlin admitted that he could only provide general comments on the effects of alcohol on motorists, but could not provide specific expertise on the actual effect of alcohol on an individual driver. This is significant, as the level of tolerance of an individual driver plays a key role in determining the actual effect of alcohol on the

indiquant que cette omission dans ses motifs résulte du fait qu’elle aurait mal interprété des éléments de la preuve ou négligé d’en examiner certains, nous pouvons présumer qu’elle a examiné l’ensemble de la preuve et que ses conclusions de fait reposaient sur cet examen. En l’absence de preuve établissant de façon suffisante qu’il y a eu mauvaise interprétation d’éléments de preuve ou négligence d’examiner certains de ceux-ci, cette présomption permet de conclure à l’absence d’erreur importante du type de celle requise pour satisfaire au critère de l’erreur « manifeste et dominante ». Nous tenons à rappeler que le juge de première instance peut préférer le témoignage de certains témoins et accorder plus de poids à certaines parties de la preuve qu’à d’autres, particulièrement en présence de preuves contradictoires : *Toneguzzo-Norvell*, précité, p. 122-123. Le simple fait que la juge de première instance n’a pas analysé en profondeur un point donné ou un élément de preuve particulier ne constitue pas un motif suffisant pour justifier l’intervention des tribunaux d’appel : *Van de Perre*, précité, par. 15.

Pour ces motifs, nous n’estimons pas opportun d’examiner à nouveau les dépositions de M. Laughlin et des témoins ordinaires. Comme nous l’avons affirmé précédemment, il n’y a pas lieu de modifier la conclusion de fait de la juge de première instance selon laquelle la courbe présentait un danger caché. Ses conclusions touchant le lien de causalité reposent en partie sur cette conclusion relative à l’existence d’un danger caché nécessitant l’installation d’un panneau d’avertissement. Tout comme ses conclusions relatives à l’existence d’un danger caché, celles touchant le lien de causalité — fondées en partie sur le danger caché — avaient elles aussi des assises dans la preuve.

Pour ce qui est du silence de la juge de première instance concernant le témoignage de M. Laughlin, signalons simplement que ce témoignage paraît être de nature générale et, partant, d’une utilité limitée. M. Laughlin a reconnu qu’il ne pouvait faire que des observations générales quant aux effets de l’alcool sur les automobilistes, et non apporter une expertise particulière sur l’effet concret de l’alcool sur un conducteur donné. Il s’agit d’un point important, puisque le seuil de tolérance d’un conducteur donné

motorist; an experienced drinker, although dangerous, will probably perform better on the road than an inexperienced drinker. It is noteworthy that the trial judge believed the evidence of Mr. Anderson that Mr. Nikolaisen's vehicle was travelling at the relatively slow speed of between 53 to 65 km/h at the time of impact with the embankment. It was also permissible for the trial judge to rely on the evidence of lay witnesses that Mr. Nikolaisen had successfully negotiated an apparently sharp curve moments before the accident, rather than relying on the evidence of Mr. Laughlin, which was of a hypothetical and unspecific nature. Indeed, the hypothetical nature of Mr. Laughlin's evidence reflects the entire inquiry into whether Mr. Nikolaisen would have seen a sign and reacted, or the precise speed that would be taken by a reasonable driver upon approaching the curve. The abstract nature of such inquiries supports deference to the factual findings of the trial judge, and is consistent with the stringent standard imposed by the phrase "palpable and overriding error".

joue un rôle essentiel dans la détermination de l'effet concret de l'alcool sur cet automobiliste; bien que dangereuse, la personne qui a l'habitude de boire se débrouillera probablement mieux sur la route qu'une personne qui n'en a pas l'habitude. Il convient de souligner que la juge de première instance a cru le témoignage de M. Anderson selon lequel le véhicule de M. Nikolaisen roulait à une vitesse relativement faible, soit entre 53 et 65 km/h, au moment de l'impact avec le remblai. Il lui était également permis de retenir les dépositions des témoins ordinaires selon lesquelles M. Nikolaisen avait réussi à prendre un virage apparemment serré quelques instants avant l'accident, plutôt que le témoignage de M. Laughlin, lequel était de nature hypothétique et générale. De fait, la nature hypothétique du témoignage de M. Laughlin est représentative de toute l'analyse de la question de savoir si M. Nikolaisen aurait aperçu un panneau de signalisation et aurait réagi en conséquence, ou à quelle vitesse précise un conducteur raisonnable s'approcherait du virage. Le caractère théorique de ces analyses justifie de faire montre de retenue à l'égard des conclusions factuelles de la juge de première instance et permet d'affirmer qu'on n'a pas satisfait à la norme rigoureuse imposée par l'expression « erreur manifeste et dominante ».

75 Therefore we conclude that the trial judge's factual findings on causation were reasonable and thus do not reach the level of a palpable and overriding error, and therefore should not have been interfered with by the Court of Appeal.

Par conséquent, nous estimons que les constatations factuelles de la juge de première instance concernant la causalité étaient raisonnables, qu'elles ne constituent donc pas une erreur manifeste et dominante et, partant, que la Cour d'appel n'aurait pas dû les modifier.

VI. Common Law Duty of Care

VI. Obligation de diligence prévue par la common law

76 As we conclude that the municipality is liable under *The Rural Municipality Act, 1989*, we find it unnecessary to consider the existence of a common law duty in this case.

Puisque nous concluons à la responsabilité de la municipalité en vertu de la *Rural Municipality Act, 1989*, nous n'estimons pas nécessaire de nous demander s'il existe en l'espèce une obligation de diligence prévue par la common law.

VII. Disposition

VII. Dispositif

77 As we stated at the outset, there are important reasons and principles for appellate courts not to interfere improperly with trial decisions. Applying

Comme nous l'avons dit au départ, d'importantes raisons et d'importants principes commandent aux tribunaux d'appel de ne pas modifier indûment

these reasons and principles to this case, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, and restore the judgment of the trial judge, with costs throughout.

The reasons of Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

I. Introduction

This appeal arises out of a single-vehicle accident which occurred on July 18, 1992, on Snake Hill Road, a rural road located in the Municipality of Shellbrook, Saskatchewan. The appellant, Paul Housen, a passenger in the vehicle, was rendered a quadriplegic by the accident. At trial, the judge found that the driver of the vehicle, Douglas Nikolaisen, was negligent in travelling Snake Hill Road at an excessive rate of speed and in operating his vehicle while impaired. The trial judge also found the respondent, the Municipality of Shellbrook, to be at fault for breaching its duty to keep the road in a reasonable state of repair as required by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the respondent municipality was negligent. At issue in this appeal is whether the Court of Appeal had sufficient grounds to intervene in the decision of the lower court. The respondent has also asked this Court to overturn the trial judge's finding that the respondent knew or ought to have known of the alleged disrepair of Snake Hill Road and that the accident was caused in part by the negligence of the respondent. An incidental question is whether a common law duty of care exists alongside the statutory duty imposed on the respondent by s. 192.

les décisions des tribunaux de première instance. Appliquant ces raisons et principes à la présente espèce, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan et de rétablir la décision de la juge de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

I. Introduction

Le présent pourvoi découle d'un accident impliquant un seul véhicule survenu le 18 juillet 1992 sur le chemin Snake Hill, route rurale située dans la municipalité de Shellbrook, en Saskatchewan. L'appelant, Paul Housen, qui était passager dans le véhicule, est devenu quadriplégique à la suite de cet accident. Au procès, la juge a conclu que le conducteur du véhicule, Douglas Nikolaisen, avait fait preuve de négligence en roulant à une vitesse excessive sur le chemin Snake Hill et en conduisant son véhicule pendant que ses facultés étaient affaiblies. La juge de première instance a également estimé que l'intimée, la municipalité de Shellbrook, avait commis une faute en manquant à l'obligation de tenir le chemin dans un état raisonnable d'entretien comme le lui impose l'art. 192 de la loi intitulée la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. La Cour d'appel a infirmé la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité intimée. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si la Cour d'appel avait des motifs suffisants pour modifier la décision du tribunal de première instance. L'intimée demande également à notre Cour d'infirmier les conclusions de la juge de première instance portant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin Snake Hill, et que l'accident a été causé en partie par sa négligence. Il faut également répondre à la question incidente de savoir si une obligation de diligence de common law coexiste avec l'obligation légale imposée à l'intimée par l'art. 192.

79

I conclude that the Court of Appeal was correct to overturn the trial judge's finding that the respondent was negligent. Though I would not interfere with the trial judge's factual findings on this issue, I find that she erred in law by failing to apply the correct standard of care. I would also overturn the trial judge's conclusions with regard to knowledge and causation. In coming to the conclusion that the respondent knew or should have known of the alleged disrepair of Snake Hill Road, the trial judge erred in law by failing to consider the knowledge requirement from the perspective of a prudent municipal councillor and by failing to be attentive to the fact that the onus of proof was on the appellant. In addition, the trial judge drew an unreasonable inference by imputing knowledge to the respondent on the basis of accidents that occurred on other segments of the road while motorists were travelling in the opposite direction. The trial judge also erred with respect to causation. She misapprehended the evidence before her, drew erroneous conclusions from that evidence and ignored relevant evidence. Finally, I would not interfere with the decision of the courts below to reject the appellant's argument that a common law duty existed. It is unnecessary to impose a common law duty of care where a statutory duty exists. Moreover, the application of common law negligence principles would not affect the outcome in these proceedings.

II. Factual Background

80

The sequence of events which culminated in this tragic accident began to unfold some 19 hours before its occurrence on the afternoon of July 18, 1992. On July 17, Mr. Nikolaisen attended a barbeque at the residence of Craig and Toby Thiel, located on Snake Hill Road. He arrived in the late afternoon and had his first drink of the day at approximately 6:00 p.m. He consumed four or five drinks before leaving the Thiel residence at approximately

J'estime que la Cour d'appel a eu raison d'infirmer la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la municipalité intimée a été négligente. Je ne modifierais pas les conclusions de fait de la juge de première instance sur cette question, mais je suis d'avis qu'elle a commis une erreur de droit en n'appliquant pas la norme de diligence appropriée. J'infirmerais également ses conclusions en ce qui concerne la question de la connaissance et le lien de causalité. En concluant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin Snake Hill, la juge de première instance a commis une erreur de droit en n'appréciant pas l'exigence relative à la connaissance du point de vue du conseiller municipal prudent et en ne tenant pas compte du fait que le fardeau de la preuve incombait à l'appelant. De plus, la juge de première instance a tiré une inférence déraisonnable en prêtant à l'intimée la connaissance requise, en raison d'accidents survenus sur d'autres tronçons du chemin alors que des automobilistes circulaient en sens inverse. La juge de première instance a également commis une erreur relativement au lien de causalité. Elle a mal interprété la preuve qui lui était soumise, elle en a tiré des conclusions erronées et elle n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents. Enfin, je ne modifierais pas la décision des juridictions inférieures ayant rejeté l'argument de l'appelant selon lequel il existait une obligation de diligence de common law. Il est inutile d'imposer une obligation de common law lorsqu'il existe une obligation légale. Qui plus est, l'application des principes de la common law en matière de négligence n'aurait aucune incidence sur l'issue de la présente instance.

II. Les faits

La suite d'événements ayant abouti au tragique accident a commencé quelque 19 heures avant l'accident lui-même, dans l'après-midi du 18 juillet 1992. Le 17 juillet, M. Nikolaisen a participé à un barbecue à la résidence de Craig et Toby Thiel, sur le chemin Snake Hill. Arrivé en fin d'après-midi, il a pris son premier verre de la journée vers 18 h. Il en a pris quatre ou cinq avant de quitter la résidence des Thiel vers 22 h ou 22 h 30. Après avoir passé

10:00 or 10:30 p.m. After returning home for a few hours, Mr. Nikolaisen proceeded to the Sturgeon Lake Jamboree, where he met up with the appellant. At the jamboree, Mr. Nikolaisen consumed eight or nine double rye drinks and several beers. The appellant was also drinking during this event. The appellant and Mr. Nikolaisen partied on the grounds of the jamboree for several hours. At approximately 4:30 a.m., the appellant left the jamboree with Mr. Nikolaisen. After travelling around the back roads for a period of time, they returned to the Thiel residence. It was approximately 8:00 a.m. The appellant and Mr. Nikolaisen had several more drinks over the course of the morning. Mr. Nikolaisen stopped drinking two or three hours before leaving the Thiel residence with the appellant at approximately 2:00 p.m.

A light rain was falling when the appellant and Mr. Nikolaisen left the Thiel residence, travelling eastbound with Mr. Nikolaisen behind the wheel of a Ford pickup truck. The truck swerved or “fish-tailed” as it turned the corner from the Thiel driveway onto Snake Hill Road. As Mr. Nikolaisen continued on his way over the course of a gentle bend some 300 metres in length, gaining speed to an estimated 65 km/h, the truck again fish-tailed several times. The truck went into a skid as Mr. Nikolaisen approached and entered a sharper right turn. Mr. Nikolaisen steered into the skid but was unable to negotiate the curve. The left rear wheel of the truck contacted an embankment on the left side of the road. The vehicle travelled on the road for approximately 30 metres when the left front wheel contacted and climbed an 18-inch embankment on the left side of the road. This second contact with the embankment caused the truck to enter a 360-degree roll with the passenger side of the roof contacting the ground first.

When the vehicle came to rest, the appellant was unable to feel any sensation. Mr. Nikolaisen climbed out the back window of the vehicle and ran to the Thiel residence for assistance. Police later accompanied Mr. Nikolaisen to the Shellbrook Hospital where a blood sample was taken. Expert testimony estimated Mr. Nikolaisen’s blood alcohol level to be

quelques heures chez lui, M. Nikolaisen s’est rendu au jamboree de Sturgeon Lake, où il a rencontré l’appellant. Sur les lieux du jamboree, M. Nikolaisen a consommé huit ou neuf ryes doubles et plusieurs bières. L’appellant buvait lui aussi. L’appellant et M. Nikolaisen ont fait la fête sur les lieux du jamboree pendant plusieurs heures. Vers 4 h 30, l’appellant a quitté le jamboree en compagnie de M. Nikolaisen. Après avoir roulé sur des routes de campagne pendant un certain temps, ils sont retournés à la résidence des Thiel. Il était environ 8 h. L’appellant et M. Nikolaisen ont pris plusieurs autres verres au cours de la matinée. M. Nikolaisen a cessé de boire deux ou trois heures avant de quitter la résidence des Thiel en compagnie de l’appellant vers 14 h.

Une faible pluie tombait lorsque l’appellant et M. Nikolaisen ont quitté la résidence des Thiel et pris la route, en direction est, à bord d’une camionnette Ford conduite par M. Nikolaisen. L’arrière de la camionnette a zigzagué lorsque le véhicule a tourné à l’intersection de l’entrée de la résidence des Thiel et du chemin Snake Hill. Alors que M. Nikolaisen prenait un léger virage d’une longueur de quelque 300 mètres, tout en accélérant à 65 km/h environ, l’arrière de sa camionnette a zigzagué à nouveau à plusieurs reprises. La camionnette s’est mise à déraper lorsque M. Nikolaisen a amorcé un virage plus serré vers la droite. Il a donné un coup de volant, mais n’a pas réussi à prendre le virage. La roue arrière gauche de la camionnette a heurté un remblai situé du côté gauche du chemin. Le véhicule a continué sa course sur une distance d’environ 30 mètres, puis sa roue avant gauche est montée sur un remblai de 18 pouces du côté gauche du chemin, après l’avoir heurté. Sous la force du second impact, la camionnette a fait un tonneau complet, le toit du côté du passager touchant le sol en premier.

Lorsque le véhicule s’est immobilisé, l’appellant n’éprouvait plus aucune sensation. M. Nikolaisen s’est hissé hors du véhicule par la fenêtre arrière et a couru chez les Thiel pour demander de l’aide. Plus tard, la police a accompagné M. Nikolaisen à l’hôpital de Shellbrook, où un échantillon de sang a été prélevé. Le témoignage d’expert a révélé

between 180 and 210 milligrams in 100 millilitres of blood at the time of the accident, well over the legal limits prescribed in *The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1, and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

83

Mr. Nikolaisen had travelled on Snake Hill Road three times in the 24 hours preceding the accident, but had not driven it on any earlier occasions. The road was about a mile and three quarters in length and was flanked by highways to the north and to the east. Starting at the north end, it ran south for a short distance, dipped between open fields, then curved to the southeast and descended in a southerly loop down and around Snake Hill, past trees, bush and pasture, to the bottom of the valley. There it curved sharply to the southeast as it passed the Thiels' driveway. Once it passed the driveway, it curved gently to the south east for about 300 metres, then curved more distinctly to the south. It was on this stretch that the accident occurred. From that point on, the road crossed a creek, took another curve, then ascended a steep hill to the east, straightened out, and continued east for just over half a mile, past tree-lined fields and another farm site, to an approach to the highway.

84

Snake Hill Road was established in 1923 and was maintained by the respondent municipality for the primary purpose of providing local farmers access to their fields and pastures. It also served as an access road for the two permanent residences and one veterinary clinic located on it. The road at its northernmost end, coming off the highway, is characterized as a "Type C" local access road under the provincial government's scheme of road classification. This means that it is graded, gravelled and elevated above the surrounding land. The portion of the road east of the Thiel residence, on which the accident occurred, is characterized as "Type B" bladed trail, essentially a prairie trail that has been bladed to remove the ruts and to allow it to be driven on. Bladed trails follow the path of least resistance through the surrounding land and are not elevated or gravelled. The

que, au moment de l'accident, l'alcoolémie de M. Nikolaisen se situait entre 180 et 210 milligrammes par 100 milligrammes, taux largement supérieur à la limite permise par la loi intitulée la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986 ch. H-3.1, et par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

M. Nikolaisen avait emprunté le chemin Snake Hill à trois reprises au cours des 24 heures ayant précédé l'accident, mais il n'y avait jamais circulé auparavant. Ce chemin, flanqué de routes au nord et à l'est, fait environ un mille et trois quarts de longueur. À partir de son extrémité nord, il franchit une courte distance en direction sud, traverse des champs, puis tourne vers le sud-est pour ensuite descendre en lacet vers le sud autour du mont Snake Hill, passant devant des arbres, buissons et pâturages, jusqu'au fond de la vallée. De là, il tourne brusquement vers le sud-est devant l'entrée de la résidence des Thiel. Tout de suite après, il tourne doucement vers le sud-est sur une distance d'environ 300 mètres, puis décrit une courbe plus prononcée vers le sud. C'est à cet endroit que l'accident s'est produit. De là, le chemin traverse un ruisseau, tourne encore, puis monte une pente raide vers l'est, se redresse et continue vers l'est sur une distance d'un peu plus d'un demi mille et passe devant des champs bordés d'arbres et une autre ferme, jusqu'à une voie d'accès à la route.

Construit en 1923, le chemin Snake Hill est entretenu par la municipalité intimée dans le but premier de permettre aux fermiers de la région d'accéder à leurs champs et pâturages. Il sert également de voie d'accès à deux résidences permanentes et à une clinique vétérinaire. Le tronçon nord du chemin, dont l'extrémité part de la route, est considéré comme un chemin d'accès local de « type C » selon le système provincial de classification des routes. Cela signifie qu'il est nivelé, gravelé et possède une chaussée surélevée. Le tronçon du chemin situé à l'est de la résidence des Thiel et sur lequel l'accident s'est produit est considéré comme un chemin nivelé de « type B », c'est-à-dire essentiellement un chemin dont les ornières ont été remplies pour le rendre carrossable. Les chemins nivelés suivent le tracé qui présente le moins d'obstacle à travers le terrain environnant et ne sont ni surélevés ni gravelés. La

province of Saskatchewan has some 45,000 kilometres of bladed trails.

According to the provincial scheme of road classification, both bladed trails and local access roads are “non-designated”, meaning that they are not subject to the Saskatchewan Rural Development Sign Policy and Standards. On such roads, the council of the rural municipality makes a decision to post signs if it becomes aware of a hazard or if there are several accidents at one specific spot. Three accidents had occurred on Snake Hill Road between 1978 and 1987. All three accidents occurred to the east of the site of the Nikolaisen rollover, with drivers travelling westbound. A fourth accident occurred on Snake Hill Road in 1990 but there was no evidence as to where it occurred. There was no evidence that topography was a factor in any of these accidents. The respondent municipality had not posted signs on any portion of Snake Hill Road.

III. Relevant Statutory Provisions

The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1

192(1) Every Council shall keep in a reasonable state of repair all municipal roads, dams and reservoirs and the approaches to them that have been constructed or provided by the municipality or by any person with the permission of the council or that have been constructed or provided by the province, having regard to the character of the municipal road, dam or reservoir and the locality in which it is situated or through which it passes.

(2) Where the council fails to carry out its duty imposed by subsections (1) and (1.1), the municipality is, subject to *The Contributory Negligence Act*, civilly liable for all damages sustained by any person by reason of the failure.

province de Saskatchewan compte quelque 45 000 kilomètres de chemins nivelés.

Selon le système de classification des routes, tant les chemins nivelés que les chemins d'accès local sont [TRADUCTION] « non désignés », c'est-à-dire qu'ils ne sont pas visés par le document intitulé *Saskatchewan Rural Development Sign Policy and Standards* (« Politique et normes de signalisation routière en milieu rural en Saskatchewan »). Le conseil de la municipalité rurale installe des panneaux de signalisation sur ces chemins s'il constate l'existence d'un danger ou si plusieurs accidents se produisent au même endroit. Trois accidents sont survenus sur le chemin Snake Hill de 1978 à 1987. Tous ces accidents se sont produits à l'est de l'endroit où la camionnette de Nikolaisen a fait un tonneau et les véhicules concernés circulaient en direction ouest. Un quatrième accident s'est produit sur le chemin Snake Hill en 1990, mais aucune preuve indiquant l'endroit exact de l'accident n'a été présentée. Rien ne permettait de conclure que la topographie des lieux était à l'origine de l'un ou l'autre de ces accidents. La municipalité intimée n'avait installé aucun panneau signalisateur le long du chemin Snake Hill.

III. Les dispositions législatives pertinentes

The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1

[TRADUCTION]

192(1) Le conseil tient dans un état raisonnable d'entretien tous les chemins municipaux, barrages et réservoirs, ainsi que les accès à ces ouvrages qui ont été construits ou sont fournis par la municipalité ou par toute autre personne avec la permission du conseil ou qui ont été construits ou sont fournis par le gouvernement de la province, eu égard à la nature de l'ouvrage en question et à la localité où il est situé ou qu'il traverse.

(2) Lorsque le conseil omet de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu des paragraphes (1) et (1.1), la municipalité est, sous réserve de la *Contributory Negligence Act* [*Loi sur le partage de la responsabilité*], civilement responsable des dommages subis par toute personne à la suite de ce manquement.

(3) Default under subsections (1) and (1.1) shall not be imputed to a municipality in any action without proof by the plaintiff that the municipality knew or should have known of the disrepair of the municipal road or other thing mentioned in subsections (1) and (1.1).

The Highway Traffic Act, S.S. 1986, c. H-3.1

33(1) Subject to the other provisions of this Act, no person shall drive a vehicle on a highway:

- (a) at a speed greater than 80 kilometres per hour; or
- (b) at a speed greater than the maximum speed indicated by any signs that are erected on the highway

(2) No person shall drive a vehicle on a highway at a speed greater than is reasonable and safe in the circumstances.

44(1) No person shall drive a vehicle on a highway without due care and attention.

IV. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, [1998] 5 W.W.R. 523

87 Wright J. found the respondent negligent in failing to erect a sign to warn motorists of the sharp right curve on Snake Hill Road, which she characterized as a "hidden hazard". She also found Mr. Nikolaisen negligent in travelling Snake Hill Road at an excessive speed and in operating his vehicle while impaired. The appellant was held to be contributorily negligent in accepting a ride with Mr. Nikolaisen. Fifteen percent of the fault was apportioned to the appellant, and the remainder was apportioned jointly and severally 50 percent to Mr. Nikolaisen and 35 percent to the respondent.

88 Wright J. found that s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989* imposed a statutory duty of care on the respondent toward persons travelling on Snake Hill Road. She then considered whether the respondent met the standard of care as delineated in

(3) En cas d'action reprochant un manquement visé aux paragraphes (1) et (1.1) la responsabilité de la municipalité concernée n'est engagée que si le demandeur établit que cette dernière connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin municipal ou autre ouvrage mentionné aux paragraphes (1) et (1.1).

The Highway Traffic Act, S.S. 1986, ch. H-3.1

[TRADUCTION]

33(1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, il est interdit de conduire sur une voie publique à une vitesse supérieure, selon le cas :

- a) à 80 kilomètres à l'heure;
- b) à la vitesse maximale indiquée par la signalisation routière le long de la voie publique en question . . .

(2) Il est interdit de conduire un véhicule sur une voie publique à une vitesse supérieure à celle qui est raisonnable et sécuritaire dans les circonstances.

44(1) Il est interdit de conduire un véhicule sur une voie publique sans faire preuve de la prudence et de l'attention nécessaires.

IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, [1998] 5 W.W.R. 523

La juge Wright a conclu que l'intimée avait fait preuve de négligence en omettant d'installer un panneau signalant aux automobilistes l'existence du virage à droite serré sur le chemin Snake Hill, virage qu'elle a qualifié de [TRADUCTION] « danger caché ». Elle a également estimé que M. Nikolaisen avait été négligent en roulant à une vitesse excessive sur le chemin Snake Hill et en conduisant son véhicule pendant qu'il avait les facultés affaiblies. L'appelant a été tenu responsable de négligence concourante parce qu'il avait accepté de monter à bord du véhicule de M. Nikolaisen. La responsabilité a été partagée ainsi : 15 p. 100 à l'appelant, le reste étant réparti solidairement entre M. Nikolaisen (50 p. 100) et l'intimée (35 p. 100).

La juge Wright a d'abord conclu que l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989* imposait à l'intimée une obligation légale de diligence envers les personnes circulant sur le chemin Snake Hill. Elle s'est ensuite demandée si l'intimée s'était

s. 192 and the jurisprudence interpreting that section. She referred specifically to *Partridge v. Rural Municipality of Langenberg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (Sask. C.A.), in which it was stated at p. 558 that “the road must be kept in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety”. She also cited *Shupe v. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627 (Sask. C.A.), at p. 630: “[R]egard must be had to the locality . . . the situation of the road therein, whether required to be used by many or by few; . . . to the number of roads to be kept in repair; to the means at the disposal of the council for that purpose, and the requirements of the public who use the road.” Relying on *Galbiati v. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40 (Sask. Q.B.), Wright J. observed that although the Act does not mention an obligation to erect warning signs, the general duty of repair nevertheless includes the duty to warn motorists of a hidden hazard.

Having laid out the relevant case law, Wright J. went on to discuss the character of the road. Relying primarily on the evidence of two experts at trial, Mr. Anderson and Mr. Werner, she found that the sharp right turning curve was a hazard that was not readily apparent to the users of the road. From their testimony she concluded (at para. 85):

It is a hidden hazard. The location of the Nikolaisen roll-over is the most dangerous segment of Snake Hill Road. Approaching the location of the Nikolaisen rollover, limited sight distance, created by uncleared bush, precludes a motorist from being forewarned of an impending sharp right turn immediately followed by a left turn. While there were differing opinions on the *maximum* speed at which this curve can be negotiated, I am satisfied that when limited sight distance is combined with the tight radius of the curve and lack of superelevation, this curve cannot be *safely* negotiated at speeds greater

conformée à la norme de diligence énoncée à l’art. 192 et dans la jurisprudence portant sur l’interprétation de cet article. Elle a fait état, en particulier, de l’arrêt *Partridge c. Rural Municipality of Langenberg*, [1929] 3 W.W.R. 555, dans lequel la Cour d’appel de la Saskatchewan a déclaré, à la p. 558, que [TRADUCTION] « le chemin doit être tenu dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité ». Elle a également cité le passage suivant de l’affaire *Shupe c. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627 (C.A. Sask.), p. 630 : [TRADUCTION] « [I]l faut tenir compte de la localité où est situé le chemin, [. . .] de son emplacement dans celle-ci, se demander s’il sera beaucoup ou peu fréquenté; [. . .] du nombre de chemins à entretenir; des ressources budgétaires dont dispose le conseil à cette fin et des besoins du public qui emprunte ce chemin ». Se fondant sur l’affaire *Galbiati c. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40 (B.R. Sask.), la juge Wright a fait observer que, bien que la Loi ne mentionne pas explicitement l’obligation d’installer des panneaux d’avertissement, l’obligation générale d’entretien comporte néanmoins celle de signaler aux automobilistes l’existence d’un danger caché.

Après avoir fait état de la jurisprudence pertinente, la juge Wright a poursuivi en examinant la nature du chemin. S’appuyant principalement sur les témoignages donnés par deux experts au procès, MM. Anderson et Werner, elle a conclu que le virage à droite serré constituait un danger que les usagers du chemin ne pouvaient voir aisément. De leurs témoignages, elle a tiré la conclusion suivante (au par. 85) :

[TRADUCTION] Il s’agit d’un danger caché. L’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau est situé sur le tronçon le plus dangereux du chemin Snake Hill. À l’approche de cet endroit, des broussailles réduisent la distance de visibilité de l’automobiliste et l’empêchent de voir l’imminence d’un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d’un virage à gauche. Bien que des opinions divergentes aient été émises quant à la vitesse *maximale* à laquelle ce virage peut être pris, je suis d’avis que, vu la distance de visibilité réduite, l’existence d’une courbe serrée et l’absence de surélévation du chemin, ce

than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet. [Emphasis in original.]

Wright J. then noted that, while it would not be reasonable to expect the respondent to construct the road to a higher standard or to clear all of the bush away, it was reasonable to expect the respondent to erect and maintain a warning or regulatory sign “so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation” (para. 86).

90 Wright J. then considered s. 192(3) of the Act, which provides that there is no breach of the statutory standard of care unless the municipality knew or should have known of the danger. Wright J. observed that between 1978 and 1990, there were four accidents on Snake Hill Road, three of which occurred “in the same vicinity” as the Nikolaisen rollover, and two of which were reported to the authorities. On the basis of this information, she held that “[i]f the R.M. [Rural Municipality] did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known” (para. 90). Wright J. also found significant the relatively low volume of traffic on the road, the fact that there were permanent residences on the road, and the fact that the road was frequented by young and perhaps less experienced drivers.

91 In respect to causation, Wright J. found that it was probable that a warning sign would have enabled Mr. Nikolaisen to take corrective action to maintain control of his vehicle despite the fact of his impairment. She concluded (at para. 101):

Mr. Nikolaisen’s degree of impairment only served to increase the risk of him not reacting, or reacting inappropriately to a sign. Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that he would have intentionally disregarded

virage ne peut être pris en sécurité à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide. [En italique dans l’original.]

La juge Wright a ensuite précisé que, bien qu’on ne puisse raisonnablement exiger de l’intimée qu’elle construise le chemin selon une norme plus élevée ou qu’elle enlève toutes les broussailles, il était raisonnable de s’attendre à ce qu’elle installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation [TRADUCTION] « afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux » (par. 86).

La juge Wright a ensuite analysé le par. 192(3) de la Loi, qui prévoit qu’il n’y a manquement à l’obligation de diligence que si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître l’existence du danger. Elle a rappelé que quatre accidents étaient survenus sur le chemin Snake Hill de 1978 à 1990. Trois de ceux-ci se sont produits [TRADUCTION] « aux environs » de l’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, et deux ont été signalés aux autorités. Sur la base de cette information, elle a conclu que [TRADUCTION] « [s]i la M.R. [municipalité rurale] ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître » (par. 90). La juge Wright a également accordé de l’importance au débit relativement faible de la circulation sur le chemin, au fait que des résidences permanentes étaient situées en bordure de celui-ci et au fait que le chemin était fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés.

En ce qui concerne le lien de causalité, la juge Wright a estimé qu’un panneau de signalisation aurait probablement permis à M. Nikolaisen de prendre des mesures correctives et de conserver la maîtrise de son véhicule, même si ses facultés étaient affaiblies. Elle a aussi tiré la conclusion suivante, au par. 101 :

[TRADUCTION] Le degré d’ébriété de M. Nikolaisen n’a fait qu’accroître le risque qu’il ne réagisse pas du tout ou encore de façon inappropriée à une signalisation. M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu’il

a warning or regulatory sign. He had moments earlier, when departing the Thiel residence, successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him.

Wright J. also addressed the appellant's argument that the municipality was in breach of a common law duty of care which was not qualified or limited by any of the restrictions set out under s. 192. She held that *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, and the line of authority both preceding and following that decision did not apply to the case before her given the existence of the statutory duty of care. She also found that any qualifying words in s. 192 of the Act pertained to the standard of care and did not impose limitations on the statutory duty of care.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*, [2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12

On appeal, Cameron J.A., writing for a unanimous court, dealt primarily with the trial judge's finding that the respondent's failure to place a warning sign or regulatory sign at the site of the accident constituted a breach of its statutory duty of road repair. He did not find it necessary to rule on the issue of causation given his conclusion that the trial judge erred in finding the respondent negligent.

Cameron J.A. characterized the trial judge's conclusion that the respondent had breached the statutory duty of care as a matter of mixed fact and law. He noted that an appellate court is not to interfere with a trial judge's findings of fact unless the judge made a "palpable and overriding error" which affected his or her assessment of the facts. With respect to errors of law, however, Cameron J.A. remarked that the ability of an appellate court to overturn the finding of the trial judge is "largely unbounded". Regarding errors of mixed fact and law, Cameron J.A. noted that these are typically subject to the same standard of review as findings

aurait intentionnellement fait abstraction d'un panneau d'avertissement ou de signalisation. Quelques instants plus tôt, au moment de quitter la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir.

La juge Wright s'est également penchée sur l'argument de l'appelant voulant que la municipalité ait manqué à une obligation de diligence de common law qui ne serait pas atténuée ou restreinte par l'une ou l'autre des dispositions de l'art. 192. Elle a estimé que l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, ainsi que la jurisprudence antérieure et postérieure à cette décision ne s'appliquaient pas à l'affaire dont elle était saisie, vu l'existence de l'obligation légale de diligence. Elle a également jugé que les termes restrictifs de l'art. 192 de la Loi visaient la norme de diligence et n'avaient pas pour effet de limiter la portée de l'obligation légale de diligence.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, [2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12

En appel, exprimant la décision unanime de la cour, le juge Cameron s'est attaché principalement à la conclusion de la juge de première instance portant que, en omettant d'installer un panneau d'avertissement ou de signalisation à l'endroit de l'accident, l'intimée avait manqué à son obligation légale d'entretien des routes. Il n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question du lien de causalité, vu sa conclusion que la juge de première instance avait commis une erreur en déclarant l'intimée responsable de négligence.

Le juge Cameron a qualifié la conclusion de la juge de première instance que l'intimée avait manqué à son obligation légale de diligence de conclusion portant sur une question mixte de fait et de droit. Il a souligné qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance à moins que ce dernier n'ait commis une « erreur manifeste et dominante » ayant faussé son appréciation des faits. Pour ce qui est des erreurs de droit, toutefois, le juge Cameron a fait remarquer que le pouvoir d'une cour d'appel d'infirmer la conclusion du juge de première instance est [TRADUCTION] « presque illimité ». En ce qui concerne les erreurs

92

93

94

of fact. One exception to this, according to Cameron J.A., occurs where the trial judge identifies the correct legal test, yet fails to apply one branch of that test to the facts at hand. As support for this proposition, Cameron J.A. cited (at para. 41) Iacobucci J. in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 39:

[I]f a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

95

Turning to the applicable law in this case, Cameron J.A. acknowledged that the standard of care set out in the Act and the jurisprudence interpreting it requires municipalities to post warning signs to warn of hazards that prudent drivers, using ordinary care, would be unlikely to appreciate. Based on the jurisprudence, Cameron J.A. set out (at para. 50) an analytical framework to be used in order to assess if a municipality has breached its duty in this regard. This framework requires the judge:

1. To determine the character and state of the road at the time of the accident. This, of course, is a matter of fact that entails an assessment of the material features of the road where the accident occurred, as well as those factors going to the maintenance standard, namely the location, class of road, patterns of use, and so on.
2. To assess the issue of whether persons requiring to use the road, exercising ordinary car[e], could ordinarily travel upon it safely. This is essentially a reasonable person test, one concerned with how a

mixtes de fait et de droit, le juge Cameron a précisé qu'elles sont normalement assujetties à la même norme de contrôle que les conclusions de fait. Selon le juge Cameron, cette règle générale souffre une exception, qui s'applique dans les cas où, bien que le juge du procès ait retenu le bon critère juridique applicable, il omet d'en appliquer un élément aux faits de l'affaire dont il est saisi. Au soutien de cette affirmation, le juge Cameron a cité, au par. 41, les propos suivants du juge Iacobucci dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 39 :

[Si] un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Relativement au droit applicable en l'espèce, le juge Cameron a reconnu que la norme de diligence énoncée dans la Loi et dans la jurisprudence portant sur l'interprétation de cette loi exige des municipalités qu'elles installent des panneaux de mise en garde pour signaler les dangers que les conducteurs prudents et prenant des précautions normales ne pourraient vraisemblablement pas mesurer. Se fondant sur la jurisprudence, le juge Cameron a établi, au par. 50, un cadre analytique permettant de déterminer si une municipalité a manqué à son obligation à cet égard. Suivant ce cadre, le juge doit examiner les aspects suivants :

[TRADUCTION]

1. Le juge doit déterminer la nature et l'état du chemin au moment de l'accident. Il s'agit, bien sûr, d'une question de fait, qui nécessite une appréciation des caractéristiques physiques du chemin à l'endroit où l'accident s'est produit, ainsi que de tous les facteurs se rapportant à la norme d'entretien, à savoir l'emplacement du chemin, le type de chemin dont il s'agit, les utilisations habituelles de celui-ci, et ainsi de suite.
2. Il soit se demander si les personnes qui devaient emprunter le chemin pouvaient généralement, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Il s'agit essentiellement du critère de la

reasonable driver on that particular road would have conducted himself or herself. It is necessary in taking this step to take account of the various elements noted in the authorities referred to earlier, namely the locality of the road, the character and class of the road, the standard to which the municipality could reasonably have been expected to maintain the road, and so forth. These criteria fall to be balanced in the context of the question: how would a reasonable driver have driven upon this particular road? Since this entails the application of a legal standard to a given set of facts, it constitutes a question of mixed fact and law.

3. To determine either tha[t] the road was in a reasonable state of repair or that it was not, depending upon the assessment made while using the second step. If it is determined that the road was not in a reasonable state of repair, then it becomes necessary to go on to determine whether the municipality knew or should have known of the state of disrepair before imputing liability.

According to Cameron J.A., the trial judge did not err in law by failing to set out the proper legal test. She did, however, make an error in law of the type identified by Iacobucci J. in *Southam, supra*. In his view, when applying the law to the facts of the case, the trial judge failed to assess the manner in which a reasonable driver, exercising ordinary care, would ordinarily have driven on the road, and the risk, if any, that the unmarked curve might have posed for the ordinary driver. As noted by Cameron J.A., the trial judge “twice alluded to the matter, but failed to come to grips with it” (para. 57).

Cameron J.A. also found that the trial judge had made a “palpable and overriding” error of fact in determining that the respondent had breached the standard of care. According to Cameron J.A., the trial judge’s factual error stemmed from her reliance on the expert testimony of Mr. Werner and Mr. Anderson. Cameron J.A. found that the evidence of both experts was based on the fundamental premise

personne raisonnable, qui sert à déterminer comment se serait comporté un conducteur raisonnable sur ce chemin en particulier. À cette étape, il faut tenir compte des nombreux facteurs énoncés dans la jurisprudence mentionnée précédemment, c’est-à-dire l’emplacement du chemin, la nature et le type du chemin, la norme d’entretien à laquelle on pouvait raisonnablement s’attendre d’une municipalité, et ainsi de suite. Ces facteurs doivent être soupesés dans le contexte de la question suivante : Comment un conducteur raisonnable aurait-il conduit son véhicule sur ce chemin en particulier? Puisque cette question suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble donné de faits, elle constitue une question mixte de fait et de droit.

3. Il doit déterminer si le chemin était dans un état raisonnable d’entretien, compte tenu des conclusions tirées à la deuxième étape. S’il est établi que le chemin ne se trouvait pas dans un état raisonnable d’entretien, il faut alors déterminer si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état d’entretien avant de conclure à la responsabilité de celle-ci.

Selon le juge Cameron, la juge de première instance n’a pas commis d’erreur de droit en ce qui concerne le critère juridique applicable. Elle a cependant commis une erreur de droit du genre de celle exposée par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité. À son avis, lorsqu’elle a appliqué le droit aux faits de l’espèce, la juge de première instance a omis, d’une part, de se demander comment un conducteur raisonnable, faisant montre de prudence normale, aurait conduit son véhicule sur ce chemin, et, d’autre part, d’évaluer le risque, s’il en est, que le virage non annoncé aurait pu constituer pour le conducteur moyen. Comme l’a souligné le juge Cameron de la Cour d’appel, la juge de première instance [TRADUCTION] « a évoqué la question à deux reprises, mais elle ne l’a pas abordée » (par. 57).

Le juge Cameron a également estimé que la juge de première instance avait commis une erreur de fait « manifeste et dominante » en concluant que l’intimée n’avait pas exercé le degré de diligence requis. Selon le juge Cameron, cette erreur de fait découlait de l’importance accordée par la juge Wright aux témoignages d’experts de MM. Werner et Anderson. À son avis, les témoignages de ces deux experts

that the ordinary driver could be expected to travel the road at a speed of 80 km/h. In his view, this premise was misconceived and unsupported by the evidence.

98 Cameron J.A. concluded that although the trial judge was free to accept the evidence of some witnesses over others, she was not free to accept expert testimony that was based on an erroneous factual premise. According to Cameron J.A., had the trial judge found that a prudent driver, exercising ordinary care for his or her safety, would not ordinarily have driven this section of Snake Hill Road at a speed greater than 60 km/h, then she would have had to conclude that no hidden hazard existed since the curve could be negotiated safely at this speed.

99 Cameron J.A. agreed with the trial judge that a common law duty of care was not applicable in this case. His remarks in this respect are found at para. 44 of his reasons:

Concerning the duty of care, it might be noted that unlike statutory provisions empowering municipalities to maintain roads, but imposing no duty upon them to do so, the duty in this instance owes its existence to a statute, rather than the neighbourhood principle of the common law: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228 (S.C.C.). The duty is readily seen to extend to all who travel upon the roads.

V. Issues

- 100
- A. Did the Court of Appeal properly interfere with the trial judge's finding that the respondent was in breach of its statutory duty of care?
 - B. Did the trial judge err in finding the respondent knew or should have known of the alleged danger?
 - C. Did the trial judge err in finding that the accident was caused in part by the respondent's negligence?

reposaient sur la prémisse fondamentale qu'on pouvait s'attendre à ce que le conducteur moyen circule sur le chemin à une vitesse de 80 km/h. Selon lui, cette prémisse était erronée et n'était pas étayée par la preuve.

Le juge Cameron a conclu que, bien qu'il fût loisible à la juge de première instance d'accorder davantage foi à certains témoignages qu'à d'autres, il ne lui était pas loisible de retenir un témoignage d'expert fondé sur une prémisse factuelle erronée. Selon lui, si la juge de première instance avait estimé qu'un conducteur prudent prenant des précautions normales pour assurer sa sécurité n'aurait généralement pas roulé sur cette portion du chemin Snake Hill à plus de 60 km/h, alors elle aurait dû conclure à l'absence de danger caché puisque le virage pouvait être pris en sécurité à cette vitesse.

Le juge Cameron a souscrit à l'opinion de la juge de première instance que l'obligation de diligence de common law ne s'appliquait pas en l'espèce. Il a fait les commentaires suivants à ce sujet, au par. 44 de ses motifs :

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'obligation de diligence, il convient de préciser que, contrairement aux dispositions législatives qui habilite les municipalités à entretenir les chemins, sans toutefois leur imposer l'obligation de le faire, en l'espèce l'obligation doit son existence à une loi, plutôt qu'au principe de common law fondé sur la proximité : *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. On saisit immédiatement que l'obligation de diligence existe en faveur de tous ceux qui circulent sur les routes.

V. Les questions en litige

- A. La Cour d'appel a-t-elle eu raison de modifier la conclusion de la juge de première instance portant que l'intimée avait manqué à son obligation légale de diligence?
- B. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le danger allégué?
- C. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'accident a été en partie causé par la négligence de l'intimée?

D. Does a common law duty of care coexist alongside the statutory duty of care?

VI. Analysis

A. *Did the Court of Appeal Properly Interfere with the Decision at Trial?*

(1) The Standard of Review

Although the distinctions are not always clear, the issues that confront a trial court fall generally into three categories: questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact. Put briefly, questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests (*Southam, supra*, at para. 35).

Of the three categories above, the highest degree of deference is accorded to the trial judge's findings of fact. The Court will not overturn a factual finding unless it is palpably and overridingly, or clearly wrong (*Southam, supra*, at para. 60; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121). This deference is principally grounded in the recognition that only the trial judge enjoys the opportunity to observe witnesses and to hear testimony first-hand, and is therefore better able to choose between competing versions of events (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 32). It is however important to recognize that the making of a factual finding often involves more than merely determining the who, what, where and when of the case. The trial judge is very often called upon to draw inferences from the facts that are put before the court. For example, in this case, the trial judge inferred from the fact of accidents having occurred on Snake Hill Road

D. Est-ce qu'une obligation de diligence de common law coexiste avec l'obligation légale de diligence?

VI. L'analyse

A. *La Cour d'appel a-t-elle eu raison de modifier la décision de la juge de première instance?*

(1) La norme de contrôle

Bien qu'elles ne soient pas toujours faciles à distinguer, les questions auxquelles doit répondre un tribunal de première instance se classent généralement en trois catégories : les questions de droit, les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit. En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties et les questions mixtes de fait et de droit consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique (*Southam, précité*, par. 35).

De ces trois catégories, ce sont les conclusions de fait du juge de première instance qui commandent le degré le plus élevé de retenue. La Cour ne modifie les conclusions de fait du juge de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste ou dominante ou si la conclusion est manifestement erronée (*Southam, précité*, par. 60; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, p. 121). Cette retenue repose principalement sur le fait que, puisqu'il est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix, le juge de première instance est en conséquence plus à même de choisir entre deux versions divergentes d'un même événement (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32). Cependant, il est important de reconnaître que tirer une conclusion de fait implique souvent davantage que le simple fait de déterminer qui a fait quoi, ainsi que où et quand il l'a fait. Le juge de première instance est très souvent appelé à faire des inférences à partir des faits qui lui sont

101

102

that the respondent knew or should have known of the hidden danger.

103

This Court has determined that a trial judge's inferences of fact should be accorded a similar degree of deference as findings of fact (*Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353). In reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. I respectfully disagree with the majority's view that inferences can be rejected only where the inference-drawing process itself is deficient: see *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 45:

When a court is reviewing a tribunal's findings of fact or the inferences made on the basis of the evidence, it can only intervene "where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact": *Lester (W. W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669 per McLachlin J.

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. My colleagues recognize themselves that a judge is often called upon to make inferences of mixed law and fact (para. 26). While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact.

présentés. En l'espèce, par exemple, la juge de première instance a inféré du fait que des accidents s'étaient produits sur le chemin Snake Hill que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître l'existence du danger caché.

Notre Cour a jugé qu'il fallait appliquer aux inférences de fait du juge de première instance le même degré de retenue qu'à ses conclusions de fait (*Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353). La cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés. En toute déférence, je ne partage pas l'opinion de la majorité selon laquelle des inférences ne peuvent être rejetées que dans les cas où le processus qui les a produites est lui-même déficient : voir *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 45 :

Lorsqu'une cour de justice contrôle les conclusions de fait d'un tribunal administratif ou les inférences qu'il a tirées de la preuve, elle ne peut intervenir que « lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal » : *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669, le juge McLachlin.

Une inférence peut être manifestement erronée si ses assises factuelles présentent des lacunes ou si la norme juridique appliquée aux faits est mal interprétée. Mes collègues eux-mêmes reconnaissent qu'un juge est souvent appelé à tirer des inférences mixtes de fait et droit (par. 26). 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. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait.

My colleagues take issue with the above statement that an appellate court will verify whether the making of an inference can reasonably be supported by the trial judge's findings of fact, a standard which they believe to be less strict than the "palpable and overriding" standard. I do not agree that a less strict standard is implied. In my view there is no difference between concluding that it was "unreasonable" or "palpably wrong" for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts. The distinction is merely semantic.

By contrast, an appellate court reviews a trial judge's findings on questions of law not merely to determine if they are reasonable, but rather to determine if they are correct; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 833; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647; R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 90. The role of correcting errors of law is a primary function of the appellate court; therefore, that court can and should review the legal determinations of the lower courts for correctness.

In the law of negligence, the question of whether the conduct of the defendant has met the appropriate standard of care is necessarily 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 by the defendant 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. In many cases, viewing the facts through the legal lens of the standard of care gives rise to a policy-making or law-setting function that is the purview of both the trial and appellate courts. As stated by Kerans, *supra*, at p. 103, "[t]he evaluation of facts as meeting or not meeting a legal test is a process that involves law-making. Moreover, it is probably correct to say that every new attempt to apply a legal rule to a set of

Mes collègues ne sont pas d'accord avec l'énoncé susmentionné — savoir celui portant que la cour d'appel se demande si une inférence peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance — estimant qu'il s'agit d'une norme de contrôle moins exigeante que celle de l'erreur « manifeste et dominante ». Pour ma part, je ne crois pas que cet énoncé implique l'application d'une norme moins exigeante. À mon avis, il n'y a aucune différence entre le fait de conclure qu'il était « déraisonnable » ou « manifestement erroné » pour un juge de tirer une inférence des faits qu'il a constatés, et le fait de conclure que cette inférence n'était pas raisonnablement étayée par ces faits. La distinction est purement sémantique.

En revanche, une cour d'appel ne contrôle pas les conclusions tirées par le juge de première instance à l'égard des questions de droit simplement pour déterminer si elles sont raisonnables, mais plutôt pour déterminer si elles sont correctes : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 833; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 647; R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 90. Un des rôles principaux d'une cour d'appel consiste à corriger les erreurs de droit et, par conséquent, cette cour peut et doit vérifier si les conclusions juridiques de la juridiction inférieure sont correctes.

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 forcément 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. Dans bien des cas, l'examen des faits à travers le prisme juridique de la norme de diligence implique l'établissement de politiques d'intérêt général ou la création de règles de droit, rôle qui relève autant des cours de première instance que des cours d'appel. Comme l'a dit Kerans, *op. cit.*, p. 103, [TRADUCTION] « [l]'examen de la

104

105

106

facts involves some measure of interpretation of that rule, and thus more law-making” (emphasis in original).

question de savoir si les faits satisfont ou non à un critère juridique donné est un processus qui implique une fonction créatrice de droit. Qui plus est, il est probablement exact d'affirmer que *chaque* nouvelle tentative d'appliquer une règle de droit à un ensemble de faits emporte une certaine interprétation de cette règle et, partant, l'élaboration de règles de droit additionnelles » (en italique dans l'original).

107 In a negligence case, the trial judge is called on to decide whether the conduct of the defendant was reasonable under all the circumstances. While this determination involves questions of fact, it also requires the trial judge to assess what is reasonable. As stated above, in many cases, this will involve a policy-making or “law-setting” role which an appellate court is better situated to undertake (Kerans, *supra*, at pp. 5-10). For example, in this case, the degree of knowledge that the trial judge should have imputed to the reasonably prudent municipal councillor raised the policy consideration of the type of accident-reporting system that a small rural municipality with limited resources should be expected to maintain. This law-setting role was recognized by the United States Supreme Court in *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984), at note 17, within the context of an action for defamation:

Dans une affaire de négligence, le juge de première instance est appelé à décider si la conduite du défendeur était raisonnable eu égard à toutes les circonstances. Bien que la prise de cette décision demande l'examen de questions de fait, elle exige également du juge de première instance qu'il établisse ce qui est raisonnable. Comme il a été mentionné plus tôt, dans bien des cas cette décision implique l'établissement de politiques d'intérêt général ou la « création de règles de droit », rôle qu'une cour d'appel est mieux placée pour remplir (Kerans, *op. cit.*, p. 5 à 10). En l'espèce, par exemple, le degré de connaissance que la juge de première instance aurait dû prêter au conseiller municipal raisonnablement prudent soulevait une considération participant d'une politique d'intérêt général, savoir le genre de système d'information sur les accidents qu'une petite municipalité rurale aux ressources budgétaires limitées est censée tenir. Ce rôle créateur de droit a été reconnu par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Bose Corp. c. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984), à la note 17, dans le contexte d'une action en diffamation :

A finding of fact in some cases is inseparable from the principles through which it was deduced. At some point, the reasoning by which a fact is “found” crosses the line between application of those ordinary principles of logic and common experience which are ordinarily entrusted to the finder of fact into the realm of a legal rule upon which the reviewing court must exercise its own independent judgment. Where the line is drawn varies according to the nature of the substantive law at issue. Regarding certain largely factual questions in some areas of the law, the stakes — in terms of impact on future cases and future conduct — are too great to entrust them finally to the judgment of the trier of fact.

[TRADUCTION] Une conclusion de fait est, dans certains cas, indissociable des principes qui ont été appliqués pour y arriver. À un point donné, le raisonnement menant à la « constatation d'un fait » cesse d'être l'application des principes ordinaires de logique et d'expérience générale, qui est généralement l'apanage du juge de première instance, pour devenir l'application d'une règle de droit, tâche où le tribunal de révision doit exercer son propre jugement. Cette ligne de démarcation se déplace selon la nature de la règle de droit substantiel en litige. Dans quelques branches du droit, certaines questions largement factuelles soulèvent des enjeux — incidence sur d'éventuelles affaires et le comportement futur — qui sont trop importants pour être confiés en premier et dernier ressort au juge de première instance.

My colleagues assert that the question of whether or not the standard of care was met by the defendant in a negligence case is 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 (para. 36). I disagree. In many cases, it will not be possible to “extricate” a purely legal question from the standard of care analysis applicable to negligence, which is a question of mixed fact and law. In addition, while some questions of mixed fact and law may not have “any great precedential value” (*Southam, supra*, at para. 37), such questions often necessitate a normative analysis that should be reviewable by an appellate court.

Consider again the issue of whether the municipality knew or should have known of the alleged danger. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality having regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. If the trial judge applies a different legal standard, such as the reasonable person standard, it is an error of law. Yet even if the trial judge correctly identifies the applicable legal standard, he or she may still err in the process of assessing the facts through the lens of that legal standard. For example, there may exist evidence that an accident had previously occurred on the portion of the road on which the relevant accident occurred. In the course of considering whether or not that fact satisfies the legal test for knowledge the trial judge must make a number of normative assumptions. The trial judge must consider whether the fact that one accident had previously occurred in the same location would alert the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor to the existence of a hazard. The trial judge must also consider whether the ordinary, reasonable and prudent councillor would have been alerted to the previous accident by an accident-reporting system. In my view, the question of whether the fact of a previous accident having occurred fulfills the applicable knowledge

Mes collègues affirment que la question de savoir si, dans une affaire de négligence, le défendeur a respecté ou non la norme de diligence appropriée est assujettie au critère de l’erreur manifeste et dominante, sauf si le juge de première instance a clairement commis une erreur de principe isolable relativement à la détermination de la norme à appliquer ou à son application, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit (par. 36). Je ne suis pas d’accord. Dans bon nombre de cas, il ne sera pas possible d’« isoler » une question de droit pur de l’analyse de la norme de diligence applicable en matière de négligence, qui est une question mixte de fait et de droit. En outre, bien que certaines questions mixtes de fait et de droit puissent ne pas avoir « une grande valeur comme précédents » (*Southam, précité*, par. 37), ces questions impliquent souvent une analyse normative que devrait pouvoir contrôler une cour d’appel.

Revenons maintenant à la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le danger allégué. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s’il y a lieu de prêter cette connaissance à la municipalité eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Si le juge de première instance applique une autre norme juridique, par exemple celle de la personne raisonnable, il commet une erreur de droit. Cependant, même en supposant que le juge de première instance détermine correctement la norme juridique à appliquer, il lui est encore possible de commettre une erreur lorsqu’il apprécie les faits à la lumière de cette norme juridique. Par exemple, il peut exister une preuve indiquant qu’un accident s’était déjà produit sur le tronçon de chemin en cause. Le juge de première instance qui se demande si ce fait satisfait ou non au critère juridique applicable à la question de la connaissance doit poser un certain nombre d’hypothèses normatives. Il doit se demander si le fait qu’un accident se soit déjà produit au même endroit 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. Selon moi, la question de savoir si le fait qu’un accident se soit produit antérieurement

requirement is a question of mixed fact and law and it is artificial to characterize it as anything else. As is apparent from the example given, the question may also raise normative issues which should be reviewable by an appellate court on the correctness standard.

110 I agree with my colleagues that it is not possible to state as a general proposition that all matters of mixed fact and law are reviewable according to the standard of correctness: citing *Southam, supra*, at para. 37 (para. 28). I disagree, however, that the dicta in *Southam* establishes that a trial judge's conclusions on questions of mixed fact and law in a negligence action should be accorded deference in every case. This Court in *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, a medical negligence case, distinguished *Southam* on the issue of the standard applicable to questions of mixed fact and law where the tribunal has no particular expertise. Gonthier J., writing for a unanimous Court, stated at paras. 48-49:

A question "about whether the facts satisfy the legal tests" is one of mixed law and fact. Stated differently, "whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact" (*Southam*, at para. 35).

Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. Such is the standard for medical negligence. There is no issue of expertise of a specialized tribunal in a particular field which may go to the determination of facts and be pertinent to defining an appropriate standard and thereby call for some measure of deference by a court of general appeal (*Southam, supra*, at para. 45; and *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 647).

111 I also disagree with my colleagues that *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, is authority for the proposition that when the question

satisfait à l'exigence de connaissance applicable est une question mixte de fait et de droit, et il serait artificiel de la qualifier autrement. Comme l'indique clairement l'exemple qui précède, cette question peut également soulever des questions normatives que devrait pouvoir contrôler une cour d'appel selon la norme de la décision correcte.

Je partage l'opinion de mes collègues selon laquelle on ne peut poser comme principe général que toutes les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte : citant *Southam*, précité, par. 37 (par. 28). Cependant, je ne crois pas que l'opinion formulée dans *Southam* signifie que, dans une affaire de négligence, les conclusions du juge de première instance sur des questions mixtes de fait et de droit commandent systématiquement une attitude empreinte de retenue. Dans l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, affaire de négligence médicale, notre Cour a différencié cette affaire de l'arrêt *Southam* sur la question de la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit dans les cas où le tribunal ne possède d'expertise particulière. Exposant la décision unanime de la Cour, le juge Gonthier a dit ceci, aux par. 48 et 49 :

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou en d'autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d'appel. C'est la norme applicable à la négligence médicale. Il n'est pas question de l'expertise d'un tribunal spécialisé dans un domaine particulier, pouvant toucher la détermination des faits et avoir une incidence sur la définition de la norme appropriée et exiger de ce fait une certaine déférence de la part d'une cour générale d'appel (*Southam*, par. 45; *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, p. 647).

Je ne peux non plus me ranger à l'avis de mes collègues selon lequel l'arrêt *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, permet d'affirmer

of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, that finding should be deferred to by appellate courts. In that case the trial judge found that the conduct of the defendant ski instructor met the standard of care expected of him. Moreover, the trial judge found that the accident would have occurred regardless of what the ski instructor had done (*Taylor v. The Queen in Right of British Columbia* (1978), 95 D.L.R. (3d) 82). Seaton J.A. of the British Columbia Court of Appeal disagreed with the trial judge that the ski instructor had met the applicable standard of care (*Taylor (Guardian ad litem of) v. British Columbia* (1980), 112 D.L.R. (3d) 297). Seaton J.A. recognized nevertheless that the “final question” was whether “the instructor’s failure to remain was a cause of the accident” (p. 307). On the issue of causation, a question of fact, Seaton J.A. clearly substituted his opinion for that of the trial judge’s without regard to the appropriate standard of review. His concluding remarks on the issue of causation at p. 308 highlight his lack of deference to the trial judge’s conclusion on causation:

On balance, I think that the evidence supports the plaintiffs’ claim against the instructor, that his conduct in leaving the plaintiff below the crest was one of the causes of the accident.

This Court, which restored the finding of the trial judge, did not clearly state whether it did so on the basis that the appellate court was wrong to interfere with the trial judge’s finding of negligence or whether it did so because the appellate court wrongly interfered with the trial judge’s conclusions on causation. The reasons suggest the latter. The only portion of the trial judgment that this Court referred to was the finding on causation. Dickson J. (as he then was) remarks in *Jaegli Enterprises, supra*, at p. 4:

At the end of a nine-day trial Mr. Justice Meredith, the presiding judge, delivered a judgment in which he

que, lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est la conclusion de négligence tirée par le juge de première instance, les cours d’appel doivent faire preuve de retenue à l’égard de cette conclusion. Dans cette affaire, le juge de première instance avait conclu que le défendeur, un instructeur de ski, avait respecté la norme de diligence à laquelle il était tenu. Il avait aussi conclu que l’accident serait survenu, indépendamment de la conduite de l’instructeur de ski (*Taylor c. The Queen in Right of British Columbia* (1978), 95 D.L.R. (3d) 82). Le juge Seaton de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance que l’instructeur de ski avait respecté la norme de diligence applicable (*Taylor (Guardian ad litem of) c. British Columbia* (1980), 112 D.L.R. (3d) 297). Il a néanmoins reconnu que [TRADUCTION] « l’ultime question » consistait à se demander si « l’omission de l’instructeur de rester près de la demanderesse avait été une cause de l’accident » (p. 307). Sur la question du lien de causalité, qui est une question de fait, le juge Seaton a clairement substitué son opinion à celle du juge de première instance sans tenir compte de la norme de contrôle appropriée. Ses remarques finales sur la question de la causalité, à la p. 308, font ressortir son absence de retenue à l’égard de la conclusion du juge de première instance sur ce point :

[TRADUCTION] Tout bien considéré, j’estime que la preuve étaye la prétention des demandeurs voulant que la conduite de l’instructeur, qui l’a laissée seule sous la crête de la butte, a été l’une des causes de l’accident.

En rétablissant la décision du juge de première instance, notre Cour n’a pas précisé si elle le faisait parce que la cour d’appel avait eu tort de modifier la conclusion de ce dernier sur la négligence ou parce qu’elle avait erronément modifié ses conclusions sur la causalité. Les motifs donnent à penser que la dernière proposition est la bonne. La seule partie du jugement de première instance mentionnée par notre Cour se rapporte à la conclusion sur le lien de causalité. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait les remarques suivantes dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, à la p. 4 :

À la fin d’un procès de neuf jours, le juge Meredith, qui a présidé le procès, a rendu un jugement dans lequel il a

very carefully considered all of the evidence and concluded that the accident had been caused solely by Larry LaCasse and that the plaintiffs should recover damages, in an amount to be assessed, against LaCasse. The claims against Paul Ankenman, Jaegli Enterprises Limited and the other defendants were dismissed with costs.

113 The Court went on to cite a number of cases, some of which did not involve negligence (see *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78), for the general proposition that “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 [was] the interpretation of the evidence as a whole” (p. 84). Given that the Court focussed on the issue of causation, a question of fact alone, I do not think that *Jaegli Enterprises* establishes that a finding of negligence by the trial judge should be deferred to by appellate courts. In my view, the Court in *Jaegli Enterprises* merely affirmed the longstanding principle that an appellate court should not interfere with a trial judge’s finding of fact absent a palpable and overriding error.

(2) Error of Law in the Reasons of the Court of Queen’s Bench

114 The standard of care set out in s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, as interpreted within the jurisprudence, required the trial judge to examine whether the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred posed a hazard to the reasonable driver exercising ordinary care. Having identified the correct legal test, the trial judge nonetheless failed to ask herself whether a reasonable driver exercising ordinary care would have been able to safely drive the portion of the road on which the accident occurred. To neglect entirely one branch of a legal test when applying the facts to the test is to misconstrue the law (*Southam, supra*, at para. 39). The Saskatchewan Court of Appeal was therefore right to characterize this failure as an error of law and to consider the factual findings made by the trial judge in light of the appropriate legal test.

examiné soigneusement toute la preuve et a conclu que l’accident était imputable uniquement à Larry LaCasse et que les demandeurs pouvaient recouvrer de LaCasse des dommages-intérêts pour un montant à déterminer. Les réclamations contre Paul Ankenman, Jaegli Enterprises Limited et les autres défendeurs ont été rejetées avec dépens.

La Cour a ensuite cité quelques décisions, dont certaines ne traitent pas de négligence (voir *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78), au soutien de la proposition générale qu’« une cour d’appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l’interprétation de l’ensemble de la preuve » (p. 84). Étant donné que la Cour s’est attachée à la question du lien de causalité, question de fait seulement, je ne crois pas que l’arrêt *Jaegli Enterprises* établisse que les cours d’appel doivent faire montre de retenue lorsque le juge de première instance conclut à la négligence. À mon avis, dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, la Cour n’a fait que confirmer le principe bien établi portant qu’une cour d’appel ne doit pas modifier une conclusion de fait du juge de première instance en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

(2) L’erreur de droit dans les motifs de la Cour du Banc de la Reine

Suivant la norme de diligence énoncée à l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, telle qu’elle a été interprétée dans la jurisprudence, la juge de première instance devait se demander si le tronçon du chemin Snake Hill sur lequel s’est produit l’accident constituait un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Après avoir déterminé quel était le critère juridique applicable, la juge de première instance a toutefois omis de se demander si un tel conducteur aurait pu rouler en sécurité sur le tronçon en question. Le fait d’omettre entièrement une étape d’un critère juridique, dans l’application de celui-ci aux faits de l’espèce, équivaut à mal interpréter le droit (*Southam, précité*, par. 39). Par conséquent, la Cour d’appel de la Saskatchewan a donc eu raison de qualifier cette omission d’erreur de droit et de contrôler les conclusions de fait tirées par la juge de première instance à la lumière du critère juridique approprié.

The long line of jurisprudence interpreting s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989* and its predecessor provisions clearly establishes that the duty of the municipality is to keep the road “in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety” (*Partridge, supra*, at p. 558; *Levey v. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764 (Sask. C.A.), at p. 766; *Diebel Estate v. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68 (Q.B.), at pp. 71-72). Legislation in several other provinces establishes a similar duty of care and courts in these provinces have interpreted it in a similar fashion (*R. v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532, at p. 537; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884, at p. 892; *Fafard v. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717 (S.C.C.), at p. 718). This Court, in *Jennings, supra*, interpreting a similar provision under the Ontario *Highway Improvement Act*, R.S.O. 1960, c. 171, remarked at p. 537 that: “[i]t has been repeatedly held in Ontario that where a duty to keep a highway in repair is imposed by statute the body upon which it is imposed must keep the highway in such a condition that travellers using it with ordinary care may do so with safety”.

There is good reason for limiting the municipality’s duty to repair to a standard which permits drivers exercising ordinary care to proceed with safety. As stated by this Court in *Fafard, supra*, at p. 718: “[a] municipal corporation is not an insurer of travellers using its streets; its duty is to use reasonable care to keep its streets in a reasonably safe condition for ordinary travel by persons exercising ordinary care for their own safety”. Correspondingly, appellate courts have long held that it is an error for the trial judge to find a municipality in breach of its duty merely because a danger exists, regardless of whether or not that danger poses a risk to the ordinary user of the road. The type of error to be guarded against was described by Wetmore C.J. in *Williams v.*

La jurisprudence de longue date portant sur l’interprétation de l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989* et des dispositions qu’il a remplacées établit clairement que les municipalités ont l’obligation de tenir les chemins [TRADUCTION] « dans un état raisonnable d’entretien de façon que ceux qui doivent [es] emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité » (*Partridge, précité*, p. 558; *Levey c. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764 (C.A. Sask.), p. 766; *Diebel Estate c. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68 (B.R.), p. 71 et 72). Plusieurs autres provinces ont adopté des lois établissant une obligation de diligence semblable, et les tribunaux de ces provinces ont interprété cette obligation de la même façon (*R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532, p. 537; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884, p. 892; *Fafard c. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717 (C.S.C.), p. 718). Interprétant une disposition similaire de la *Highway Improvement Act* de l’Ontario, R.S.O. 1960, ch. 171, notre Cour a indiqué, dans l’arrêt *Jennings*, précité, p. 537, qu’[TRADUCTION] « [i]l a été décidé à maintes reprises en Ontario que, lorsque l’obligation de maintenir une route en bon état d’entretien est légalement imposée à un organisme, celui-ci doit maintenir la route dans un état permettant à ceux qui l’empruntent en prenant des précautions normales d’y circuler en sécurité ».

Il existe de bonnes raisons de limiter l’obligation d’entretien des routes incombant aux municipalités au respect d’une norme suffisante pour permettre aux conducteurs qui prennent des précautions normales d’y circuler en sécurité. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *Fafard*, précité, p. 718 : [TRADUCTION] « [l]es municipalités ne sont pas les assureurs des automobilistes qui roulent dans leurs rues; leur obligation consiste à faire preuve de diligence raisonnable et de maintenir leurs rues dans un état raisonnablement sécuritaire pour la circulation normale des personnes qui prennent des précautions normales en vue d’assurer leur propre sécurité ». En conséquence, les cours d’appel estiment depuis longtemps que le juge de première instance commet une erreur s’il conclut qu’une municipalité

Town of North Battleford (1911), 4 Sask. L.R. 75 (*en banc*), at p. 81:

The question in an action of this sort, whether or not the road is kept in such repair that those requiring to use it may, using ordinary care, pass to and fro upon it in safety, is, it seems to me, largely one of fact . . . I would hesitate about setting aside a finding of fact of the trial Judge if he had found the facts necessary for the determination of the case, but he did not so find. He found that the crossing was a “dangerous spot without a light, and that if the utmost care were used no accident might occur, but it was not in such proper or safe state as to render such accident unlikely to occur.” He did not consider the question from the standpoint of whether or not those requiring to use the road might, using ordinary care, pass to and fro upon it in safety. The mere fact of the crossing being dangerous is not sufficient . . . [Emphasis added.]

117

From the jurisprudence cited above, it is clear that the mere existence of a hazard or danger does not in and of itself give rise to a duty on the part of the municipality to erect a sign. Even if a trial judge concludes on the facts that the conditions of the road do, in fact, present a hazard, he or she must still go on to assess whether that hazard would present a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. The ordinary driver is often faced with inherently dangerous driving conditions. Motorists drive in icy or wet conditions. They drive at night on country roads that are not well lit. They are faced with obstacles such as snow ridges and potholes. These obstacles are often not in plain view, but are obscured or “hidden”. Common sense dictates that motorists will, however, exercise a degree of caution when faced with dangerous driving conditions. A municipality is expected to provide extra cautionary measures only where the conditions of the road and the surrounding circumstances do not signal to the driver the possibility that a hazard is present. For example, the ordinary driver expects a dirt road to become slippery when wet. By contrast, paved

manque à son obligation du seul fait qu’un danger existe, indépendamment de la question de savoir si ce danger présente ou non un risque pour l’usager ordinaire du chemin. Le genre d’erreur qu’il faut éviter a été décrit ainsi par le juge en chef Wetmore dans l’affaire *Williams c. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask. L.R. 75 (*in banco*), p. 81 :

[TRADUCTION] Il me semble que la question qui se pose dans ce genre d’action — soit celle de savoir si le chemin est tenu dans un état d’entretien tel que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité — est essentiellement une question de fait [. . .] j’hésiterais à écarter une conclusion de fait du juge de première instance s’il avait relevé l’existence des faits nécessaires pour trancher l’affaire, mais il ne l’a pas fait. Il a conclu que l’intersection était « un endroit dangereux non éclairé, et qu’aucun accident ne s’y produirait si on faisait preuve d’une prudence extrême, mais que cet endroit n’était pas tenu dans un état d’entretien propre à rendre improbable un tel accident ». Il n’a pas examiné la question en se demandant si ceux qui doivent emprunter ce chemin peuvent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Le seul fait que l’intersection soit dangereuse n’est pas suffisant . . . [Je souligne.]

Il ressort clairement de la jurisprudence susmentionnée que la simple existence d’un risque ou danger ne fait pas en soi naître pour la municipalité l’obligation d’installer un panneau de signalisation. Même si, à partir des faits, le juge de première instance arrive à la conclusion que l’état du chemin crée effectivement un risque, il doit poursuivre son analyse et se demander si ce risque présente un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Le conducteur moyen rencontre souvent des conditions de conduite intrinsèquement dangereuses. Les automobilistes conduisent leur véhicule sur des chaussées glacées ou humides. Ils roulent la nuit sur des chemins de campagne mal éclairés. Ils rencontrent des obstacles comme des bancs de neige et des nids-de-poule. Souvent ces obstacles ne sont pas visibles, car ils sont dissimulés ou « cachés ». Le bon sens suggère que les automobilistes font toutefois preuve d’une certaine prudence en présence de conditions de conduite dangereuses. On n’attend de la municipalité qu’elle prenne des mesures d’avertissement supplémentaires que lorsque l’état du chemin et l’ensemble des

bridge decks on highways are often slick, though they appear completely dry. Consequently, signs will be posted to alert drivers to this unapparent possibility.

The appellant in this case argued, at para. 27 of his factum, that the trial judge did, in fact, assess whether a reasonable driver using ordinary care would find the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred to pose a risk. He points in particular to the trial judge's comments at paras. 85-86 that:

There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner. Further, it is a hazard that is not readily apparent to users of the road. It is a hidden hazard. . . .

. . . where the existence of . . . bush obstructs the ability of a motorist to be forewarned of a hazard such as that on Snake Hill Road, it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation. [Emphasis added.]

The appellant's argument suggests that the trial judge discharged her duty to apply the facts to the law merely by restating the facts of the case in the language of the legal test. This was not, however, sufficient. Although it is clear from the citation above that the trial judge made a factual finding that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred presented drivers with a hidden hazard, there is nothing in this portion of her reasons to suggest that she considered whether or not that portion of the road would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. The finding that a hazard, or even that a hidden hazard, exists does not automatically give rise to the conclusion that the reasonable driver exercising ordinary care could not

autres circonstances ne signalent pas au conducteur la possibilité qu'un danger existe. Par exemple, le conducteur moyen s'attend à ce qu'un chemin de terre devienne glissant lorsqu'il est mouillé. À l'opposé, les tabliers de pont asphaltés qui se trouvent sur les routes sont souvent glissants, bien qu'ils paraissent complètement secs. Par conséquent, des panneaux sont installés pour alerter les conducteurs de cette possibilité non apparente.

En l'espèce, l'appelant a plaidé, au par. 27 de son mémoire, que la juge de première instance s'était, en fait, demandé si un conducteur raisonnable prenant des précautions normales considérerait que le tronçon du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident constitue un risque. Il souligne en particulier les commentaires suivants de la juge de première instance, aux par. 85 et 86 :

[TRADUCTION] Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner. En outre, il s'agit d'un danger qui n'est pas facilement décelable par les usagers du chemin. Il s'agit d'un danger caché . . .

. . . à l'endroit où la présence des broussailles empêche les automobilistes de voir venir un danger comme celui qui existe sur le chemin Snake Hill, il est raisonnable de s'attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d'avertissement ou de signalisation afin qu'un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d'arriver à l'endroit dangereux. [Je souligne.]

L'appelant semble prétendre que la juge de première instance s'est acquittée de son devoir d'appliquer le droit aux faits simplement en intégrant les faits de l'espèce à la formulation du critère juridique. Ce n'était toutefois pas suffisant. Bien qu'il ressorte clairement des passages précités que la juge de première instance a, à partir des faits, conclu que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident exposait les conducteurs à un danger caché, il n'y a rien dans cette partie de ses motifs qui indique qu'elle s'est demandé si cette portion du chemin présentait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Le fait de conclure à l'existence d'un danger, même caché, n'implique pas forcément que le conducteur

travel through it safely. A proper application of the test demands that the trial judge ask the question: “How would a reasonable driver have driven on this road?” Whether or not a hazard is “hidden” or a curve is “inherently” dangerous does not dispose of the question. My colleagues state that it was open to the trial judge to draw an inference of knowledge of the hazard simply because the sharp curve was a permanent feature of the road (para. 61). Here again, there is nothing in the reasons of the trial judge to suggest that she drew such an inference or to explain how such an inference accorded with the legal requirements concerning the duty of care.

raisonnable prenant des précautions normales ne peut pas y circuler en sécurité. Pour bien appliquer le critère juridique, le juge de première instance doit se poser la question suivante : « Comment un conducteur raisonnable aurait-il roulé sur ce chemin? » Le fait de conclure qu’il existe ou non un danger « caché » ou qu’une courbe est quelque chose d’« intrinsèquement » dangereux ne vide pas la question. Mes collègues affirment que la juge de première instance pouvait inférer la connaissance du danger du seul fait que la courbe serrée constituait une caractéristique permanente du chemin (par. 61). Ici encore, rien dans les motifs de la juge de première instance n’indique qu’elle a tiré une telle inférence ou n’explique en quoi une telle inférence satisfaisait aux conditions juridiques relatives à l’obligation de diligence.

120

Nor did the trial judge consider the question in any other part of her reasons. Her failure to do so becomes all the more apparent when her analysis (or lack thereof) is compared to that in cases in which the courts applied the appropriate method. The Court of Appeal referred to two such cases by way of example. In *Nelson v. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260 (Q.B.), the plaintiff argued that the defendant municipality should have posted signs warning of a ridge in the middle of the road that resulted from the grading of the road by the municipality. The trial judge concluded that if the driver had exercised ordinary care, he could have travelled along the roadway with safety. Instead, he drove too fast and failed to keep an adequate look-out considering the maintenance that was being performed on the road. In *Diebel Estate, supra*, the issue was whether the municipality had a duty under s. 192 to post a sign warning motorists that a rural road ended abruptly in a T-intersection. The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would have driven on that road was asked and answered by the trial judge in the following passage at p. 74:

La juge de première instance n’a pas non plus examiné cette question ailleurs dans ses motifs. Son omission à cet égard devient encore plus évidente lorsqu’on compare son analyse (ou son absence d’analyse) à celle des affaires où les tribunaux ont appliqué la bonne démarche. La Cour d’appel a donné comme exemple deux de ces affaires. Dans *Nelson c. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260 (B.R.), le demandeur prétendait que la municipalité défenderesse aurait dû installer des panneaux signalant la présence, au milieu du chemin, d’un sillon résultant de travaux municipaux de nivellement. Le juge de première instance a estimé que, si le conducteur avait pris des précautions normales, il aurait pu rouler en sécurité sur la chaussée. Au lieu de cela, il a roulé trop vite et manqué de vigilance compte tenu des travaux d’entretien qui étaient effectués sur le chemin. Dans *Diebel Estate*, précité, il s’agissait de déterminer si la municipalité avait, en vertu de l’art. 192, l’obligation d’installer un panneau avertissant les automobilistes qu’une route rurale se terminait de façon abrupte à un croisement en T. Le juge de première instance s’est demandé comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait roulé sur ce chemin, et il a répondu ainsi à cette question, à la p. 74 :

His [the expert’s] conclusions as to stopping are, however, mathematically arrived at and never having been on

[TRADUCTION] Ses conclusions [celles de l’expert] pour ce qui concerne l’arrêt des automobiles découlent

the road, from what was described in the course of the trial, I would think the intersection could be a danger at night to a complete stranger to the area, depending on one's reaction time and the possibility of being confused by what one saw rather than recognizing the T intersection to be just that. On the other hand I would think a complete stranger in the area would be absolutely reckless to drive down a dirt road of the nature of this particular road at night at 80 kilometres per hour. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

The conclusion that Wright J. erred in failing to apply a required aspect of the legal test does not automatically lead to a rejection of her factual findings. This Court's jurisdiction to review questions of law entitles it, where an error of law has been found, to take the factual findings of the trial judge as they are, and to assess these findings anew in the context of the appropriate legal test.

In my view, neither Wright J.'s factual findings nor any other evidence in the record that she might have considered had she asked the appropriate question, support the conclusion that the respondent was in breach of its duty. The portion of Snake Hill Road on which the accident occurred did not pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care because the conditions of Snake Hill Road in general and the conditions with which motorists were confronted at the exact location of the accident signalled to the reasonable motorist that caution was needed. Motorists who appropriately acknowledged the presence of the several factors which called for caution would have been able to navigate safely the so-called "hidden hazard" without the benefit of a road sign.

The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would have driven on Snake Hill Road necessitates a consideration of the nature and locality of the road. A reasonable motorist will not approach a narrow gravel road in the country in the same way that he or she will approach a paved highway. It is reasonable to expect a motorist to drive more slowly and to pay greater attention to the potential presence of hazards when driving on a

toutefois d'opérations mathématiques et bien que je n'aie jamais emprunté le chemin en question, d'après les descriptions faites au procès, je suis d'avis que le croisement pourrait constituer un danger la nuit pour quelqu'un qui ne connaît absolument pas l'endroit, eu égard à la vitesse de réaction de chacun et à la possibilité que quelqu'un confonde le croisement en T avec quelque chose d'autre. Par ailleurs, j'estime que quelqu'un ne connaissant aucunement l'endroit agirait de façon tout à fait téméraire en roulant à 80 kilomètres à l'heure la nuit sur un chemin de terre comme celui qui nous intéresse. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Le fait de conclure que la juge Wright a commis une erreur de droit en omettant d'appliquer un élément essentiel du critère juridique n'invalide pas forcément ses conclusions de fait. En effet, la compétence de notre Cour en matière d'examen des questions de droit l'autorise, lorsqu'une telle erreur est décelée, à reprendre telles quelles les conclusions de fait du juge de première instance et à les réévaluer au regard du critère juridique approprié.

Selon moi, ni les faits retenus par la juge Wright ni aucun autre élément de preuve au dossier qu'elle aurait pu prendre en considération si elle s'était posé la bonne question n'appuient sa conclusion que l'intimée a manqué à son obligation. La portion du chemin Snake Hill 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 et les conditions auxquelles les automobilistes doivent faire face à l'endroit précis de l'accident avertissent l'automobiliste raisonnable que la prudence s'impose. Les automobilistes sachant reconnaître les divers facteurs qui appellent à la prudence auraient pu franchir le soi-disant [TRADUCTION] « danger caché » sans l'aide d'un panneau de signalisation.

Pour savoir comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait conduit son véhicule sur le chemin Snake Hill, il faut tenir compte de la nature du chemin et de la configuration des lieux. Un automobiliste raisonnable ne roulera pas sur une étroite route de campagne gravelée de la même façon que sur une route asphaltée. Il est raisonnable de s'attendre à ce qu'un automobiliste conduise moins vite et soit plus attentif à la présence

121

122

123

road that is of a lower standard, particularly when he or she is unfamiliar with it.

124

While the trial judge in this case made some comments regarding the nature of the road, I agree with the Court of Appeal's findings that "[s]he might have addressed the matter more fully, taking into account more broadly the terrain through which the road passed, the class and designation of the road in the scheme of classification, and so on . . ." (para. 55). Instead, the extent of her analysis of the road was limited to the following comments, found at para. 84 of her reasons:

Snake Hill Road is a low traffic road. It is however maintained by the R.M. so that it is passable year round. There are permanent residences on the road. It is used by farmers for access to their fields and cattle. Young people frequent Snake Hill Road for parties and as such the road is used by those who may not have the same degree of familiarity with it as do residents.

125

In my view, the question of how the reasonable driver would have negotiated Snake Hill Road necessitated a somewhat more in-depth analysis of the character of the road. The trial judge's analysis focussed almost entirely on the use of the road, without considering the sort of conditions it presented to drivers. It is perhaps not surprising that the trial judge did not engage in this fuller analysis, given that she did not turn her mind to the question of how a reasonable driver would have approached the road. Had she considered this question, she likely would have engaged in the type of assessment that was made by the Court of Appeal at para. 13 of its judgment:

The road, about 20 feet in width, was classed as "a bladed trail," sometimes referred to as "a land access road," a classification just above that of "prairie trail". As such, it was not built up, nor gravelled, except lightly at one end of it, but simply bladed across the terrain following the path of least resistance. Nor was it in any way signed.

de dangers potentiels sur un chemin de catégorie inférieure, particulièrement s'il n'est pas familier avec celui-ci.

Bien que, en l'espèce, la juge de première instance ait fait certains commentaires sur la nature du chemin, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle [TRADUCTION] « [e]lle aurait pu examiner la question de manière plus approfondie, en tenant davantage compte du type de terrain que le chemin traversait, de la nature et de la désignation du chemin selon le système de classification des routes et ainsi de suite . . . » (par. 55). Au lieu de cela, son analyse s'est limitée aux commentaires suivants, au par. 84 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le chemin Snake Hill est un chemin à faible débit de circulation. Il est néanmoins entretenu par la M.R. à longueur d'année afin de le garder carrossable. Des résidences permanentes sont situées en bordure de celui-ci. Les fermiers l'utilisent pour accéder à leurs champs et à leur bétail. Des jeunes gens empruntent le chemin Snake Hill pour se rendre à des fêtes, de sorte qu'il est utilisé par des conducteurs qui ne le connaissent pas toujours aussi bien que les résidents de l'endroit.

À mon avis, la question de savoir comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur le chemin Snake Hill nécessitait un examen un peu plus approfondi de la nature du chemin. Dans son analyse, la juge de première instance s'est attachée presque exclusivement à l'utilisation qui est faite du chemin, sans prendre en compte le genre de conditions qu'il présente aux conducteurs. Il n'est peut-être pas surprenant qu'elle ne se soit pas livrée à cette analyse approfondie, puisqu'elle ne s'est pas demandé comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur ce chemin. Si elle s'était posé cette question, elle aurait vraisemblablement procédé à une évaluation analogue à celle qu'a faite la Cour d'appel au par. 13 de son jugement :

[TRADUCTION] Le chemin, d'une largeur de 20 pieds environ, a été qualifié de « chemin nivelé », qu'on appelle aussi parfois « chemin d'accès », soit tout juste une catégorie au-dessus d'un « chemin de prairie ». Comme tel, il n'a été ni renforcé ni revêtu de gravier, sauf légèrement à l'une de ses extrémités, il s'agit tout simplement d'un chemin nivelé à même le terrain, suivant le tracé présentant le moins d'obstacles. On n'y a installé aucune signalisation.

Given the fact that Snake Hill Road is a low standard road, in a category only one or two levels above a prairie trail, one can assume that a reasonable driver exercising ordinary care would approach the road with a certain degree of caution.

Having considered the character of the road in general, and having concluded that by its very nature it warranted a certain degree of caution, it is nonetheless necessary to consider the material features of the road at the point at which the accident occurred. Even on roads which are of a lower standard, a reasonable driver exercising due caution may be caught unaware by a particularly dangerous segment of the road. That was, in fact, the central argument that the appellant put forward in this case. According to the appellant's "dual nature" theory, at para. 8 of his factum, the fact that the curvy portion of Snake Hill Road where the accident occurred was flanked by straight segments of road created a risk that a motorist would be lulled into thinking that the curves could be taken at speeds greater than that at which they could actually be taken.

While it is not clear from her reasons that the trial judge accepted the appellant's "dual nature" theory, it appears that her conclusion that the municipality did not meet the standard of care required by it was based largely on her observation of the material features of the road at the location of the Nikolaisen rollover. Relying on the evidence of two experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, she found the portion of the road on which the accident occurred to be a "hazard to the public". In her view, the limited sight distance created by the presence of uncleared bush precluded a motorist from being forewarned of the impending sharp right turn immediately followed by a left turn. Based on expert testimony, she concluded that the curve could not be negotiated at speeds greater than 60 km/h under favourable conditions, or 50 km/h under wet conditions.

Again, I would not reject the trial judge's factual finding that the curve presented motorists with an

Comme le chemin Snake Hill est une route de catégorie inférieure, à peine un ou deux niveaux au-dessus d'un chemin de prairie, on peut présumer qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales y roulerait avec une certaine prudence.

Après avoir examiné la nature générale du chemin et avoir conclu que, du fait de cette nature même, une certaine prudence s'imposait, il faut néanmoins prendre en considération les caractéristiques physiques du chemin à l'endroit où l'accident s'est produit. Même sur des chemins de catégorie inférieure, un conducteur raisonnable prenant des précautions normales pourrait être pris par surprise sur un tronçon particulièrement dangereux. Il s'agit là, en fait, de l'argument central présenté par l'appellant en l'espèce. Selon sa thèse, dite de la « nature hybride » du chemin, au par. 8 de son mémoire, le fait que la courbe où est survenu l'accident se trouve entre des tronçons en ligne droite risquait d'amener les automobilistes à croire que les virages pouvaient être pris à des vitesses supérieures à celles auxquelles ils pouvaient l'être en réalité.

Bien que les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement si elle a retenu la thèse de la « nature hybride » du chemin, il semble que sa conclusion selon laquelle la municipalité a manqué à son obligation d'entretien ait reposé largement sur son examen des caractéristiques physiques du chemin, à l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. S'appuyant sur les témoignages de deux experts, MM. Anderson et Werner, elle a estimé que la portion du chemin où s'est produit l'accident constituait un [TRADUCTION] « danger pour le public ». Selon elle, le fait que la distance de visibilité ait été réduite par la présence de broussailles empêchait les automobilistes de voir l'imminence d'un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d'un virage à gauche. Sur la base des témoignages d'experts, elle a conclu que le virage ne pouvait être pris à une vitesse supérieure à 60 km/h dans des conditions favorables, ou 50 km/h sur chaussée humide.

Je ne rejetterais pas, je le répète, la conclusion de fait selon laquelle la courbe présentait un risque

126

127

128

inherent hazard. The evidence does not, however, support a finding that a reasonable driver exercising ordinary care would have been unable to negotiate the curve with safety. As I explained earlier, the municipality's duty to repair is implicated only when an objectively hazardous condition exists, and where it is determined that a reasonable driver arriving at the hazard would be unable to provide for his or her own security due to the features of the hazard.

129

I agree with the trial judge that part of the danger posed by the presence of bushes on the side of the road was that a driver would not be able to predict the radius of the sharp right-turning curve obscured by them. In my view, however, the actual danger inherent in this portion of the road was that the bushes, together with the sharp radius of the curve, prevented an eastbound motorist from being able to see if a vehicle was approaching from the opposite direction. Given this latter situation, it is highly unlikely that any reasonable driver exercising ordinary care would approach the curve at speeds in excess of 50 km/h, a speed which was found by the trial judge to be a safe speed at which to negotiate the curve. Since a reasonable driver would not approach this curve at speeds in excess of which it could safely be taken, I conclude that the curve did not pose a risk to the reasonable driver.

130

One need only refer to the series of photographs of the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred to appreciate the extent to which visual clues existed which would alert a driver to approach the curve with caution (Respondent's Record, vol. II, at pp. 373-76). The photographs, which indicate what the driver would have seen on entering the curve, show the presence of bush extending well into the road. From the photographs, it is clear that a motorist approaching the curve would not fail to appreciate the risk presented by the curve, which is simply that it is impossible to see around it and to gauge what may be coming in the opposite direction. In addition, the danger posed

intrinsèque pour les automobilistes. Toutefois, il n'y a rien dans la preuve qui permette de conclure qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait été incapable de prendre le virage en sécurité. Comme je l'ai expliqué plus tôt, l'obligation d'entretien des municipalités n'est en cause que lorsqu'il existe une situation objectivement dangereuse et qu'il est établi qu'un conducteur raisonnable s'approchant du danger serait incapable d'assurer sa sécurité en raison des caractéristiques de ce danger.

Je partage l'opinion de la juge de première instance selon laquelle une partie du danger créé par les broussailles se trouvant en bordure de la route tenait au fait qu'un conducteur ne pourrait deviner le rayon de courbure prononcé du virage à droite serré qu'elles dissimulaient. À mon sens, toutefois, le véritable danger intrinsèque de ce tronçon du chemin résidait dans le fait que les broussailles, ainsi que le court rayon de courbure du virage, empêchent les automobilistes circulant en direction est de voir si un véhicule s'approche en sens inverse. Par conséquent, il est très peu probable qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales approcherait de ce virage à une vitesse supérieure à 50 km/h, vitesse à laquelle la juge de première instance a conclu qu'il était possible de le prendre en sécurité. Étant donné qu'un conducteur raisonnable n'approcherait pas de ce virage à une vitesse supérieure à celle lui permettant de le prendre en sécurité, je conclus que le virage ne constituait pas un risque pour le conducteur raisonnable.

Il suffit d'examiner les photos du tronçon du chemin Snake Hill où l'accident est survenu pour constater à quel point il existait des indices visuels propres à inciter les conducteurs à s'approcher du virage avec prudence (dossier de l'intimée, vol. II, p. 373-376). Les photos, qui montrent ce que voit le conducteur sur le point d'amorcer le virage, laissent voir la présence de broussailles s'avancant considérablement au-dessus du chemin. Il ressort clairement de ces photographies qu'un automobiliste approchant du virage ne manquerait pas pressentir le risque que présente celui-ci, savoir qu'il est tout simplement impossible de voir de l'autre côté de la courbe ce qui peut arriver en sens inverse. De plus,

by the inability to see what is approaching in the opposite direction is somewhat heightened by the fact that this road is used by farm operators. At trial, the risk was described in the following terms by Mr. Sparks, an engineer giving expert testimony:

. . . if you can't, if you can't see far enough down the road to, you know, if there's somebody that's coming around the corner with a tractor and a cultivator and you can't see around the corner, then, you know, drivers would have a fairly strong signal, in my view, that due care and caution would be required.

The expert testimony relied on by the trial judge does not support a finding that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred would pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care. When asked at trial whether motorists, exercising reasonable care, would enter the curve at a slow speed because they could not see what was coming around the corner, Mr. Werner agreed that he, himself, drove the corner “at a slower speed” and that it would be prudent for a driver to slow down given the limited sight distance. Similarly, Mr. Anderson admitted to having taken the curve at 40-45 km/h the first time he drove it because he “didn't want to get into trouble with it”. When asked if the reason he approached the curve at that speed was because he could not see around it, he replied in the affirmative: “[t]hat's why I approached it the way I did.”

Perhaps most tellingly, Mr. Nikolaisen himself testified that he could not see if a vehicle was coming in the opposite direction as he approached the curve. The following exchange which occurred during counsel's cross-examination of Mr. Nikolaisen at trial is instructive:

Q. . . . You told my learned friend, Mr. Logue, that your view of the road was quite limited, that is correct? The view ahead on the road is quite limited, is that right?

le danger que constitue l'incapacité de voir ce qui arrive en sens inverse est d'une certaine manière exacerbé par le fait que le chemin est utilisé par des exploitants agricoles. Au procès, ce risque a été décrit ainsi par M. Sparks, ingénieur, qui témoignait à titre d'expert :

[TRADUCTION] . . . si vous ne pouvez pas voir, si vous ne pouvez pas voir assez loin sur le chemin pour, vous savez, savoir si quelqu'un arrive en sens inverse avec un tracteur tirant une herse et que vous ne pouvez voir, de l'autre côté du virage, alors, vous savez, cela devrait envoyer un message clair aux conducteurs, selon moi, que l'attention et la prudence s'imposent.

Le témoignage d'expert retenu par la juge de première instance n'étaye pas sa conclusion que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident présente un risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Lorsqu'on lui a demandé si un automobiliste prenant des précautions normales amorcerait le virage à vitesse réduite étant donné qu'il ne peut voir ce qui l'attend au détour du chemin, M. Werner a reconnu que lui-même prend le virage [TRADUCTION] « à vitesse réduite » et qu'il serait prudent que les conducteurs ralentissent en raison de la distance de visibilité limitée. De même, M. Anderson a admis avoir pris le virage à 40-45 km/h la première fois qu'il est passé par là, car il [TRADUCTION] « ne voulait pas se placer dans une situation difficile ». Lorsqu'on lui a demandé s'il avait pris le virage à cette vitesse parce qu'il ne pouvait pas voir ce qui l'attendait, il a répondu par l'affirmative : [TRADUCTION] « [c']est la raison pour laquelle je l'ai approché comme je l'ai fait. »

Fait encore plus révélateur peut-être, M. Nikolaisen lui-même a témoigné qu'il ne pouvait pas savoir si un véhicule venait en sens inverse lorsqu'il s'approchait du virage. L'échange suivant, durant le contre-interrogatoire de M. Nikolaisen au procès par l'avocat de la partie adverse, est éclairant :

[TRADUCTION]

Q. . . . Vous avez dit à mon savant collègue, M. Logue, que votre visibilité était plutôt réduite, est-ce exact? La visibilité sur le chemin est plutôt réduite, n'est-ce pas?

- A. As in regards to travelling through the curves, yes, that's right, yeah.
- Q. Yes. And you did not know what was coming as you approached the curve, that is correct?
- A. That's correct, yes.
- Q. There might be a vehicle around that curve coming towards you or someone riding a horse on the road, that is correct?
- A. Or a tractor or a cultivator or something, that's right.
- Q. Or a tractor or a cultivator. You know as a person raised in rural Saskatchewan that all of those things are possibilities, that is right?
- A. That's right, yeah, that is correct.
- R. Lorsqu'on se trouve dans les courbes, oui, c'est exact.
- Q. Oui. Et vous ne saviez pas ce qui s'en venait lorsque vous approchiez du virage, est-ce exact?
- R. C'est exact, oui.
- Q. Il aurait pu y avoir un véhicule venant dans votre direction de l'autre côté de la courbe ou quelqu'un se promenant à cheval sur le chemin, est-ce exact?
- R. Ou un tracteur, un cultivateur ou autre chose, c'est vrai.
- Q. Ou un tracteur ou un cultivateur. Vous savez, puisque vous avez grandi en milieu rural en Saskatchewan, que toutes ces situations sont autant de possibilités, n'est-ce pas?
- R. C'est vrai, oui.

133

Nor do I accept the appellant's submission that the "dual nature" of the road had the effect of lulling drivers into taking the curve at an inappropriate speed. This theory rests on the assumption that the motorists would drive the straight portions of the road at speeds of up to 80 km/h, leaving them unprepared to negotiate suddenly appearing curves. Yet, while the default speed limit on the road was 80 km/h, there was no evidence to suggest that a reasonable driver would have driven any portion of the road at that speed. While Mr. Werner testified that a driver "would be permitted" to drive at a maximum of 80 km/h, since this was the default (not the posted) speed limit, he later acknowledged that bladed trails in the province are not designed to meet 80 km/h design criteria. I agree with the Court of Appeal that the evidence is that "Snake Hill Road was self-evidently a dirt road or bladed trail" and that it "was obviously not designed to accommodate travel at a general speed of 80 kilometres per hour". As I earlier remarked, the locality of the road and its character and class must be considered when determining whether the reasonable driver would be able to navigate it safely.

Je ne retiens pas non plus l'argument de l'appellant portant que la « nature hybride » du chemin avait pour effet d'amener les conducteurs à prendre le virage à une vitesse inappropriée. Cette théorie repose sur l'hypothèse que les automobilistes roulent sur les portions en ligne droite du chemin à une vitesse pouvant atteindre 80 km/h, et qu'ils se trouvent en conséquence pris de court lorsqu'ils doivent prendre un virage soudain. Pourtant, bien que la vitesse permise sur le chemin soit 80 km/h, rien dans la preuve n'indiquait qu'un conducteur raisonnable aurait roulé à cette vitesse à quelque endroit du chemin. Après avoir témoigné que les conducteurs [TRADUCTION] « étaient autorisés » à rouler à une vitesse maximale de 80 km/h, cette vitesse étant la vitesse permise par défaut (et non la vitesse affichée), M. Werner a reconnu que les chemins nivelés de la province ne sont pas conçus pour permettre la circulation à une vitesse de 80 km/h. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la preuve établit que [TRADUCTION] « le chemin Snake Hill était manifestement un chemin de terre ou un chemin nivelé » et qu'il « n'était clairement pas conçu pour permettre une vitesse générale de 80 kilomètres à l'heure ». Comme je l'ai souligné précédemment, la configuration du chemin, de même que sa nature et sa catégorie doivent être prises en considération pour décider si le conducteur raisonnable aurait pu y rouler en sécurité.

Furthermore, the evidence at trial did not suggest that drivers were somehow fooled by the so-called “dual nature” of the road. The following exchange between counsel for the respondent and Mr. Werner at trial is illustrative of how motorists would view the road:

- Q. Now, Mr. Werner, would you not agree that the change in the character of this road as you proceeded from east to west was quite obvious?
- A. It was straight, and then you came to a hill, and you really didn't know what might lie beyond the hill.
- Q. That's right. But I mean, the fact that the road went from being straight and level to suddenly there was a hill and you couldn't see -- you could see from the point of the top of the hill that the road didn't continue in a straight line, couldn't you?
- A. Yes, you could, from the top of the hill, it's a very abrupt hill, yes.
- Q. And as you proceeded down though the hill it became quite obvious, did it not, that the character of the road changed?
- A. Yes, it changed, yes.
- Q. Now you were faced with something other than a straight road?
- A. M'hm. Yes.
- Q. Now you were on -- and at some point along there the surface of the road changed, did it not?
- A. Yes.
- Q. And, of course, the road was no longer, I use the term built-up to refer to a road that has grade and it has some drainage. As you proceeded from west to east, you realized, you could see, it was obvious that this was not longer a built-up road?
- A. It was a road essentially that was cut out of the topography and had no ditches, and there was an abutment or shoulder right to the driving surface. It was different than the first part.
- Q. Yes. And all those differences were obvious, were they not?

En outre, rien dans la preuve présentée au procès n'indiquait que les conducteurs avaient été trompés de quelque façon par la soi-disant « nature hybride » du chemin. L'échange suivant, entre l'avocat de l'intimée et M. Werner, illustre bien la façon dont les automobilistes perçoivent le chemin :

[TRADUCTION]

- Q. Maintenant M. Werner, ne seriez-vous pas d'accord pour dire que le changement dans la nature de ce chemin lorsque vous rouliez d'est en ouest était très évident?
- R. On roulait en ligne droite, puis on descendait une colline, et on ne savait vraiment pas ce qui pouvait se trouver de l'autre côté de la colline.
- Q. C'est vrai. Mais je veux dire, le fait que le chemin suivait d'abord un tracé horizontal et en ligne droite pour soudainement devenir une colline et que vous ne pouviez pas voir -- vous pouviez voir du haut de la colline que le chemin ne continuait pas en ligne droite, n'est-ce pas?
- R. Oui, vous pouviez, du haut de la colline, c'est une colline très abrupte, oui.
- Q. Et au fur et à mesure que vous descendiez la colline il devenait assez évident, n'est-ce pas, que la nature du chemin changeait?
- R. Oui, ça changeait, oui.
- Q. Vous vous trouviez alors devant autre chose qu'un chemin en ligne droite?
- R. M'hm. Oui.
- Q. Vous étiez maintenant sur -- et à un moment donné la surface du chemin changeait, n'est-ce pas?
- R. Oui.
- Q. Et, évidemment, le chemin n'était plus, j'utilise le terme aménagé pour désigner un chemin possédant une certaine élévation et qui est dans une certaine mesure drainé. Au fur et à mesure que vous rouliez d'ouest en est, vous constatiez, vous pouviez voir, il était évident, qu'il ne s'agissait plus d'un chemin aménagé?
- R. Il s'agit essentiellement d'un chemin tracé suivant la topographie des lieux et sans fossés, et il y avait un accotement à droite du conducteur. C'était différent de la portion précédente.
- Q. Oui. Et toutes ces différences étaient évidentes, n'est-ce pas?

A. Well, I -- they were clear, satisfactorily clear to me, yes. [Emphasis added.]

135

Although they may be compelling factors in other cases, in this case the “dual nature” of the road, the radius of the curve, the surface of the road, and the lack of superelevation do not support the conclusion of the trial judge. The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would approach this road demands common sense. There was no necessity to post a sign in this case for the simple reason that any reasonable driver would have reacted to the presence of natural cues to slow down. The law does not require a municipality to post signs warning motorists of hazards that pose no real risk to a prudent driver. To impose a duty on the municipality to erect a sign in a case such as this is to alter the character of the duty owed by a municipality to drivers. Municipalities are not required to post warnings directed at drunk drivers and thereby deal with their inability to react to the cues that alert the ordinary driver to the presence of a hazard.

136

My colleagues assert that the trial judge properly considered all aspects of the applicable legal test, including whether the curve would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. They say that the trial judge did discuss, both explicitly and implicitly, the conduct of an ordinary or reasonable motorist approaching the curve. Secondly, they note that she referred to the evidence of the experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, both of whom discussed the conduct of an ordinary motorist in this situation. Thirdly, the fact that the trial judge apportioned negligence to Nikolaisen indicates, in their view, that she assessed his conduct against the standard of the ordinary driver, and thus considered the conduct of the latter (para. 40).

R. Bien, je -- elles étaient évidentes, suffisamment évidentes pour moi, oui. [Je souligne.]

Bien qu’ils puissent constituer des facteurs concluants dans d’autres affaires, la « nature hybride » du chemin, le rayon de courbure du virage, le revêtement du chemin et l’absence d’élévation n’étaient pas en l’espèce la conclusion de la juge de première instance. Pour répondre à la question de savoir comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales roulerait sur ce chemin, il faut faire appel au bon sens. Il n’était pas nécessaire d’installer un panneau de signalisation en l’espèce, et ce pour la simple raison que n’importe quel conducteur raisonnable aurait réagi aux indices naturels l’invitant à ralentir. Le droit n’oblige pas les municipalités à installer des panneaux signalant aux automobilistes des dangers qui ne font pas courir de risque véritable aux conducteurs prudents. Imposer à la municipalité l’obligation d’installer un panneau dans un cas comme celui qui nous occupe équivaut à modifier la nature de l’obligation qu’ont les municipalités envers les conducteurs. Les municipalités ne sont pas tenues d’aménager des panneaux d’avertissement à l’intention des conducteurs en état d’ébriété et, ainsi, de remédier à leur incapacité de réagir aux indices qui alertent le conducteur moyen de la présence d’un danger.

Mes collègues affirment que la juge de première instance a dûment pris en considération tous les aspects du critère juridique applicable, y compris la question de savoir si la courbe présentait un risque pour le conducteur moyen qui prend des précautions normales. Ils disent que la juge de première instance a effectivement examiné, explicitement et implicitement, la conduite de l’automobiliste moyen ou raisonnable qui s’approche du virage. Ils font ensuite remarquer qu’elle a fait état du témoignage des experts MM. Anderson et Werner, qui ont tous deux analysé la conduite de l’automobiliste moyen se trouvant dans cette situation. Enfin, le fait qu’elle ait imputé une partie de la responsabilité à M. Nikolaisen indique, à leur avis, qu’elle a évalué sa conduite au regard à la norme du conducteur moyen, et qu’elle a donc pris en compte la façon dont ce dernier aurait conduit (par. 40).

I respectfully disagree that it is explicit in the trial judge's reasons that she considered whether the portion of the road on which the accident occurred posed a risk to the ordinary driver exercising reasonable care. As I explained above, the fact that the trial judge restated the legal test in the form of a conclusion in no way suggests that she turned her mind to the issue of whether the ordinary driver would have found the curve to be hazardous.

Nor do I agree that a discussion of the conduct of an ordinary motorist in the situation was somehow "implicit" in the trial judge's reasons. In my view, it is highly problematic to presume that a trial judge made factual findings on a particular issue in the absence of any indication in the reasons as to what those findings were. While a trial judge is presumed to know the law, he or she cannot be presumed to have reached a factual conclusion without some indication in the reasons that he or she did in fact come to that conclusion. If the reviewing court is willing to presume that a trial judge made certain findings based on evidence in the record absent any indication in the reasons that the trial judge actually made those findings, then the reviewing court is precluded from finding that the trial judge misapprehended or neglected evidence.

In my view, my colleagues have throughout their reasons improperly presumed that the trial judge reached certain factual findings based on the evidence despite the fact that those findings were not expressed in her reasons. On the issue of whether the curve presented a risk to the ordinary driver, my colleagues note that "in relying on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, the trial judge chose not to base her decision on the conflicting evidence of other witnesses" (para. 46). The problem with this statement is that although the trial judge relied on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner to conclude that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred was a hazard, it is impossible from her reasons to discern what, if

En toute déférence, je ne crois pas qu'il ressorte explicitement des motifs de la juge de première instance qu'elle s'est demandé si la portion du chemin où s'est produit l'accident constituait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Comme je l'ai expliqué précédemment, le fait que la juge de première instance ait reformulé le critère juridique sous forme de conclusion n'indique aucunement qu'elle s'est demandé si le conducteur moyen aurait considéré la courbe comme dangereuse.

Je n'estime pas non plus que l'examen de la façon de conduire de l'automobiliste moyen dans cette situation ressorte « implicitement » des motifs de la juge de première instance. À mon avis, il est très problématique de présumer qu'un juge de première instance a tiré des conclusions de fait à l'égard d'une question précise alors qu'il n'y a aucune indication dans ses motifs quant à la nature de ces conclusions. Bien que le juge de première instance soit censé connaître le droit, on ne peut présumer qu'il a tiré à une conclusion factuelle en l'absence d'indication dans ses motifs qu'il est effectivement arrivé à cette conclusion. Si le tribunal de révision est prêt à supposer que le juge de première instance a tiré certaines conclusions, sur la foi de la preuve figurant au dossier, bien que rien dans les motifs n'indique qu'il a vraiment tiré ces conclusions, alors le tribunal de révision ne saurait conclure que le juge de première instance a mal interprété des éléments de preuve ou a négligé d'en tenir compte.

À mon avis, tout au long de leurs motifs, mes collègues ont à tort présumé que la juge de première instance était arrivée à certaines conclusions de fait fondées sur la preuve, malgré le fait que ces conclusions ne soient pas formulées dans ses motifs. Quant à la question de savoir si le virage présentait un risque pour le conducteur moyen, mes collègues ont fait remarquer qu'« en s'appuyant sur les témoignages de MM. Anderson et Werner, la juge de première instance a choisi de ne pas fonder sa décision sur les témoignages contradictoires rendus par d'autres témoins » (par. 46). Le problème que pose cet énoncé est que, même si la juge de première instance s'est appuyée sur les témoignages de MM. Anderson et Werner

137

138

139

any, evidence she relied on to reach the conclusion that the curve presented a risk to the ordinary driver exercising reasonable care. In the absence of any indication that she considered this issue, I am not willing to presume that she did.

140 My colleagues similarly presume findings of fact when discussing the knowledge of the municipality. On this issue, they reiterate that “it is open for a trial judge to prefer some parts of the evidence over others, and to re-assess the trial judge’s weighing of the evidence, is, with respect, not within the province of an appellate court” (para. 62). At para. 64 of their reasons, my colleagues review the findings of the trial judge on the issue of knowledge and conclude that the trial judge “drew the inference that the municipality should have been put on notice and investigated Snake Hill Road, in which case it would have become aware of the hazard in question”. I think that it is improper to conclude that the trial judge made a finding that the municipality’s system of road inspection was inadequate in the absence of any indication in her reasons that she reached this conclusion. My colleagues further suggest that the trial judge did not impute knowledge to the municipality on the basis of the occurrence of prior accidents on Snake Hill Road (para. 65). They even state that it was not necessary for the trial judge to rely on the accidents in order to satisfy s. 192(3) (para. 67). This, in my view, is a reinterpretation of the trial judge’s findings that stands in direct contradiction to the reasons that were provided by her. The trial judge discusses other factors pertaining to knowledge only to heighten the significance that she attributes to the fact that accidents had previously occurred on other portions of the road (at para. 90):

pour conclure que la portion du chemin Snake Hill où s’est produit l’accident constituait un danger, il est impossible, à partir de ses motifs, de dire si elle s’est appuyée sur un témoignage — et, dans l’affirmative, sur lequel de ceux-ci — pour conclure que la courbe présentait un risque pour le conducteur moyen qui prend des précautions raisonnables. En l’absence de toute indication que la juge de première instance s’est penchée sur cette question, je ne suis pas disposé à présumer qu’elle l’a fait.

De même, mes collègues supposent l’existence de conclusions factuelles dans leur examen de la question de la connaissance incombant à la municipalité. Sur ce point, ils réitèrent que « le juge de première instance peut préférer certaines parties de la preuve à d’autres, et, en toute déférence, il n’appartient pas au tribunal d’appel de procéder à nouveau à l’appréciation de la preuve, tâche déjà accomplie par le juge de procès » (par. 62). Au paragraphe 64 de leurs motifs, mes collègues examinent les conclusions de la juge de première instance sur la question de la connaissance et concluent qu’elle « a inféré que la municipalité aurait dû être informée de la situation sur le chemin à Snake Hill et aurait dû faire enquête à cet égard, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance de l’existence du danger ». Je ne crois pas qu’on puisse à juste titre conclure que la juge de première instance est arrivée à la conclusion que le système d’inspection routière de la municipalité était inadéquat, alors que rien dans ses motifs n’indique qu’elle a tiré cette conclusion. Mes collègues estiment en outre que la juge de première instance n’a pas prêté à la municipalité la connaissance requise sur la base des accidents survenus antérieurement sur le chemin Snake Hill (par. 65). Ils disent même qu’il n’était pas nécessaire de s’appuyer sur ces accidents pour satisfaire aux exigences du par. 192(3) (par. 67). À mon avis, ils donnent à ces conclusions une nouvelle interprétation, qui contredit directement les motifs qu’elle a exposés. La juge de première instance examine d’autres facteurs qui touchent à la connaissance requise, uniquement pour souligner l’importance qu’elle accorde au fait que des accidents sont survenus antérieurement ailleurs sur le chemin (au par. 90) :

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. [Emphasis added.]

My colleagues refer to the decision of *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60, in which I stated that “an omission [in the trial judge’s reasons] is only a material error if 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” (para. 15). This case is however distinguishable from *Van de Perre*. In *Van de Perre*, the appellate court improperly substituted its own findings of fact for the trial judge’s clear factual conclusions on the basis that the trial judge had not considered all of the evidence. By contrast, in this case my colleagues assert that this Court should not interfere with the “findings of the trial judge” even where no findings were made and where such findings must be presumed from the evidence. The trial judge’s failure in this case to reach any conclusion on whether the ordinary driver would have found the portion of the road on which the accident occurred hazardous, in my view, gives rise to the reasoned belief that she ignored the evidence on the issue in a way that affected her conclusion.

Finally, I do not agree that the trial judge’s conclusion that Mr. Nikolaisen was negligent equates to an assessment of whether a motorist exercising ordinary care would have found the curve on which the accident occurred to be hazardous. It is clear from the trial judge’s reasons that she made a factual finding that the curve could be driven safely at 60 km/h in dry conditions and 50 km/h in wet conditions and that Mr. Nikolaisen approached the curve at an

[TRANSLATION] Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n’est peut-être pas significatif en soi, mais il le devient si l’on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu’il s’agit d’une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que ce chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. [Je souligne.]

Mes collègues citent l’arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60, dans lequel j’ai dit, au par. 15, qu’« une omission [dans les motifs du juge de première instance] ne constitue une erreur importante que 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 ». Cependant, le présent pourvoi peut être distingué de l’affaire *Van de Perre*. Dans cette affaire, la Cour d’appel avait irrégulièrement substitué ses propres conclusions de fait aux conclusions factuelles évidentes du juge de première instance, au motif que celui-ci n’avait pas pris en compte tous les éléments de preuve. Par contraste, dans le présent pourvoi, mes collègues affirment que notre Cour ne doit pas modifier les « conclusions de la juge de première instance », même si aucune conclusion n’a été tirée et s’il faut supposer leur existence à partir de la preuve. En l’espèce, je suis d’avis que l’omission de la juge de première instance de tirer quelque conclusion que ce soit quant à la question de savoir si le conducteur moyen aurait considéré comme dangereux le tronçon du chemin où s’est produit l’accident fait naître la conviction rationnelle que, sur ce point, elle a négligé d’examiner la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée.

Enfin, je ne peux souscrire à l’opinion que la conclusion de la juge de première instance selon laquelle M. Nikolaisen a fait preuve de négligence vaut examen de la question de savoir si l’automobiliste moyen prenant des précautions normales aurait estimé que la courbe où s’est produit l’accident était dangereuse. Il ressort clairement des motifs de la juge de première instance qu’elle a tiré les conclusions de fait suivantes : il était possible de prendre

141

142

excessive speed. As earlier stated, what she failed to consider was whether the ordinary driver exercising reasonable care would have approached the curve at a speed at which it could be safely negotiated, or, stated differently, whether the curve posed a real danger to the ordinary driver.

B. *Did the Trial Judge Err in Finding that the Respondent Municipality Knew or Should Have Known of the Danger Posed by the Municipal Road?*

143 Pursuant to s. 192(3) of *The Rural Municipality Act, 1989*, fault is not to be imputed to the municipality in the absence of proof by the plaintiff that the municipality “knew or should have known of the disrepair”.

144 The trial judge made no finding that the respondent municipality had actual knowledge of the alleged state of disrepair, but rather imputed knowledge to the respondent on the basis that it should have known of the danger. This is apparent in her findings on knowledge at paras. 89-91 of her reasons:

Breach of the statutory duty of care imposed by section 192 of the *Rural Municipality Act, supra*, cannot be imputed to the R.M. unless it knew of or ought to have known of the state of disrepair on Snake Hill Road. Between 1978 and 1990 there were four accidents on Snake Hill Road. Three of these accidents occurred in the same vicinity as the Nikolaisen rollover. The precise location of the fourth accident is unknown. While at least three of these accidents occurred when motorists were travelling in the opposite direction of the Nikolaisen vehicle, they occurred on that portion of Snake Hill Road which is the most dangerous — where the road begins to curve, rather than where it is generally straight and flat. At least two of these accidents were reported to authorities.

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance

le virage en sécurité à 60 km/h à l’heure sur chaussée sèche et à 50 km/h sur chaussée humide, et M. Nikolaisen s’est approché du virage à une vitesse excessive. Comme je l’ai indiqué plus tôt, elle a omis de se demander si le conducteur moyen qui prend des précautions normales se serait approché du virage à une vitesse qui lui aurait permis de le prendre en sécurité ou, autrement dit, si la courbe présentait un danger réel pour le conducteur moyen.

B. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que la municipalité intimée connaissait ou aurait dû connaître le danger que présentait le chemin municipal?*

Conformément au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, aucune faute n’est imputée à la municipalité à moins que le demandeur n’établisse que celle-ci « connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ».

La juge de première instance n’a pas conclu que la municipalité intimée connaissait concrètement le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin, mais elle lui a plutôt prêté cette connaissance pour le motif qu’elle aurait dû connaître l’existence du danger. C’est ce qui ressort de ses conclusions à cet égard, aux par. 89 à 91 de ses motifs :

[TRADUCTION] On ne peut reprocher à la municipalité rurale d’avoir manqué à l’obligation légale de diligence imposée par l’art. 192 de la loi intitulée la *Rural Municipality Act*, précitée, que si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill. De 1978 à 1990, quatre accidents sont survenus sur ce chemin. Trois de ces accidents ont eu lieu dans le même secteur que celui où le véhicule de Nikolaisen a fait un tonneau. On ne connaît pas le lieu précis du quatrième accident. Bien que, dans au moins trois de ces accidents, les automobilistes aient circulé en sens inverse du véhicule de Nikolaisen, les accidents se sont produits dans la partie la plus dangereuse du chemin Snake Hill — là où commencent les courbes, et non dans la partie où le chemin est généralement droit et plat. Au moins deux de ces accidents ont été signalés aux autorités.

Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n’est peut-être pas

given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing.

I find that by failing to erect and maintain a warning and regulatory sign on this portion of Snake Hill Road the R.M. has not met the standard of care which is reasonable in the circumstances. Accordingly, it is in breach of its duty of care to motorists generally, and to Mr. Housen in particular. [Emphasis added.]

Whether the municipality should have known of the disrepair (here, the risk posed in the absence of a sign) involves both questions of law and questions of fact. 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 (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 28). The question is then answered through the trial judge's assessment of the facts of the case.

I find that the trial judge made both errors of law and palpable and overriding errors of fact in determining that the respondent municipality should have known of the alleged state of disrepair. She erred in law by approaching the question of knowledge from the perspective of an expert rather than from the perspective of a prudent municipal councillor. She also erred in law by failing to appreciate that the onus of proving that the municipality knew or should have known of the alleged disrepair remained on the plaintiff throughout. The trial judge clearly erred in fact by drawing the unreasonable inference that the respondent 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 Snake Hill Road.

significatif en soi, mais il le devient si l'on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu'il s'agit d'une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que le chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill.

J'estime que, en omettant d'installer et de maintenir un panneau d'avertissement ou de signalisation dans cette partie du chemin Snake Hill, la M.R. n'a pas satisfait à la norme de diligence qui est raisonnable dans les circonstances. Par conséquent, elle ne s'est pas acquittée de son obligation de diligence à l'égard des automobilistes en général et à l'égard de M. Housen en particulier. [Je souligne.]

La question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le mauvais état du chemin (en l'occurrence, le risque que présentait l'absence de signalisation) soulève à la fois des questions de droit et des questions de fait. 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, au regard des obligations qui incombent au conseiller municipal ordinaire, raisonnable et prudent (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 28). Le juge de première instance répond ensuite à la question en appréciant les faits de l'espèce dont il est saisi.

J'estime que la juge de première instance a commis 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, prétend-on, le chemin. Elle a commis une erreur de droit lorsqu'elle a examiné la question de la connaissance du point de vue du spécialiste plutôt que du point de vue du conseiller municipal prudent. Elle a commis une autre erreur de droit 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 clairement commis une erreur de fait 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 le chemin Snake Hill.

147

The trial judge's failure to determine whether knowledge should be imputed to the municipality from the perspective of what a prudent municipal councillor should have known is implicit in her reasons. The respondent could not be held, for the purposes of establishing knowledge under the statutory test, to the standard of an expert analysing the curve after the accident. Yet this is precisely what the trial judge did. She relied on the expert evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner to reach the conclusion that the curve presented a hidden hazard. She also implicitly accepted that the risk posed by the curve was not one that would be readily apparent to a lay person. This is evident in the portion of her judgment where she accepts as a valid excuse for not filing a timely claim against the respondent the appellant counsel's explanation that he did not believe the respondent to be at fault until expert opinions were obtained. The trial judge stated in this regard: "[i]t was only later when expert opinions were obtained that serious consideration was given to the prospect that the nature of Snake Hill Road might be a factor contributing to the accident" (para. 64). Her failure to consider the risk to the prudent driver is also apparent when one considers that she ignored the evidence concerning the way in which the two experts themselves had approached the dangerous curve (see para. 54 above).

148

Had the trial judge considered the question of whether the municipality should have known of the alleged disrepair from the perspective of the prudent municipal councillor, she would necessarily have reached a different conclusion. There was no evidence that the road conditions which existed posed a risk that the respondent should have been aware of. The respondent had no particular reason to inspect that segment of the road for the presence of hazards. It had not received any complaints from motorists respecting the absence of signs on the road, the lack of superelevation on the curves, or the presence of

Il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance qu'elle n'a pas décidé s'il fallait prêter à la municipalité la connaissance requise en considérant cette question du point de vue du conseiller municipal prudent. Pour trancher la question de la connaissance requise suivant le critère prévu par la loi, l'intimée ne pouvait être tenue aux mêmes normes qu'un spécialiste analysant la courbe après l'accident. Pourtant, c'est exactement ce qu'a fait la juge de première instance. Elle s'est fondée sur les témoignages d'expert donnés par MM. Anderson et Werner pour conclure que la courbe présentait un danger caché. Elle a également reconnu implicitement que le risque visé par la courbe n'était pas un risque facilement décelable par un profane. Cela ressort clairement du passage de son jugement où elle considère comme une excuse valable pour justifier le dépôt tardif de l'action contre l'intimée l'explication de l'avocat de l'appelant selon laquelle il ne croyait pas que l'intimée était dans son tort jusqu'à ce qu'il prenne connaissance des opinions des experts. La juge de première instance a dit ceci à cet égard : [TRADUCTION] « [c]e n'est que plus tard, après avoir obtenu l'opinion des experts, que la possibilité que la nature du chemin Snake Hill puisse avoir été un facteur ayant contribué à l'accident a été sérieusement envisagée » (par. 64). Son omission de s'interroger sur le risque que courrait le conducteur prudent apparaît elle aussi clairement, lorsqu'on considère qu'elle n'a pas tenu compte de la preuve concernant la façon dont les deux experts avaient eux-mêmes pris le virage dangereux (voir le par. 54 qui précède).

Si la juge de première instance avait répondu à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin en se plaçant du point de vue du conseiller municipal prudent, elle serait nécessairement arrivée à une conclusion différente. Il n'y avait aucune preuve établissant que le danger existant créait un risque que l'intimée aurait dû connaître. Cette dernière n'avait aucune raison particulière d'aller inspecter cette portion du chemin pour voir s'il y existait des dangers. Elle n'avait reçu aucune plainte d'automobilistes relativement à l'absence de signalisation, à l'absence de surélévation des

trees and vegetation which grew up along the sides of the road.

In addition, the question of the respondent's knowledge is linked inextricably 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 a duty to repair. The trial judge should not have expected the respondent in this case to have knowledge of the road conditions that existed at the site of the Nikolaisen rollover since that road condition simply did not pose a risk to the reasonable driver. In addition to the evidence that was discussed above in the context of the standard of care, this conclusion is supported by the testimony of the several lay witnesses that testified at trial. Craig Thiel, a resident on the road, testified that he was not aware that Snake Hill Road had a reputation of being a dangerous road, and that he himself had never experienced difficulty with the portion of the road on which the accident occurred. His wife, Toby, also testified that she had experienced no problems with the road.

The trial judge also clearly erred in fact by imputing knowledge to the municipality on the basis of the four accidents that had previously occurred on Snake Hill Road. While her factual findings regarding the accidents themselves have a sound basis in the evidence, these findings simply do not support her conclusion that a prudent municipal councillor ought to have known that a risk existed for the normal prudent driver. As such, the trial judge erred in drawing an unreasonable inference from the evidence that was before her. As stated above, the standard of review for inferences of fact is, above all, one of reasonableness. This is reflected in the following passage from *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, at pp. 503-4:

. . . "it is a well-known principle that appellate tribunals should not disturb findings of fact made by a trial judge

courbes ou à la présence d'arbres et de végétation en bordure du chemin.

En outre, 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, la juge de première instance n'aurait pas dû attendre de l'intimée qu'elle connaisse le danger qui existait à l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, puisque ce danger ne présentait tout simplement pas de risque pour le conducteur raisonnable. Outre les éléments de preuve examinés précédemment relativement à la norme de diligence, les témoignages de plusieurs témoins ordinaires qui ont déposé au procès étayaient cette conclusion. Craig Thiel, qui habite le long de ce chemin, a témoigné qu'il ne savait pas que le chemin Snake Hill avait la réputation d'être dangereux et qu'il n'avait lui-même jamais éprouvé de difficulté à conduire à l'endroit du chemin où est survenu l'accident. Sa conjointe, Toby, a également dit ne pas avoir connu de problème sur ce chemin.

La juge de première instance a clairement commis une autre erreur de fait en présumant, sur la foi des quatre accidents survenus auparavant sur le chemin Snake Hill, que la municipalité connaissait l'existence du danger. Bien que ses conclusions de fait relativement aux accidents eux-mêmes soient solidement étayées par la preuve, elles n'appuient tout simplement pas sa conclusion qu'un conseiller municipal prudent aurait dû savoir qu'il existait un risque pour le conducteur prudent. En conséquence, la juge de première instance a fait erreur en tirant une inférence déraisonnable de la preuve qui lui était soumise. Comme il a été indiqué plus tôt, la norme de contrôle applicable aux inférences de fait est, d'abord et avant tout, celle de la décision raisonnable. Les propos suivants du juge Spence dans l'arrêt *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491, p. 503-504, illustrent bien ce principe :

. . . « c'est un principe bien connu que les tribunaux d'appel ne doivent pas remettre en cause les conclusions

if there were credible evidence before him upon which he could reasonably base his conclusion". [Emphasis added.]

151 As I stated above, there was no evidence to suggest that the respondent had actual knowledge that accidents had previously occurred on Snake Hill Road. To the contrary, Mr. Danger, the administrator of the municipality, testified that the first he heard of the accidents was at the trial.

152 Implicit in the trial judge's reasons, then, was the expectation that the municipality should have known about the accidents through an accident-reporting system. The appellant put forward that argument explicitly before this Court, placing significant emphasis on the fact that respondent "has no regularized approach to gathering this information, whether from councillors or otherwise". The argument suggests that, had the municipality established a formal system to find out whether accidents had occurred on a given road, it would have known that accidents had occurred on Snake Hill Road and would have taken the appropriate corrective action to ensure that the road was safe for travellers.

153 I find the above argument to be flawed in two important respects. First, the argument that the other accidents on Snake Hill Road were relevant in this case is based on the assumption that there was an obligation on the respondent municipality to have a "regularized" accident-reporting system, and that the informal system that was in place was somehow deficient. In my view, the appellant did not meet its onus to show that the system relied on by the municipality to discharge its obligations under s. 192 of the *The Rural Municipality Act, 1989* was deficient. The evidence shows that, prior to 1988, there was no formal system of accident reporting in place. There was, nonetheless, an informal system whereby the municipal councillors were responsible for finding out if there were road hazards. Information that hazards existed came to the attention of the councillors via complaints, and from their own familiarity

de fait du juge de première instance, s'il existait des témoignages dignes de foi sur lesquels le juge pouvait raisonnablement fonder ses conclusions ». [Je souligne.]

Comme je l'ai mentionné précédemment, il n'y avait aucune preuve indiquant que l'intimée savait concrètement que d'autres accidents étaient survenus auparavant sur le chemin Snake Hill. Au contraire, M. Danger, l'administrateur de la municipalité, a témoigné qu'il avait entendu parler de ces accidents pour la première fois au procès.

Par conséquent, 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. L'appelant a expressément plaidé cet argument devant notre Cour, insistant fortement sur le fait que l'intimée [TRADUCTION] « ne dispose pas d'un mécanisme structuré de collecte de cette information, que ce soit par l'entremise des conseillers ou d'autres personnes ». Suivant cet argument, on prétend que, si la municipalité avait établi un système officiel lui permettant de savoir si des accidents sont survenus sur une route donnée, elle aurait su que des accidents s'étaient produits sur le chemin Snake Hill et elle aurait pris les mesures correctives appropriées pour faire en sorte que le chemin soit sécuritaire pour les usagers.

J'estime que l'argument susmentionné présente deux lacunes importantes. Premièrement, l'argument selon lequel les autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill étaient pertinents en l'espèce repose sur la présomption que la municipalité intimée avait l'obligation d'avoir un système « structuré » d'information sur les accidents, et que le système informel en place était d'une certaine manière déficient. À mon avis, l'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que le système sur lequel la municipalité se fondait pour remplir ses obligations au titre de l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, était déficient. La preuve établit que, avant 1988, il n'existait pas de système officiel d'information sur les accidents. Il existait néanmoins, un système informel dans le cadre duquel les conseillers municipaux étaient chargés de s'enquérir de l'existence de dangers

with the roads within the township under their jurisdiction. The trial judge made a palpable error in finding that this informal system was deficient in the absence of any evidence of the practice of other municipalities at the time that the accidents occurred and what might have been a reasonable system, particularly given the fact that the rural municipality in question had only six councillors. There is no evidence that a rural municipality of this type requires the sort of sophisticated information-gathering process that may be required in a city, where accidents occur with greater frequency and where it is less likely that word of mouth will suffice to bring hazards to the attention of the councillors.

The respondent municipality now has a more formalized system of accident reporting. Since 1988, Saskatchewan Highways and Transportation annually provides the municipalities with a listing of all motor vehicle accidents which occur within the municipality and which are reported to the police. While I agree that this system may provide the municipality with a better chance of locating hazards in some circumstances, I do not accept that the adoption of this system is relevant on the facts of this case. Only one accident, which occurred in 1990, was reported to the respondent under this system. The appellant adduced no evidence to suggest that this accident occurred at the same location as the Nikolaisen rollover, or that this accident occurred as a result of the conditions of the road rather than the negligence of the driver.

Secondly, and perhaps more importantly, it was simply illogical for the trial judge to infer from the fact of the earlier accidents that the respondent should have known that the site of the Nikolaisen rollover posed a risk to prudent drivers. The three accidents, which took place in 1978, 1985, and 1987, occurred on different curves, while the vehicles involved were proceeding in the opposite

sur les routes. Les conseillers étaient informés de l'existence de dangers par suite des plaintes qu'ils recevaient et par leur propre expérience des routes situées dans les cantons qu'ils représentaient. La juge de première instance a commis une erreur manifeste en concluant que ce système informel était déficient, alors qu'aucune preuve n'indiquait quelles étaient les pratiques suivies par d'autres municipalités à cet égard au moment des accidents, ni n'expliquait en quoi aurait consisté un système raisonnable, compte tenu particulièrement du fait que la municipalité rurale concernée ne comptait que six conseillers. Il n'y a aucune preuve indiquant qu'une municipalité rurale de ce genre a besoin du genre de mécanisme élaboré de collecte de renseignements dont peut avoir besoin une grande ville, où les accidents sont plus fréquents et où il est peu probable que le bouche à oreille soit suffisant pour porter les dangers à l'attention des conseillers.

La municipalité intimée possède maintenant un système plus officiel d'information sur les accidents. Depuis 1988, en effet, le ministère de la Voirie et du Transport de la Saskatchewan communique annuellement à chaque municipalité la liste de tous les accidents d'automobile survenus sur son territoire et signalés aux policiers. Bien que ce système puisse, j'en conviens, permettre aux municipalités de mieux repérer les dangers dans certaines circonstances, je ne crois pas que son adoption soit pertinente eu égard aux faits de l'espèce. Un seul accident, survenu en 1990, a été signalé à l'intimée par le truchement de ce système. L'appelant n'a produit aucun élément de preuve indiquant que cet accident est survenu au même endroit que celui où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, ou qu'il était attribuable à l'état de la route plutôt qu'à la négligence du conducteur.

Deuxièmement, élément peut-être plus important encore, il était tout simplement illogique pour la juge de première instance d'inférer de l'existence des accidents antérieurs que l'intimée aurait dû savoir que l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau présentait un risque pour les conducteurs prudents. Les trois accidents — qui sont survenus en 1978, 1985 et 1987

direction. The accidents of 1978 and 1987 occurred on the first right-turning curve in the road with the drivers travelling westbound, at the bottom of the hill. The accident in 1985 took place on the next curve in the road with the driver also travelling westbound, again on a different curve from the one where the Nikolaisen rollover took place. If anything, these accidents signal that the municipality should have been concerned with the curves that were, when travelling westbound, to the east of the site of the Nikolaisen rollover. The evidence disclosed no accidents that had occurred at the precise location of the accident that is the subject of this case.

156 Furthermore, the mere occurrence of an accident does not in and of itself indicate a duty to post a sign. In many cases, accidents happen not because of the conditions of the road, but rather because of the negligence of the driver. Illustrative in this regard is Mr. Agrey's accident on Snake Hill Road in 1978. Mr. Agrey testified that, just prior to the accident, he had turned his attention away from the road to talk to one of the passengers in the vehicle. Another passenger shouted to him to "look out", but by the time he was alerted it was too late to properly navigate the turn. Mr. Agrey was charged and fined for his carelessness. As was discussed in the context of the standard of care, a municipality is not obligated to make safe the roads for all drivers, regardless of the care and attention that they are exercising when driving. It need only keep roads in such a state of repair as will allow a reasonable driver exercising ordinary care to drive with safety.

157 In addition to the substantial errors discussed above, I would also note that, in my view, the trial judge was inattentive to the onus of proof on this issue. When reviewing the evidence pertaining to other accidents on Snake Hill Road, the trial judge remarked, at para. 31: "Cst. Forbes does not recall

— se sont produits dans des courbes différentes, et les véhicules concernés circulaient en sens inverse. L'accident de 1978 et celui de 1987 ont eu lieu dans le premier virage à droite au pied de la colline, les automobilistes roulant alors en direction ouest. L'accident de 1985 s'est produit dans la deuxième courbe, toujours en direction ouest, encore une fois dans une courbe différente de celle où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. Si ces accidents indiquent quoi que ce soit, c'est plutôt que la municipalité aurait dû se préoccuper des courbes qui, pour les véhicules circulant en direction ouest, se trouvent à l'est de l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. La preuve n'a révélé aucun accident qui se serait produit à l'endroit précis où est survenu l'accident qui nous intéresse.

Qui plus est, le simple fait qu'un accident se produise n'emporte pas en soi l'obligation d'installer un panneau signalisateur. Dans bien des cas, les accidents surviennent non pas à cause de l'état de la route, mais plutôt à cause de la négligence du conducteur. Un bon exemple de cela est l'accident dont a été victime M. Agrey sur le chemin Snake Hill en 1978. Ce dernier a témoigné que, juste avant l'accident, il avait quitté des yeux la route pour parler à l'un des passagers du véhicule. Un autre passager lui a crié de faire attention, mais il était déjà trop tard pour bien exécuter le virage. Accusé de conduite imprudente, M. Agrey a été déclaré coupable et condamné à une amende. Comme on l'a vu plus tôt, dans le contexte de la norme de diligence, une municipalité n'a pas l'obligation de rendre les chemins sécuritaires pour tous les conducteurs, indépendamment de la prudence et de l'attention avec lesquelles ils conduisent. Elle est seulement tenue de maintenir les chemins dans un état propre à permettre au conducteur raisonnable qui prend des précautions normales d'y circuler en sécurité.

Outre les erreurs substantielles examinées précédemment, je tiens également à souligner que, selon moi, la juge de première instance ne s'est pas souciée du fardeau de preuve sur cette question. Lorsqu'elle a examiné la preuve relative aux autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill, la juge

any other accident on Snake Hill Road during her time at the Shellbrook RCMP Detachment, from 1987 until 1996. Cpl. Healey had heard of one other accident. Forbes and Healey are only two of nine members of the RCMP Detachment at Shellbrook” (emphasis added). By this comment, the trial judge seems to imply that there may have been more accidents on Snake Hill Road that had been reported and that the respondent should have known about this. With all due respect to the trial judge, if there had been accidents other than the ones that were raised at trial, it was up to the appellant to bring evidence of these accidents forward, either by calling the RCMP members to whom they had been reported, or by calling those who were involved in the accidents, or by any other available means. Furthermore, the significance that the trial judge attributed to the other accidents that occurred on Snake Hill Road was dependent on her assumption that the respondent should have had a formal accident-reporting system in place. The respondent did not bear the onus of demonstrating that it was not obliged to have such a system; there was, rather, a positive onus on the appellant to demonstrate that such a system was required and that the informal reporting system was inadequate.

C. *Did the Trial Judge Err in Finding that the Accident was Caused in Part by the Failure of the Respondent Municipality to Erect a Sign Near the Curve?*

The trial judge’s findings on causation are found at para. 101 of her judgment, where she states:

I find that this accident occurred as a result of Mr. Nikolaisen entering the curve on Snake Hill Road at a speed slightly in excess of that which would allow successful negotiation. The accident occurred at the most dangerous segment of Snake Hill Road where a warning or regulatory sign should have been erected and maintained to warn motorists of an impending and hidden hazard. Mr. Nikolaisen’s degree of impairment only

de première instance a fait les remarques suivantes au par. 31 : [TRADUCTION] « La gendarme Forbes ne se souvient pas de quelque autre accident sur le chemin Snake Hill durant la période où elle était affectée au détachement de la GRC de Shellbrook, de 1987 à 1996. Le caporal Healey avait entendu parler d’un autre accident. Forbes et Healey ne sont que deux des neuf membres du détachement de la GRC à Shellbrook » (je souligne). Par cette remarque, la juge de première instance semble laisser entendre que d’autres accidents sur le chemin Snake Hill ont pu avoir été signalés et que l’intimée aurait dû le savoir. En toute déférence pour la juge de première instance, s’il y avait eu d’autres accidents que ceux qui ont été mentionnés au procès, il appartenait à l’appelant d’en faire la preuve, soit en faisant témoigner les membres de la GRC à qui les accidents avaient été signalés ou encore les personnes en cause dans ces accidents, soit en utilisant tout autre moyen à sa disposition. En outre, l’importance que la juge de première instance a accordée aux autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill dépendait du postulat que l’intimée aurait dû posséder un système officiel d’information sur les accidents. L’intimée n’était pas tenue de prouver qu’elle n’avait pas l’obligation de disposer d’un tel système. Il incombait plutôt à l’appelant d’établir que ce genre de système était nécessaire et que le système informel existant était insuffisant.

C. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l’accident avait été causé, en partie, par le défaut de la municipalité intimée d’installer un panneau de signalisation près de la courbe?*

Les conclusions de la juge de première instance au sujet du lien de causalité figurent au par. 101 de son jugement, où elle dit ceci :

[TRADUCTION] J’estime que l’accident s’est produit parce que M. Nikolaisen s’est engagé dans le virage sur le chemin Snake Hill à une vitesse légèrement supérieure à celle qui lui aurait permis de réussir la manœuvre. L’accident est survenu dans la portion la plus dangereuse du chemin Snake Hill, à un endroit où un panneau d’avertissement ou de signalisation aurait dû être installé et maintenu pour avertir les automobilistes de

served to increase the risk of him not reacting, or reacting inappropriately to a sign. Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that he would have intentionally disregarded a warning or regulatory sign. He had moments earlier, when departing the Thiel residence, successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him. I am satisfied on a balance of probabilities that had Mr. Nikolaisen been forewarned of the curve, he would have reacted and taken appropriate corrective action such that he would not have lost control of his vehicle when entering the curve.

159 The trial judge's above findings in respect to causation represent conclusions on matters of fact. Consequently, this Court will only interfere if it finds that in coming to these conclusions she made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence, misunderstood the evidence, or drew erroneous conclusions from it (*Toneguzzo-Norvell*, *supra*, at p. 121).

160 In coming to her conclusion on causation, the trial judge made several of the types of errors that this Court referred to in *Toneguzzo-Norvell*. To the extent that the trial judge relied on the evidence of Mr. Laughlin, the only expert to have testified on the issue of causation, I find that she either misunderstood his evidence or drew erroneous conclusions from it. The only other testimony in respect to causation was anecdotal evidence pertaining to Mr. Nikolaisen's level of impairment provided by Craig Thiel, Toby Thiel and Paul Housen. Although their testimonies provided some evidence in respect to causation, for reasons I will discuss, it was not evidence on which the trial judge could reasonably rely. Nor do I find that the trial judge was entitled to rely on evidence that Mr. Nikolaisen successfully negotiated the curve from the Thiel driveway onto Snake Hill Road. The inference that the trial judge drew from this fact was unreasonable and ignored evidence that Mr. Nikolaisen swerved even on this curve. In addition, the trial judge clearly erred by ignoring other relevant evidence in respect to causation, in particular the fact that Mr. Nikolaisen had driven on the

l'imminence d'un danger caché. Le degré d'ébriété de M. Nikolaisen n'a fait qu'accroître le risque qu'il ne réagisse pas du tout ou encore de façon inappropriée à une signalisation. M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu'il aurait intentionnellement fait abstraction d'un panneau d'avertissement ou de signalisation. Quelques instants plus tôt, au moment de quitter la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir. Je suis convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que si on avait prévenu M. Nikolaisen de l'existence de la courbe, il aurait réagi et pris des mesures appropriées, qui l'auraient empêché de perdre la maîtrise de son véhicule en s'engageant dans le virage.

Les conclusions susmentionnées de la juge de première instance touchant le lien de causalité sont des conclusions portant sur des questions de fait. Par conséquent, notre Cour n'interviendra que si elle estime que, pour arriver à ses conclusions, la juge a commis une erreur manifeste, n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées (*Toneguzzo-Norvell*, précité, p. 121).

En arrivant à sa conclusion sur le lien de causalité, la juge de première instance a commis plusieurs des erreurs mentionnées par notre Cour dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité. Dans la mesure où la juge de première instance s'est fondée sur le témoignage de M. Laughlin, le seul expert à avoir témoigné sur la question du lien de causalité, j'estime qu'elle a mal interprété son témoignage ou qu'elle en a tiré des conclusions erronées. Les éléments anecdotiques des témoignages de Craig Thiel, Toby Thiel et Paul Housen concernant le degré d'ébriété de M. Nikolaisen constituent la seule autre preuve testimoniale sur le lien de causalité. Bien que leurs témoignages aient fourni quelques éléments de preuve touchant cette question, il ne s'agit pas, pour des raisons que j'examinerai plus loin, d'éléments sur lesquels la juge de première instance pouvait raisonnablement s'appuyer. Je n'estime pas non plus qu'elle pouvait se fonder sur la preuve que M. Nikolaisen avait réussi à prendre le virage permettant d'accéder au chemin Snake Hill depuis l'entrée des Thiel. L'inférence que la juge de première instance a tirée de ce fait était déraisonnable et faisait abstraction de la preuve selon laquelle

road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident.

I cannot agree with the trial judge that the testimony of Mr. Laughlin, a forensic alcohol specialist employed by the RCMP supports the finding that Mr. Nikolaisen would have reacted to a sign forewarning of the impending right-turning curve on which the accident occurred. The preponderance of Mr. Laughlin's testimony establishes that persons at the level of impairment which Mr. Nikolaisen was found to be at when the accident occurred would be unlikely to react to a warning sign. In addition, Mr. Laughlin's testimony points overwhelmingly to the conclusion that alcohol was the causal factor which led to this accident. The trial judge erred by misapprehending one comment in Mr. Laughlin's testimony and ignoring the significance of his testimony when taken as a whole.

Based on blood samples obtained by Constable Forbes approximately three hours after the accident occurred, Mr. Laughlin predicted that Mr. Nikolaisen's blood alcohol level at the time of the accident ranged from 180 to 210 milligrams percent. Mr. Laughlin commented at length on the effect that this level of blood alcohol could be expected to have on a person's ability to drive, testifying:

Well, My Lady, this alcohol level that I've calculated here is a very high alcohol level. The critical mental faculties [that] are important in operating a motor vehicle will be impaired by the alcohol. And any skill that depends on these mental faculties will be affected. These include anticipation, judgment, attention, concentration, the ability to divide attention among two or more areas of interest. Because these are affected to such a degree, it would be unsafe for anybody to operate a motor vehicle with this level of alcohol in their body.

le véhicule de M. Nikolaisen avait fait une embardée même dans cette courbe. En outre, la juge de première instance a clairement commis une erreur en ne prenant pas en considération d'autres éléments de preuve pertinents concernant le lien de causalité, en particulier le fait que M. Nikolaisen avait roulé à trois reprises sur le chemin en question au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident.

Je ne partage pas l'avis de la juge de première instance voulant que le témoignage de M. Laughlin, spécialiste judiciaire en matière d'alcool au service de la GRC, étaye la conclusion que M. Nikolaisen aurait réagi à un panneau lui signalant l'imminence du virage droite où s'est produit l'accident. Le témoignage de M. Laughlin établit de façon prépondérante que des personnes dans un état d'ébriété aussi avancé que celui de M. Nikolaisen au moment de l'accident ne réagiraient vraisemblablement pas à un panneau d'avertissement. De plus, le témoignage de M. Laughlin mène irrésistiblement à la conclusion que l'alcool a été le facteur causal de l'accident. La juge de première instance a commis une erreur à cet égard, car elle a mal interprété un élément de la déposition de M. Laughlin et elle a omis de tenir compte de l'importance de son témoignage, considéré globalement.

À la lumière des échantillons de sang prélevés par la gendarme Forbes environ trois heures après l'accident, M. Laughlin a estimé que, au moment de l'accident, l'alcoolémie de M. Nikolaisen se situait entre 180 et 210 mg par 100 ml de sang. Dans son témoignage, M. Laughlin a commenté en détail l'incidence d'une telle alcoolémie sur la capacité d'une personne de conduire :

[TRADUCTION] Bien, Madame, l'alcoolémie que j'ai calculée en l'espèce est très élevée. Les facultés mentales essentielles qui jouent un rôle important dans la conduite d'un véhicule automobile sont affaiblies par l'alcool. Et toute habileté tributaire de ces facultés mentales est affectée, notamment l'anticipation, le jugement, l'attention, la concentration, la capacité de partager son attention entre deux choses ou plus. Et parce qu'elles sont affectées à ce point, il serait risqué pour quiconque possède un tel taux d'alcool dans son sang de conduire un véhicule automobile.

When asked about his knowledge of research pertaining to the effects of alcohol on the risk of being involved in an automobile accident, Mr. Laughlin had this to say:

At this level the moderate user of alcohol risk of causing crash is tremendously high, probably 100 times that of a sober driver, or even higher. And in some cases at this level, I've seen scientific literature indicating that the risk of causing a fatal crash is 2 to 300 times that of a sober driver. . . . if an impaired person is an experienced drinker there — it won't be that high. However, there will be an increased risk compared to a sober state. . . . But above 100 milligrams percent, regardless of tolerance, a person will be impaired with respect to driving ability.

Following these comments, Mr. Laughlin discussed the ability of a severely impaired person to react to the presence of a hazard when driving:

My Lady, I would like to add that the driving task is a demanding one and involves many multi-various tasks occurring at the same time. The hazard for a person under the influence of alcohol is it takes longer to notice a hazard or danger if one should occur; it takes longer to decide what corrective action is appropriate, and it takes longer to execute that decision and the person may tend to make incorrect decisions. So there is increased risk in that process. As well, if the impairment has progressed to the point where the motor skills are affected, the execution of that decision is impaired. So it's not a very graceful attempt at a corrective action. As well, some people tend to make more risks under the influence of alcohol. They do not apply sound reasoning and judgment. They are not able to properly assess the impairment of their driving skills, they are not able to properly assess the risk, not able to properly assess the changing road and weather conditions and adjust for that. But even if they do recognize those as hazards, they may tend to take more risks than a sober driver would.

Interrogé sur l'état des recherches touchant l'incidence de l'alcool sur le risque d'accident automobile, voici ce qu'a dit M. Laughlin :

[TRADUCTION] À ce taux-là, le risque qu'une personne qui consomme modérément de l'alcool provoque un accident est extrêmement élevé, probablement 100 fois plus élevé que le conducteur à jeun, ou plus encore. Et dans certains cas, à ce taux-là, j'ai lu des textes scientifiques dans lesquels on indiquait que le risque de provoquer un accident mortel est de 200 à 300 fois plus élevé que celui d'un conducteur à jeun. [. . .] [S]i la personne en état d'ébriété est quelqu'un qui a l'habitude de boire, le risque n'est pas aussi élevé. Cependant, il est plus grand que si la personne avait été à jeun. [. . .] Mais au dessus de 100 mg par 100 ml de sang, peu importe le degré de tolérance à l'alcool, une personne a les facultés affaiblies pour ce qui concerne sa capacité de conduire.

Après avoir fait ces remarques, M. Laughlin a décrit la capacité d'une personne en état d'ébriété avancé de réagir à la présence d'un danger lorsqu'elle conduit.

[TRADUCTION] Madame, j'aimerais ajouter que conduire un véhicule est une activité exigeante, qui demande d'accomplir une multiplicité de tâches simultanément. Le danger pour la personne qui conduit en état d'ébriété réside dans le fait qu'il lui faut plus de temps pour déceler la présence d'un risque ou d'un danger; il lui faut plus de temps pour décider quelle mesure corrective est requise, et elle prend plus de temps à mettre cette décision à exécution; de plus, une telle personne peut avoir tendance à prendre de mauvaises décisions. Ce processus accroît donc le risque. Aussi, si l'ébriété est avancée au point où les habiletés motrices sont affaiblies, l'exécution de la décision s'en trouve compromise. Il s'ensuit donc une tentative plutôt malhabile de corriger la situation. De plus, certaines personnes tendent à prendre davantage de risques lorsqu'elles sont en état d'ébriété. Elles ne font pas preuve de discernement et de jugement. Elles sont incapables d'évaluer correctement les changements dans l'état de la route et les conditions météorologiques et d'adapter leur conduite en conséquence. Mais même si elles reconnaissent qu'il s'agit effectivement de dangers, elles peuvent avoir tendance à prendre davantage de risques que le conducteur à jeun.

163

The above comments support the conclusion that the accident occurred as a result of Mr. Nikolaisen's impairment and not as a result of any failure on the part of the respondent. Indeed, when the portions of Mr. Laughlin's testimony that the trial judge relied

Les remarques qui précèdent étayent la conclusion que l'accident s'est produit en raison de l'état d'ébriété de M. Nikolaisen et non de quelque manquement de la part de l'intimée. De fait, lorsque les extraits du témoignage de M. Laughlin sur lesquels

on are considered in their context, they do not support her conclusion that Mr. Nikolaisen would have been able to react to a sign had one been posted. When asked by counsel whether it was possible for an individual with Mr. Nikolaisen's blood alcohol level to perceive and react to a road sign, Mr. Laughlin responded:

Yes, it's possible that a person will see and react to it and maybe react properly. It's possible that they will react improperly or may miss it altogether. I think what's key here is that at this level of alcohol, it's more likely that the person under this level of alcohol will either miss the sign or not react properly compared to the sober driver. That the driver with this level of alcohol will make more mistakes than will the sober driver. [Emphasis added.]

In the passage above, it is clear that Mr. Laughlin is merely admitting that anything is possible, while solidly expressing the view that drivers at this level of intoxication are more likely to not react to a sign or other warning. This view is also apparent in the following passage, in which Mr. Laughlin expands on the ability of an intoxicated driver to react to signs and other road conditions:

What happens with respect to perception under the influence of alcohol is a driver tends to concentrate on the central field of vision, and miss certain indicators on the periphery, that's called tunnel vision. As well, drivers tend to concentrate on the lower part of that central field of view and therefore they don't have a very long preview distance in the course of operating a motor vehicle and looking down the road. And so studies indicate that under the influence of alcohol drivers tend to miss more signs, warnings, indicators, especially those in the peripheral field of view or farther down the road. [Emphasis added.]

In argument before this Court, the appellant emphasized that although Mr. Laughlin was the only expert to testify with respect to causation, lay witnesses testified that Mr. Nikolaisen was not visibly impaired prior to leaving the Thiel residence.

s'est fondée la juge de première instance sont examinés dans leur contexte, ils n'appuient pas la conclusion de cette dernière que M. Nikolaisen aurait été capable de réagir à un panneau de signalisation s'il y en avait eu un. Répondant à la question d'un avocat lui demandant s'il était possible qu'une personne ayant l'alcoolémie de M. Nikolaisen voit un panneau de signalisation et y réagisse, M. Laughlin a dit ceci :

[TRADUCTION] Oui, il est possible qu'une personne le voit et y réagisse et peut-être qu'elle réagisse adéquatement. Il est possible qu'elle ne réagisse pas adéquatement ou qu'elle ne le voit même pas. J'estime que l'élément fondamental à retenir ici est qu'il est probable que la personne ayant atteint cette alcoolémie ne voit pas le panneau, ou ne réagisse pas adéquatement, comparativement au conducteur à jeun. Que le conducteur avec cette alcoolémie commette plus d'erreurs que le conducteur à jeun. [Je souligne.]

Il est clair, dans le passage qui précède, que M. Laughlin reconnaît simplement que tout est possible, tout en avançant avec conviction qu'il y a une plus forte probabilité que les conducteurs ayant atteint ce degré d'ébriété ne réagissent pas à un panneau de signalisation ou à une autre mesure d'avertissement. Cette opinion ressort également clairement de l'extrait suivant, où il donne des précisions supplémentaires sur la capacité d'une personne en état d'ébriété de réagir aux panneaux de signalisation et à d'autres éléments sur les routes :

[TRADUCTION] Sur le plan de la perception, le conducteur en état d'ébriété a tendance à se concentrer sur son champ visuel central et à manquer certains indices en périphérie, c'est ce qu'on appelle la vision tubulaire. En outre, les conducteurs ont tendance à se concentrer sur la partie inférieure de ce champ visuel central et, en conséquence, ils ne voient pas très loin devant eux sur la route lorsqu'il sont au volant. Et, par conséquent, les recherches indiquent que les conducteurs en état d'ébriété ont tendance à manquer davantage de panneaux de signalisation, d'avertissements, d'indices, particulièrement ceux situés dans leur champ visuel périphérique ou plus loin sur la route. [Je souligne.]

Au cours des plaidoiries devant notre Cour, l'appelant a souligné que, bien que M. Laughlin ait été le seul expert entendu au sujet du lien de causalité, les témoins ordinaires ont attesté que M. Nikolaisen n'avait pas les facultés visiblement

It is not clear from the trial judge's reasons that she relied on testimony to this effect given by Craig Thiel, Toby Thiel and Paul Housen. To the extent that she did rely on such evidence to establish that the accident was caused in part by the respondent's negligence, I find this reliance to be unreasonable. Whereas the lay witnesses in this case were qualified to give their opinion on whether they, as ordinary drivers, could safely negotiate the segment of Snake Hill Road on which the accident occurred, they were not qualified to assess the degree of Mr. Nikolaisen's impairment. The reason for their lack of qualification in this regard was explained by Mr. Laughlin in the following response to counsel's question on whether it is possible to draw a conclusion from the fact that an individual does not exhibit any impairment of their motor skills and speech:

No, Your Honour, because, My Lady, when you're looking at motor skill impairment or for signs of motor skill impairment, you're looking for signs of intoxication, not impairment. Remember I mentioned that the first components affected by alcohol are cognitive and mental faculties. These are all important in driving. However, it is very difficult when you look at an individual who has been consuming alcohol to tell that they have impaired in attention or divided attention, or concentration, or judgment. So as an indicator of impairment, motor skills are not reliable. And if you think about the *Criminal Code* process, they've been abandoned 30 years ago as a useful indicator of impairment. No longer do we rely on police officers subjective assessment of person's motor skills to determine impairment. [Emphasis added.]

165

It is also clear from the trial judge's reasons that she relied to some extent on evidence that Mr. Nikolaisen successfully negotiated the curve at the point where the driveway to the Thiel residence intersected the road. I agree with the respondent that this fact is simply not relevant. The ability of Mr. Nikolaisen to negotiate this curve does not establish that his driving ability was not impaired. As noted by the respondent, at para. 101 of its factum, he may

affaiblies avant de quitter la résidence des Thiel. Les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement si elle s'est appuyée sur les témoignages de Craig Thiel, Toby Thiel et Paul Housen à cet égard. Dans la mesure où elle se serait fondée sur cette preuve pour conclure que l'accident avait été causé en partie par la négligence de l'intimée, j'estime qu'il était déraisonnable de le faire. En l'espèce, bien que compétents pour exprimer leur opinion sur la question de savoir s'ils pourraient, en tant que conducteurs moyens, manœuvrer en toute sécurité sur le tronçon du chemin Snake Hill où l'accident s'est produit, les témoins ordinaires n'étaient pas compétents pour évaluer le degré d'ébriété de M. Nikolaisen. La raison de leur absence de compétence à cet égard a été expliquée en ces termes par M. Laughlin, dans la réponse suivante qu'il a donnée à l'un des avocats qui lui demandait s'il était possible de tirer des conclusions du fait qu'une personne ne démontre ni signe d'affaiblissement de ses habiletés motrices ni problème d'élocution :

[TRADUCTION] Non, votre Honneur, puisque, Madame, lorsqu'on vérifie s'il y a affaiblissement des habiletés motrices ou des signes de cet affaiblissement, on cherche des indices d'ébriété, et non d'affaiblissement des facultés. Rappelez-vous que j'ai dit que les premières facultés affectées par l'alcool sont les facultés cognitives et mentales. Elles sont toutes importantes lorsqu'il s'agit de conduire un véhicule. Cependant, lorsqu'on examine une personne qui a consommé de l'alcool, il est très difficile de dire si son attention ou sa capacité de diviser son attention, ou si sa concentration ou son jugement sont réduits. En conséquence les habiletés motrices ne sont pas des indices fiables d'affaiblissement des facultés. Et si on pense au processus prévu par le *Code criminel*, on a cessé d'y recourir depuis 30 ans en tant qu'indices utiles de l'affaiblissement des facultés. On ne se fie plus à l'appréciation subjective policier quant aux habiletés motrices d'une personne pour déterminer si les facultés de celle-ci sont affaiblies. [Je souligne.]

Il appert également des motifs de la juge de première instance qu'elle s'est dans une certaine mesure fondée sur la preuve indiquant que M. Nikolaisen avait réussi à prendre le virage à l'intersection de l'entrée de la résidence des Thiel et du chemin Snake Hill. Je partage l'avis de l'intimée selon lequel ce fait n'est tout simplement pas pertinent. La capacité de M. Nikolaisen de prendre ce virage n'établit pas que sa capacité de conduire

have been driving more slowly at this point, or he may simply have been lucky. More importantly, this evidence contributes nothing to the issue of whether or not Mr. Nikolaisen would have reacted to a sign on the curve where the accident occurred, had one been present. There was no sign on the curve one faces upon leaving the driveway, just as there was no sign on the curve where the accident took place.

At any rate, the trial judge's reliance on Mr. Nikolaisen's successful negotiation of the curve at the location of the Thiel driveway ignores relevant evidence that he had swerved or "fish-tailed" when leaving the Thiel residence. A reasonable inference to be drawn from this evidence is that while Mr. Nikolaisen was able to negotiate this curve, he did not do so free from difficulty. While this evidence may not be significant in and of itself, it should have been enough to alert the trial judge to the problems inherent in the inference she drew from his ability to navigate this earlier curve.

In addition to ignoring the relevant evidence of the fish-tail marks, the trial judge failed to consider the relevance of the fact that Mr. Nikolaisen had travelled Snake Hill Road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident. In her review of the evidence, she noted at para. 8 of her reasons that: "Mr. Nikolaisen was unfamiliar with Snake Hill Road. While he had in the preceding 24 hours travelled the road three times, only once was in the same direction that he was travelling upon leaving the Thiel residence."

I simply cannot see how the trial judge found accidents which occurred when motorists were travelling in the opposite direction relevant to the issue of the respondent's knowledge of a risk to motorists while at the same time suggesting that the fact that Mr. Nikolaisen had driven the road in the opposite direction twice was irrelevant to the issue of whether

n'était pas affaiblie. Comme l'a souligné l'intimée, au par. 101 de son mémoire, il a pu réduire sa vitesse à cet endroit, ou simplement avoir eu de la chance. Facteur plus important encore cette preuve n'aide d'aucune façon à déterminer si M. Nikolaisen aurait réagi à un panneau placé à l'approche de la courbe où s'est produit l'accident, si un tel panneau avait existé. Il n'y avait aucun panneau aux abords de la courbe située à la sortie de l'entrée, tout comme il n'y en avait pas aux abords de celle où s'est produit l'accident.

Quoi qu'il en soit, en se fondant sur le fait que M. Nikolaisen avait pris avec succès le virage devant l'entrée des Thiel, la juge de première instance a fait abstraction de l'élément de preuve pertinent indiquant que l'arrière de son véhicule avait zigzagué à son départ de la résidence des Thiel. On peut raisonnablement inférer de cette preuve que, quoique M. Nikolaisen ait été en mesure de prendre ce virage, il n'y est pas parvenu sans difficulté. Bien que cette preuve ne soit pas nécessairement importante en soi, elle aurait dû néanmoins alerter la juge de première instance quant aux problèmes intrinsèques de l'inférence qu'elle tirait de la capacité de M. Nikolaisen de prendre ce premier virage.

En plus de ne pas avoir tenu compte de la preuve pertinente que constituaient les traces des zigzags, la juge de première instance n'a pas considéré pertinent le fait que M. Nikolaisen avait circulé sur le chemin Snake Hill à trois reprises au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident. Dans son examen de la preuve, elle a souligné, au par. 8 de ses motifs, que [TRADUCTION] « M. Nikolaisen ne connaissait pas bien le chemin Snake Hill. Bien qu'il ait emprunté ce chemin à trois reprises au cours des 24 heures précédentes, il ne l'a fait qu'une seule fois dans la même direction que celle qu'il a prise en quittant la résidence des Thiel. »

Je ne vois tout simplement pas comment la juge de première instance a pu conclure que les accidents qu'ont eu des automobilistes circulant en sens inverse étaient pertinents pour statuer sur la connaissance par l'intimée de l'existence d'un risque d'accident, tout en suggérant du même souffle que le fait que M. Nikolaisen ait roulé à deux reprises

166

167

168

or not he would have recognized that the curve posed a risk or that he would have reacted to a warning sign. This discrepancy aside, I find the fact that Mr. Nikolaisen had travelled Snake Hill Road in the same direction when he left the Thiel residence to go to the Jamboree the evening before the accident highly relevant to the causation issue. The finding that the outcome would have been different had Mr. Nikolaisen been forewarned of the curve ignores the fact that he already knew that the curve was there. I agree with the respondent that the obvious reason Mr. Nikolaisen was unable to safely negotiate the curve on the afternoon of the 18th, despite having negotiated this curve and others without difficulty in the preceding 18 to 20 hours was the combined effect of his drinking, lack of sleep and lack of food.

en sens inverse sur le chemin en question n'était pas pertinent pour déterminer s'il aurait reconnu que la courbe présentait un risque ou s'il aurait réagi à un panneau d'avertissement. Indépendamment de cette contradiction, j'estime que le fait que M. Nikolaisen ait roulé dans la même direction sur le chemin Snake Hill après avoir quitté la résidence des Thiel pour se rendre au jamboree, la veille de l'accident, est fort pertinent en ce qui concerne le lien de causalité. La conclusion que le résultat aurait été différent si une signalisation avait prévenu M. Nikolaisen de l'existence de la courbe ne tient pas compte du fait qu'il savait déjà qu'elle existait. Je souscris à l'opinion de l'intimée que la raison évidente pour laquelle M. Nikolaisen n'a pas réussi à prendre le virage en toute sécurité dans l'après-midi du 18, alors qu'il avait déjà pris ce virage et d'autres sans difficulté au cours des 18 à 20 heures précédentes, était l'effet combiné de sa consommation d'alcool, de son manque de sommeil et du fait qu'il n'avait pas mangé.

169

In conclusion on the issue of causation, I wish to clarify that the fact that the trial judge referred to some evidence to support her findings on this issue does not insulate those findings from review by this Court. The standard of review for findings of fact is reasonableness, not absolute deference. Such a standard entitles the appellate court 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. The logic of this approach was aptly explained by Kerans, *supra*, in the following passage at p. 44:

Pour conclure sur la question du lien de causalité, j'aimerais préciser que le fait que la juge de première instance ait mentionné certains éléments de preuve au soutien de ses conclusions sur ce point n'a pas pour effet de soustraire ces conclusions au pouvoir de contrôle de notre Cour. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait est celle de la décision raisonnable et non celle de la retenue absolue. Cette norme permet au tribunal d'appel de 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. Kerans, *op. cit.*, p. 44, a habilement exposé la logique de cette démarche dans le passage suivant :

The key to the problem is whether the reviewer is to look merely for "evidence to support" the finding. Some evidence might indeed support the finding, but other evidence may point overwhelmingly the other way. A court might be able to say that reliance on the "some" in the face of the "other" was not what the reasonable trier of fact would do; indeed, it might say that, in all the circumstances it was convinced that to rely on the one in the face of the other was quite unreasonable. To say that "some evidence" is enough, then, without regard to that "other

[TRADUCTION] La solution au problème réside dans la réponse à la question de savoir si le tribunal de révision doit simplement se demander s'il existe « des éléments de preuve étayant » la conclusion. Il est possible que certains éléments de preuve étayent effectivement la conclusion alors que d'autres éléments conduisent irrésistiblement à la conclusion inverse. Un tribunal pourrait être en mesure de dire qu'un juge des faits raisonnable ne s'appuierait pas sur « certains » éléments vu l'existence des « autres »; de fait, il pourrait dire que, eu égard à

evidence” is to turn one’s back on review for reasonableness.

D. *Did the Courts Below Err in Finding that no Common Law Duty of Care Exists Alongside the Statutory Duty Imposed Under Section 192 of The Rural Municipality Act, 1989?*

The appellant urges this Court to find that a common law duty of care exists alongside the statutory duty of care imposed on the respondent by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*. According to the appellant, the application of the common law duty of care would free the Court from the need to focus on how a reasonable driver exercising ordinary care would have navigated the road in question. The appellant submits that the Court would instead apply the “classic reasonableness formulation” which, in its view, would require the Court to take into account the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm, and the burden or cost of preventing that harm. The appellant argues that the respondent would be held liable under this test.

The courts below rejected the above argument when it was put to them by the appellant. I would not interfere with their ruling on this issue for the reason that it is unnecessary for this Court to impose a common law duty of care where a statutory one clearly exists. In any event, the application of the common law test would not affect the outcome in these proceedings.

I agree with the respondent’s submissions that in this case, where the legislature has clearly imposed a statutory duty of care on the respondents, it would be redundant and unnecessary to find that a common law duty of care exists. The two-part test to establish a common law duty of care set out in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, simply has no application where the legislature has defined a statutory duty. As was stated by this Court in *Brown*

l’ensemble des circonstances, il est convaincu qu’il était tout à fait déraisonnable de se fonder sur certains éléments compte tenu des autres. En conséquence, affirmer que « certains éléments de preuve » suffisent, sans égard aux « autres éléments », revient à abandonner l’examen du caractère raisonnable.

D. *Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant qu’aucune obligation de diligence de common law ne coexiste avec l’obligation légale imposée par l’art. 192 de la Rural Municipality Act, 1989?*

L’appelant invite notre Cour à conclure qu’une obligation de diligence de common law coexiste avec l’obligation légale de diligence imposée à l’intimée par l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*. Selon l’appelant, l’application de l’obligation de diligence de common law dispenserait la Cour de la nécessité de se demander comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait roulé sur le chemin en cause. L’appelant soutient que la Cour pourrait plutôt appliquer le [TRADUCTION] « critère classique de la conduite raisonnable », lequel, à son avis, l’obligerait à tenir compte des éléments suivants : la probabilité qu’un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice et le fardeau ou le coût qu’il faudrait assumer pour le prévenir. L’appelant prétend que, suivant ce critère, l’intimée serait tenue responsable.

Les juridictions inférieures ont rejeté l’argument susmentionné de l’appelant. Je ne modifierais pas leur décision sur cette question, car il est inutile que notre Cour impose une obligation de diligence de common law lorsqu’il existe clairement une obligation d’origine législative. Quoi qu’il en soit, l’application du critère prévu par la common law ne modifierait pas l’issue de la présente instance.

Je souscris à l’argument de l’intimée selon lequel, en l’espèce, il serait redondant et inutile de conclure qu’elle est assujettie à une obligation de diligence de common law alors que le législateur lui a clairement imposé une obligation légale de diligence. Le critère à deux volets énoncé dans l’arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, pour statuer sur l’existence d’une obligation de diligence de common law, ne s’applique tout

170

171

172

v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways), [1994] 1 S.C.R. 420, at p. 424:

. . . if a statutory duty to maintain existed as it does in some provinces, it would be unnecessary to find a private law duty on the basis of the neighbourhood principle in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Moreover, it is only necessary to consider the policy/operational dichotomy in connection with the search for a private law duty of care.

All of the authorities cited by the appellant as support for the imposition of an independent common law duty of care can be distinguished from the case at hand on the basis that no statutory duty of care existed (*Just, supra; Brown, supra; Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Ryan, supra*).

173 In addition, I find that the outcome in this case would not be different if the case were determined according to ordinary negligence principles. First, were the Court to engage in a common law analysis, it would still look to the statutory standard of care as laid out in *The Rural Municipality Act, 1989*, as interpreted by the case law in order to assess the scope of liability owed by the respondent to the appellant. As this Court stated in *Ryan, supra*, at para. 29:

Statutory standards can, however, be highly relevant to the assessment of reasonable conduct in a particular case, and in fact may render reasonable an act or omission which would otherwise appear to be negligent. This allows courts to consider the legislative framework in which people and companies must operate, while at the same time recognizing that one cannot avoid the underlying obligation of reasonable care simply by discharging statutory duties.

174 Moreover, even under the common law analysis, this Court would be called upon to question the type of hazards that the respondent, in this case, ought to have foreseen. Whatever the approach, it is only rea-

simplement pas lorsque le législateur a prescrit l'obligation dans la loi. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, p. 424 :

. . . s'il existait une obligation d'entretien imposée par la loi comme c'est le cas dans certaines provinces, il serait inutile de rechercher une obligation en droit privé en se fondant sur le principe du prochain établi dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. En outre, il est nécessaire d'examiner la dichotomie politique générale-opérations seulement en ce qui concerne la recherche d'une obligation de diligence en droit privé.

Tous les arrêts invoqués par l'appelant pour justifier sa prétention que la municipalité devrait être assujettie à une obligation indépendante de diligence de common law peuvent être distingués de la présente affaire, étant donné qu'il n'existait aucune obligation légale de diligence dans ces affaires (*Just, précitée; Brown, précitée; Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Ryan, précitée*).

En outre, j'estime que le résultat serait le même en l'espèce si l'affaire était tranchée d'après les principes ordinaires de la négligence. Tout d'abord, si la Cour faisait l'analyse prévue par la common law, elle appliquerait quand même la norme légale de diligence établie dans la *Rural Municipality Act, 1989*, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'intimée envers l'appelant. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Ryan, précité*, par. 29 :

Cependant, les normes législatives peuvent être hautement pertinentes pour déterminer ce qui constitue une conduite raisonnable dans un cas particulier, et elles peuvent, en fait, rendre raisonnable un acte ou une omission qui, autrement, paraîtrait négligent. En conséquence, les tribunaux peuvent examiner le cadre législatif dans lequel les personnes et les sociétés doivent agir, tout en reconnaissant qu'il est impossible de se soustraire à l'obligation sous-jacente de diligence raisonnable simplement en s'acquittant de ses obligations légales.

De plus, même dans le cadre de l'analyse requise par la common law, notre Cour devrait s'interroger sur le type de dangers que l'intimée aurait dû prévoir en l'espèce. Indépendamment de l'approche choisie,

sonable 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.

The courts have long restricted the standard of care under the statutory duty to require municipalities to repair only those hazards which would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. Compelling reasons exist to maintain this interpretation. The municipalities within the province of Saskatchewan have some 175,000 kilometres of roads under their care and control, 45,000 kilometres of which fall within the “bladed trail” category. These municipalities, for the most part, do not boast large, permanent staffs with extensive time and budgetary resources. 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. Accordingly, it is a change that I would not be prepared to make.

VII. Disposition

In the result, the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal is affirmed and the appeal is dismissed with costs.

Appeal allowed with costs, GONTHIER, BASTARACHE, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Robertson Stromberg, Saskatoon; Quon Ferguson MacKinnon, Saskatoon.

Solicitors for the respondent: Gerrand Rath Johnson, Regina.

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.

Depuis longtemps, les tribunaux limitent l'étendue de la norme de diligence découlant de l'existence d'un devoir légal de diligence à l'obligation pour les municipalités d'éliminer seulement les dangers qui présenteraient un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Des raisons impérieuses militent en faveur du maintien de cette interprétation. Les municipalités de la province de la Saskatchewan assument l'entretien et la surveillance de quelque 175 000 kilomètres de route, dont 45 000 kilomètres font partie de la catégorie des « chemins nivelés ». La plupart de ces municipalités ne disposent ni d'effectifs permanents considérables ni de ressources importantes en temps et en argent. 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. Il s'agit en conséquence d'un changement que je ne serais pas disposé à apporter.

VII. Dispositif

En définitive, le jugement de la Cour de l'appel de la Saskatchewan est confirmé et le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GONTHIER, BASTARACHE, BINNIE et LEBEL sont dissidents.

Procureurs de l'appellant : Robertson Stromberg, Saskatoon; Quon Ferguson MacKinnon, Saskatoon.

Procureurs de l'intimée : Gerrand Rath Johnson, Regina.

175

176

TAB 3

Court of Appeal for Saskatchewan

Citation: *Adams Estate v Wilson*, 2020 SKCA

Docket: CACV3309

38

Date: 2020-03-31

Between:

Daniel Peter Staples, in his capacity as the Executor of the Estate of Nellie Elizabeth Adams, Deceased

*Appellant/Respondent by Cross-Appeal/Respondent
(Defendant/Plaintiff by Counterclaim)*

And

Charles Murray Wilson

*Respondent/Appellant by Cross-Appeal/Respondent
(Plaintiff/Defendant by Counterclaim)*

And

The Salvation Army

*Non-Party/Non-Party/Appellant
(Non-Party)*

Before: Ottenbreit, Schwann and Tholl JJ.A.

Disposition: Appeal of the Adams Estate allowed
Cross-appeal of Mr. Wilson dismissed
Appeal of the Salvation Army allowed

Written reasons by: The Honourable Mr. Justice Ottenbreit

In concurrence: The Honourable Madam Justice Schwann
The Honourable Mr. Justice Tholl

On appeal from: 2018 SKQB 245, Estevan

Appeal heard: June 10, 2019

Counsel: Maurice O. Laprairie, Q.C., and Milad Alishahi for Daniel Staples
Holli Kuski Bassett and Jonathan Milani for Charles Wilson
Jared Epp for the Salvation Army

Ottenbreit J.A.

I. INTRODUCTION

[1] Daniel Peter Staples, in his capacity as the executor of Nellie Elizabeth Adams, deceased [Executor], appeals the decision of the Court of Queen's Bench Chambers judge dated September 12, 2018, ordering that the will of Ms. Adams dated May 19, 2011 [Will] be proven in solemn form and a trial be held for that purpose: *Wilson v Staples*, 2018 SKQB 245, 40 ETR (4th) 198 [*Chambers Decision*].

[2] Charles Murray Wilson cross-appeals the *Chambers Decision*, asking this Court to find that the Chambers judge should have determined the Will to be invalid or void for vagueness and uncertainty of objects, and revoked the grant of letters probate without the necessity of directing the Will be proven in solemn form.

[3] The Salvation Army, a beneficiary in the Will, had not been named by Mr. Wilson as a party to the proceedings in the court below. Accordingly, it did not participate in the hearing leading to the *Chambers Decision*. The Executor had also not given notice to the Salvation Army that he was appealing the *Chambers Decision*. The Salvation Army applied for leave to appeal the *Chambers Decision* on the basis the Chambers judge had erred by failing to require it to be served and provided with notice of Mr. Wilson's application prior to any determination of the application. Additionally, the Salvation Army proffers fresh evidence in the form of the affidavit of Barbara Rossow dated March 14, 2019. At the hearing, this Court granted the application for leave to appeal and added the Salvation Army as a party. We also allowed the application for fresh evidence.

[4] For the reasons hereinafter set forth, the appeal of the Executor and the Salvation Army is granted. Mr. Wilson's cross-appeal is dismissed.

II. FACTS AND BACKGROUND

[5] Given my approach to the determination of this appeal, it is not necessary for me to refer to the evidence in detail. The salient facts are relatively straightforward.

[6] Ms. Adams died on November 27, 2016, at the age of 93. She was never married and had no children. She had one brother, Stewart, who lived most of his life in Winnipeg. It was unclear whether he was still alive at the date of her death. The affidavit evidence also did not indicate whether Stewart had any children.

[7] Ms. Adams ran a substantial cattle ranching operation in southeast Saskatchewan. At the time of her death, she owned 28 quarter-sections of land (comprising 31 parcels), either in her own name or the name of her corporation, Adams Acres Ltd. [AAL]. She was described as a strong and independent woman.

[8] Mr. Wilson and Ms. Adams were neighbours and friends. He started working for her in 1975. In the fall of 2001, Mr. Wilson agreed to work for Ms. Adams's ranching operation on a full-time, ongoing basis. He stated that his agreement with Ms. Adams had two key terms: that she would pay him \$1,000 per month to help cover expenses such as gas and use of his truck and tools; and that he would inherit her ranching operation and all her land, cattle and equipment when she died.

[9] Mr. Wilson alleged that Ms. Adams told him that their agreement had been committed to writing but such a document has never been found. Mr. Wilson says that, absent Ms. Adams's promise to bequeath him her ranching operation, he would not have continued to work for her full-time for only \$1,000 per month.

[10] Ms. Adams made the Will in May of 2011 and appointed Mr. Staples, a friend and neighbour, as executor. The Will stated that she wished to distribute a significant portion of her estate to charitable causes, specifically naming the Salvation Army as a beneficiary. She gave the Executor wide discretion to distribute part of her estate to those persons who had been "trustworthy and loyal and helpful" to her in her lifetime as he saw fit (*Chambers Decision* at para 10). She made clear in the Will that the Executor knew who these persons were. She also stated in the Will that the Executor also knew the persons who were not to get a share of her

estate. Mr. Wilson was not named as a beneficiary in the Will. There was also no mention in the Will of the alleged verbal agreement between Ms. Adams and Mr. Wilson that he would inherit her ranching operation.

[11] The significant portions of the Will read as follows:

4. I HAVE NOT, as of the date of the making of this my Will, made a final decision regarding the precise manner in which I wish to dispose of all of my property and estate on my death. I have made a firm decision that I want Dan Staples, or in the alternative his wife Ann Staples, as stated above, to be my executor. At this time I GIVE, DEVISE AND BEQUEATH all of my assets and property of every nature and description to be held in trust by Dan in the expectation that he will, in the event I do not make any further Will or Codicil following the date hereof, do his very best to respect my wishes, and in that regard he is to be guided by the following instructions:

a) The Salvation Army is very important to me and it is my wish that they receive a reasonable benefit from my estate assets or the income generated therefrom from time to time, or both.

...

c) Dan knows that there are certain persons who are not to benefit in any way from my estate and he is to ensure that my wishes in that regard are respected.

d) Dan knows that there are certain persons who have been trustworthy and loyal and helpful to me in my lifetime, and he is to use his best judgment to ensure that some portion of my estate is given to those persons as he deems fit. Similarly, Dan is aware that there are certain charities, institutions and organizations which I admire and he should also make reasonable effort to provide some benefit from my estate to such entities, in his discretion.

...

[12] There were no other wills or testamentary documents created by Ms. Adams found or presented for probate. Letters probate were granted to the Executor in March of 2017.

[13] In September 2017, Mr. Wilson filed a statement of claim against the Executor, both personally and in his capacity as executor, and against Ms. Adams's corporation to enforce his alleged agreement with Ms. Adams and, alternatively, claiming that the assets of her ranching operation were subject to a constructive trust in his favour [Related Action]. He filed certificates of pending litigation [CPLs] against the 31 parcels of land owned by Ms. Adams and AAL.

[14] The Executor then sought an order vacating the CPLs against nine parcels of land owned by AAL and an order permitting him as executor to use certain proceeds in trust derived from the sale of cattle to pay debts owed to Canada Revenue Agency by the estate.

[15] In July 2018, Mr. Wilson countered with an application to have the Will declared invalid and to revoke the grant of letters probate or, alternatively, to have it proven in solemn form on the issue of whether Ms. Adams had capacity to make the Will in aid of revoking probate – all of which is the subject of this appeal.

III. THE *CHAMBERS DECISION*

[16] The Chambers judge first dealt with the Executor's authority to act on behalf of the estate. He stated:

[22] Accordingly, in my view, Mr. Staples' grant of probate must be presumed to be valid unless and until the contrary is demonstrated. As the executor named in a will, he has authority to act for the estate unless and until it is determined that he should not have such authority. As I will explain, based on the evidence before me, such a point has not been reached. Mr. Staples continues to have authority to act for the estate, by virtue of the grant of probate.

[17] He then turned to the Executor's application to vacate the CPLs and to permit him to use certain estate proceeds to pay debts owed to Canada Revenue Agency. He noted that the parties had agreed that Mr. Wilson's claim in the Related Action called into question the title to the lands against which the CPLs were registered. After reviewing the germane law and the relevant evidence he concluded:

[41] Accordingly, I order that Mr. Staples, in his capacity as executor of the estate of Nellie Elizabeth Adams and AAL are [*sic*] authorized to apply to the Registrar of Titles to vacate the certificates of pending litigation currently registered against the nine parcels of land described in Mr. Staples' notice of application dated June 7, 2018. The discharge of those certificates of pending litigation will be subject to a direction that, although they may be mortgaged to obtain financing, the parcels of land in question cannot otherwise be sold, transferred or disposed of without further order of the court.

[18] The Chambers judge next dealt with Mr. Wilson's applications for revocation of letters probate and proof in solemn form, and his challenge to the validity of the Will. He reviewed the positions of the parties, *The Administration of Estates Act*, SS 1998, c A-4.1, as well as Rules 16-46 and 16-47 of *The Queen's Bench Rules [Rules]*, which govern the right to make applications for proof in solemn form and applications to revoke letters probate.

[19] The Chambers judge then moved to the question of Mr. Wilson's standing to make his applications. He highlighted a number of established governing principles at common law. He first noted that a plaintiff must be legally interested in the outcome of an issue in order to have standing, i.e., it will affect him by advancing or curtailing his legal rights. He observed that a party that was neither a beneficiary under a will nor someone who would inherit on intestacy is a stranger to the will and has no standing to challenge it. He also noted a creditor does not have standing to challenge the validity of a will.

[20] The Chambers judge observed that, although at first glance Mr. Wilson appeared to lack standing based on the evidence and the governing principles at common law, he had to consider whether Mr. Wilson had standing pursuant to Rule 16-46 to require proof of the Will in solemn form or to apply for an order revoking the grant of probate under Rule 16-47. The Chambers judge said:

[54] Rule 16-47 makes it clear that a person only has standing to bring an application under that Rule if the person "is interested in the estate". This phrase has been interpreted as including (i) persons who are entitled under an intestacy; (ii) legatees in the will; and (iii) executors or beneficiaries under any other testamentary instrument: *Re Verbonac Estate* (1997), 159 Sask R 299 (Sask QB). At this stage, I cannot conclude that Mr. Wilson meets any of those descriptions.

[55] Rule 16-46, however, is worded somewhat more expansively. It permits an application by any person who "...is or may be interested in the estate." This phrase must be interpreted using principles of statutory interpretation. The words must be read and interpreted in their entire context, and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the Rules, the object of the Rules, and the intentions of the legislators: *Tran v Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2017 SCC 50, [2017] 2 SCR 289; *British Columbia Human Rights Tribunal v Schrenk*, 2017 SCC 62, [2017] 2 SCR 795. Interpretations that would produce absurd consequences must be avoided: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 SCR 27 at para 27.

[56] The grammatical and ordinary meaning of the word "may" in Rule 16-46 connotes possibility. In my view, the use of the phrase "may be interested" means that a person does not have to establish a definite interest in the estate to establish standing. A possible interest, within the context of the applicable law and the specific factual circumstances, is enough to ground standing.

[57] The issue of standing in the context of Rule 16-46, and the determination of who is a person that "is or may be interested in the estate" was recently canvassed by the Court of Appeal in *Olson v Skarsgard Estate*, 2018 SKCA 64 [*Olson*]. In *Olson*, the chambers judge found that the applicant lacked standing to challenge a testator's will, because the applicant failed to establish that she was the sole surviving next-of-kin of the deceased, and would therefore inherit in the case of an intestacy. Because the chambers judge rejected the applicant's claim of being the sole surviving next-of-kin, he

found that the applicant was not a person who may be interested in the estate. The Court of Appeal upheld that finding. ...

[58] As noted in *Olson*, a beneficiary under the will in question is a “person interested in the estate”. In my view, then, it stands to reason that someone who may be a beneficiary under a will is a person who “*may* be interested in the estate” [emphasis added].

[59] The decision in *Olson* makes it clear that Mr. Wilson bears the onus of establishing, by adducing sufficient evidence, that he has standing to have the will proven in solemn form.

(All emphasis in original)

[21] The Chambers judge found Mr. Wilson did not have standing because he was not named as an executor or beneficiary under the Will, nor under any previous will or other valid or potentially valid testamentary instrument, nor was he ever a dependant of Ms. Adams. He also found Mr. Wilson would not be entitled to any portion of the estate if the Will were successfully challenged by him. He determined that Mr. Wilson would not be entitled as a potential creditor to apply for letters of administration in the event of intestacy because the evidence demonstrated that Ms. Adams had, at the very least, a brother who if alive would be entitled to apply for letters of administration in priority to any creditors. The Chambers judge concluded that Mr. Wilson could not obtain standing to revoke letters probate under Rule 16-47 on the basis he had an interest in the estate.

[22] The Chambers judge noted, however, that Rule 16-46 was worded differently than Rule 16-47 in that it referred to a person who “may” be interested in the estate. He determined this might give Mr. Wilson standing if the evidence supported it. He noted that clause 4(d) of the Will vested the Executor with significant discretion to distribute a portion of Ms. Adams’s estate to individuals that were “trustworthy and loyal and helpful” to her during her lifetime and directed the Executor to “use his best judgment to ensure that some portion of the estate is given to those persons as he deems fit” (at para 63).

[23] The Chambers judge concluded Mr. Wilson had presented sufficient evidence to support an inference that he may be one of the persons Ms. Adams intended to benefit through clause 4(d). He concluded this on the basis that, in the eyes of several persons who had filed affidavits in the matter, Mr. Wilson and Ms. Adams had a close and trusting relationship and that Mr. Wilson was very helpful to her. The Chambers judge stated that even the Executor

acknowledged that Ms. Adams trusted Mr. Wilson. He determined this type of extrinsic evidence was admissible to aid in the construction of the Will because there was an ambiguity, citing *Rondel v Robinson Estate*, 2011 ONCA 493, 337 DLR (4th) 193, and *Haidl v Sacher* (1979), 106 DLR (3d) 360 (Sask CA).

[24] The Chambers judge concluded:

[69] Accordingly, although I am unable to determine whether Mr. Wilson is actually a beneficiary of Ms. Adams' will, on the basis of the evidence adduced on this application, I am satisfied that Mr. Wilson has adduced sufficient evidence to support an inference that he may be a beneficiary of the will. As such, he is a person who "may be interested" in the estate, within the meaning of Rule 16-46, and has standing to bring an application to have the will proved in solemn form.

(Emphasis in original)

[25] The Chambers judge then went on to determine that the evidence on the whole identified suspicious circumstances. He accordingly ordered that the Will be proved in solemn form and a trial be held for that purpose to determine the issues of testamentary capacity, knowledge, and approval of the contents of the Will and undue influence. The Chambers judge also directed that the Salvation Army be named a third party to the trial of the issues because it was a named beneficiary in the Will.

[26] He concluded with a preservation order as follows:

[95] Having made that determination, it is also appropriate that Mr. Wilson's application under Rule 16-47, to revoke the grant of probate, be deferred pending the disposition of the trial. Until that time, as noted in [*Dieno Estate v Dieno Estate*, [1996] 10 WWR 375 (Sask QB)], it is appropriate that I make a preservation order, albeit in a modified form. Mr. Staples shall continue to have authority, as executor to do the following:

- (a) Apply to the Registrar of Titles to vacate the certificates of pending litigation, as set out in para. 41 of these reasons;
- (b) Apply for a loan on behalf of the estate, and grant a mortgage against the parcels of land, as set out in para. 41 of these reasons, for the purpose of obtaining the loan;
- (c) Pay any debts owed by the estate as they become due; and
- (d) Instruct counsel for the estate in the defence of this action.

[96] Apart from what I have set out in the preceding paragraph, until this matter is resolved, nothing shall be done under the existing grant of probate without leave (or further order) of the court.

[27] After this appeal was filed, the Executor, given the terms of the *Chambers Decision*, applied to the Chambers judge for explicit permission to take certain actions as executor. As a result, the terms of the preservation order mentioned earlier were amended in *Wilson v Adams Estate*, 2019 SKQB 39 [*Wilson Decision*], as follows:

[109] In relation to QBS 35 of 2017, the defendant, Daniel Peter Staples, in his capacity as executor of the Estate of Nellie Elizabeth Adams shall, until further order, have authority to do the following:

(1) Negotiate, renegotiate, amend, and/or enter into any contracts or leases with respect to any lands which the estate directly or indirectly, wholly or partially owns, including, but not limited to the following leases or renewals thereof:

(a) Surface lease with Keystone Royalty Corp. dated March 15, 2018 or any subsequent leases of the sort with any lessee(s);

(b) Hay lease with Calvin Hull dated July 23, 2018, or any subsequent leases of the sort with any lessee(s);

(c) Pasture lease with JB Feeders Inc., Cam Buyer and Eric Buyer dated March 20, 2018, or any subsequent leases of the sort with any lessee(s); and

(d) Gravel lease with the Rural Municipality of Enniskillen No. 3 dated October 31, 2016, or any subsequent leases of the sort with any lessee(s); and

(e) Petroleum and natural gas leases, seismic permits, survey and right of entry consents, collateral surface rights agreements and similar oil and gas related contracts as may be reasonably required from time to time.

(2) Prepare or cause to be prepared any and all of the estate's tax documents, materials and filings on behalf of the estate and take any steps necessary to ensure that the estate's tax filings are made and taxes are current; and

(3) Negotiate and arrange all contracts reasonably necessary to maintain estate property, including fencing maintenance and repair, line fences, insurance contracts, and all other similar matters required in the ordinary course of administration of the estate.

IV. ANALYSIS

[28] Although numerous issues were raised in these appeals and cross-appeal, the issue of standing is determinative. As a result, I need not address the issue of whether Mr. Wilson was required to serve the Salvation Army with notice of his application. The resolution of the

standing issue is also determinative of the matter of the preservation order which I will also address.

[29] I turn first to the standard of review. Mr. Wilson argues that a determination of standing is a question of mixed fact and law attracting a palpable and overriding error standard of review. In support, he cites *ATCO Midstream Ltd. v Alberta (Energy Resources Conservation Board)*, 2009 ABCA 41 at para 11, 446 AR 326 [*Midstream*]. That case dealt with standing pursuant to a statutory provision that required some evidence as to whether the terms of the statute had been met. In *Quaintance v Quaintance (Estate)*, 2006 ABCA 47, 380 AR 160 [*Quaintance*], standing as of right was specifically defined in Alberta's *Surrogate Rules*, Alta Reg 130/1995. The Alberta Court of Appeal held that standing was a question of law (at para 10).

[30] In *Miner v Kings (County)*, 2017 NSCA 5, 60 MPLR (5th) 1, the appellants argued they had standing under s. 189 of the *Municipal Government Act*, SNS 1998, c 18, as well as public interest standing. The court held:

[23] In my view, whether a party has standing as of right, either by statutory means or otherwise, is a question of law; or, depending on context, a question of mixed fact and extricable principle of law. As such, a decision to grant standing on such basis is reviewable on a correctness standard.

[31] In *Olson v Skarsgard Estate*, 2018 SKCA 64 at para 21, 426 DLR (4th) 151 [*Olson*], in dealing with Rule 16-46, this Court said that, in each case, a court must determine “whether a person ‘is or may be interested in the estate of a deceased person’ on the basis of the evidence adduced” (at para 21).

[32] Given the foregoing, the standard of review applicable to standing appears to depend on the basis on which standing is sought. As such, it could vary from almost a pure question of law – such as in *Quaintance* – to a question of mixed fact and law. Given the reasons for standing in the *Chambers Decision*, the matter is weighted heavily toward an extricable question of law, i.e., the meaning of “may be interested in the estate” in Rule 16-46.

[33] With respect to the question of onus, it is common ground that Mr. Wilson bears the evidentiary and persuasive burden of establishing standing and adducing sufficient evidence in that regard (*Olson* at para 21).

[34] I turn next to the submissions of the parties. The Executor argues the Chambers judge committed several errors in determining Mr. Wilson had standing. He first submits that he did not have an opportunity to call evidence that would speak to the issue of whether Mr. Wilson was potentially a beneficiary under clause 4(d) of the Will because Mr. Wilson argued his case on the basis he was entitled to standing as a possible creditor as a result of the Related Action. The Executor submits the Chambers judge based his decision on standing on a passing comment made by Mr. Wilson's counsel in oral argument that he may have standing as a person "trustworthy and loyal and helpful" to Ms. Adams under clause 4(d) of the Will. The Executor argues the *Chambers Decision* resulted in procedural unfairness in that he was not given an opportunity to file evidence touching on this argument or to properly address it.

[35] It appears from the record that Mr. Wilson indeed proffered clause 4(d) as an alternative submission for standing at the last minute. As well, it appears that, as a result, the Executor had no opportunity to address the factual side of that submission. However, it is not necessary to further address this part of the Executor's argument given the reasons that follow.

[36] The Executor also submits the Chambers judge failed to properly interpret the words "may be interested in the estate" found in Rule 16-46. He submits the Rule is merely reflective of the two categories of persons who may require a will to be proven in solemn form at common law; persons who *are* interested in the estate, including named beneficiaries and others with an actual interest in the will; and people who *may be* interested in the estate, including an executor or beneficiary under a potentially valid testamentary instrument or a person who is entitled under intestacy and persons ostensibly entitled to support from a testator under legislative regimes. He submits the purpose of granting standing to individuals in the second category is to preserve a possible – but not yet proven – interest arising out of the estate. He argues that, in any event, the category of persons that "may be" interested in the estate is restricted to those who, as a result of the challenge of the Will, gain some interest in the estate of the deceased.

[37] Mr. Wilson counters that standing is not exclusively governed by the common law but, rather, is specifically and more expansively defined in Rule 16-46. He supports the reasoning of the Chambers judge that he *may be interested* in the estate by virtue of the possibility he may be designated as a beneficiary under clause 4(d). He argues that a test for standing that would

require a stake in the outcome is unhelpful but, in any event, he has a stake by virtue of clause 4(d). He submits that, if the Will is determined to be valid after trial, there is a real possibility that he will be a beneficiary by virtue of the Executor's exercise of discretion. Mr. Wilson relegates his argument that he has standing as a judgment creditor to alternative status before us.

[38] To assess these submissions, I turn first to some basic concepts and principles informing my analysis about standing and the interpretation of Rule 16-46. Probate is the court procedure by which a will is proven to be valid or invalid: *Black's Law Dictionary*, 11th ed (St. Paul: Thomson Reuters, 2019). The term is also commonly used to refer to the court order certifying that particular writings constitute a deceased's will and that the persons named as estate trustees have the authority to act in relation to the testator's estate: Rodney Hull, Q.C., and Ian M. Hull, *Macdonell, Sheard and Hull on Probate Practice*, 4th ed (Scarborough, Ont.: Carswell, 1996) at 185.

[39] There is an initial presumption that a will is valid where it has been duly executed in accordance with *The Wills Act*, RSS 1978, c W-14, and in the absence of suspicious circumstances: *Vout v Hay*, [1995] 2 SCR 876.

[40] The initial presumption of validity is grounded on the principle of testamentary freedom. This principle has been recently reiterated in *Spence v BMO Trust Company*, 2016 ONCA 196, 129 OR (3d) 561 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, 2016 CanLII 34005) [*Spence*]:

[30] A testator's freedom to distribute her property as she chooses is a deeply entrenched common law principle. As this court emphasized in *Canada Trust Co. v. Ontario (Human Rights Commission)* (1990), 74 O.R. (2d) 481, at p. 495, citing *Blathwayt & Lord Cawley*, [1976] A.C. 397, [1975] 3 All E.R. 625 (H.L.):

The freedom of an owner of property to dispose of his or her property as he or she chooses is an important social interest that has long been recognized in our society and is firmly rooted in our law.

[31] The Supreme Court has also recognized the importance of testamentary autonomy, holding that it should not be interfered with lightly, but only in so far as the law requires: *Tataryn v. Tataryn Estate*, [1994] 2 S.C.R. 807, at p. 824.

[32] The freedom to dispose of her property as a testator wishes has a simple but significant effect on the law of wills and estates: no one, including the spouse or children of a testator, is entitled to receive anything under a testator's will, subject to legislation that imposes obligations on the testator.

[41] Mr. Wilson seeks to challenge the presumption of validity by applying for an order requiring the Executor to prove the Will in solemn form and, in the process, to challenge Ms. Adams's capacity to make the Will. However, as observed by the Chambers judge, Mr. Wilson is, at first blush, not obviously a beneficiary of the estate or otherwise entitled to a share of the estate. The principle of testamentary freedom is implicated. Given that the wishes of a testator as expressed in a will should not lightly be interfered with, it is important to determine at the outset under what circumstances persons in the position of Mr. Wilson are entitled to attempt to do so. Determination of the matter of standing in each case provides some safeguards in this respect.

[42] That said, coexistent with the principle of testamentary freedom is the principle that the law must ensure that the testator's true wishes are reflected in the law's approbation of a testamentary document. This was recently reiterated in *Neuberger Estate v York*, 2016 ONCA 191, 129 OR (3d) 721 (leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, 2016 CanLII 60508) [*Neuberger*]:

[68] I agree also with Cullity J.'s description of that jurisdiction, set out in paras. 23-26 of [*Otis v Otis* (2004), 7 ETR (3d) 221 (Ont Sup Ct)]. Cullity J. explains that the court's jurisdiction in probate is inquisitorial. That is, the court's role is not simply to adjudicate upon a dispute between parties. It is the court's function and obligation to ascertain and pronounce what documents constitute the testator's last will and are entitled to be admitted to probate. Further, the granting of probate does not bind only the parties to the proceeding. Unless and until probate is set aside, it operates *in rem* and can affect the rights of other persons. The court also has a special responsibility to the testator, who cannot be present to give voice to his or her true intentions.

(Footnotes omitted)

[43] The concept of standing in estate litigation attempts to mediate the interplay of the two foregoing principles.

[44] It is common ground that not everyone can apply to have a will proven in solemn form and challenge the validity of a will. Mr. Wilson requests standing to invoke the inquisitorial jurisdiction of the court to determine if the Will reflects Ms. Adams's true intentions. His claim to standing hinges on the assertion he *may be interested* in the estate as a result of the exercise of the Executor's discretion under clause 4(d) of the Will. That assertion must be carefully scrutinized in light of the interpretation of Rule 16-46 and the evidence as a whole.

[45] The germane Rules read as follows:

Applications to prove will in solemn form

16-46 A person who is or may be interested in the estate of a deceased person may give notice for the will to be proven in solemn form.

Revoking a grant

16-47(1) A person interested in an estate who seeks to revoke a grant may apply at the judicial centre at which the grant was made, or to which the estate has been transferred, by notice of application to be served on the personal representative to show cause why the grant should not be revoked.

(2) On an application pursuant to subrule (1), a judge may order that pending the disposition of the application nothing be done under the grant without leave.

(Emphasis added)

[46] I begin with an observation about an apparent incongruity in the above Rules. The Chambers judge quite correctly found that Rule 16-47, which relates to standing to apply to have the letters probate revoked, requires a person be *interested in the estate*. Rule 16-46, which relates only to proof in solemn form, includes persons that *may be interested in the estate*. On its face, it appears to allow those who assert a more tentative interest a backdoor means to establish standing to ultimately challenge a will and revoke letters probate – i.e., to do exactly what the Chambers judge determined Mr. Wilson could not do under Rule 16-47 for lack of an explicit interest in the estate.

[47] The starting point for the interpretation of Rule 16-46 is the modern principle of statutory interpretation. The Rule must be read and interpreted in its entire context, in its grammatical and ordinary sense, and harmoniously with the scheme of the *Rules* and their objects: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 SCR 27 at para 21.

[48] In addition to the modern principle of statutory interpretation, further guidance on the interpretive approach to Rule 16-46 was provided by this Court in *Olson*. The following excerpt is germane:

[15] Rule 16-46 is straightforward in its language. Perhaps for that reason, few cases have addressed the question of who has standing to give notice under Rule 16-46 to have a will proven in solemn form. In Saskatchewan, although Laing J. (as he then was) did not have to resolve the question of who “may be interested in the estate”, he nonetheless helpfully addressed the issue of who *is* “interested in the estate” under the predecessor to Rule 16-46 in *Verbonac Estate, Re* (1997), 159 Sask R 299 (QB), where he said:

[8] It is not necessary to resolve who “may be” interested in an estate for the purposes of Rule 734, because the applicants are persons “interested” in the estate. Tristram and Coote, *Probate Practice*, 23rd Ed.

(London: Butterworths, 1970), at pp. 622-623 indicates that persons who are entitled under an intestacy, a legatee in the will, and an executor or beneficiary under any other testamentary instrument are interested persons and are entitled “to proof in solemn form either before or after probate has been taken in common form ...”. These same persons would be interested persons under rules 734 and 735.

[16] The old English rules of court, upon which our probate practice and procedure rules were based originally, set out the same intention as Rule 16-46. For example, R.F. Burnand and A.S. Diamond noted in *The Annual Practice*, vol 1 (London, England: Sweet & Maxwell, 1958) at 7 [*White Book*]:

(1) **Probate in Solemn Form.**—Any person whose interest in the estate of a deceased person is prejudiced by a testamentary document may compel the executor, or other person entitled to a grant under it, to prove the document in solemn form of law—that is, to propound it in a writ of summons and establish it by the examination of one or more of the attesting witnesses (see *Belbin v. Skeates*, 1 Sw. & Tr. 148). See also Williams on Executors, 10th ed., pp. 253 *et seq.*, and O. 21, r. 18. The attesting witnesses are witnesses of the Court, and may be cross-examined by the party calling them (*Jones v. J.* (1908), 24 T.L.R. 839).

The following notations are found under Order 16, Rule 10 in the *White Book* at 344:

Probate Actions.—Includes actions and other matters relating to the grant or recall of probate or of letters of administration other than common form business, O. 71, r. 1. Cf. J.A., 1925, s. 100.

Any person who has an interest, or even a possibility of an interest, in the estate of the deceased, has a right to become a party to a probate action (see *Kipling v. Ash*, 1 Rob. 270; 4 N.C. 177; *Crispin v. Doglioni*, 2 Sw. & Tr. 17; 29 L.J.P. 130).

[17] In *Williams on the Law of Executors and Administrators*, 13th ed, vol 1 (London, England: Stevens & Sons, 1953) at 79, 82 and 83–84, the authors explain the old English probate rule on persons interested in an estate as follows:

123. Practice

When a will is to be proved in solemn form, it is still requisite, in accordance with the old practice that such persons as have interest (that is to say, persons interested under other wills or codicils, and the widow and next-of-kin of the deceased, to whom the administration of his goods ought to be committed, if he died intestate, and the heir-at-law, if there was real estate and the death occurred before 1926) should be made parties to the action, or should be cited to be present at the probation and approbation of the testament.

...

129. Next-of-kin can call for proof in solemn form

The next-of-kin, as such merely, are entitled to call for proof in solemn form of the deceased’s will, of common right. The mere acquiescence of a next-of-kin to the probate being taken in the common form is no bar to the exercise of this right, even though he has received a legacy as due to

him under the will; for he is still at liberty to call in the probate, and put the executor to proof of that identical will *per testes*. ...

...

131. Person contesting may have to show interest

Before a person can be permitted to contest a will, the party propounding has a right to call on him to show that he has some interest.

Any interest, however slight, and even, it seems, the bare possibility of an interest, is sufficient to entitle a party to oppose a testamentary paper. Thus where a testator disposed of all his personal estate by his will and gave his real estate, but none of his personal, to his brother's children, and by a codicil he gave them pecuniary legacies, revoking the devise to them of the real estate which was of greater value than the legacies, it was held that they might oppose the codicil alone, notwithstanding their only right to a share of the personalty was under it. Though a next-of-kin may, as such, oppose all the testamentary papers as having an interest in having them set aside as a whole, he has not, as a matter of course, a right to oppose any particular one he may think fit; but some interest in having that particular paper set aside, however remote, may suffice.

[18] A useful summary of Canadian practice, which is consistent with the old English practice, is found in the following commentary by Ian M. Hull in *Halsbury's Laws of Canada, Wills and Estates*, 2016 Reissue (Markham: LexisNexis, 2016) at 543:

Standing. A person who may take as either a beneficiary under a previous will or as a beneficiary in the case of an intestacy has a sufficient financial interest to be granted status to attack the validity of a will. Someone who has not received notice of proceedings to prove in solemn form may intervene in the proceedings, but if the person is cognizant of the proceedings and does not intervene, the person is bound thereby.

[19] Justice Laing's finding in *Verbonac Estate, Re* is also supported by reference to decisions of the courts of Nova Scotia and Ontario, who have taken a similar view of standing to contest a will under their own probate rules, see as examples: *Collicutt Estate, Re* (1993), 120 NSR (2d) 389 (Prob Ct); *Kenny v Kenny Estate*, 2016 NSSC 214, 376 NSR (2d) 271; *Korsten v Lovett* (2002), 48 ETR (2d) 41 (Ont Sup Ct); *McLaughlin v McLaughlin*, 2015 ONSC 3491 at para 28, 11 ETR (4th) 183; *Smith v Vance* (1997), 12 CPC (4th) 391 (Ont Ct J (Div Ct)).

[20] The persons to which Rule 16-46 speaks include those identified by Laing J. in *Verbonac Estate, Re*, namely, any beneficiary under the will in question, any executor or beneficiary under any other valid or potentially valid testamentary instrument, and any person who would be entitled under intestacy if the will were challenged successfully. To those listed in *Verbonac Estate, Re*, I would add that persons ostensibly entitled to support from a testator under *The Dependants' Relief Act, 1996*, SS 1996, c D-25.01, may have an interest in the testator's estate if a court finds the testator has disposed of real or personal property "in a manner that reasonable provision has not been made for the maintenance of the dependant". Similarly, a spouse or former spouse of a testator may have an interest in the testator's estate by reason of an application under Part VI of *The Family Property Act*, SS 1997, c F-6.3. In some circumstances, a beneficiary in an action

brought under *The Fatal Accidents Act*, RSS 1978, c F-11, *may have* an interest in an estate. These are but examples; this is not a closed list.

[21] In each case, the court must determine whether a person “is or may be interested in the estate of a deceased person” on the basis of the evidence adduced. This means a person who seeks to have a will proven in solemn form bears the evidentiary and persuasive burden of establishing that he or she has standing to do so. That is, the person must present enough evidence to satisfy the court that he or she is or may be interested in the estate. For example, a person claiming to have an interest in an estate if it were administered in intestacy would have to adduce evidence sufficient to establish a relationship to the testator that satisfies the foremost applicable rule under the hierarchy of rules of succession set out in *The Intestate Succession Act, 1996*, SS 1996, c I-13.2. Regardless of the context, a person seeking to have a will proven in solemn form must do more than merely assert that they have or may have an interest in the estate. They must adduce evidence sufficient to support that inference.

(Emphasis in original)

[49] In this excerpt, Caldwell J.A. specifically states: “The old English rules of court, upon which our probate practice and procedure rules were based originally, set out the same intention as Rule 16-46” (at para 16). He then goes on to quote extensively from the old English practice and the concomitant caselaw. It is clear from this Court’s decision in *Olson* that any interpretation of Rule 16-46 is based on the common law and the old English rules. With this general approach, I turn to the text of Rule 16-46.

[50] Rule 16-46 creates two categories of persons who may request a will be proven in solemn form: those who *are* interested in the estate and those who *may* be interested in the estate. In its legal sense, the word “may” can be defined as “[t]o be a possibility”: *Bousaleh v Canada (Citizenship and Immigration)*, 2018 FCA 143 at para 44. If a beneficiary is someone who *is* interested in an estate, then it logically follows that someone who *may be interested* in the estate includes a possible beneficiary.

[51] A good starting point for divining the meaning of Rule 16-46 is the phrase “*who is or may be interested in the estate*” (emphasis added). The term “interested” is modified by “in the estate”. These words together suggest that both categories of *interest* set out in Rule 16-46 must be intrinsically connected with or arise from the creation of an estate as it is known in law, i.e., the devolution of all the property of a deceased person to the executor of the will or an administrator if there is no will. The words imply some entitlement to participate in the legal devolution of the deceased’s property.

[52] In most cases, an interest in an estate arises from an entitlement to share in the estate either by virtue of a will, other testamentary document, or by operation of law. In my view, the right to participate in the legal devolution of a deceased's property is implicitly recognized in the legal concept of "stranger to the will [estate]" (*Chambers Decision* at para 51). It is a reasonable conclusion this refers to someone who is not entitled to participate in the devolution of a deceased's property. As noted by the Chambers judge, a "stranger to the will" does not have standing to challenge it (at para 51). Put another way, they fail to have the *kind* of interest that will provide them standing.

[53] The courts have historically refused to grant standing to strangers to a will to prevent them from interfering with it and causing cost and inconvenience to the executor. For example, it has long been held that creditors have no right to challenge the validity of a will: *Burroughs v Griffiths* (1754), 161 ER 201 (Prerog Ct) [*Burroughs*]; and *Menzies v Pulbrook* (1841), 163 ER 605 (Prerog Ct) [*Menzies*]. These cases state that to allow a creditor to dispute a will would "create infinite trouble, expense, and delay to executors ... [for] if a creditor has a right to oppose a will, he has an equal right to call in a probate, and put the executor upon proof of the will in solemn form" (*Menzies* at 606; see also, *Burroughs* at 203). These cases remain good law.

[54] In *Belz v Mernick Estate* (2000), 31 ETR (2d) 27 (QL) (Ont Sup Ct) [*Belz*], Mr. Belz, a judgment creditor of a residuary beneficiary under a will, applied to the court for directions under Rule 74.15 and Rule 75.06(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, RRO 1990, Reg 194 [*Ontario Rules*], concerning the entitlement of the beneficiary under the will. Both rules limited standing "to persons either appearing to have or having a financial interest in the estate" (at para 6). Justice Haley characterized the interest of a judgment creditor as a "derivative interest arising out of the judgment debt but is not an interest in the estate in any sense similar to the 'financial interest' referred to in rule 75.06.(1)" (at para 14). I agree with this statement to the extent it reflects the necessity for a connection to the devolution of a testator's property in an estate.

[55] The English case *Green v Briscoe*, [2005] EWHC 809 (Ch) [*Green*], sheds some light on the nature of the interest necessary to challenge a will. Although the applicant, Mrs. Green, had a claim in relation to the estate under the *Inheritance (Provision for Family and Dependents) Act*

1975, c 63, she was not a beneficiary under the will and would not be entitled to share in the estate on an intestacy. Master Bragge held that, although Mrs. Green had good reasons to be interested in the estate of the deceased, she had not established that she had an interest to ground an application to challenge the will. Master Bragge concluded, “when the court is talking about an interest it is talking about an interest or possible interest in the estate, not simply being interested in it” (at para 19).

[56] In broad terms, the courts in the above cases limited the scope of the term *interest in the estate*. They considered the potential effect of allowing anyone who had any kind of claim against the estate to interfere with the proper functioning of the administration of the estate generally. They acknowledged that to do so would add time and expense for those persons who would rightfully participate in the devolution of property and who would be forced into litigation to uphold the validity of the will.

[57] The upshot of these decisions is that creditors, although they may have a claim against the estate, do not enjoy the kind of “interest” that would permit them to seek to revoke the will or require proof in solemn form. This makes sense because a creditor’s interest is not the kind of interest that is intrinsically connected to the devolution of property of the estate.

[58] There is another reason why a creditor is not a person interested in the estate, as I will discuss later. There is nothing to be gained by a creditor interfering with the devolution of the property. It matters not what a will says or even if there is no will. The claim of the creditor is the same in each case, i.e. against the property of the estate whatever that may be. There is no stake in the outcome of any interference with terms of devolution of the property that remains after the debts are paid.

[59] On the basis of the foregoing, I conclude that, at common law, creditors have no standing to require proof in solemn form or to challenge a will. Applying the interpretative approach in *Olson*, the phrase “may be interested” in Rule 16-46 does not imbue a creditor with standing to apply for the will to be proven in solemn form. This effectively disposes of Mr. Wilson’s standing argument based on his status as a creditor. I will, however, return to another aspect of this issue later.

[60] The Executor raises the larger question of who are the classes of persons that are interested or may be interested in the estate and the nature of the necessary interest. He submits that the two categories of persons mentioned in Rule 16-46 are those who have an actual interest in the will and those who may have an interest under some other testamentary document or intestacy. This formulation is clearly incorrect. In *Olson*, Caldwell J.A., relying on *Verbonac Estate, Re* (1997), 159 Sask R 299 (QB), determined that persons who *are interested* include those with an actual interest under a will and those with a *potential* interest under any other valid testamentary document or under an intestacy. I would clarify that those interested in the estate would include not only beneficiaries or potential beneficiaries but also those persons who, although not beneficiaries, are designated in the will or other such document to perform some function in the course of carrying out the testator's intentions. A putative executor in another testamentary document or a person who has a right of appointment under the will are but two examples of this.

[61] In *Olson*, Caldwell J.A. held that the category of persons that "may have an interest in an estate ... is not a closed list" (at para 20). It includes those having statutory claims on the estate. The three statutes mentioned in *Olson* were *The Dependants' Relief Act, 1996*, SS 1996, c D-25.01, *The Family Property Act*, SS 1997, c F-6.3, and *The Fatal Accidents Act*, RSS 1978, c F-11. Consistent with my analysis above that the interest in an estate must be one connected to the devolution of property, all three statutes purport to interfere with or vary the distribution of the property of an estate, whether arising by will or intestacy.

[62] For example, s. 6 of *The Dependants' Relief Act* specifically provides that an order may be made where the testator has disposed of his or her *estate* "in a *manner* that reasonable provision has not been made for the maintenance of the dependant". In short, these possible statutory claims, when proven, are not merely claims in debt but attach to the estate itself and alter the devolution of the testator's property. This is consistent with my earlier comments that an "interest in the estate" must have some connection to the estate and the devolution of property. The upshot of this is that persons who "may be interested in the estate" must also show that the possible interest arises out of or is connected to the estate itself.

[63] Mr. Wilson argues that the use of the word “may” in Rule 16-46, which is unique to Saskatchewan, expands the common law definition of standing. The old English practice excerpted and adopted in *Olson* makes it clear that any person who has an interest, or even a possibility of an interest, in the estate of a deceased has a right to become a party to a probate action (see *Kipping v Ash* (1845), 163 ER 1035 (Prerog Ct)). Rule 16-46 says no more than this. While the use of the word “may” is, indeed, unique to Saskatchewan, *Olson* establishes that Rule 16-46 and the matter of who has standing to require proof in solemn form must be interpreted in accordance with the common law as well as the practice under the old English rules.

[64] Mr. Wilson argues that it is not necessary that a person demonstrate he or she have something to gain by challenging a will in order to obtain standing. I disagree. To explain why, I will digress for a moment.

[65] The concept of standing implies that a claimant who asserts standing has something to gain. Standing is ultimately a question of whether a party will be allowed to use the resources of the administration of justice in the service of the affirmation of some legal right that he or she seeks to prove. This was made clear by Peter Hogg in the constitutional context in *Constitutional Law of Canada*, loose-leaf (2019-Rel 1) 5th ed, vol 2 (Toronto: Thomson Reuters, 2019) at 59-3:

The question whether a person has “standing” (or locus standi) to bring legal proceedings is a question about whether the person has a sufficient stake in the outcome to invoke the judicial process. The question of standing focuses on the position of the party seeking to sue, not on the issues that the lawsuit is intended to resolve.

(Footnotes omitted)

[66] To like effect, *Halsbury’s Laws of Canada, Civil Procedure*, 1st ed (Markham, Ont: LexisNexis, 2017) at para HCV-42, in the chapter titled “Fundamental Principles” under the headings “Accrual of Causes of Action” and “Standing”, states:

... To enjoy standing, the complainant must be sufficiently affected by the matter that gives rise to the cause of action. In general, to enjoy standing, the complainant must have suffered injury or damage in fact, in the form of some invasion of a legally protected, concrete and particularized interest belonging to that complainant. The injury or damage must be actual or imminent, rather than conjectural or hypothetical. ...

[67] The case of *Province of New Brunswick v Morgentaler*, 2009 NBCA 26, 306 DLR (4th) 679 [*Morgentaler*], addressed the question of what kind of interest can ground standing to sue. Chief Justice Drapeau held that:

[35] A party seeking to vindicate a private right has standing to sue if that party is “sufficiently affected by the matter that gives rise to the cause of action” (see Linda S. Abrams and Kevin P. McGuinness, *Canadian Civil Procedure*, 1st ed. (Markham: Lexis Nexis Inc.: 2008), § 2.33). In those situations, it is said the claimant has standing as of right. Generally speaking, that will be the case if the party in question has a personal stake in the outcome of the controversy or, put another way, if the harm giving rise to the claim is traceable to “some invasion of a legally protected, concrete and particularized interest belonging” to the claimant (§ 2.33). The party so aggrieved has the legal right to challenge in a judicial forum the conduct of another and may do so without being at the mercy of the court’s indulgence.

(Emphasis added)

[68] Even when applying the test for public interest standing, courts must consider whether the applicants have a “real stake” or “genuine interest” in the outcome of the litigation: *Canada (Attorney General) v Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society*, 2012 SCC 45 at para 2, [2012] 2 SCR 524.

[69] In the context of estate litigation, the requirement that a party have a stake in the proceedings makes eminent sense considering the additional overlay of having to resolve who may interfere with devolution of the property of the deceased and otherwise challenge a will, and thereby put the executor to the time and expense of proving the will in solemn form. Historically, a financial or legal interest of some sort has been intrinsic to standing to challenge a will.

[70] In *Stoddart Estate v Stoddart* (1876), 39 UCR 203 (QL) (Ont QB), Harrison J., interpreting the words “interested party” for the purposes of a claim against an estate, held that “[a]n interested party to a suit is a party having an interest in the result” (at para 57).

[71] Even the Chambers judge, citing *Tomlinson Estate (Re)*, 2016 BCSC 1223, affirmed the common law principle that, to obtain standing, a person requires a stake in the outcome of the proceedings: “Where a party will be in no different position, from a legal standpoint, whether or not their application is successful, that party does not have standing” (at para 51). *Green*, cited above, is implicitly to the same effect.

[72] However, Mr. Wilson proffers *Deneve v Kadachuk Estate*, 2007 SKCA 145, 307 Sask R 234 [*Deneve*], for the proposition that a claimant can have standing even where he or she would not benefit under a previous will in circumstances where an existing will is successfully challenged. In that case, this Court was confronted with the argument that proof of

the will in solemn form would be futile because a prior will existed that might foreclose any interests of the applicants if the subject will was defeated.

[73] While that was certainly the context of *Deneve*, it is of no assistance to Mr. Wilson for a number of reasons. The basis for the appeal in that case was that the Chambers judge had made a number of findings sustaining the capacity of the deceased to make the will. The standing of the appellants to seek proof in solemn form was not challenged, nor was Rule 16-46 at issue. Last, the Court declined to address the validity of the previous will based on a lack of evidence. There was no clear finding that the appellants would not benefit if the most recent will was successfully challenged.

[74] Mr. Wilson argues, however, that there is no requirement in Rule 16-46 that a person must have some financial interest in the estate to have standing, as is explicitly required by the *Ontario Rules* (see *Neuberger* at para 71). I disagree.

[75] As set out at paragraph 18 in *Olson*, the practice in this province – based on the old English rules – is that a person having an interest must show “sufficient *financial* interest to be granted status to attack the validity of a will” (emphasis added, quoting *Halsbury’s Laws of Canada, Wills and Estates*, 1st ed (Markham, Ont: LexisNexis, 2016) at 543). I pause to note that the requirement for a financial interest would not apply to non-beneficiaries named in a will or other testamentary document described earlier who may derive some legal right from a challenge to the will. An example of this is a different executor under another testamentary document.

[76] Based on all the foregoing, I conclude that standing under Rule 16-46 requires having either a legal or financial interest in the eventual outcome of the matter. Put another way, the legal rights or financial position of the person asserting standing must be affected by the result of the proceeding that is facilitated by a determination of standing. This principle applies equally to those claiming that they *may* have an interest in the estate as well as those having an interest in the estate.

[77] To conclude my analysis of the phrase *who is or may be interested* in Rule 16-46, this phrase properly interpreted requires that the interest or possible interest implicated by the Rule

be one arising out of or be intrinsically connected to the estate and the devolution of the deceased's property. The interest must be a legal or financial one. The person claiming standing must have a stake in, and be affected by, the outcome of any challenge to the will.

[78] I return to an aspect of Mr. Wilson's argument that he has standing as a creditor. As explained earlier, before the Chambers judge Mr. Wilson submitted the basis on which he had standing under Rule 16-46 and Rule 16-47 was that he had a possible claim against the estate in the Related Action. In his brief, he stated:

Mr. Wilson claims to be interested in the Estate. There is a *possibility* that he is. At this point in time, given the unknown outcome of the Related Action, he only *may be interested* in the Estate. ...

(Emphasis in original)

[79] I have concluded, based on my previous analysis, that as a creditor or potential creditor of the estate, Mr. Wilson does not have the kind of interest that would entitle him to challenge the Will or require it be proven in solemn form. As well, Mr. Wilson does not have standing as a potential creditor in that, if his application to set aside the Will was successful and an intestacy were created, there would be nothing to be gained by him as a creditor. His claim against the estate would be the same. He has no stake in the outcome and, therefore, standing under Rule 16-46 cannot be established.

[80] With the foregoing in mind, I turn to the question of whether Mr. Wilson has either a legal or financial interest in the outcome of the matter that would entitle him to standing.

[81] The remedies claimed in his notice of application were first to have the Will declared invalid and to have the letters probate granted to the Executor revoked. The alternative relief claimed was proof in solemn form pursuant to Rule 16-46, requiring the Executor to prove capacity of Ms. Adams to make the Will and, in aid thereof, an order under Rule 16-47 revoking the grant of probate.

[82] The grounds for his application made it clear that, before the Chambers judge, Mr. Wilson sought to create an intestacy using both Rules 16-46 and 16-47 to achieve that result. The cross-appeal of Mr. Wilson continues to make it clear that he ultimately seeks to revoke the grant of probate and set aside the Will as invalid.

[83] However, Mr. Wilson submits, contrary to the thrust of his main argument before the Chambers judge, that if a sufficient stake in the outcome of any challenge to the Will was implicit in Rule 16-46, then he stood to gain as a possible beneficiary under clause 4(d) of the Will because the Executor might determine him to be a loyal and trustworthy person.

[84] There is a good measure of disingenuousness and circularity in Mr. Wilson's claim that he may be interested in the estate under clause 4(d). He ignores that his purpose in requesting standing is to challenge the validity of the Will and the very bequest upon which he based his claim of standing. This is perverse logic because, if successful, Mr. Wilson will have eliminated any chance that he would take under the Will. He asks this Court to ignore the disconnect between his reliance on clause 4(d) of the Will and the ultimate relief sought by him. In short, given Mr. Wilson's stated purpose in seeking standing, he actually has nothing to gain by creating an intestacy. I would deny standing on that basis.

[85] However, Mr. Wilson then shifts his argument and tries to base his claim to standing on the possibility the Will may be found valid. However, even if one proceeds on the specious assumption that Mr. Wilson seeks to uphold the Will and the assumption it will be found valid, Mr. Wilson still cannot establish standing. Even on this basis, he has no stake in the outcome. There is nothing to be gained by him if proof in solemn form results in the Will being upheld. The possible gift to him in clause 4(d) of the Will is unaffected whether after proof in solemn form or proof in common form as it is now. Any possible interest under clause 4(d) would still depend on the discretion of the Executor. Nothing will have changed if Mr. Wilson is successful. On this basis, he has not established that his application for standing will have any effect on his legal or financial interests. In short, given the nature of the interest required under Rule 16-46 as explained above, Mr. Wilson cannot establish standing by resorting to clause 4(d). I would deny standing on that basis.

[86] In the result, I need not address the evidence respecting whether Mr. Wilson may be interested as a result of the operation of clause 4(d).

[87] I turn briefly to the preservation order. Mr. Wilson agrees that the purpose of the preservation order made by the Chambers judge was to restrict the exercise of the Executor's authority pending the outcome of a trial regarding proof in solemn form and the issues of

testamentary capacity, knowledge and approval of the contents of the Will, and undue influence. This was understandable, considering that a trial put the Executor’s authority in question. Given that the Chambers judge found Mr. Wilson had no standing under Rule 16-47 and I have found he had no standing under Rule 16-46, there will be no trial and no need for a preservation order restricting the Executor’s authority any more than is necessary or incidental to the discharge of the CPLs on the nine parcels mentioned earlier. Accordingly, the preservation order, as reflected in paragraph 95 of the *Chambers Decision* and as amended by paragraph 109 of the *Wilson Decision*, is set aside.

[88] The order set out in paragraph 41 of the *Chambers Decision*, allowing the Executor to vacate the CPLs on nine parcels of land and providing a direction to him regarding mortgaging of those lands, was not appealed by the Executor. For clarity, that order remains in effect.

V. CONCLUSION

[89] The appeal by the Executor is allowed as indicated above. The appeal of the Salvation Army is allowed. The cross-appeal is dismissed. The Executor shall have his costs against Mr. Wilson in the court below. In this Court, the Executor and the Salvation Army shall each have their costs against Mr. Wilson to be taxed on Column 3.

“Ottenbreit J.A.”

Ottenbreit J.A.

I concur.

“Schwann J.A.”

Schwann J.A.

I concur.

“Tholl J.A.”

Tholl J.A.

TAB 4

H.L. *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

**Attorney General for
Saskatchewan** *Intervener***INDEXED AS: H.L. v. CANADA (ATTORNEY
GENERAL)****Neutral citation: 2005 SCC 25.**

File No.: 29949.

Hearing: May 13, 2004.

Present: Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps and Fish JJ.

Rehearing: December 13, 2004.

Judgment: April 29, 2005.

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie,
LeBel, Deschamps, Fish, Abella and Charron JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN**

Appeals — Saskatchewan Court of Appeal — Questions of fact — Applicable standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan — Whether Court of Appeal correct in setting aside trial judge's pecuniary damages award for loss of past and future earnings — Whether Court of Appeal applied proper standard — The Court of Appeal Act, 2000, S.S. 2000, c. C-42.1, s. 14.

L brought an action for sexual battery against S and the federal government for acts that had occurred 20 years earlier when L was about 14 years old. S, who worked on a reserve for the federal government, sexually abused L on two occasions. L left school when he was about 17 years old, without completing the eighth grade. He was unable to retain meaningful employment between 1978-1987. During that time, he drank heavily, was incarcerated frequently and relied on social assistance to meet his needs. Between 1988-2000, he worked sporadically. The evidence given by L and two expert witnesses satisfied the trial judge that L's poor

H.L. *Appelant*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

**Procureur général de la
Saskatchewan** *Intervenant***RÉPERTORIÉ : H.L. c. CANADA (PROCUREUR
GÉNÉRAL)****Référence neutre : 2005 CSC 25.**

N° du greffe : 29949.

Audition : 13 mai 2004.

Présents : Les juges Iacobucci, Major, Bastarache,
Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

Nouvelle audition : 13 décembre 2004.

Jugement : 29 avril 2005.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major,
Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella et
Charron.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN**

Appels — Cour d'appel de la Saskatchewan — Questions de fait — Norme de révision en appel applicable à une question de fait en Saskatchewan — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure? — A-t-elle appliqué la norme appropriée? — Loi de 2000 sur la Cour d'appel, L.S. 2000, ch. C-42.1, art. 14.

L a intenté une action contre S et le gouvernement du Canada relativement à des voies de fait de nature sexuelle dont il avait été victime 20 ans plus tôt vers l'âge de 14 ans. S, qui travaillait alors pour le gouvernement fédéral dans une réserve, l'a agressé sexuellement deux fois. L a quitté l'école à l'âge de 17 ans environ sans avoir terminé sa huitième année. Entre 1978 et 1987, il n'a pu conserver un emploi convenable. Il buvait beaucoup, se retrouvait souvent derrière les barreaux et avait recours à l'aide sociale pour subvenir à ses besoins. De 1988 à 2000, il a travaillé sporadiquement. Les témoignages de L et des deux experts ont convaincu le juge

employment record between 1978-1987 was attributable to his alcoholism, emotional difficulties, and criminality, which were in turn attributable to the sexual abuse perpetrated by S. He found as well that L's sporadic work record between 1988-2000 was consistent with the emotional difficulties described by the experts in their assessments of the psychological effects of sexual abuse. The trial judge maintained L's action against S and the federal government, since he found that the criteria for the imposition of vicarious liability on the government had been met. He awarded L non-pecuniary damages, pecuniary damages for loss of past and future earnings and pre-judgment interest. With respect to L's claim for loss of future earnings, in the absence of specific evidence in this regard, the trial judge relied inferentially on the evidence relating to L's past earning capacity. The Court of Appeal dismissed the federal government's appeal as it related to vicarious liability and to the award for non-pecuniary damages, but allowed the appeal in relation to pecuniary damages and pre-judgment interest. The Court of Appeal set aside the award for pecuniary damages for loss of past and future earnings on the ground that, on its assessment of the evidence, the evidence fell short of proving the loss. Leave to this Court was granted by the Court of Appeal, pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, to clarify the correct standard of review applicable to the Saskatchewan Court of Appeal.

Held (Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The trial judge's award of pecuniary damages for loss of past earnings is restored, but the award must be reduced to reflect the time L spent in prison and the social assistance he received during the period covered by the award.

Per McLachlin C.J. and Major, Binnie, Fish and Abella JJ.: In Saskatchewan, as elsewhere in Canada, a trial judge's primary findings of fact and inferences of fact are only reviewable on appeal on a standard of palpable and overriding error. *The Court of Appeal Act, 2000*, in particular s. 14, did not create for Saskatchewan an appellate court radically different, in powers and purpose, from its counterparts in the other provinces. To the contrary, an examination of both the 2000 Act and its predecessors, their legislative history, and their judicial interpretation in this Court and by the Saskatchewan Court of Appeal itself all lead to the conclusion that the 2000 Act did not change the standard of review applicable in Saskatchewan to appellate review on questions of fact: the appeal is a review for error, and not a review by rehearing. Courts of appeal in Canada, absent an express

de première instance que L avait peu travaillé de 1978 à 1987 à cause de son alcoolisme, de ses difficultés émotionnelles et de sa criminalité, qui eux étaient attribuables aux abus sexuels commis par S. Le juge a également conclu que les emplois occupés sporadiquement de 1988 à 2000 s'inscrivaient dans la suite logique des difficultés émotionnelles décrites par les experts dans leur évaluation des effets psychologiques de l'abus sexuel. Il a accueilli l'action de L contre S et le gouvernement du Canada, estimant réunies les conditions auxquelles l'État pouvait être tenu responsable du fait d'autrui. Il a accordé à L des dommages-intérêts non pécuniaires, des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure et de l'intérêt avant jugement. En ce qui concerne la perte de revenus ultérieure alléguée, faute d'éléments de preuve précis à l'appui, le juge de première instance s'est fondé, par inférence, sur la preuve relative à la capacité de gain antérieure de L. La Cour d'appel a rejeté l'appel du gouvernement du Canada quant à la responsabilité du fait d'autrui et aux dommages-intérêts non pécuniaires, mais elle l'a accueilli relativement aux dommages-intérêts pécuniaires et à l'intérêt avant jugement. Elle a annulé les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure au motif que, suivant son appréciation de la preuve, l'existence de ces pertes n'était pas établie. Elle a accordé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour en application de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême* afin que soit déterminée la norme de révision que devait appliquer la Cour d'appel de la Saskatchewan.

Arrêt (les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour la perte de revenus antérieure sont rétablis, mais leur montant est abaissé pour tenir compte du temps que L a passé en prison et des prestations d'aide sociale qu'il a touchées pendant la période considérée.

La juge en chef McLachlin et les juges Major, Binnie, Fish et Abella : En Saskatchewan, comme ailleurs au Canada, les conclusions du juge de première instance relatives à des faits prouvés directement et ses inférences factuelles ne sont susceptibles de révision en appel que selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. La *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* — son art. 14 en particulier — n'a pas créé en Saskatchewan une cour d'appel radicalement différente de celles des autres provinces sur le plan des pouvoirs ou de l'objet. Au contraire, le libellé de la Loi de 2000 et des lois qui l'ont précédée, l'historique législatif de chacune d'elles et leur interprétation par notre Cour et par la Cour d'appel de la Saskatchewan mènent à la conclusion que la Loi de 2000 n'a pas changé la norme de révision en appel applicable dans la province à l'égard d'une question de fait : l'appel est instruit par

legislative instruction to the contrary, cannot disregard the governing principle of appellate intervention on questions of fact. They may make their own findings and draw their own inferences, but only where the trial judge is shown to have committed a palpable and overriding error or made findings of fact, including inferences of fact, that are clearly wrong, unreasonable, or unsupported by the evidence. A court of appeal cannot substitute for the reasonable inference preferred by the trial judge, an equally, or even more, persuasive inference of its own. These principles are consistent with this Court's recent decision in *Housen*. [3-6] [13-16] [74] [80] [89] [110]

In this case, the Saskatchewan Court of Appeal reversed the trial judge on six points: (1) qualification of the experts, (2) causation, (3) mitigation, (4) incarceration, (5) collateral benefits, and (6) loss of future earnings. The Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's findings on the first three issues because it applied the wrong standard and improperly substituted its own opinion of the facts for that of the trial judge. The trial judge, however, made "palpable and overriding errors" on the last three issues. His finding that S's sexual abuse of L caused his loss of income due to imprisonment is both contrary to judicial policy and unsupported by the evidence. L's lack of gainful employment caused by his imprisonment resulted from his criminal conduct, not from his abuse by S or from the alcoholism. The award for loss of past earnings should thus be reduced to reflect the time L spent in prison. The trial judge also erred in not deducting from the same award the social assistance payments L had received during the relevant period. The trial judge's failure to make such deduction constitutes a severable error of principle. Finally, the trial judge's award for loss of future earnings must be set aside. The finding that a person has had emotional and substance abuse problems which in the past have impacted on his earning capacity is not in itself a sufficient basis for concluding on the balance of probabilities that this state of affairs will endure indefinitely. [111] [137] [142-143] [145] [148] [152]

Per Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. (dissenting in part): In Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing and not review for error. The grammatical and ordinary sense of the words used in ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, as well as the object of the Act, the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals, and the Act's historical foundations, clearly lead

voie de contrôle d'erreur (« *review for error* »), et non par voie de nouvelle audition. Au Canada, à défaut d'une prescription expresse contraire de la loi, une cour d'appel ne peut faire fi du principe régissant l'appel d'une conclusion de fait. Elle peut tirer ses propres conclusions et inférences, mais seulement s'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou qu'il a tiré des conclusions de fait, y compris des inférences de fait, manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve. Une cour d'appel ne peut substituer à l'inférence raisonnable retenue par le juge de première instance sa propre inférence tout aussi convaincante, sinon plus. Ces principes sont conformes au récent arrêt *Housen* de notre Cour. [3-6] [13-16] [74] [80] [89] [110]

En l'espèce, la Cour d'appel de la Saskatchewan a infirmé la décision de première instance au regard de six points : (1) la compétence des experts, (2) la causalité, (3) la limitation du préjudice, (4) l'incarcération, (5) les prestations parallèles et (6) la perte de revenus ultérieure. Elle a eu tort de modifier les conclusions du juge de première instance quant aux trois premiers, car elle n'a pas appliqué la norme appropriée et a irrégulièrement substitué sa propre interprétation des faits à la sienne. Cependant, le juge de première instance a commis des erreurs « manifestes et dominantes » quant aux trois derniers points. Sa conclusion que les abus sexuels ont causé la perte de revenus due à l'incarcération n'est ni conforme aux principes judiciaires ni étayée par la preuve. L'absence d'emploi rémunérateur imputable à l'emprisonnement résultait du comportement criminel de L, et non de son alcoolisme ou des actes de S. Le montant des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure doit donc être abaissé en fonction du temps que L a passé en prison. Le juge de première instance a également eu tort de ne pas en déduire les prestations d'aide sociale touchées par L pendant la période considérée. L'omission de le faire constitue une erreur de principe dissociable. Enfin, les dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus ultérieure doivent être annulés. Le fait qu'une personne a connu des problèmes émotionnels et de toxicomanie qui ont nui à sa capacité de gain ne permet pas à lui seul de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il en sera toujours ainsi. [111] [137] [142-143] [145] [148] [152]

Les juges Bastarache, LeBel et Deschamps (dissidents en partie) : En Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d'erreur (« *review for error* »). Le sens grammatical et ordinaire des mots employés aux art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, l'objet de la Loi et des dispositions établissant le cadre législatif de l'appel, de même que les fondements historiques de la Loi permettent clairement

to that conclusion. *The Court of Appeal Act, 2000* is the only one among all of the statutes governing the powers of appellate courts in Canada that relieves the Court of Appeal of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves. [157] [243] [296]

A number of Saskatchewan Court of Appeal cases also support the conclusion that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing. To the extent that there are cases from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal that appear to conflict with this conclusion, they can be reconciled. In particular, in *Housen*, the mere fact that this Court did not, on an appeal from the Saskatchewan Court of Appeal, refer to *The Court of Appeal Act* but instead used a statement from a different province's Court of Appeal that is in conflict with the clear language of that Act to define the role of the appellate court in Saskatchewan, demonstrates that *Housen* should not be used to understand the nature of appellate review in that province. Rather, the application of *Housen* as an authority should be limited to general standards of appellate review only. [259] [294-298]

Appellate review by way of rehearing is not a retrial or a *de novo* hearing. On an appeal by way of rehearing, the Court of Appeal is not limited to a review of the lower court's decision and can form its own judgment on the issues and direct its attention to the merits of the case. This does not mean, however, that the Court of Appeal can ignore the trial judge's findings. The special advantage of the trial judge calls for a measure of deference on the part of the Saskatchewan Court of Appeal when, pursuant to the direction in s. 14 of the Act, it is considering what the evidence proves. Factual findings that engage the special advantage of the trial judge will be accorded some deference and the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding. Factual findings that do not engage the special advantage of the trial judge are not entitled to the same level of deference. The Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a simple error in his or her fact finding. In the case of inferences of fact, since a trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of fact properly established, the threshold that the Court of Appeal must pass before substituting its own inference of fact is reasonableness. Nevertheless, given the respect that is to be accorded to the office of the trial judge, in the cases of inferences of fact or of findings of fact that do not engage the special advantage of the trial judge, the

de tirer cette conclusion. Parmi les lois qui régissent les pouvoirs des cours d'appel au Canada, la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* est la seule à soustraire la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et à lui enjoindre de décider en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. [157] [243] [296]

Un certain nombre de décisions de la Cour d'appel de la Saskatchewan appuient la conclusion que, dans la province, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition. Les arrêts de notre Cour et de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui semblent contredire cette conclusion peuvent être conciliés avec elle. Dans *Housen*, en particulier, le simple fait que, dans le cadre d'un appel de la décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan, notre Cour a passé sous silence la *Court of Appeal Act*, mais a cité un passage d'une décision d'une autre cour d'appel contredisant le libellé clair de cette loi pour définir le rôle de la cour d'appel en Saskatchewan montre que l'arrêt *Housen* ne saurait servir à déterminer la nature de la révision en appel dans cette province. L'arrêt *Housen* ne devrait valoir que pour les normes générales de révision en appel. [259] [294-298]

L'appel par voie de nouvelle audition n'équivaut ni à la reprise du procès ni à une audition *de novo*. Dans le cadre d'un tel appel, la Cour d'appel n'est pas confinée à l'examen de la décision du tribunal inférieur. Elle doit former sa propre opinion sur les questions en litige et se pencher sur le fond de l'affaire. Il ne s'ensuit cependant pas qu'elle peut faire abstraction des conclusions du juge de première instance. L'avantage particulier dont bénéficie ce dernier exige de la Cour d'appel de la Saskatchewan qu'elle fasse preuve d'une certaine déférence lorsqu'elle apprécie la preuve conformément à la prescription de l'art. 14 de la Loi. La Cour d'appel doit faire preuve de déférence vis-à-vis des conclusions factuelles qui font jouer cet avantage particulier; elle n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits. La conclusion factuelle qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance ne commande pas la même déférence. La Cour d'appel n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si une simple erreur a été commise dans l'appréciation des faits. Le juge de première instance n'étant pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer une inférence de fait d'un ensemble de faits dûment établis, le critère auquel la Cour d'appel doit satisfaire pour substituer sa propre inférence de fait à la sienne est celui de la raisonabilité. Vu le respect que commande la charge de juge de première instance, lorsque l'avantage particulier du juge ne

Court of Appeal will presuppose that the trial judge has drawn reasonable inferences of fact or made factual findings free of error. [178] [245] [253-256]

The Court of Appeal correctly applied the appropriate standard when it set aside the trial judge's pecuniary damages award for both past and future loss of earnings, because the factual inferences on which the award was based were not reasonably supported by the evidence and were therefore not reasonable. Even if the more stringent standard set out in *Housen* applied here, the Court of Appeal's decision would still be upheld. The trial judge's findings were so unreasonable that they amounted to palpable error in the appreciation of the evidence and the inferences drawn. With respect to past loss of earnings, the trial judge's first inference that S's sexual abuse caused L's alcoholism was based primarily on the general expert evidence. However, the expert witnesses in this case transcended their respective fields of expertise when they testified as to the etiology of alcoholism and the cause of L's alcoholism in particular. Since the expert witnesses were not properly qualified to express opinions on this subject, their evidence in this regard is entitled to no weight, and L's testimony as to the effect of S's sexual abuse on his alcoholism could not, on its own, provide a sufficient evidentiary basis for the trial judge's inference that S's sexual abuse caused L's alcoholism. The trial judge's second inference that S's sexual abuse caused L's emotional problems which resulted in L losing employment income also lacks a sufficient evidentiary foundation. The evidence adduced at trial only demonstrated that L did not work between 1978-1987 and worked only sporadically between 1988-2000. It does not prove that L was wholly or largely unable to work because of his emotional problems. L's sporadic work record, in itself, is as consistent with choosing not to work as with being unable to work. With respect to future loss of earnings, since it was not reasonable for the trial judge to conclude that L suffered a loss of employment income because of S's sexual abuse, given the evidentiary gaps in the trial judge's causal chain, it was likewise not reasonable for him to conclude that L will continue to suffer such a loss in the future. [306] [313-317] [323-325] [329]

Per Charron J. (dissenting in part): There is agreement with the majority's analysis on the governing standard of review for appeals in Saskatchewan and the Court of Appeal thus erred in finding that the standard was other than that adopted by this Court in *Housen*. However, on application of the appropriate standard of review, the Court of Appeal was correct in setting aside the entire award for pecuniary damages. There is agreement with

la Cour d'appel présupposera néanmoins que l'inférence de fait est raisonnable ou que la conclusion factuelle est exempte d'erreur. [178] [245] [253-256]

La Cour d'appel a bien appliqué la norme appropriée en annulant les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure, car les inférences factuelles sur lesquelles se fondait cet octroi n'étaient pas raisonnablement étayées par la preuve et n'étaient donc pas raisonnables. Même au regard de la norme plus stricte établie dans l'arrêt *Housen*, la décision de la Cour d'appel serait quand même confirmée en l'espèce. Les conclusions du juge de première instance étaient si déraisonnables qu'elles entachaient d'une erreur manifeste l'appréciation de la preuve et les inférences tirées. En ce qui concerne la perte de revenus antérieure, la première inférence du juge — les abus sexuels de S ont causé l'alcoolisme de L — se fondait principalement sur la preuve d'expert générale. Or, en l'espèce, les témoins experts ont outrepassé leurs domaines d'expertise respectifs en témoignant sur l'étiologie de l'alcoolisme en général et sur la cause de l'alcoolisme de L en particulier. Comme ils n'étaient pas dûment qualifiés pour se prononcer sur ces sujets, leurs témoignages n'ont aucune valeur à cet égard. Le témoignage de L concernant l'incidence des abus sexuels sur son alcoolisme ne pouvait à lui seul étayer suffisamment l'inférence du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels de S avaient causé l'alcoolisme de L. La deuxième inférence du juge — les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels qui avaient fait perdre des revenus d'emploi à L — ne s'appuie pas non plus sur une preuve suffisante. La preuve offerte au procès établissait seulement que L n'avait pas travaillé de 1978 à 1987 et qu'il n'avait travaillé que sporadiquement de 1988 à 2000. Cette preuve n'établit pas que L était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels. Le fait qu'il a travaillé sporadiquement peut aussi bien résulter d'un choix que d'une incapacité. Pour ce qui est de la perte de revenus ultérieure, comme il n'était pas raisonnable de conclure que L avait subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels de S, étant donné les lacunes, sur le plan de la preuve, de la chaîne causale établie par le juge de première instance, il n'était pas non plus raisonnable de conclure que L continuerait de subir une telle perte. [306] [313-317] [323-325] [329]

La juge Charron (dissidente en partie) : L'analyse des juges majoritaires concernant la norme de révision en appel applicable dans la province de la Saskatchewan est juste, et la Cour d'appel a donc eu tort de conclure que la norme applicable n'était pas celle établie par notre Cour dans *Housen*. Toutefois, compte tenu de l'application de la norme de révision appropriée, la Cour d'appel a annulé à bon droit la totalité des dommages-intérêts pécuniaires

the minority that the same error informed the trial judge's decision to award pecuniary damages in respect of both past and future loss of earnings. The trial judge found that there was a causal connection between the acts of sexual abuse and a lifelong inability to earn income. The evidence did not support this finding and, consequently, the award for loss of income, past and future, is unreasonable. [347-348]

Cases Cited

By Fish J.

Applied: *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53; **referred to:** *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *Markling v. Ewaniuk*, [1968] S.C.R. 776; *Kosinski v. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748.

By Bastarache J. (dissenting in part)

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Fox v. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Farm Credit Corp. v. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100; *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3; *Hallberg v. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Taylor v. University of Saskatchewan* (1955), 15 W.W.R. 459; *Audergon v. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10; *Gray v. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53;

accordés. Comme le concluent les juges minoritaires, la même erreur entachait la décision du juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus passée et future. Le juge a en effet conclu à l'existence d'un lien de causalité entre les abus sexuels et l'incapacité permanente de gagner un revenu. La preuve n'étayait pas cette conclusion, de sorte que l'indemnisation pour les pertes de revenus passée et future est déraisonnable. [347-348]

Jurisprudence

Citée par le juge Fish

Arrêts appliqués : *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53; **arrêts mentionnés :** *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *Markling c. Ewaniuk*, [1968] R.C.S. 776; *Kosinski c. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748.

Citée par le juge Bastarache (dissident en partie)

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Fox c. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Farm Credit Corp. c. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100; *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3; *Hallberg c. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538; *Taylor c. University of Saskatchewan* (1955), 15 W.W.R. 459; *Audergon c. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10; *Gray c. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53;

Bigsby v. Dickinson (1876), 4 Ch. D. 24; *Coghlan v. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704; *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, [1904] A.C. 73; *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253; *Benmax v. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370; *Coventry v. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, aff'd (1912), 46 S.C.R. 573; *Greene, Swift & Co. v. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932; *Miller v. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer v. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan v. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski v. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff v. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson v. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French v. French*, [1939] 2 W.W.R. 435; *Wilson v. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659; *Tanfern Ltd. v. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311; *Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37; *Whitehouse v. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Warren v. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531; *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Parker v. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60; *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458; *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53.

By Charron J. (dissenting in part)

Housen v. Nikolaisen, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33.

Statutes and Regulations Cited

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, r. 518(c), (e).
Civil Procedure Rules 1998 (U.K.), S.I. 1998 No. 3132,
 Part 52 [ad. S.I. 2000 No. 221], r. 52.11(1).
Constitution Act, 1867, s. 92(13), (14).
Court of Appeal Act, R.S.B.C. 1996, c. 77, s. 9(2).
Court of Appeal Act, R.S.M. 1987, c. C240, s. 26(1), (2).
Court of Appeal Act, R.S.S. 1930, c. 48, s. 8.

Bigsby c. Dickinson (1876), 4 Ch. D. 24; *Coghlan c. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704; *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, [1904] A.C. 73; *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, [1923] A.C. 253; *Benmax c. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370; *Coventry c. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, conf. par (1912), 46 R.C.S. 573; *Greene, Swift & Co. c. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932; *Miller c. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer c. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan c. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski c. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff c. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson c. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French c. French*, [1939] 2 W.W.R. 435; *Wilson c. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659; *Tanfern Ltd. c. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311; *Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577; *S.S. Hontestroom c. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37; *Whitehouse c. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Warren c. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531; *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244; *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214; *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232; *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68; *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35; *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18; *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Parker c. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60; *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458; *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500; *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53.

Citée par la juge Charron (dissidente en partie)

Housen c. Nikolaisen, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33.

Lois et règlements cités

Alberta Rules of Court, Alta. Reg. 390/68, règles 518c), e).
Civil Procedure Rules 1998 (R.-U.), S.I. 1998 No. 3132,
 partie 52 [aj. S.I. 2000 No. 221], règle 52.11(1).
Court of Appeal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 77, art. 9(2).
Court of Appeal Act, R.S.S. 1930, ch. 48, art. 8.
Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, ch. C-42, art. 8.
Court of Appeal Act, S.S. 1915, ch. 9, art. 8, 9.

Court of Appeal Act, R.S.S. 1978, c. C-42, s. 8.
Court of Appeal Act, S.S. 1915, c. 9, ss. 8, 9.
Court of Appeal Act, 2000, S.S. 2000, c. C-42.1, ss. 7(2)(a), 12, 13, 14, 16.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(1)(a), (4)(a).
Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, s. 10.
Indian Act, S.C. 1951, c. 29.
Interpretation Act, 1995, S.S. 1995, c. I-11.2, ss. 10, 35 [am. 1998, c. 47, s. 6].
Rules of the Supreme Court, 1883 (U.K.), Order 39, Order 58, rr. 1, 4.
Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 37.
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1987, c. 66, s. 56(1)(a), (4)(a).

Authors Cited

Andrews, N. H. "A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems", [2000] *Cambridge L.J.* 464.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
 Great Britain. *Civil Procedure*. London: Sweet & Maxwell, 2002.
 Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. by W. W. Cook. New Haven: Yale University Press, 1923.
 Jolowicz, J. A. "Court of Appeal or Court of Error?", [1991] *Cambridge L.J.* 54.
 Jolowicz, J. A. "The New Appeal: re-hearing or revision or what?" (2001), 20 *C.J.Q.* 7.
 Perell, Paul M. "The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen" (2004), 28 *Advocates' Q.* 40.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Saskatchewan. Legislative Assembly. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 1st Sess., 24th Leg., June 7, 2000, pp. 1625-26.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.
 Zuckerman, Adrian A. S. *Civil Procedure*. London: LexisNexis UK, 2003.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (Cameron, Vancise and Lane J.J.A.) (2002), 227 Sask. R. 165, 287 W.A.C. 165, [2003] 5 W.W.R. 421, [2002] S.J. No. 702 (QL), 2002 SKCA 131, affirming in part a decision of Klebuc J. (2001), 208 Sask. R. 183, [2001] 7 W.W.R. 722, 5

Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(13), (14).
Loi d'interprétation de 1995, L.S. 1995, ch. I-11.2, art. 10, 35 [mod. 1998, ch. 47, art. 6].
Loi de 2000 sur la Cour d'appel, L.S. 2000, ch. C-42.1, art. 7(2)(a), 12, 13, 14, 16.
Loi sur la Cour d'appel, L.R.M. 1987, ch. C240, art. 26(1), (2).
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 37.
Loi sur les Indiens, S.C. 1951, ch. 29.
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 134(1)(a), (4)(a).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 10.
Rules of the Supreme Court, 1883 (R.-U.), ordonnance 39, ordonnance 58, règles 1, 4.
Supreme Court Act, R.S.P.E.I. 1987, ch. 66, art. 56(1)(a), (4)(a).

Doctrine citée

Andrews, N. H. « A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems », [2000] *Cambridge L.J.* 464.
 Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
 Grande-Bretagne. *Civil Procedure*. London : Sweet & Maxwell, 2002.
 Hohfeld, Wesley Newcomb. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, ed. by W. W. Cook. New Haven : Yale University Press, 1923.
 Jolowicz, J. A. « Court of Appeal or Court of Error? », [1991] *Cambridge L.J.* 54.
 Jolowicz, J. A. « The New Appeal : re-hearing or revision or what? » (2001), 20 *C.J.Q.* 7.
 Perell, Paul M. « The Standard of Appellate Review and the Ironies of Housen v. Nikolaisen » (2004), 28 *Advocates' Q.* 40.
 Royer, Jean-Claude. *La preuve civile*, 3^e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.
 Saskatchewan. Assemblée législative. *Debates and Proceedings (Hansard)*, 1^{re} sess., 24^e lég., 7 juin 2000, p. 1625-1626.
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 2002.
 Zuckerman, Adrian A. S. *Civil Procedure*. London : LexisNexis UK, 2003.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (les juges Cameron, Vancise et Lane) (2002), 227 Sask. R. 165, 287 W.A.C. 165, [2003] 5 W.W.R. 421, [2002] S.J. No. 702 (QL), 2002 SKCA 131, qui a confirmé en partie un jugement du juge Klebuc (2001), 208 Sask. R. 183, [2001] 7 W.W.R.

C.C.L.T. (3d) 186, [2001] S.J. No. 298 (QL), 2001 SKQB 233, and supplementary reasons (2001), 210 Sask. R. 114, [2001] 11 W.W.R. 727, [2001] S.J. No. 478 (QL), 2001 SKQB 233. Appeal allowed in part, Bastarache, LeBel, Deschamps and Charron JJ. dissenting in part.

E. F. Anthony Merchant, Q.C., Eugene Meehan, Q.C., and Graham Neill, for the appellant.

Roslyn J. Levine, Q.C., and Mark Kindrachuk, for the respondent.

Barry J. Hornsberger, Q.C., for the intervener.

The judgment of McLachlin C.J. and Major, Binnie, Fish and Abella JJ. was delivered by

FISH J. —

I. Introduction

This appeal turns on the applicable standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan, and on the application of that standard by the Court of Appeal in this case. Our concern is with all of the facts, and nothing but the facts: with facts proved directly and with facts inferred, but not with questions of law or questions of mixed law and fact.

Legislatures may fix by statute the powers of the appellate courts they are constitutionally authorized to create. The Legislative Assembly of Saskatchewan has done so, most recently in *The Court of Appeal Act, 2000*, S.S. 2000, c. C-42.1 (“*2000 Act*”).

The *2000 Act* did not enlarge materially the powers previously vested in the Saskatchewan Court of Appeal. Nor did it purport to modify at all the manner in which those powers have been exercised for nearly half a century.

More particularly, the *2000 Act* did not change the standard of review applicable in Saskatchewan to appellate intervention with respect to findings of fact. The criteria that govern the exercise by the Court of Appeal of its statutory powers in this regard remain unchanged. Like other appellate courts across the country, it may substitute its own

722, 5 C.C.L.T. (3d) 186, [2001] S.J. No. 298 (QL), 2001 SKQB 233, et motifs supplémentaires (2001), 210 Sask. R. 114, [2001] 11 W.W.R. 727, [2001] S.J. No. 478 (QL), 2001 SKQB 233. Pourvoi accueilli en partie, les juges Bastarache, LeBel, Deschamps et Charron sont dissidents en partie.

E. F. Anthony Merchant, c.r., Eugene Meehan, c.r., et Graham Neill, pour l’appelant.

Roslyn J. Levine, c.r., et Mark Kindrachuk, pour l’intimé.

Barry J. Hornsberger, c.r., pour l’intervenant.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Major, Binnie, Fish et Abella rendu par

LE JUGE FISH —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la norme de révision applicable en appel à l’égard d’une question de fait en Saskatchewan et sur l’application de cette norme en l’espèce par la Cour d’appel. Il a pour objet tous les faits et seulement eux, qu’ils soient prouvés directement ou inférés, et non des questions de droit ou mixtes de fait et de droit.

Une législature peut définir dans une loi les pouvoirs de la cour d’appel que la Constitution l’autorise à créer. L’assemblée législative de la Saskatchewan l’a fait pour la dernière fois dans la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, L.S. 2000, ch. C-42,1 (« *Loi de 2000* »).

Cette loi n’a pas accru sensiblement les pouvoirs de la Cour d’appel de la Saskatchewan. Elle ne visait pas non plus à modifier la manière dont ces pouvoirs étaient exercés depuis près d’un demi-siècle.

Plus particulièrement, la *Loi de 2000* n’a pas changé la norme de révision applicable en appel à l’égard d’une conclusion de fait. Les critères régissant l’exercice des pouvoirs légaux de la Cour d’appel à ce chapitre demeurent les mêmes. À l’instar des autres cours d’appel du pays, la Cour d’appel de la Saskatchewan peut substituer sa propre

1

2

3

4

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.

5 This standard of appellate review is subject, of course, to statutory exceptions. It does not apply where the legislature has expressly provided otherwise. Nothing in the *2000 Act* reflects any such intention or has any such effect. It sets out the powers of the Court of Appeal in considerable detail; in other Canadian jurisdictions, equivalent powers are conferred in more general terms. As we shall see, however, the *2000 Act* neither bestows on the Court of Appeal for Saskatchewan unique powers of appellate intervention on questions of fact nor ordains their exercise in a manner that, within Canada, is exclusive to Saskatchewan.

6 In my respectful view, the Court of Appeal departed from the applicable standard in this case.

7 I would therefore allow the appeal in part, with costs, as explained in the reasons that follow.

II. Overview

8 This matter reaches us, exceptionally, with leave granted by the Court of Appeal itself, pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26. In reversing the trial judge, the Court of Appeal felt empowered by its governing statute to “rehear” the case. Speaking for the Court of Appeal on the leave application, Bayda C.J.S. acknowledged that a very different standard — “review for error” — had been held applicable in “the recent majority decision of the Supreme Court of Canada in *Housen v. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 S.C.R. 235”. “Both conclusions”, said the Chief Justice, “cannot be right” ((2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78, at para. 11). I agree, of course, and, in my respectful view, it is the standard applied by the Court of Appeal — the “rehearing” standard — that is wrong.

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.

Évidemment, cette norme de révision s’applique en appel sous réserve des exceptions prévues par la loi. Le législateur peut l’écartier expressément. Aucune disposition de la *Loi de 2000* ne traduit pareille intention ni n’a cet effet. Les pouvoirs de la Cour d’appel y sont énoncés de manière très détaillée; dans les autres provinces ou territoires canadiens, les pouvoirs équivalents sont formulés de façon plus générale. Or, nous le verrons, la *Loi de 2000* ne confère pas à la Cour d’appel de la Saskatchewan un pouvoir d’intervention unique à l’égard d’une question de fait ni ne prescrit l’exercice de ce pouvoir selon des modalités qui, au Canada, sont propres à la Saskatchewan.

En toute déférence, la Cour d’appel n’a pas respecté la norme de révision applicable en l’espèce.

Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi en partie, avec dépens, pour les motifs qui suivent.

II. Vue d’ensemble

Exceptionnellement, la question nous est soumise avec l’autorisation de la Cour d’appel elle-même, en application de l’art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26. La Cour d’appel a infirmé la décision de première instance après avoir estimé que sa loi constitutive l’investissait du pouvoir de « réentendre » l’affaire. Saisie de la demande d’autorisation, elle a reconnu, par la voix du juge en chef Bayda, qu’une norme très différente — celle du [TRADUCTION] « contrôle d’erreur » (« *review for error* ») — avait été jugée applicable par [TRADUCTION] « les juges majoritaires de la Cour suprême du Canada dans le récent arrêt *Housen c. Nikolaisen et al.*, [2002] 2 R.C.S. 235 ». Le Juge en chef a opiné que [TRADUCTION] « les deux points de vue ne pouvaient être valables » ((2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78, par. 11). Je suis évidemment d’accord avec lui et, à mon humble avis, c’est la norme fondée sur le pouvoir de la Cour d’appel de « réentendre » l’affaire qui doit céder le pas.

I shall deal later with the difference between the majority and minority reasons in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. For present purposes, it will suffice to mention that this Court in *Housen* was unanimous on the issue that concerns us here: All nine Justices agreed that the standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan is review for error and not review by rehearing. They agreed as well that findings of fact by the trial judge will be disturbed on appeal only for errors that can properly be characterized as palpable and overriding.

It was not contended in *Housen*, either in the Saskatchewan Court of Appeal or in this Court, that the standard of appellate review in Saskatchewan differed significantly from the prevailing standard elsewhere in Canada. And none of the parties found it necessary or useful to refer in their written or oral submissions in this Court to the *2000 Act* or its predecessors. This should not be thought surprising. On second reading, the Minister of Justice assured the Legislative Assembly of Saskatchewan that Bill 80 which, upon its adoption, became the *2000 Act*

doesn't change the jurisdiction of the Court of Appeal in any way, it simply restates the historical jurisdiction of the court in a way that can be understood by users of the Act.

(*Saskatchewan Hansard*, June 7, 2000, at p. 1626)

Moreover, the Saskatchewan Court of Appeal, both before and after the coming into force of the *2000 Act*, had consistently held that a trial judge's findings of fact can be set aside only where palpable and overriding error is shown. It affirmed and reiterated that principle well before this Court's judgment in *Housen*, and even before *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672. Thus, for example, in *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), Bayda C.J.S. stated that the palpable and overriding standard had been followed by the Saskatchewan Court of Appeal "for a long time and most certainly since [1960]" (p. 218).

Lensen, also an appeal from Saskatchewan, was decided under the predecessor to the *2000 Act*. This

Je ferai état plus loin de ce qui a opposé les juges majoritaires aux juges minoritaires dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Il suffit pour l'instant de mentionner que les neuf juges de notre Cour étaient unanimes quant à la question qui nous intéresse en l'espèce : en Saskatchewan, l'appel interjeté à l'égard d'une conclusion de fait est instruit par voie de contrôle d'erreur, et non de nouvelle audition. Ils ont également convenu que les conclusions de fait du juge de première instance ne pouvaient être modifiées en appel qu'en cas d'erreur pouvant à juste titre être qualifiée de manifeste et de dominante.

Dans *Housen*, nul n'a prétendu en Cour d'appel de la Saskatchewan ni devant notre Cour que la norme de révision en appel applicable dans cette province différait sensiblement de celle s'appliquant ailleurs au Canada. Et aucune des parties n'a jugé nécessaire ou utile de faire mention de la *Loi de 2000* ou des lois qui l'ont précédée dans ses plaidoiries orales ou écrites devant notre Cour. Cela n'est pas étonnant. En deuxième lecture, le ministre de la Justice a assuré à l'Assemblée législative de la Saskatchewan que le projet de loi 80 (devenu la *Loi de 2000* après son adoption) :

[TRADUCTION] ne modifie en rien la compétence de la Cour d'appel. Il ne fait que reformuler sa compétence historique afin que la Loi puisse être comprise par ses « utilisateurs ».

(*Saskatchewan Hansard*, 7 juin 2000, p. 1626)

En outre, la Cour d'appel de la Saskatchewan, tant avant qu'après l'entrée en vigueur de la *Loi de 2000*, avait toujours statué que les conclusions de fait d'un juge de première instance ne pouvaient être écartées que si l'existence d'une erreur manifeste et dominante était établie. Elle a affirmé et réaffirmé ce principe bien avant *Housen*, et même avant l'arrêt *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672. Dans *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), par exemple, le juge en chef Bayda a dit que la Cour d'appel de la Saskatchewan appliquait la norme de l'erreur manifeste et dominante [TRADUCTION] « depuis longtemps, et très certainement depuis [1960] » (p. 218).

Dans *Lensen*, notre Cour était également saisie d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de

9

10

11

12

Court dealt specifically in that case with the governing provision of the Saskatchewan statute, but laid down a uniform norm for appellate courts across the country.

13 As we shall see, the decisive provisions of the *2000 Act* are identical in substance to the corresponding provisions of the Act it replaced. This underlines the present relevance of the Court of Appeal's decisions prior to November 1, 2000, when the current Act came into effect. And it reflects the legislative intention, mentioned earlier, not to "change the jurisdiction of the Court of Appeal in any way" (*Saskatchewan Hansard*, at p. 1626).

14 Finally, I agree that the powers of the Saskatchewan Court of Appeal are set out in its constituent statute in greater detail than is the case in most other provinces. Greater detail in an empowering statute, however, does not invariably signal a legislative intent to confer broader powers. Often, the opposite is true. In any event, the *2000 Act* must be read in the light of this Court's jurisprudence — and appellate decisions in Saskatchewan itself — immediately prior to its adoption. Neither the text of the Act nor its legislative history indicates a departure from the principles set out in those cases.

15 In short, I am not at all persuaded that the *2000 Act* was intended to create for Saskatchewan an appellate court radically different, in powers and purpose, from its counterparts in the other provinces. Nothing in the record before us, in the relevant provisions of the Act, or in the Court of Appeal's own earlier appreciation of its proper role suggests to me that it has now been invested with a general jurisdiction to "rehear" trials — that is, to apply a "rehearing" standard when it reviews judgments at trial.

16 To a significant extent, that is what it did here. In my respectful view, it improperly substituted its own opinion of the facts for that of the trial judge. The court evidently viewed with skepticism the trial judge's conclusions regarding the damages suffered by H.L. as a direct result of Mr. Starr's proven

la Saskatchewan rendu en fonction de la loi qu'a remplacée la *Loi de 2000*. Elle a dûment analysé la disposition pertinente de la loi de la Saskatchewan, mais elle a énoncé une seule et même norme applicable à toutes les cours d'appel du pays.

Comme nous le verrons, les dispositions en cause de la *Loi de 2000* sont identiques, sur le fond, à celles qu'elles ont remplacées, d'où la pertinence, dans la présente affaire, des décisions rendues par la Cour d'appel avant le 1^{er} novembre 2000, date d'entrée en vigueur de la loi actuelle. Cela traduit également l'intention du législateur, signalée précédemment, de ne [TRADUCTION] « modifier[r] en rien la compétence de la Cour d'appel » (*Saskatchewan Hansard*, p. 1626).

Enfin, je conviens qu'en Saskatchewan, la loi pertinente énonce les pouvoirs de la cour d'appel de façon plus détaillée que dans la plupart des autres provinces. Cependant, le fait qu'une loi constitutive soit plus exhaustive ne traduit pas invariablement la volonté du législateur de conférer des pouvoirs plus étendus. C'est souvent l'inverse. Quoi qu'il en soit, la *Loi de 2000* doit être interprétée à la lumière des décisions de notre Cour — et des décisions de la Cour d'appel de la Saskatchewan elle-même — rendues juste avant son adoption. Ni le libellé de la Loi ni son historique législatif n'indiquent une dérogation aux principes issus de ces arrêts.

En résumé, je ne suis pas du tout convaincu que la *Loi de 2000* visait à établir en Saskatchewan une cour d'appel radicalement différente de celles des autres provinces sur le plan des pouvoirs ou de l'objet. Ni le dossier qui nous a été présenté ni les dispositions pertinentes de la Loi ni l'appréciation de son rôle par la Cour d'appel elle-même ne me permettent de conclure que cette dernière est désormais investie du pouvoir général de « réentendre » une affaire, c'est-à-dire de se prononcer sur un jugement de première instance à l'issue d'une « nouvelle audition ».

Or, dans une large mesure, elle a agi en l'espèce comme si tel était le cas. À mon humble avis, elle a irrégulièrement substitué sa propre interprétation des faits à celle du juge de première instance. Elle a manifestement mis en doute les conclusions du juge de première instance sur le préjudice infligé

misconduct. Doubt as to the soundness of the trial judge's findings of fact, however, is not a recognized ground of appellate intervention.

I would therefore allow the appeal in part and restore the trial judge's award for past loss of earnings, except where the errors imputed to him are indeed "palpable and overriding".

III. The Facts and Judgment at Trial

H.L., a former resident of Gordon First Nation Reserve, brought an action for sexual battery against William Starr and the Government of Canada for acts that had occurred some twenty years earlier: (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233. Mr. Starr was employed at that time by the federal Department of Indian and Northern Affairs ("Department") as Residence Administrator of the Gordon Student Residence on Gordon First Nation Reserve.

With the approval of the Department, Mr. Starr had organized various extracurricular activities for the students and other children living on the Reserve. It was through one of these activities, an after-school boxing club, that Mr. Starr came into contact with H.L. H.L. was then about 14 years old. Mr. Starr sexually abused H.L. on two occasions by subjecting him to acts of masturbation and to requests for sexual favours.

H.L. testified that Mr. Starr's assaults had a profound and enduring impact. He felt "ashamed" and "dirty", and was afraid to tell anyone what had happened, because he thought no one would believe him. He "tried to find a way to get out of going to school because [he] didn't want to be around anybody", and "had a hard time concentrating because it was on [his] mind".

H.L. testified that he had never even "touched" alcohol before the assaults occurred, but began consuming excessive amounts shortly thereafter, when he was 15 or 16 years old. Alcohol provided an "escape" from his recurring thoughts about the sexual assaults. "[M]y way of dealing with it", he

directement à H.L. par les actes répréhensibles prouvés de M. Starr. Cependant, douter de la justesse des conclusions de fait du juge de première instance ne constitue pas un motif reconnu d'intervention en appel.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie et de rétablir la décision du juge de première instance quant à la somme accordée pour la perte de revenus antérieure, sauf erreur véritablement « manifeste et dominante » de sa part.

III. Les faits et le jugement de première instance

H.L., un ancien résidant de la réserve de la Première nation de Gordon, a intenté une action contre William Starr et le gouvernement du Canada relativement à des voies de fait de nature sexuelle commises quelque vingt ans plus tôt : (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233. M. Starr travaillait alors pour le ministère fédéral des Affaires indiennes et du Nord Canada (« ministère ») et administrait le pensionnat situé dans la réserve.

Avec l'aval du ministère, M. Starr avait mis sur pied divers programmes d'activités parascolaires destinés aux élèves du pensionnat et aux autres enfants de la réserve. C'est dans le cadre de l'une de ces activités — un club de boxe — que M. Starr avait rencontré H.L. L'appelant avait alors 14 ans. M. Starr l'a agressé sexuellement deux fois en le soumettant à des actes de masturbation et en sollicitant ses faveurs sexuelles.

H.L. a témoigné que les actes de M. Starr l'avaient marqué profondément et pour longtemps. Il s'était senti « honteux » et « souillé » et avait craint de se confier à quiconque, pensant que personne ne le croirait. Il avait [TRADUCTION] « cherché un moyen de quitter l'école, car [il] ne voulait avoir affaire à personne », et « avait du mal à se concentrer à cause de ce qui s'était passé ».

H.L. a témoigné qu'il n'avait jamais « touché » à l'alcool auparavant, mais qu'il avait commencé à en faire une consommation excessive peu de temps après; il était alors âgé de 15 ou 16 ans. L'alcool lui permettait de « fuir », de ne plus penser sans cesse aux agressions sexuelles. Il a dit : [TRADUCTION]

17

18

19

20

21

said, “was to go out and get drunk.” That is why he “started drinking at a young age and got addicted to alcohol”.

22 Because he had difficulty concentrating and was by then “already into alcohol pretty bad”, H.L. left school when he was about 17 years old, without completing the eighth grade. H.L. characterized the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr as the most traumatic event of his life.

23 Both H.L. and Canada called witnesses who were qualified as experts in assessing the psychological effects of sexual abuse. Both experts had tested H.L. and interviewed him extensively. Canada’s expert, Dr. Arnold, adverted to factors other than H.L.’s sexual abuse by Mr. Starr that had, in his view, contributed to H.L.’s addiction to alcohol. He noted, in particular, that H.L. had grown up in a home that modelled alcohol abuse and violence. Dr. Arnold concluded, however, that Mr. Starr’s sexual abuse of H.L. was a “specific triggering event” that led to H.L.’s abuse of alcohol.

24 Asked whether H.L. would have become an alcoholic in any event, Dr. Arnold stated: “He may have had vulnerability, but except for the exposure to the sexual abuse, may not have developed a substance abuse problem. So I have to be careful when I say that, the risk is there, but except for that triggering event it may not have occurred. We don’t know.” Invited to elaborate, Dr. Arnold added:

What we have [here] is an individual who has a risk because of his upbringing, so he’s — he has a risk and a vulnerability. If specific stressful life events come along and he’s exposed to them, such as sexual abuse, he is at more risk than someone who doesn’t have that history of vulnerability.

25 H.L.’s expert, Mr. Stewart, testified that H.L. was primarily traumatized by the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr, which could be linked to his withdrawal and drinking problems:

[T]hey certainly coincide with his abuse, and again research would indicate that substance abuse . . . is a direct result of being abused, so with other interviews and assessments and people that I’ve seen in therapy that

« [M]a façon de réagir à la situation était de sortir et de me soûler. » C’est ainsi qu’il [TRADUCTION] « a commencé à boire à un jeune âge et est devenu alcoolique ».

Comme il avait de la difficulté à se concentrer et était alors [TRADUCTION] « déjà très dépendant à l’alcool », H.L. a quitté l’école à l’âge de 17 ans environ sans avoir terminé sa huitième année. H.L. a dit des abus sexuels commis par M. Starr qu’ils avaient été l’événement le plus traumatisant de sa vie.

H.L. et le procureur général du Canada ont chacun fait entendre un expert de l’évaluation des effets psychologiques de l’abus sexuel. Les deux experts avaient soumis H.L. à des tests et l’avaient interrogé longuement. Selon l’expert du procureur général du Canada, le D^r Arnold, d’autres facteurs que les abus sexuels avaient contribué à la dépendance de H.L. à l’alcool, notamment le fait d’avoir grandi dans une famille où sévissaient l’abus d’alcool et la violence. Le D^r Arnold a toutefois conclu que les abus sexuels avaient été un [TRADUCTION] « événement déclencheur » à l’origine de l’alcoolisme de H.L.

Lorsqu’on lui a demandé si H.L. serait devenu alcoolique de toute façon, le D^r Arnold a répondu : [TRADUCTION] « Il aurait pu être vulnérable, mais n’eût été les abus sexuels, il aurait pu ne jamais abuser de substances intoxicantes. Je dois donc être prudent lorsque j’affirme que le risque existe, mais que sans cet événement déclencheur, il aurait pu ne pas se réaliser. Nous ne le savons pas. » Invité à préciser sa pensée, le D^r Arnold a ajouté :

[TRADUCTION] Nous avons affaire à un individu prédisposé par son éducation, il est donc — il est prédisposé et vulnérable. Si un événement stressant se produit, s’il est victime d’abus sexuel par exemple, il est plus prédisposé qu’un autre ne présentant aucune vulnérabilité.

L’expert de H.L., M. Stewart, a témoigné que l’appelant avait avant tout été traumatisé par les abus sexuels, que l’on pouvait rattacher à son repli sur soi et à son problème d’alcool :

[TRADUCTION] [I]ls coïncident certainement avec les abus sexuels et, là encore, les recherches indiquent que la toxicomanie [. . .] est une conséquence directe de l’abus, alors si je me fie à d’autres entrevues et évaluations et

have undergone sexual abuse, they find it extremely difficult to concentrate

Mr. Stewart explained that some “resilient” children are able to “shrug off” sexual abuse, with the benefit of a strong home and family life and the opportunity to disclose the abuse in a safe manner. Children who have been abused by a trusted authority figure, on the other hand, are more adversely affected.

The trial judge, Klebuc J., accepted the evidence of H.L. and the experts. He found that the sexual assaults committed by Mr. Starr caused H.L. to suffer enormous humiliation, self-blame and loss of self-worth, to lose interest in his education, in part due to his inability to concentrate, and to develop alcoholism.

Klebuc J. recognized that H.L. had a dysfunctional home life. He found, however, that no divisible injury could be attributed to it; nor was it a “necessary cause” of H.L.’s injuries. There was no evidence that H.L. suffered from a “crumbling skull”, or pre-existing condition that would have led to his losses regardless of the sexual battery (see *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at paras. 34-36). Rather, if H.L. was particularly vulnerable, this amounted to a “thin skull”, within the meaning of *Athey*, exonerating neither Canada nor Mr. Starr from their liability for the consequences.

H.L. was unable to retain meaningful employment between 1978 and 1987 (the “first period”). During that time, he drank heavily and was incarcerated frequently. He relied on social assistance to meet his needs. Between 1988 and 2000 (the “second period”), he worked sporadically.

H.L. testified that his inability to maintain steady employment was attributable to his abuse of alcohol, manifested by extensive and recurring periods of indulgence.

The impact of the sexual assaults on H.L.’s ability to maintain steady employment was addressed as well by the experts. Dr. Arnold, for example,

aux personnes que j’ai vues en thérapie, la victime d’abus sexuels a énormément de difficulté à se concentrer . . .

M. Stewart a expliqué que certains enfants « résiliants » bénéficiant de liens familiaux étroits et ayant la possibilité de dévoiler l’abus en toute confiance peuvent se « délester » de l’abus sexuel. Par contre, l’enfant abusé sexuellement par une personne en situation d’autorité en qui il avait confiance est plus gravement atteint.

En première instance, le juge Klebuc a ajouté foi aux témoignages de H.L. et des experts. Il a conclu que les agressions sexuelles commises par M. Starr avaient amené H.L. à ressentir une grande humiliation, à s’en prendre à lui-même, à perdre son estime de soi, à se désintéresser de ses études, en partie à cause de son incapacité à se concentrer, et à sombrer dans l’alcool.

Le juge Klebuc a reconnu que H.L. avait grandi au sein d’une famille dysfonctionnelle. Il a cependant conclu qu’aucune partie du préjudice ne pouvait être imputée séparément à ce fait, qui ne constituait pas non plus une « cause nécessaire » du préjudice subi. Rien ne prouvait que H.L. souffrait d’une vulnérabilité déjà « active » ou d’un état préexistant qui aurait causé le préjudice indépendamment de l’agression sexuelle (voir *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 34-36). En fait, si H.L. était particulièrement vulnérable, il s’agissait d’une vulnérabilité « latente », au sens de l’arrêt *Athey*, ne soustrayant ni l’État ni M. Starr à leur responsabilité pour les conséquences subies.

Entre 1978 et 1987 (la « première période »), H.L. n’a pu conserver un emploi convenable. Il buvait beaucoup et se retrouvait souvent derrière les barreaux. Il avait recours à l’aide sociale pour subvenir à ses besoins. De 1988 à 2000 (la « seconde période »), il a travaillé sporadiquement.

H.L. a témoigné qu’il n’avait pu conserver un emploi à cause de sa consommation excessive d’alcool, qui se manifestait par de longues et nombreuses cuites.

Les experts se sont aussi prononcés sur l’incidence des abus sexuels sur la capacité de H.L. de conserver un emploi. Le D^r Arnold, par exemple,

26

27

28

29

30

31

testified to the “chain of events” set into motion by the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr. He stated that this “triggering event” led to alcohol and school problems, a loss of confidence in the school system, and a diminished “work ethic”, which Dr. Arnold defined as H.L.’s “ability to hold work and be able to regularly show up and those kinds of things”. Dr. Arnold explained that sexual abuse by an authority figure, both generally and in H.L.’s specific circumstances, could lead to distrust of authority figures, including teachers, police, employers, judges, doctors, and medical care workers.

32 Similarly, Mr. Stewart testified that the sexual abuse would cause H.L. to have negative self-esteem, a poor self-image and a lack of confidence. These personality traits, he added, detrimentally affect one’s ability to secure and maintain employment.

33 The evidence given by H.L. and the experts satisfied Klebuc J. that H.L.’s poor employment record during the “first period” was attributable to his alcoholism, emotional difficulties, and criminality, which were in turn attributable to the sexual abuse perpetrated by Mr. Starr. He found as well that H.L.’s sporadic work record during the “second period” was consistent with the emotional difficulties described by the experts in their psychological assessments.

34 In the result, Klebuc J. maintained H.L.’s action against Mr. Starr and the Government of Canada. He found that the criteria for the imposition of vicarious liability on Canada had been met, and awarded H.L. a total of \$80,000 in non-pecuniary damages, \$296,527.09 in pecuniary damages and \$30,665 in estimated pre-judgment interest.

35 The non-pecuniary damages included \$60,000 for the losses and injuries, including emotional distress, that H.L. had suffered — and would continue to suffer — as a consequence of Mr. Starr’s abuse, and aggravated damages of \$20,000.

a fait état de la « suite d’événements » qui avait suivi l’agression. Il a déclaré que cet « événement déclencheur » avait mené à l’alcool et aux problèmes à l’école, à la perte de confiance dans le système scolaire et à l’affaiblissement de la « morale du travail », qu’il a définie comme la [TRADUCTION] « capacité à conserver un emploi et à se présenter régulièrement au travail, et ce genre de chose ». Le D^r Arnold a expliqué que l’abus sexuel perpétré par une personne en situation d’autorité, tant en général que dans la situation particulière de H.L., pouvait entraîner une perte de confiance dans les figures d’autorité, notamment les professeurs, les policiers, les employeurs, les juges, les médecins et le personnel soignant.

Dans la même veine, M. Stewart a témoigné que l’abus sexuel entraîne une perte d’estime de soi, une image de soi négative et un manque de confiance en soi qui nuisent à la capacité de trouver et de conserver un emploi.

Les témoignages de H.L. et des experts ont convaincu le juge Klebuc que si H.L. avait peu travaillé pendant la « première période » c’était à cause de son alcoolisme, de ses difficultés émotionnelles et de sa criminalité, qui eux étaient attribuables aux abus sexuels commis par M. Starr. Il a également conclu que les emplois occupés sporadiquement par H.L. pendant la « seconde période » s’inscrivaient dans la suite logique des difficultés émotionnelles décrites par les experts dans leurs évaluations psychologiques.

Le juge Klebuc a donc accueilli l’action de H.L. contre M. Starr et le gouvernement du Canada. Il a jugé réunies les conditions auxquelles l’État pouvait être tenu responsable du fait d’autrui. Il a accordé 80 000 \$ au total à titre de dommages-intérêts non pécuniaires, 296 527,09 \$ à titre de dommages-intérêts pécuniaires et 30 665 \$ à titre d’intérêt avant jugement.

Les dommages-intérêts non pécuniaires se composaient de 60 000 \$ pour les pertes et le préjudice, y compris la détresse émotionnelle, que H.L. avait subis — et qu’il continuerait de subir — à cause des actes répréhensibles de M. Starr, ainsi que de dommages-intérêts majorés de 20 000 \$.

The pecuniary damages were determined as follows. Klebuc J. was satisfied that the appellant would have been able and willing to work, but for his emotional difficulties and resulting dependence on alcohol. Relying on Statistics Canada data submitted on consent, Klebuc J. estimated that H.L. would have worked as a construction or agricultural labourer 25 weeks annually, during the “first period” (1978-87), earning a total of \$27,150.

Klebuc J. found that H.L. would have maintained full-time employment in automotive repair during the “second period” (1988-2000). Relying here again on Statistics Canada data, he applied the median rate of \$330 per week for all persons engaged in the repair and overhaul of motor vehicles. He discounted this amount by a 20 percent contingency factor to reflect H.L.’s vulnerability to job loss due to his limited education and cut off this branch of the award at the date of a back injury suffered by H.L. After deducting the income actually earned by H.L., Klebuc J. estimated a residual loss in earnings of \$90,187.09 for the period.

Klebuc J. then considered H.L.’s claim for loss of future earnings and, in the absence of specific evidence in this regard, relied inferentially on the evidence relating to H.L.’s past earning capacity. He estimated H.L.’s future income, but for Mr. Starr’s misconduct, at no less than \$17,160 annually, and deducted H.L.’s average earnings in the past to arrive at an annual income loss of \$12,533 for the remainder of H.L.’s projected working life.

IV. The Court of Appeal

The Court of Appeal dismissed Canada’s appeal as it related to vicarious liability and to the \$80,000 award for non-pecuniary damages, but allowed the appeal in relation to the pecuniary damages and pre-judgment interest. H.L.’s cross-appeal was dismissed except as it related to \$6,500 in damages for future care: (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131.

Writing for the court, Cameron J.A. noted that the appeal and cross-appeal were based on s. 7(2)(a)

Voici comment le montant des dommages-intérêts pécuniaires a été arrêté. Le juge Klebuc s’est dit convaincu que l’appelant aurait été en mesure et désireux de travailler n’eût été ses difficultés émotionnelles et la dépendance à l’alcool qui en résultait. Se fondant sur des données de Statistique Canada produites sur consentement, il a supposé que H.L. aurait été ouvrier de ferme ou du bâtiment 25 semaines par année et aurait gagné au total 27 150 \$ au cours de la « première période » (1978 à 1987).

Le juge Klebuc a conclu que, pendant la deuxième période (1988 à 2000), H.L. aurait occupé un emploi à temps plein dans le domaine de la réparation d’automobiles. Dans les données de Statistique Canada, le salaire hebdomadaire moyen d’une personne travaillant dans le domaine de la réparation et de la révision de véhicules moteur était de 330 \$. Il a retranché 20 p. 100 pour tenir compte du risque de perte d’emploi imputable au faible niveau d’instruction de H.L. et il a arrêté le calcul le jour où ce dernier s’était blessé au dos. Après avoir soustrait le revenu effectivement gagné par H.L., il a estimé à 90 187,09 \$ la perte de revenus pendant la période.

Le juge Klebuc s’est ensuite penché sur la perte de revenus ultérieure alléguée et, vu l’absence d’éléments de preuve précis à cet égard, il s’est fondé, par inférence, sur la preuve relative à la capacité de gain antérieure de H.L. Il a estimé que n’eût été les actes répréhensibles de M. Starr, H.L. aurait gagné pas moins de 17 160 \$ par année. Après avoir soustrait le revenu moyen antérieur de H.L., il est arrivé à une perte de revenus annuelle de 12 533 \$ pour le reste de la vie active projetée.

IV. La Cour d’appel

La Cour d’appel a rejeté l’appel du procureur général du Canada quant à la responsabilité du fait d’autrui et aux dommages-intérêts non pécuniaires de 80 000 \$, mais elle l’a accueilli relativement aux dommages-intérêts pécuniaires et à l’intérêt avant jugement. Elle a rejeté l’appel incident de H.L., sauf quant à l’indemnité de 6 500 \$ pour soins futurs : (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131.

Se prononçant au nom de la Cour d’appel, le juge Cameron a signalé que l’appel et l’appel incident

36

37

38

39

40

and s. 13 of the 2000 Act. In his view, these provisions embody a legislative choice for an unlimited right of appeal, embracing every component of the decision at trial that engages s. 13 of the 2000 Act.

41 Cameron J.A. accepted the binding authority of *Lensen*, which was based on s. 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, c. C-42 (“1978 Act”). Cameron J.A. acknowledged that s. 14 of the 2000 Act, which replaced s. 8, differed in syntax but not in substance from its predecessor. He noted that *Lensen* had been applied by the Saskatchewan Court of Appeal on innumerable occasions to limit the broad power of appellate review under s. 14 and its predecessor on issues of credibility. A trial judge’s assessment of credibility, he said, cannot be interfered with on appeal in the absence of palpable and overriding error.

42 Cameron J.A. was of the opinion, however, that no such limit governs inferences of fact and questions of mixed fact and law. This, he said, was the traditional view adopted by the Saskatchewan Court of Appeal, as evidenced by *Markling v. Ewaniuk*, [1968] S.C.R. 776, applied in *Kosinski v. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73 (C.A.).

43 Cameron J.A. acknowledged that a set of uniform national standards governing appellate review has evolved in Canada for inferences of fact and questions of mixed fact and law, but considered that *Housen* had extended the measure of appellate deference traditionally associated with findings of credibility to other components of the decision at trial. In his view, this trend toward increased deference required reconsideration, especially for Saskatchewan, where the right of appeal and the powers of the court to act on that right are set out in the 2000 Act.

44 Cameron J.A. regretted that the general standard of appellate review had shifted from appeal by way of rehearing, which he viewed as traditional in Saskatchewan, to the more deferential standard of review for error.

étaient fondés sur l’al. 7(2)a) et l’art. 13 de la *Loi de 2000*. Selon lui, ces dispositions traduisaient la volonté du législateur d’accorder un droit d’appel non restreint à l’égard de chacun des éléments de la décision de première instance faisant jouer l’art. 13 de la *Loi de 2000*.

Le juge Cameron a reconnu être lié par l’arrêt *Lensen* rendu sur le fondement de l’art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1978, ch. C-42 (« *Loi de 1978* »). Il a convenu que l’art. 14 de la *Loi de 2000*, qui a remplacé l’art. 8, était différent sur le plan de la syntaxe, mais non sur le fond. Il a signalé que la Cour d’appel de la Saskatchewan avait appliqué l’arrêt *Lensen* à d’innombrables occasions pour limiter, en matière de crédibilité, le vaste pouvoir de révision en appel que conféraient l’art. 14 et la disposition qu’il avait remplacée. Il a ajouté que l’appréciation de la crédibilité par un juge de première instance ne pouvait être modifiée en appel à défaut d’une erreur manifeste et dominante.

Le juge Cameron a cependant estimé que pareille restriction ne s’appliquait ni aux inférences de fait ni aux questions mixtes de fait et de droit. Tel était le point de vue adopté jusqu’alors par la Cour d’appel de la Saskatchewan, comme l’atteste l’application de l’arrêt *Markling c. Ewaniuk*, [1968] R.C.S. 776, dans *Kosinski c. Snaith* (1983), 25 Sask. R. 73 (C.A.).

Le juge Cameron a reconnu qu’un ensemble de normes nationales uniformes s’était constitué au Canada à l’égard de la révision en appel des inférences de fait et des questions mixtes de fait et de droit. Il a toutefois estimé que l’arrêt *Housen* avait étendu la déférence dont faisaient traditionnellement l’objet en appel les conclusions relatives à la crédibilité aux autres éléments de la décision de première instance. Selon lui, il y avait lieu de reconsidérer cette tendance à une déférence accrue, surtout en Saskatchewan où la *Loi de 2000* définissait le droit d’appel et les pouvoirs de la Cour d’appel.

Le juge Cameron a dit regretter que l’on soit passé de l’appel par voie de nouvelle audition, qu’il jugeait traditionnel en Saskatchewan, à l’appel par voie de contrôle d’erreur, qui commande une plus grande déférence.

Cameron J.A. suggested that *Housen* underscores the divide between the current standards of judicially limited appellate review and the broad appellate power granted by the Saskatchewan legislature.

On the merits of the appeal, Cameron J.A. concluded that the award for pecuniary damages lacked an evidentiary foundation and therefore could not stand. He found the following errors in the trial judge's awards of \$117,337.09 for loss of past earning capacity and \$179,190 for loss of future earning capacity:

1. The trial judge erred in failing to consider the plaintiff's duty to mitigate.
2. The trial judge did not take into account the extent to which the defendant Mr. Starr's wrongful acts contributed to the loss of earnings. He ought to have had regard for the possibility that H.L. would have been unable to cope with his alcohol-related problems irrespective of the sexual assault by Mr. Starr.
3. The trial judge awarded H.L. damages for loss of earning capacity while H.L. was incarcerated. In this regard, Cameron J.A. found that the trial judge had erred in attributing the plaintiff's criminal behaviour to the wrongdoing of Mr. Starr.
4. The trial judge did not address the issue of whether the social assistance benefits received by H.L. constituted offsetting collateral benefits.

Acting on its own view of the evidence, the Court of Appeal held that H.L. had not established that he was wholly or largely unable to work because of the sexual abuse by Mr. Starr. In its view, the evidence simply proved that H.L. did not work during the first period (1978 to 1987) and worked only sporadically during the second period (1988 to 2000). An inference that Mr. Starr's abuse caused H.L.'s reduced earning capacity would require more convincing evidence than was adduced in this case. The court

Il a fait observer que l'arrêt *Housen* mettait en évidence l'écart entre les normes de révision actuellement applicables en appel donnant lieu à un pouvoir de contrôle judiciairement limité et le vaste pouvoir conféré par la législature de la Saskatchewan.

Sur le fond, le juge Cameron a conclu que l'octroi de dommages-intérêts pécuniaires n'était fondé sur aucun élément de preuve et ne pouvait donc pas être maintenu. Voici les erreurs qu'il a relevées dans la décision du juge de première instance d'accorder la somme de 117 337,09 \$ pour la perte de capacité de gain antérieure et de 179 190 \$ pour la perte de capacité de gain ultérieure :

1. Le juge de première instance a omis à tort de prendre en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice.
2. Il n'a pas tenu compte de la mesure dans laquelle les actes fautifs du défendeur, M. Starr, avaient contribué à la perte de revenus. Il aurait dû considérer la possibilité que H.L. n'ait pas réussi à surmonter ses problèmes d'alcool indépendamment de l'agression sexuelle perpétrée par M. Starr.
3. Il a accordé des dommages-intérêts pour la perte de capacité de gain pendant l'incarcération de H.L. À cet égard, le juge Cameron a conclu qu'il avait eu tort d'attribuer le comportement criminel du demandeur aux actes répréhensibles de M. Starr.
4. Il ne s'est pas demandé si les prestations d'aide sociale touchées par H.L. constituaient des prestations parallèles déductibles.

S'appuyant sur sa propre appréciation de la preuve, la Cour d'appel a conclu que H.L. n'avait pas établi que les abus sexuels l'avaient rendu totalement ou en grande partie incapable de travailler. À son avis, la preuve établissait simplement que H.L. n'avait pas travaillé pendant la première période (1978 à 1987) et n'avait travaillé que sporadiquement pendant la seconde (1988 à 2000). Une inférence selon laquelle la capacité de gain réduite était imputable à l'agression devait, selon elle, s'appuyer sur une preuve plus

45

46

47

found that H.L.'s sporadic work record was, in itself, as consistent with choice as with disability.

48 Finally, the court recalled that expert witnesses can provide opinion evidence only on matters within their recognized field of expertise. Beyond that, their opinion evidence is inadmissible and, if admitted, entitled to no weight. According to the Court of Appeal, the two expert witnesses in this case were allowed to "roam at large" and to express opinions that they were not qualified to give.

49 The Court of Appeal thus set aside the award of pecuniary damages on the ground that, on its assessment, the evidence fell short of proving the loss.

50 H.L. now appeals to this Court from the decision of the Court of Appeal.

V. Discussion

51 The appeal raises two main issues:

1. What is the correct standard of review by provincial appellate courts on questions of fact, and is that standard different for the Court of Appeal for Saskatchewan?
2. Did the Saskatchewan Court of Appeal misapply the governing standard to the trial judge's findings of fact in this case?

A. *The Applicable Standard of Review: Introduction*

52 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.

53 The standard of review for error has been variously described. In recent years, the phrase "palpable and overriding error" resonates throughout the

convaincante que celle offerte en l'espèce. Elle a conclu que si H.L. avait travaillé sporadiquement, ce pouvait être tant par choix qu'à cause d'une incapacité.

Enfin, la Cour d'appel a rappelé qu'un témoin expert ne pouvait donner son opinion que sur des sujets relevant de son domaine d'expertise. Son opinion était par ailleurs inadmissible et, si elle était admise, elle n'a aucune valeur. Dans la présente affaire, les deux témoins experts avaient pu [TRADUCTION] « s'écarter du sujet » et exprimer des opinions qui outrepassaient leur compétence.

La Cour d'appel a donc annulé les dommages-intérêts pécuniaires au motif que, suivant son évaluation, la perte n'était pas étayée par la preuve.

H.L. en appelle aujourd'hui devant notre Cour de la décision de la Cour d'appel.

V. Analyse

Le pourvoi soulève deux questions principales :

1. Quelle norme de révision une cour d'appel provinciale doit-elle appliquer à l'égard d'une question de fait, et cette norme est-elle différente pour la Cour d'appel de la Saskatchewan?
2. La Cour d'appel de la Saskatchewan a-t-elle mal appliqué la norme appropriée aux conclusions de fait tirées en l'espèce par le juge de première instance?

A. *La norme de révision applicable : Introduction*

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

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 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.

In my respectful view, the test is met as well where the trial judge’s findings of fact can properly be characterized as “unreasonable” or “unsupported by the evidence”. In *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, McLachlin J. (as she then was) explained why courts of appeal must show particular deference to trial courts on issues of credibility. At the same time, however, she noted (at pp. 131-32) that

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 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 « erreur 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.

À mon humble avis, le critère est également rempli lorsque les conclusions de fait du juge de première instance peuvent véritablement être qualifiées de « déraisonnables » ou de « non étayées par la preuve ». Dans l’arrêt *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a expliqué pourquoi, en matière de crédibilité, une cour d’appel doit faire preuve d’une déférence particulière envers un tribunal de première instance. Elle a toutefois fait observer (aux p. 131-132) que

54

55

56

it remains open to an appellate court to overturn a verdict based on findings of credibility where, after considering all the evidence and having due regard to the advantages afforded to the trial judge, it concludes that the verdict is unreasonable.

The statutory framework in criminal matters is, of course, different in certain respects. But as a matter of principle, it seems to me that unreasonable findings of fact — relating to credibility, to primary or inferred “evidential” facts, or to facts in issue — are reviewable on appeal because they are “palpably” or “clearly” wrong. The same is true of findings that are unsupported by the evidence. I need hardly repeat, however, that appellate intervention will only be warranted where the court can explain why or in what respect the impugned finding is unreasonable or unsupported by the evidence. And the reviewing court must of course be persuaded that the impugned factual finding is likely to have affected the result.

57

I find it helpful, in concluding on this point, to reproduce Professor Zuckerman’s summary of the governing principles in England:

As a general principle, an appeal court must not interfere with findings of fact made by the lower court for the simple reason that the judge who saw and heard the witnesses is better placed to assess their reliability and draw inferences from their testimony. An appeal court will interfere only if it concludes that no reasonable court could have reached such conclusions, or if the lower court failed to take crucial factors into consideration. . . .

. . . It follows that, if the appeal court cannot conclude that the lower court’s inference from the primary facts was wrong, in the sense that it fell outside the range of inferences that a reasonable court could make, the appeal court should allow the lower court’s decision to stand. The nature of the appellate evaluation of the lower court’s decision will vary in accordance with the type of judgment that the lower court was called upon to make. But whatever the nature of the issues and however wide or narrow is the room for disagreement, the test remains the same: was the lower court’s decision wrong. . . .

A decision will be wrong if it was founded on an incorrect interpretation of statute, or if it wrongly applied

la cour d’appel conserve le pouvoir d’écarter un verdict fondé sur des conclusions relatives à la crédibilité dans les cas où, après avoir étudié l’ensemble de la preuve et tenu compte des avantages du juge de première instance, elle conclut que le verdict est déraisonnable.

Évidemment, en matière criminelle, le cadre législatif diffère à certains égards. Mais, en principe, il semble que les conclusions de fait déraisonnables — touchant à la crédibilité, à des faits « probatoires » prouvés directement ou inférés ou à des faits en litige — peuvent être modifiées en appel parce qu’elles sont « manifestement » ou « clairement » erronées. Il en va de même des conclusions non étayées par la preuve. Toutefois, faut-il le répéter, l’intervention en appel ne sera justifiée que si la cour d’appel peut préciser pour quel motif ou en quoi la conclusion de fait contestée est déraisonnable ou non étayée par la preuve. Et le tribunal de révision doit évidemment être convaincu que cette conclusion a vraisemblablement joué dans la décision.

Pour conclure sur le sujet, voici comment le professeur Zuckerman résume les principes applicables en Angleterre :

[TRADUCTION] En principe, une cour d’appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du tribunal inférieur pour la simple raison que le juge qui a vu et entendu les témoins est mieux placé pour apprécier la fiabilité de leur témoignage et en tirer des inférences. Une cour d’appel n’interviendra que si elle estime qu’aucun tribunal raisonnable n’aurait pu arriver à de telles conclusions, ou que le tribunal inférieur n’a pas tenu compte de facteurs cruciaux. . . .

. . . Partant, si la cour d’appel n’est pas en mesure de conclure que l’inférence tirée par le tribunal inférieur à partir des faits prouvés directement était erronée, en ce sens qu’elle ne figurait pas parmi les inférences qu’un tribunal raisonnable pouvait tirer, la décision du tribunal inférieur doit être maintenue. La nature de l’appréciation de la décision du tribunal inférieur varie selon le type de jugement que celui-ci était appelé à rendre. Mais quelle que soit la nature des questions en litige, et peu importe qu’il y ait peu ou amplement matière à désaccord, le critère demeure le même : la décision du tribunal inférieur était-elle erronée? . . .

Une décision est erronée si elle est fondée sur une interprétation incorrecte d’une loi, sur l’application

a legal principle, or if it was based on a plainly erroneous factual conclusion. . . . Put another way, as long as the lower court's conclusions represent a reasonable inference from the facts, the appeal court must not interfere with its decision.

(A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), at pp. 765-68)

Moreover, procedural changes governing civil appeals in England that took effect in May of 2000 do not appear from subsequent decisions of the Court of Appeal to have altered substantially the previous approach to appellate review:

When the Court of Appeal heard appeals on questions of fact [under the old procedure] the court was essentially conducting a review of the findings made by the judge below Our task [under the new regime] is essentially no different from what it was — we consider the judgment testing it against the evidence available to the judge and we ask, as we used to ask, whether it was wrong.

(*Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), per Ward L.J., at para. 195)

In determining whether or not the judgment appealed from was so “wrong”, whether under the new or the old regime,

the appeal court conducting a review of the trial judge's decision will not conclude that the decision was wrong simply because it is not the decision the appeal judge would have made had he or she been called upon to make it in the court below. Something more is required than personal unease and something less than perversity has to be established. The best formulation for the ground in between where a range of adverbs may be used — “clearly”, “plainly”, “blatantly”, “palpably” wrong, is . . . whether that finding by the trial judge exceeded the generous ambit within which reasonable disagreement about the conclusion to be drawn from the evidence is possible.

(*Assicurazioni*, per Ward L.J., at para. 197)

For present purposes, I find it unnecessary to consider in detail how the standard of appellate review has been applied in England either before or since the reforms that took effect in May of 2000. I am content with two observations.

erronée d'un principe juridique ou sur une conclusion factuelle clairement erronée. [. . .] Autrement dit, tant que les conclusions du tribunal inférieur constituent une inférence raisonnable tirée des faits, la cour d'appel ne doit pas modifier la décision.

(A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), p. 765-768)

De plus, entrées en vigueur en mai 2000, les modifications apportées à la procédure applicable à l'appel civil en Angleterre ne semblent pas, au vu des décisions rendues depuis par la Cour d'appel, avoir modifié sensiblement la conception antérieure de l'appel :

[TRADUCTION] Lorsque [suivant l'ancienne procédure] la Cour d'appel entendait un appel portant sur une question de fait, elle se livrait essentiellement au contrôle des conclusions du juge de première instance [. . .] Notre rôle [sous le nouveau régime] demeure essentiellement le même — nous examinons le jugement au regard de la preuve présentée au juge et nous nous demandons, tout comme avant, s'il était erroné.

(*Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), le lord juge Ward, par. 195)

Pour déterminer si le jugement porté en appel était « erroné », tant sous le nouveau régime que sous l'ancien,

[TRADUCTION] la cour d'appel ne doit pas conclure que le jugement de première instance est erroné simplement parce qu'il diffère de celui qu'elle aurait rendu. Il faut davantage qu'une réticence personnelle et moins qu'une iniquité. Situé entre les deux, le critère applicable est celui de la conclusion « clairement », « simplement », « nettement » ou « manifestement » erronée. Il faut donc se demander si la conclusion tirée de la preuve par le juge de première instance s'inscrit ou non dans le cadre, très large, à l'intérieur duquel elle peut raisonnablement faire l'objet d'un désaccord.

(*Assicurazioni*, le lord juge Ward, par. 197)

Pour les besoins du présent pourvoi, je juge inutile d'examiner en détail la manière dont la norme de révision en appel a été appliquée en Angleterre avant ou depuis les modifications entrées en vigueur en mai 2000. Je ne formulerai que deux remarques.

60 First, the passages I have quoted describe the standard of appellate review in England in terms that are fully compatible with both the majority and the minority reasons in *Housen*.

61 Second, on any view of the matter, English precedent provides no support for reading into Saskatchewan legislation, past or present, an appellate jurisdiction to “rehear” — in any sense of that term — determinations of fact made at trial. The English *Rules of the Supreme Court, 1883* expressly provided that “[a]ll appeals to the Court of Appeal shall be by way of rehearing.” The governing statutes in Saskatchewan have never included equivalent or similar language.

B. *Housen v. Nikolaisen*

62 The rules governing appellate intervention in Canada on matters of fact have been set out and reaffirmed in an unbroken line of cases over nearly three decades: *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen*; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; and *Housen*.

63 *Housen*, like the present case, was an appeal from Saskatchewan where the Court of Appeal had reversed the trial judge. At issue was the trial judge’s finding that a regional municipality was liable for a portion of the damages caused to the plaintiff in a traffic accident on a rural road. The Court was divided as to the standard of review applicable to the trial judge’s findings of negligence (a finding of mixed law and fact) and causation (a finding of fact). In this case, we are concerned only with the standard of review on findings of fact.

Premièrement, les extraits précités décrivent la norme anglaise en des termes parfaitement compatibles avec les motifs des juges majoritaires et ceux des juges minoritaires dans *Housen*.

Deuxièmement, quel que soit l’angle sous lequel on l’aborde, la jurisprudence anglaise ne permet aucunement d’interpréter les dispositions pertinentes de la Saskatchewan, actuellement ou anciennement en vigueur, comme conférant à la Cour d’appel le pouvoir de « réentendre » — quel que soit le sens donné à ce terme — une décision rendue en première instance relativement aux faits. Les *Rules of the Supreme Court, 1883* d’Angleterre disposaient expressément que [TRADUCTION] « [t]out appel interjeté devant la Cour d’appel était instruit par voie de nouvelle audition. » Les dispositions législatives pertinentes de la province n’ont jamais eu un libellé équivalent ou semblable.

B. *Housen c. Nikolaisen*

Les règles régissant au Canada la modification en appel d’une conclusion de fait font l’objet d’une jurisprudence constante depuis près de trois décennies : *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen*; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l’instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Housen*.

Dans *Housen*, comme en l’espèce, le pourvoi provenait de la Saskatchewan, et la Cour d’appel avait infirmé la décision de première instance. Le litige portait sur la conclusion du juge de première instance selon laquelle la municipalité régionale était en partie responsable du préjudice subi par le demandeur lors d’un accident automobile sur une route rurale. Notre Cour était divisée quant à la norme de révision applicable aux conclusions relatives à la négligence (question mixte de fait et de droit) et à la causalité (question de fait). En l’espèce, seule nous intéresse la norme de révision applicable à une question de fait.

All nine justices agreed in *Housen* that an appellate court ought never to retry a case. They agreed as well that deference is owed to all findings of fact made by the trial judge, whether those findings are based on direct evidence or on inferences drawn from facts proved directly.

Speaking for the majority, Iacobucci and Major JJ. stated, for example, that “to apply a lower standard of review to inferences of fact would be to depart from established jurisprudence of this Court, and would be contrary to the principles supporting a deferential stance to matters of fact” (para. 19). Likewise, speaking for the minority, Bastarache J. agreed that “the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact” (para. 103 (emphasis added)).

It was in the application of this shared view as to the governing principle that the Court divided.

Speaking for the majority, Iacobucci and Major JJ. held that all findings of fact, whether based on direct or circumstantial evidence, are only reviewable on a standard of palpable and overriding error. In their view, a panoply of policy reasons command appellate deference. These include the need to limit the cost of litigation and to promote the autonomy of trial proceedings, two reasons that are unrelated to the superior vantage point of the trial judge in hearing *viva voce* evidence.

Bastarache J. did not dilute, still less abandon, the principle of deference with respect to findings of fact based on inferences. In his view, however, an inference was reviewable if it was not “reasonably . . . supported by the findings of fact that the trial judge reached”:

While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is

Les neuf juges ont convenu qu’une cour d’appel ne doit jamais instruire l’affaire à nouveau. Ils ont également reconnu que la déférence s’impose à l’égard de toutes les conclusions de fait du juge de première instance, qu’elles s’appuient sur une preuve directe ou sur des inférences tirées de faits établis directement.

Au nom des juges majoritaires, les juges Iacobucci et Major ont affirmé, par exemple, que « l’application d’une [. . .] norme [moins exigeante] romprait avec la jurisprudence établie de notre Cour en la matière et serait contraire aux principes justifiant le respect d’une attitude empreinte de retenue à l’égard des constatations de fait » (par. 19). De même, s’exprimant au nom des juges minoritaires, le juge Bastarache a reconnu que « la norme de contrôle [était] la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait » (par. 103 (je souligne)).

C’est la mise en pratique de ce consensus quant au principe applicable qui a divisé notre Cour.

Au nom des juges majoritaires, les juges Iacobucci et Major ont conclu que toutes les conclusions de fait, qu’elles s’appuient sur une preuve directe ou circonstancielle, n’étaient susceptibles de révision que selon la norme de l’erreur manifeste et dominante. À leur avis, un ensemble de raisons de principe commandaient la déférence en appel, dont la nécessité de réduire le coût de l’instance et de favoriser l’autonomie du procès, sans compter l’avantage dont bénéficie le juge de première instance du fait qu’il entend les témoignages de vive voix.

Le juge Bastarache n’a pas édulcoré, et encore moins abandonné, le principe de la déférence à l’égard des conclusions de fait fondées sur des inférences. À son avis, cependant, une inférence pouvait être écartée si elle n’était pas « raisonnablement [. . .] étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance » :

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. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s’il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve

64

65

66

67

68

entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact. [Emphasis added; para. 103.]

69 As I have already mentioned, there is no meaningful difference between a standard of “clearly wrong” and a standard of “palpable and overriding error”. As Iacobucci and Major JJ. noted in *Housen*, at para. 5, the *New Oxford Dictionary of English* (1998) defines “palpable” as “clear to the mind or plain to see” (p. 1337 (emphasis added)). Moreover, no error could lead to a reversal unless it was “overriding” in the sense that it discredits the result.

70 The “palpable and overriding error” standard, apart from its resonance, nevertheless helps to emphasize that one must be able to “put one’s finger on” the crucial flaw, fallacy or mistake. In the words of Vancise J.A., “[t]he appellate court must be certain that the trial judge erred and must be able to identify with certainty the critical error” (*Tanel*, at p. 223, dissenting, though not on this issue).

71 And yet, again as indicated earlier, I agree with Bastarache J. that there is no meaningful difference between

concluding that it was “unreasonable” or “palpably wrong” for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts.

(*Housen*, at para. 104)

72 I have not overlooked that, according to the majority in *Housen*, the test to be applied in reviewing inferences of fact is “not to verify that the inference can be reasonably 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” which, in its view, implied a stricter standard (para. 21 (emphasis in original)). The apparent concern of the majority was that, in drawing an analytical

étant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l’égard des conclusions de fait. [Je souligne; par. 103.]

Je le répète, il n’y a pas de différence marquée entre la norme du « manifestement erroné » et celle de l’« erreur manifeste et dominante ». Dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major ont fait observer au par. 5 de leurs motifs que le *Trésor de la langue française* (1985), t. 11, définissait comme suit le mot « manifeste » : « . . . Qui est tout à fait évident, qui ne peut être contesté dans sa nature ou son existence. [. . .] erreur manifeste » (p. 317 (je souligne)). En outre, seule une erreur « dominante » — qui discredite la décision rendue — pouvait mener à une infirmation.

Cependant, en plus de sa résonance, l’expression « erreur manifeste et dominante » contribue à faire ressortir la nécessité de pouvoir « montrer du doigt » la faille ou l’erreur fondamentale. Pour reprendre les termes employés par le juge Vancise, [TRADUCTION] « [l]a cour d’appel doit être certaine que le juge de première instance a commis une erreur et elle doit être en mesure de déterminer avec certitude l’erreur fatale » (*Tanel*, p. 223, motifs dissidents, mais pas sur ce point).

Pourtant, je l’ai signalé précédemment, je conviens avec le juge Bastarache qu’il n’y a aucune différence notable entre

le fait de conclure qu’il était « déraisonnable » ou « manifestement erroné » pour un juge de tirer une inférence des faits qu’il a constatés, et le fait de conclure que cette inférence n’était pas raisonnablement étayée par ces faits.

(*Housen*, par. 104)

Je n’oublie pas que, de l’avis des juges majoritaires dans *Housen*, la révision d’une inférence de fait « 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, selon eux, suppose l’application d’une norme plus stricte (par. 21 (souligné dans l’original)). Ils craignaient apparemment que, en

distinction between factual findings and factual inferences, the minority position might lead appellate courts to involve themselves in reweighing the evidence (para. 22). As well, the majority stated:

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. [Emphasis in original; para. 23.]

These passages from the majority reasons in *Housen* should not be taken to have decided that inferences of fact drawn by a trial judge are impervious to review though unsupported by the evidence. Nor should they be taken to have restricted appellate scrutiny of the judge's inferences to an examination of the primary findings upon which they are founded and the process of reasoning by which they were reached.

I would explain the matter this way. Not infrequently, different inferences may reasonably be drawn from facts found by the trial judge to have been directly proven. Appellate scrutiny determines whether inferences drawn by the judge are “reasonably supported by the evidence”. If they are, the reviewing court cannot reweigh the evidence by substituting, for the reasonable inference preferred by the trial judge, an equally — or even more — persuasive inference of its own. This fundamental rule is, once again, entirely consistent with both the majority and the minority reasons in *Housen*.

In short, appellate courts not only may — but must — set aside all palpable and overriding errors of fact shown to have been made at trial. This applies no less to inferences than to findings of “primary” facts, or facts proved by direct evidence.

Courts of appeal across Canada, despite their understandable concern over these passages, have well understood the central message of three decades of jurisprudence in this Court, culminating in *Housen*. They have generally applied the palpable and overriding error standard to all findings of fact made at trial — albeit with varying degrees of enthusiasm.

faisant une distinction analytique entre les conclusions de fait et les inférences factuelles, les juges minoritaires n'incitent les cours d'appel à soupeser à nouveau la preuve (par. 22). Ils ont ajouté :

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. [Souligné dans l'original; par. 23.]

Il ne faut pas conclure de ces passages des motifs majoritaires dans *Housen* que les inférences de fait tirées par le premier juge échappent à la révision même lorsqu'elles ne sont pas étayées par la preuve. Il ne faut pas non plus en déduire que leur révision en appel se limite à un examen des conclusions relatives à des faits prouvés directement sur lesquelles elles sont fondées et du raisonnement à l'issue duquel elles ont été tirées.

Je m'explique. Il n'est pas rare que des inférences différentes puissent raisonnablement être tirées des faits que le juge de première instance a tenus pour directement établis. L'examen en appel consiste à déterminer si les inférences du juge sont « raisonnablement étayées par la preuve ». Si elles le sont, le tribunal de révision ne peut soupeser la preuve à nouveau en substituant à l'inférence raisonnable retenue par le juge sa propre inférence tout aussi convaincante, sinon plus. Là encore, cette règle fondamentale est parfaitement compatible avec les motifs majoritaires et ceux de la minorité dans *Housen*.

En résumé, non seulement une cour d'appel peut écarter toute erreur de fait manifeste et dominante commise au procès, mais elle doit le faire. Cela vaut pour les inférences comme pour les conclusions relatives à des faits établis par preuve directe.

Malgré l'inquiétude compréhensible qu'ont suscitée chez elles les passages précités, les cours d'appel du Canada ont bien saisi le principal message qui se dégageait de trois décennies d'arrêts de notre Cour, le dernier en date étant l'arrêt *Housen*. Elles ont généralement appliqué — quoique avec un enthousiasme variable — la norme de l'erreur manifeste et dominante à toutes les conclusions de fait tirées au procès.

73

74

75

76

C. *The Applicability of Housen in Saskatchewan*

77 We are urged to find on this appeal that the rule governing appellate intervention on matters of fact differs in Saskatchewan from the rest of Canada.

78 *Housen* was an appeal from the Court of Appeal for Saskatchewan, but did not refer to the *2000 Act* or its predecessors. On the strength of this “omission”, it is now argued that the Court in *Housen* misapprehended the scope of appellate review in Saskatchewan.

79 This contention rests on three propositions. First, it is suggested that the *2000 Act*, like its predecessors, vests in the Court of Appeal for Saskatchewan a broader jurisdiction than is conferred by corresponding legislation on appellate courts elsewhere in Canada. Second, it is argued that the Court of Appeal for Saskatchewan, at least prior to *Housen*, had consistently interpreted its governing statute as granting a larger scope of review than *Housen* permits. Finally, it is contended that it was the intention of the Saskatchewan legislature in 2000, when it amended *The Court of Appeal Act*, to clarify that appellate review in that province was to proceed by way of rehearing.

80 None of these propositions is firmly rooted in fact or in law. An examination of both the former and present Acts, their legislative history, and their judicial interpretation in this Court and by the Saskatchewan Court of Appeal itself all lead to the same conclusion: appellate review in Saskatchewan has for a long time proceeded, and continues to proceed, on essentially the same basis as appellate review elsewhere in Canada. The appeal is a review for error, and not a review by rehearing.

D. *The Saskatchewan Court of Appeal Act*

81 These are the provisions of the *2000 Act* that set out the powers of the Court of Appeal for Saskatchewan:

12(1) On an appeal, the court may:

C. *L'applicabilité de l'arrêt Housen en Saskatchewan*

On nous exhorte à conclure en l'espèce que l'appel d'une conclusion de fait n'est pas soumis à la même règle en Saskatchewan et ailleurs au Canada.

Dans *Housen*, le pourvoi visait une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan, mais ne renvoyait ni à la *Loi de 2000* ni aux lois qui l'ont précédée. Faisant fond sur cette « omission », l'on soutient aujourd'hui que notre Cour s'est méprise sur l'étendue du pouvoir de la Cour d'appel dans cette province.

Cette prétention repose sur trois affirmations. Premièrement, la *Loi de 2000*, comme les lois qui l'ont précédée, conférerait à la Cour d'appel de la Saskatchewan un pouvoir plus grand que celui accordé aux autres cours d'appel du Canada par leurs lois constitutives. Deuxièmement, la Cour d'appel de la Saskatchewan, du moins avant l'arrêt *Housen*, aurait toujours considéré que sa loi constitutive lui conférait un pouvoir de révision plus grand que celui défini dans cet arrêt. Enfin, en modifiant la *Court of Appeal Act* en 2000, la législature de la Saskatchewan aurait voulu préciser que, dans cette province, l'appel était instruit par voie de nouvelle audition.

Aucune de ces affirmations n'a d'assise factuelle ou juridique solide. Le libellé de l'ancienne loi et celui de la loi actuelle, l'historique législatif de chacune d'elles et leur interprétation par notre Cour et par la Cour d'appel de la Saskatchewan mènent à la même conclusion : en Saskatchewan, l'appel est instruit depuis longtemps et encore de nos jours suivant les mêmes critères, essentiellement, qu'ailleurs au Canada. Il s'agit donc d'un contrôle d'erreur, et non d'un appel instruit par voie de nouvelle audition.

D. *La Loi sur la Cour d'appel de la Saskatchewan*

Les dispositions suivantes de la *Loi de 2000* établissent les pouvoirs de la Cour d'appel de la Saskatchewan :

12(1) Sur appel, la Cour peut :

- (a) allow the appeal in whole or in part;
- (b) dismiss the appeal;
- (c) order a new trial;
- (d) make any decision that could have been made by the court or tribunal appealed from;
- (e) impose reasonable terms and conditions in a decision; and
- (f) make any additional decision that it considers just.

(2) Where the court sets aside damages assessed by a jury, the court may assess any damages that the jury could have assessed.

13 Where issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury, any party is entitled to move against the decision of the trial judge, by motion for a new trial or otherwise:

- (b) on the same grounds, including objections against the sufficiency of the evidence, or the view of the evidence taken by the trial judge, that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury.

14 On an appeal from, or on a motion against, the decision of a trial judge or on any rehearing, the court is not obliged to grant a new trial or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced.

Section 14 is of particular interest on this appeal. Cameron J.A. was of the view that it frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge, and entitles it to draw its own inferences of fact.

While s. 14 refers to a “rehearing”, it is clear from the context of the Act that this does not confer on the Court of Appeal the power to “rehear” trials. It simply provides that the powers available to the court on an appeal are available on the rehearing of an appeal. The term “rehearing” is

- a) accueillir l’appel en tout ou en partie;
- b) rejeter l’appel;
- c) ordonner la tenue d’un nouveau procès;
- d) rendre toute décision qui aurait pu être rendue par la Cour ou le tribunal qui a prononcé la décision frappée d’appel;
- e) assortir une décision de modalités et de conditions raisonnables;
- f) rendre toute autre décision qu’elle estime juste.

(2) Lorsqu’elle annule des dommages-intérêts adjugés par un jury, la Cour peut évaluer tous dommages-intérêts que le jury aurait pu évaluer.

13 Lorsqu’un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts, une partie peut attaquer la décision, notamment par voie de motion visant la tenue d’un nouveau procès :

- b) pour les mêmes moyens, y compris pour insuffisance de preuve ou en raison des conclusions qu’en a tirées le juge, que ceux qui sont autorisés dans les cas où le procès a été tenu devant jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury.

14 Lorsque la décision d’un juge du procès est portée en appel ou qu’une motion est présentée à cet égard, ou lors d’une nouvelle audience, la Cour n’est pas tenue d’ordonner la tenue d’un nouveau procès ou d’accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision qu’aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès.

L’article 14 revêt une importance particulière en l’espèce. Le juge Cameron a estimé qu’il soustrayait la Cour d’appel à l’obligation d’accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et l’autorisait à tirer ses propres inférences de fait.

Il ressort de la *Loi de 2000* dans son ensemble que même s’il fait mention d’une « nouvelle audience », l’art. 14 n’investit pas la Cour d’appel du pouvoir de « réentendre » une affaire. Il dit simplement que ses pouvoirs en appel peuvent être exercés lors de la nouvelle audience d’un appel.

used in the *2000 Act* in s. 16, which states that the court shall rehear an appeal in certain circumstances, for example, where this is made necessary by the death or resignation of two or more of the judges who heard the initial appeal. As the then Minister of Justice of Saskatchewan explained on second reading, the *2000 Act* (then Bill 80) “clarifies the procedure respecting rehearings”, which are to take place if a rehearing of the appeal is required for reasons mentioned below (*Saskatchewan Hansard*, at p. 1626).

L’expression « nouvelle audience » est employée à l’art. 16, qui dispose que la Cour d’appel réentend un appel dans certaines circonstances, notamment lorsque l’exigent le décès ou la démission d’au moins deux des juges ayant entendu l’appel initial. Comme l’a expliqué en deuxième lecture le ministre de la Justice de la Saskatchewan de l’époque, la *Loi de 2000* (le projet de loi 80) [TRADUCTION] « clarifie la procédure relative à la tenue d’une nouvelle audience », qui aura lieu si la nouvelle audition d’un appel s’impose pour les motifs prévus expressément (*Saskatchewan Hansard*, p. 1626).

83 Though the statute uses more specific language, it is similar in effect to the corresponding statutes in other provinces and territories as regards the issue that concerns us here — authority to review primary findings of fact and inferences.

Même si elle est rédigée de façon plus précise, la *Loi de 2000* ressemble dans ses effets aux lois équivalentes des autres provinces et des territoires pour ce qui est de la question qui nous intéresse en l’espèce : le pouvoir de réviser les conclusions relatives à des faits prouvés directement et les inférences.

84 Thus, for example, a review of other provincial statutes reveals that British Columbia, Alberta, Manitoba, Ontario, and Prince Edward Island all explicitly allow their courts of appeal to “draw inferences of fact”: *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, s. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518(c); *The Court of Appeal Act*, R.S.M. 1987, c. C240, s. 26(2); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(4)(a); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, c. 66, s. 56(4)(a).

Par exemple, la Colombie-Britannique, l’Alberta, le Manitoba, l’Ontario et l’Île-du-Prince-Édouard autorisent tous expressément leurs cours d’appel à « tirer des inférences de fait » ou à « faire des déductions factuelles » : *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 77, par. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règle 518c); *Loi sur la Cour d’appel*, L.R.M. 1987, ch. C240, par. 26(2); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, al. 134(4)a); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, ch. 66, al. 56(4)a).

85 Alberta, Manitoba, Prince Edward Island and Ontario also grant their respective courts of appeal the power to arrive at the decision the trial judge “ought” to have made: *Alberta Rules of Court*, r. 518(e); *The Court of Appeal Act* (Man.), s. 26(1); *Supreme Court Act* (P.E.I.), s. 56(1)(a); *Courts of Justice Act* (Ont.), s. 134(1)(a).

L’Alberta, le Manitoba, l’Île-du-Prince-Édouard et l’Ontario accordent également à leurs cours d’appel respectives le pouvoir de rendre la décision que le juge de première instance « aurait dû » rendre : *Alberta Rules of Court*, règle 518e); *Loi sur la Cour d’appel* (Man.), par. 26(1); *Supreme Court Act* (Î.-P.-É.), al. 56(1)a); *Loi sur les tribunaux judiciaires* (Ont.), al. 134(1)a).

86 Quebec confers on its Court of Appeal “all powers necessary” to the exercise of its jurisdiction (*Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, s. 10) — a general power that could hardly have been expressed in broader terms — while the Atlantic provinces, the Northwest Territories, and Nunavut grant jurisdiction consistent with

Le Québec confère à sa cour d’appel « tous les pouvoirs nécessaires » pour donner effet à sa compétence (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, art. 10) — un pouvoir général qu’il aurait été difficile de formuler plus largement —, alors que les provinces de l’Atlantique, les Territoires du Nord-Ouest et le Nunavut accordent à leurs cours

dates prior to the passing of their respective Acts.

In this light, I think it evident that the jurisdiction of the Saskatchewan Court of Appeal to review inferences of fact drawn by the trial judge is hardly exceptional, let alone unique. Other provincial or territorial courts of appeal are granted similar powers, expressly or implicitly, by their governing statutes. The *2000 Act* simply sets out those powers in more detail than some. A detailed enunciation of the powers conferred does not signify a legislative intent that they be more expansively exercised.

The Saskatchewan Court of Appeal is explicitly empowered to take its own view of what the evidence proves, to draw inferences of fact and to pronounce any decision that the trial judge ought to have pronounced. I do not think it open to question that other provincial appellate courts are endowed with these very same powers. But the scope of the powers conferred must not be confused with the manner in which they are to be exercised. In *Harrington v. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, Morden J.A., speaking for the court in a different context but on this very point, stated:

The purpose of s. 17(2)(b)(i) of the *Divorce Act*, which enables us to “pronounce the judgment that ought to have been pronounced” is to prescribe the general kind of disposition open to us, on allowing an appeal, as an alternative to ordering a new trial . . . and is not intended, in my view, to provide the rule governing when we will interfere with the challenged judgment, *i.e.*, it does not set forth the standard for determining whether or not the challenged judgment should be set aside. [Emphasis in original; pp. 154-55.]

Harrington was expressly endorsed by this Court in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 824.

Neither in Saskatchewan nor elsewhere in Canada may courts of appeal, absent an express legislative instruction to the contrary, disregard the governing principle of appellate intervention

d’appel une compétence compatible avec celle qu’elles exerçaient à une date antérieure à l’adoption de leurs lois respectives.

Il me paraît donc évident que le pouvoir de la Cour d’appel de la Saskatchewan de réviser les inférences de fait tirées par le juge de première instance est loin d’être exceptionnel, encore moins unique. D’autres cours d’appel provinciales ou territoriales sont expressément ou implicitement investies de pouvoirs similaires par leurs lois constitutives. La *Loi de 2000* énonce simplement ces pouvoirs plus en détail, ce qui ne signifie pas que le législateur a voulu qu’ils soient exercés de manière plus expansive.

La Cour d’appel de la Saskatchewan est expressément autorisée à apprécier la preuve, à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qu’aurait dû rendre le juge de première instance. Je ne crois pas que l’on puisse mettre en doute le fait que d’autres cours d’appel provinciales ont les mêmes pouvoirs. Or, l’étendue des pouvoirs accordés ne doit pas être confondue avec la manière dont il convient de les exercer. Dans *Harrington c. Harrington* (1981), 33 O.R. (2d) 150, s’exprimant au nom de la Cour d’appel dans un contexte différent, mais sur le même sujet, le juge Morden a dit ce qui suit :

[TRADUCTION] L’alinéa 17(2)(b)(i) de la *Loi sur le divorce*, qui nous permet de « rendre le jugement qui aurait dû être rendu » a pour objet de prescrire le type général de décision que nous pouvons rendre quand nous accueillons l’appel, au lieu d’ordonner un nouveau procès [. . .]; il n’a pas pour but, à mon avis, d’énoncer une règle régissant les cas où nous pouvons modifier le jugement attaqué, *c.-à-d.*, il n’établit pas la norme applicable pour déterminer si le jugement attaqué doit ou non être annulé. [En italique dans l’original; p. 154-155.]

Notre Cour a expressément approuvé cet arrêt dans *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, p. 824.

À défaut d’une prescription expresse contraire de la loi, une cour d’appel ne peut, ni en Saskatchewan ni ailleurs au Canada, faire fi du principe régissant l’appel d’une conclusion de fait. Elle peut

87

88

89

on questions of fact. They may indeed make their own findings and draw their own inferences, but only 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.

90 As I stated at the outset, the *2000 Act* neither bestows on the Court of Appeal for Saskatchewan unique powers of appellate intervention on questions of fact nor ordains their exercise in a manner that, within Canada, is exclusive to Saskatchewan.

E. *The Judicial Treatment of The Court of Appeal Act in Saskatchewan*

91 Prior to any intervention by this Court as to the appropriate standard of appellate review on questions of fact in Saskatchewan, the Court of Appeal's own case law under the *1978 Act*, the predecessor to the *2000 Act* that concerns us here, was entirely consistent with the principles elaborated in *Lensen* and *Housen*.

92 The leading case in the province was *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244, where the Court of Appeal found that a standard of palpable and overriding error applied to a trial judge's findings of fact. Sherstobitoff J.A., for himself and for Tallis J.A., provided an extensive, detailed and definitive analysis of the Court of Appeal's decisions concerning its jurisdiction to review findings of fact. Dealing specifically with s. 8 of the *1978 Act*, Sherstobitoff J.A. stated, at p. 248:

While, on its face, s. 8 appears to confer not only the power, but a duty to "rehear" or "retry" a case, simple fairness and justice require a court of appeal to recognize that a trial judge has an immense advantage in assessing evidence and arriving at findings of fact as opposed to a court of appeal which is confined to an examination of a cold black and white record of a trial proceeding, completely devoid of the tension, emotion, colour, and atmosphere of a trial, all of which factors are immeasurably important in assisting a trial judge in arriving at his conclusions. It is for these reasons that a court of appeal must extend very substantial deference to the finding of facts of a trial judge. The issue has been considered on many occasions by the Supreme

effectivement tirer ses propres conclusions et inférences, mais seulement s'il est établi que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ou qu'il a tiré des conclusions de fait manifestement erronées, déraisonnables ou non étayées par la preuve.

Comme je l'ai dit au début des présents motifs, la *Loi de 2000* ne confère pas à la Cour d'appel de la Saskatchewan un pouvoir d'intervention unique à l'égard d'une question de fait ni ne prescrit l'exercice de ce pouvoir selon des modalités qui, au Canada, sont propres à la Saskatchewan.

E. *L'interprétation de sa loi constitutive par la Cour d'appel de la Saskatchewan*

Avant même que notre Cour ne se prononce sur la norme de révision en appel applicable à l'égard d'une conclusion de fait en Saskatchewan, la Cour d'appel a elle-même appliqué la *Loi de 1978*, remplacée par la *Loi de 2000* visée en l'espèce, d'une manière en tous points conforme aux principes issus de *Lensen* et *Housen*.

L'arrêt de principe dans la province est *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244, où la Cour d'appel a conclu que la norme de l'erreur manifeste et dominante s'appliquait aux conclusions de fait du juge de première instance. S'exprimant également au nom du juge Tallis, le juge Sherstobitoff a procédé à l'analyse complète, détaillée et définitive des décisions de la Cour d'appel relatives à son pouvoir de réviser une conclusion de fait. Voici ce qu'il a dit au sujet de l'art. 8 de la *Loi de 1978*, à la p. 248 :

[TRADUCTION] Si, à première vue, l'art. 8 paraît conférer non seulement le pouvoir, mais aussi l'obligation de « réentendre » une affaire ou de l'« instruire à nouveau », la simple équité et la justice la plus élémentaire requièrent d'un tribunal d'appel qu'il reconnaisse que le juge de première instance a l'immense avantage de pouvoir apprécier les témoignages et de constater les faits, par opposition à un tribunal d'appel, confiné à l'étude froide, sans nuance, du dossier de première instance, dénué de la tension, de l'émotion, du pittoresque et de l'atmosphère qui ont imprégné le procès et qui sont tous des facteurs incommensurablement importants et si utiles au juge de première instance pour arriver à ses conclusions. C'est pour ces raisons qu'un

Court of Canada and its decisions bear these principles out. [Emphasis added.]

The Court of Appeal in *Long Lake School Division* expressly adopted the jurisprudence of this Court setting out general standards of appellate review applicable to questions of fact, in particular citing *Stein v. The Ship “Kathy K”*, a classic enunciation of the principle of appellate deference to the findings of fact at trial.

Nor can it be contended, as Cameron J.A. suggested in the present case, that the Court of Appeal had traditionally distinguished, in considering its powers of review, between primary findings and inferences. On the contrary, in *Long Lake School Division*, Sherstobitoff J.A. did not restrict his guidelines for appellate deference to matters of credibility or to the review of primary findings. He set out instead a general guideline: “[w]here there is evidence to support a finding of fact a court of appeal should not interfere in the absence of palpable or demonstrable error” (p. 251).

Similarly, in *Tanel*, Bayda C.J.S. set out the test for appellate review of findings of fact in these terms: “first, is there evidence to support the trial judge’s findings of fact; and second, is there an absence of palpable or demonstrable error?” (p. 218). Later, Bayda C.J.S. referred to the “task of great and almost insuperable difficulty’ (*per* Lord Sumner [in *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.)]) that any appellant faces in trying to convince an appellate court to overturn a trial judge’s finding of fact” (p. 220). In the same case, Vancise J.A. summarized the standard of review aptly, at p. 223:

For an appellate court to intervene in respect to findings of fact by a trial judge and to modify or substitute those findings of fact there must be palpable and overriding error. The appellate court must be certain that

tribunal d’appel doit traiter avec une grande déférence les conclusions de fait du juge de première instance. La Cour suprême du Canada a examiné la question à de nombreuses occasions et ces principes ressortent de ses arrêts. [Je souligne.]

Citant plus particulièrement l’arrêt *Stein c. Le navire « Kathy K »*, un énoncé classique du principe de la déférence manifestée en appel à l’égard des conclusions de fait tirées en première instance, la Cour d’appel s’est expressément conformée à la jurisprudence de notre Cour établissant les normes générales de révision en appel applicables à l’égard d’une conclusion de fait.

L’on ne saurait prétendre non plus, comme le juge Cameron l’a laissé entendre dans la présente affaire, que dans l’examen de son pouvoir de révision, la Cour d’appel a traditionnellement distingué la conclusion relative à un fait prouvé directement de l’inférence. Au contraire, dans l’arrêt *Long Lake School Division*, le juge Sherstobitoff n’a pas limité la déférence en appel aux seules conclusions relatives à la crédibilité ou à des faits prouvés directement. Il a plutôt énoncé la règle générale suivante : [TRADUCTION] « [I]orsqu’un élément de preuve étaye une conclusion de fait, la cour d’appel s’abstient de la modifier, sauf erreur manifeste ou apparente » (p. 251).

De même, dans *Tanel*, le juge en chef Bayda a énoncé comme suit le critère applicable à l’appel d’une conclusion de fait : [TRADUCTION] « premièrement, un élément de preuve étaye-t-il la conclusion de fait du juge de première instance; deuxièmement, y a-t-il absence d’erreur manifeste ou apparente? » (p. 218). Plus loin, il a fait état de la [TRADUCTION] « tâche difficile, voire insurmontable” (lord Sumner [dans *S.S. Hontestroom c. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.)]) de tout appellant qui tente d’amener une cour d’appel à infirmer une conclusion de fait tirée par un juge de première instance » (p. 220). Dans la même affaire, le juge Vancise a bien résumé la norme de révision applicable, à la p. 223 :

[TRADUCTION] Pour qu’une cour d’appel modifie les conclusions de fait d’un juge de première instance, une erreur manifeste et dominante doit les entacher. La cour d’appel doit être certaine que le juge de

the trial judge erred and must be able to identify with certainty the critical error.

95 Yet again, and still prior to this Court's decision in *Lensen*, Cameron J.A., for the court, applied a palpable and overriding error standard to the trial judge's conclusion that the plaintiffs had not relied on the defendant's misrepresentation, as it was "open to him on the evidence": see *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232, at p. 235.

96 Speaking for the Court in *Lensen*, Dickson C.J. thus adopted the Court of Appeal's own synthesis of its jurisprudence in *Long Lake School Division*, when he stated (at pp. 683-84):

It is a well-established principle that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts" While section 8 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act* authorizes the Court of Appeal to "draw inferences of fact", this task must be performed in relation to facts as found by the trial judge. Unless the trial judge has made some "palpable and overriding error" in this regard, s. 8 should not be construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings.

97 In short, far from proceeding by way of rehearing, the Court of Appeal for Saskatchewan appears to have for many decades prior to both *Lensen* and *Housen* understood its legislative mandate as a power of review for error. The court consistently and repeatedly held that it was authorized to intervene in a trial judge's findings of fact only where palpable and overriding error was shown.

98 No decision has been drawn to our attention where the court has asserted a power of review by rehearing.

première instance a commis une erreur et être en mesure de déterminer avec certitude l'erreur fatale.

Toujours avant l'arrêt *Lensen* de notre Cour, le juge Cameron a une fois de plus appliqué, au nom de la Cour d'appel, la norme de l'erreur manifeste et dominante à la conclusion du juge de première instance selon laquelle les demandeurs ne s'étaient pas fiés à la déclaration trompeuse de la défenderesse, [TRADUCTION] « la preuve lui permettant de tirer pareille conclusion » : voir *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232, p. 235.

Dans *Lensen*, s'exprimant au nom de notre Cour, le juge en chef Dickson a donc fait sienne la synthèse de sa propre jurisprudence à laquelle s'était livrée la Cour d'appel dans *Long Lake School Division*, aux p. 683-684 :

C'est un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne puisse être établi que le juge de première instance « a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » [. . .] Certes, l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan autorise la Cour d'appel à [TRADUCTION] « faire des déductions de fait », mais cela doit être accompli en fonction des faits constatés par le juge de première instance. À moins que le juge de première instance n'ait commis quelque « erreur manifeste et dominante » à cet égard, l'art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle joué traditionnellement par la Cour d'appel en ce qui concerne ces constatations.

En somme, loin d'avoir privilégié la nouvelle audition, la Cour d'appel de la Saskatchewan semble avoir vu dans son mandat légal le pouvoir de vérifier si la décision est exempte d'erreur, et ce, bien des décennies avant les arrêts *Lensen* et *Housen*. Elle a conclu à maintes reprises et avec constance qu'elle n'était autorisée à modifier les conclusions de fait du juge de première instance que si l'existence d'une erreur manifeste et dominante était établie.

Nulle décision où la Cour d'appel a revendiqué le pouvoir d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition n'a été portée à notre attention.

F. *The Effect of the 2000 Amendments to The Court of Appeal Act*

It was argued by the Attorney General for Saskatchewan that amendments made to *The Court of Appeal Act* in 2000 call for a reconsideration of the principles of appellate review applicable in Saskatchewan.

Prior to those amendments, as we have just seen, a standard of palpable and overriding error had been applied with relative consistency to appellate review of findings of fact made at trial. Neither a plain reading of the *2000 Act*, nor the legislative history of the amendments, indicate a legislative intention to change that standard.

As we shall see, moreover, the Court of Appeal itself did not view the *2000 Act*, after its adoption, as warranting a departure from *Lensen*, or from its own case law prior to the decision of our Court in that case.

Section 14 of the current *2000 Act* is the successor to s. 8 of the *1978 Act*. The two provisions are best viewed together:

14 [Powers of court re evidence] On an appeal from, or on a motion against, the decision of a trial judge or on any rehearing, the court is not obliged to grant a new trial or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced.

8. [Court not bound by view of evidence taken by trial judge] Upon appeal from, or motion against, the order, decision, verdict or decree of a trial judge, or on the rehearing of any cause, application or matter, it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the verdict, decision or order that, in its judgment, the judge who tried the case ought to have pronounced.

F. *L'effet des modifications apportées en 2000 à la loi sur la Cour d'appel*

Le procureur général de la Saskatchewan a fait valoir que les modifications apportées à la loi sur la Cour d'appel en 2000 rendaient nécessaire le réexamen des principes régissant l'appel dans la province.

Avant ces modifications, nous venons de le voir, la norme de l'erreur manifeste et dominante avait été appliquée assez uniformément à l'appel d'une conclusion de fait tirée au procès. Ni la simple lecture de la *Loi de 2000* ni l'historique législatif des modifications n'indiquent l'intention du législateur d'établir une nouvelle norme.

De plus, nous le verrons, la Cour d'appel elle-même n'a pas jugé que la *Loi de 2000*, une fois adoptée, la justifiait de déroger à l'arrêt *Lensen* ou à sa propre jurisprudence antérieure à cet arrêt.

L'article 14 de la *Loi de 2000*, actuellement en vigueur, a remplacé l'art. 8 de la *Loi de 1978*. Pour les besoins de la présente analyse, les deux dispositions sont reproduites l'une à la suite de l'autre :

14 [La Cour n'est pas liée par les conclusions du juge du procès] Lorsque la décision d'un juge du procès est portée en appel ou qu'une motion est présentée à cet égard, ou lors d'une nouvelle audience, la Cour n'est pas tenue d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès.

[TRADUCTION]

8. [La Cour n'est pas liée par les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve] Lorsque la décision, l'ordonnance ou la conclusion d'un juge du procès est portée en appel ou qu'une motion est présentée à son égard, ou lors de la nouvelle audition d'une affaire ou d'une demande, la Cour n'a pas à ordonner la tenue d'un nouveau procès ni à accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur son interprétation de la preuve et elle peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision, l'ordonnance ou la conclusion qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge qui a instruit le procès.

99

100

101

102

103 Section 14, which came into effect on November 1, 2000, is identical in substance to the former s. 8, though the drafting of the provision has been modernized. While s. 14 refers only to a “decision” (rather than to an “order, decision, verdict or decree”), “decision” is defined in the *2000 Act* to include an order, verdict or decree. Even in this regard, s. 14 thus corresponds in substance to the former provision.

104 In other respects, the two provisions are indistinguishable. Section 14 of the *2000 Act* merely rephrases its predecessor in plainer English. This should cause no surprise, given the legislative history of the amendments.

105 On second reading of the *2000 Act*, Mr. Axworthy emphasized that the amendments were primarily intended to restate the historical jurisdiction of the court in modern language, and to facilitate its translation into French:

Hon. Mr. Axworthy: — Thank you, Mr. Speaker. I rise today to move second reading of The Court of Appeal Act, 2000. Mr. Speaker, The Court of Appeal Act was first passed when the court was created in 1915, and a number of provisions in the Act have remained unchanged since that time. Therefore, Mr. Speaker, there’s a need to update and clarify some of these provisions.

The present section of the Act relating to jurisdiction is incomprehensible to anyone other than a legal historian. The Bill before the House doesn’t change the jurisdiction of the Court of Appeal in any way, it simply restates the historical jurisdiction of the court in a way that can be understood by users of the Act.

The legislature will be asked to approve the re-enactment of The Court of Appeal Act in both French and English

Mr. Speaker, the English version of this Bill required revision for clarification purposes before the French translation could go forward. As well as adopting gender-neutral language, this update of The Court of Appeal Act substantially improves the law by making it clear and more understandable, even to my own colleagues, Mr. Speaker.

And finally:

Entré en vigueur le 1^{er} novembre 2000, l’art. 14 est identique sur le fond à l’ancien art. 8, même si son libellé a été modernisé. Il ne renvoie plus qu’à la « décision », mais ce terme est défini dans la *Loi de 2000* comme s’entendant également d’une ordonnance ou d’une conclusion. Même sous ce rapport, sa teneur correspond donc à celle de l’ancienne disposition.

Les deux dispositions ne peuvent par ailleurs être distinguées l’une de l’autre. L’article 14 ne fait que reformuler plus simplement l’art. 8, ce qui n’est pas étonnant au vu de l’historique législatif des modifications.

Lors de la deuxième lecture de la *Loi de 2000*, M. Axworthy a insisté sur le fait que les modifications visaient surtout à réaffirmer la compétence historique de la Cour d’appel dans une langue moderne, et à en faciliter la traduction en français :

[TRADUCTION] **L’hon. M. Axworthy :** — Merci, Monsieur le Président. Je prends la parole aujourd’hui pour proposer l’adoption en deuxième lecture de la Loi de 2000 sur la Cour d’appel. Monsieur le Président, la Loi sur la Cour d’appel a initialement été adoptée lors de la création de la Cour en 1915, et un certain nombre de ses dispositions sont demeurées inchangées depuis. Par conséquent, Monsieur le Président, il est nécessaire d’actualiser et de clarifier certaines de ces dispositions.

La disposition actuelle sur la compétence est incompréhensible pour quiconque n’est pas un historien du droit. Le projet de loi dont la Chambre est saisie ne modifie en rien la compétence de la Cour d’appel. Il ne fait que reformuler sa compétence historique afin que la Loi puisse être comprise par ses « utilisateurs ».

L’Assemblée sera appelée à approuver la réadoption de la Loi sur la Cour d’appel en français et en anglais

Monsieur le Président, la version anglaise de ce projet de loi devait être révisée à des fins de clarification avant que la traduction en français ne puisse être entreprise. En plus de supprimer toute distinction fondée sur le sexe, cette actualisation de la Loi sur la Cour d’appel améliore sensiblement la loi en la rendant plus claire et plus compréhensible, même pour mes propres collègues, Monsieur le Président.

Et enfin :

... the Bill clarifies the procedure respecting rehearings. It states that the court shall rehear an appeal if due to death or resignation, only one judge who heard the appeal remains. As well, if the number of judges is reduced to an even number that is deeply divided on a matter, a party to the appeal may apply for a rehearing.

(*Saskatchewan Hansard*, at pp. 1625-26 (emphasis added))

Though of limited weight, *Hansard* evidence can assist in determining the background and purpose of legislation: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 35. In this case, it is particularly apposite, since it was contended by the Attorney General for Saskatchewan, an intervener in this Court, that the legislature's purpose in revising *The Court of Appeal Act* was to "clarify" that the Court of Appeal was to be placed "in a position of conducting an appeal by rehearing".

Here, too, I find instructive the Saskatchewan Court of Appeal's own interpretation of its constituent statute. It does not appear, even prior to this Court's judgment in *Housen*, to have understood the *2000 Act* as an enlargement of its powers of review on questions of fact under the previous Act, as interpreted by the court itself. In *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, at para. 28, Sherstobitoff J.A., speaking for the court, applied the palpable and overriding error standard to findings of credibility made and inferences of fact drawn by the trial judge:

In this case, much of the trial judge's finding of fact depended primarily upon assessments of the relative credibility of the witnesses. To that extent, his findings cannot be interfered with unless the appellants can show that there was a palpable and overriding error. Further, to the extent that his findings depended upon drawing inferences of fact, the appellants must show that there was no evidence from which those conclusions could reasonably be drawn. [Emphasis added.]

Knight was heard by the Saskatchewan Court of Appeal in May of 2001, some six months after the

... le projet de loi clarifie la procédure relative à la tenue d'une nouvelle audience. Il prévoit que la cour réentend un appel si, en raison d'un décès ou d'une démission, il ne reste plus qu'un seul des juges l'ayant entendu. Aussi, lorsque le nombre de juges est réduit à un nombre pair et qu'il y a partage égal entre eux, une partie peut demander une nouvelle audience.

(*Saskatchewan Hansard*, p. 1625-1626 (je souligne))

Bien que sa valeur probante soit restreinte, la transcription des débats parlementaires peut servir à déterminer le contexte et l'objet d'un texte législatif : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 35. Cet élément est particulièrement pertinent en l'espèce, car le procureur général de la Saskatchewan, partie intervenante au présent pourvoi, a fait valoir que l'intention du législateur, en révisant la loi sur la Cour d'appel, était de « préciser » que la Cour d'appel était mise [TRADUCTION] « en position d'instruire un appel par voie de nouvelle audition ».

L'interprétation de sa propre loi constitutive par la Cour d'appel de la Saskatchewan me paraît aussi digne d'intérêt. Même avant l'arrêt *Housen*, la Cour d'appel ne semble pas avoir vu dans la *Loi de 2000* un élargissement de son pouvoir d'intervention à l'égard d'une question de fait, compte tenu de sa propre interprétation de l'ancienne loi. Dans *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, par. 28, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, le juge Sherstobitoff a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante aux conclusions sur la crédibilité et aux inférences de fait tirées par le juge de première instance :

[TRADUCTION] En l'espèce, une bonne partie des conclusions de fait du juge de première instance tenait essentiellement à l'appréciation de la crédibilité relative des témoins. Par conséquent, ses conclusions ne peuvent être modifiées que si les appelants établissent qu'une erreur manifeste et dominante a été commise. De plus, dans la mesure où ses conclusions tenaient à des inférences de fait, les appelants doivent démontrer qu'aucun élément de preuve ne permettait raisonnablement de tirer ces conclusions. [Je souligne.]

La Cour d'appel de la Saskatchewan a instruit cette affaire en mai 2001, soit environ six mois après

106

107

2000 Act had come into force. R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), states the “common law presumption that procedural legislation applies immediately and generally to both pending and future facts” (p. 582). This common law rule has been codified by Saskatchewan’s *Interpretation Act, 1995*, S.S. 1995, c. I-11.2, s. 35 (am. S.S. 1998, c. 47, s. 6).

l’entrée en vigueur de la *Loi de 2000*. Dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), R. Sullivan fait état de la [TRADUCTION] « présomption de common law voulant que les dispositions relatives à la procédure s’appliquent immédiatement et généralement aux affaires en instance et aux affaires à venir » (p. 582). Cette règle de common law a été codifiée dans la *Loi d’interprétation de 1995* de la Saskatchewan, L.S. 1995, ch. I-11,2, art. 35 (mod. L.S. 1998, ch. 47, art. 6).

108 Similarly, in *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, Gerwing J.A., in oral reasons for the court, applied a palpable and overriding error standard to a finding of causation made by the trial judge. The appeal was heard more than three months after the 2000 Act came into effect. In *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, decided almost a year later, Tallis J.A. applied the same standard, again for a unanimous court.

De même, dans l’affaire *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, la juge Gerwing, s’exprimant de vive voix au nom de la Cour d’appel, a appliqué la norme de l’erreur manifeste et dominante à une conclusion sur la causalité tirée par le juge de première instance, et ce, plus de trois mois après l’entrée en vigueur de la *Loi de 2000*. Dans l’arrêt *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, rendu presque un an plus tard, le juge Tallis a appliqué la même norme, toujours avec l’assentiment de ses collègues.

109 In none of these decisions was there any suggestion that the 2000 Act had enlarged the scope of appellate review of findings of fact in Saskatchewan. Nor was the 2000 Act mentioned at all.

Dans aucune de ces décisions la Cour d’appel de la Saskatchewan n’a laissé entendre que la *Loi de 2000* avait accru la portée de son pouvoir de réviser en appel une conclusion de fait. Elle n’a même pas fait mention de cette loi.

G. *The Standard of Appellate Review: Conclusion*

G. *La norme de révision applicable : Conclusion*

110 With respect, I do not find persuasive any of the arguments advanced in support of the contention that the rules governing appellate intervention in Saskatchewan differ from those set out in *Housen*. On the contrary, I am satisfied for the reasons given that the standard of review for inferences of fact, in Saskatchewan as elsewhere in Canada, is that of palpable and overriding error and its functional equivalents, including “clearly wrong”, “unreasonable” and “not reasonably supported by the evidence”.

En toute déférence, je ne trouve pas convaincants les arguments avancés à l’appui de la thèse selon laquelle, en Saskatchewan, les règles régissant l’appel diffèrent de celles énoncées dans *Housen*. Je crois plutôt, pour les motifs exposés, que la norme de révision applicable aux inférences de fait, en Saskatchewan comme ailleurs au Canada, est celle de l’erreur manifeste et dominante et ses équivalents fonctionnels — « manifestement erroné », « déraisonnable » et « non étayé par la preuve ».

H. *Application of the Standard of Review*

H. *L’application de la norme de révision*

111 The Court of Appeal reversed the trial judge on six points that are at issue in this appeal: (1) qualification of the experts, (2) causation, (3) mitigation,

La Cour d’appel a infirmé la décision de première instance au regard de six points qui sont en litige dans le présent pourvoi : (1) la compétence des

(4) incarceration, (5) collateral benefits, and (6) loss of future earnings. In my respectful view, the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge's findings on the first three issues. I agree, however, that the trial judge erred in awarding H.L. damages for lost earnings for the time he spent in prison, in failing to deduct the social assistance received by H.L. from the award for loss of past earnings, and in granting an award for loss of future earnings.

(1) The Expert Evidence

The trial judge based his conclusion that Mr. Starr's sexual abuse of H.L. caused H.L.'s alcoholism on the evidence adduced before him, including that of the experts called by the parties. The Court of Appeal, in my view, erred in substituting its own opinion of that evidence for that of the trial judge and in interfering with the judge's conclusion on this issue.

Cameron J.A. found that "the two witnesses [the experts] were pretty much allowed to roam at large, expressing all manner of opinion in relation to which they were not formally qualified" (para. 255). Specifically, Cameron J.A. felt that the experts should not have been allowed to speak to the cause of H.L.'s alcoholism (para. 256). He then concluded that, in the absence of this expert evidence, there was no basis for an inference that Mr. Starr's abuse had caused H.L.'s alcoholism and consequent loss (para. 258).

I am unable to share this view. Both experts testified that H.L.'s sexual abuse by Mr. Starr had caused his alcoholism. Both were qualified to speak to the long-term psychological effects of that sexual abuse. Both had extensive clinical and professional experience in that area, and both had tested H.L. and interviewed him extensively. Characterizing the testimony of the experts as evidence concerning the etiology of alcoholism in general ignores its real content and true import: rather than appreciating the experts' testimony for its relevance, purpose and significance as evidence of the effects of Mr. Starr's

experts, (2) la causalité, (3) la limitation du préjudice, (4) l'incarcération, (5) les prestations parallèles et (6) la perte de revenus ultérieure. À mon humble avis, elle a eu tort de modifier les conclusions du juge de première instance quant aux trois premiers. Je conviens cependant que ce dernier a eu tort d'accorder des dommages-intérêts pour la perte de revenus pendant l'incarcération, de ne pas déduire les prestations d'aide sociale de l'indemnité accordée pour la perte de revenus antérieure et d'accorder des dommages-intérêts pour la perte de revenus ultérieure.

(1) La preuve d'expert

Le juge de première instance a fondé sur les témoignages entendus, dont ceux des experts des parties, sa conclusion que les abus sexuels de M. Starr avaient causé l'alcoolisme de H.L. Selon moi, la Cour d'appel a eu tort de substituer sa propre appréciation de ces éléments de preuve à celle du juge de première instance et de modifier la conclusion que ce dernier en avait tirée.

Le juge Cameron a conclu que [TRADUCTION] « les deux témoins [experts] avaient pu en quelque sorte s'écarter du sujet et exprimer leur opinion sur toutes sortes de questions qui ne relevaient pas de leur compétence » (par. 255). Plus particulièrement, il a estimé que les experts n'auraient pas dû être admis à se prononcer sur la cause de l'alcoolisme de H.L. (par. 256). Il a ensuite conclu que, en l'absence d'une preuve d'expert à l'appui, rien ne permettait d'inférer que les abus commis par M. Starr avaient causé l'alcoolisme de H.L. et le préjudice qui en avait résulté (par. 258).

Je ne puis être d'accord. Les deux experts ont témoigné que les abus sexuels dont H.L. avait été victime étaient à l'origine de son alcoolisme. Tous deux étaient qualifiés pour se prononcer sur les effets psychologiques à long terme de ces abus. Tous deux avaient une vaste expérience clinique et professionnelle dans le domaine; ils avaient soumis H.L. à des tests et l'avaient interrogé longuement. Considérer ces témoignages comme une preuve relative à l'étiologie de l'alcoolisme en général fait abstraction de leur véritable teneur et de leur portée réelle : au lieu de les apprécier en fonction de leur pertinence, de

112

113

114

tortious conduct on H.L. himself, Cameron J.A. misapprehended it as testimony about the causes of alcoholism generally.

115 Both experts were psychologists with extensive knowledge and experience concerning sexual abuse. They were qualified to speak to the effects of such abuse, including substance abuse. Both testified that Mr. Starr's abuse bore a causal relationship to H.L.'s substance abuse; the difference in their respective opinions related only to the extent of that causal relationship in the circumstances of this case.

116 Moreover, the difference in their opinions had no bearing on the liability of Mr. Starr or Canada for the damages found by the trial judge to have been suffered by H.L.: Dr. Arnold stated that H.L.'s family life enhanced his vulnerability to alcoholism, but nonetheless described the abuse as the "specific triggering event", without which H.L.'s pre-existing vulnerability may not have caused him harm. In Dr. Arnold's opinion, we just "don't know" what would have happened to H.L. had he not suffered abuse at the hands of Mr. Starr, because, in fact, he did.

117 With respect, it is neither accurate nor helpful to say that the trial judge allowed the experts to "roam at large". On the contrary, they were "reigned in" by the trial judge upon proper objections by counsel, for example on the issue of H.L.'s "earning capacity".

118 To sum up, then, both experts testified on direct examination that the abuse H.L. experienced bore a causal relationship to his substance abuse. The respondent's position on that issue is therefore unacceptable: In effect, the respondent seeks to disavow in this Court the evidence he himself adduced at trial on the ground that his own witness, Dr. Arnold, was not qualified to answer the questions he himself put to the witness without objection by opposing counsel.

leur objet et de leur importance comme une preuve des effets du comportement répréhensible de M. Starr à l'endroit de H.L., le juge Cameron y voit à tort une preuve relative aux causes de l'alcoolisme en général.

Les deux experts étaient psychologues et avaient une connaissance approfondie de l'abus sexuel et une vaste expérience en la matière. Ils avaient la compétence voulue pour se prononcer sur les effets de l'abus sexuel, dont la consommation excessive de substances intoxicantes. Tous deux ont vu un lien de causalité entre les actes de M. Starr et la consommation excessive de substances intoxicantes par H.L.; seule les a opposés l'importance de ce lien dans les circonstances de l'espèce.

De plus, la divergence d'opinion ne portait aucunement sur la responsabilité de M. Starr ou de l'État pour le préjudice que H.L. avait subi selon le juge de première instance : le D^f Arnold a affirmé que les antécédents familiaux de H.L. l'avaient rendu plus vulnérable à l'alcoolisme, mais il a néanmoins considéré l'abus comme l'« événement déclencheur » sans lequel la vulnérabilité préexistante de H.L. aurait pu ne lui être aucunement préjudiciable. À son avis, nul ne pouvait dire ce qu'il serait advenu de H.L. s'il n'avait pas été victime d'abus de la part de M. Starr parce que, justement, il l'avait été.

En toute déférence, il n'est ni exact ni utile de dire que le juge de première instance a laissé les experts « s'écarter du sujet ». Au contraire, il les a rappelés à l'ordre à la suite d'objections justifiées, notamment au sujet de la « capacité de gain » de H.L.

Les deux experts ont donc conclu, en interrogatoire principal, à l'existence d'un lien de causalité entre les abus sexuels subis par H.L. et sa consommation excessive de substances intoxicantes. La thèse contraire défendue devant notre Cour est donc inacceptable. L'intimé cherche en effet à récuser le témoignage qu'il a lui-même présenté en première instance, alléguant que son témoin, le D^f Arnold, n'était pas qualifié pour répondre aux questions qu'il lui a lui-même posées sans que l'avocat de la partie adverse ne formule d'objection.

Dr. Arnold's answers were indeed detrimental to the respondent's case. But it is too late in the day to contend that Dr. Arnold was not qualified to speak to the relationship between the sexual abuse inflicted on H.L. and his ensuing problems — the very issue upon which he was examined deliberately by counsel who called him.

I would therefore allow the appeal on this branch of the matter, since the trial judge did not err in qualifying the witnesses, in making findings on their relative credibility or in relying on their expert opinions.

(2) Causation

In my respectful view, the Court of Appeal erred in setting aside the trial judge's findings on causation.

Causation is a factual inference: *Housen*, at paras. 70 and 75 of the majority reasons and paras. 111 and 159 of the minority reasons.

This Court explained the test for causation in *Athey*, at paras. 13-19:

Causation is established where the plaintiff proves to the civil standard on a balance of probabilities that the defendant caused or contributed to the injury: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).

The general, but not conclusive, test for causation is the "but for" test, which requires the plaintiff to show that the injury would not have occurred but for the negligence of the defendant: *Horsley v. MacLaren*, [1972] S.C.R. 441.

The "but for" test is unworkable in some circumstances, so the courts have recognized that causation is established where the defendant's negligence "materially contributed" to the occurrence of the injury.

The law does not excuse a defendant from liability merely because other causal factors for which he is not responsible also helped produce the harm It is

Les réponses du D^r Arnold ont certes nui à la thèse défendue par l'intimé, mais il est maintenant trop tard pour prétendre que le témoin n'était pas qualifié pour se prononcer sur l'existence d'un lien entre les abus sexuels et les problèmes subséquents de H.L., ce sur quoi l'avocat qui l'avait appelé à la barre l'a délibérément interrogé.

J'accueillerais donc ce volet du pourvoi, le juge de première instance n'ayant commis aucune erreur en tenant les témoins pour compétents, en tirant des conclusions sur leur crédibilité relative ou en se fondant sur leurs avis d'experts.

(2) La causalité

En toute déférence, la Cour d'appel a eu tort d'écarter les conclusions du juge de première instance sur le lien de causalité.

Conclure à l'existence d'un lien de causalité est une inférence factuelle : *Housen*, par. 70 et 75 (motifs majoritaires), par. 111 et 159 (motifs minoritaires).

Dans *Athey*, notre Cour a exposé le critère applicable en la matière, aux par. 13-19 :

La causalité est établie si le demandeur prouve, selon la norme applicable en matière civile, c'est-à-dire suivant la prépondérance des probabilités, que le défendeur a causé le préjudice ou y a contribué : *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.).

Le critère général, quoique non décisif, en matière de causalité est celui du « facteur déterminant » (« *but for test* »), selon lequel le demandeur est tenu de prouver que le préjudice ne serait pas survenu sans la négligence du défendeur : *Horsley c. MacLaren*, [1972] R.C.S. 441.

Comme le critère du facteur déterminant n'est pas applicable dans certaines circonstances, les tribunaux ont reconnu que la causalité était établie si la négligence du défendeur avait « contribué de façon appréciable » au préjudice.

En droit, la responsabilité du défendeur n'est pas écartée du seul fait que d'autres facteurs qui ne lui sont pas imputables ont contribué au préjudice [. . .] Il suffit que

119

120

121

122

123

sufficient if the defendant's negligence was a cause of the harm. . . . [Emphasis in original.]

124

The causal question at issue here is whether Mr. Starr's sexual abuse of H.L. reduced H.L.'s employment income during the first and second periods. The trial judge answered that question in the affirmative (para. 65). He drew this inference from both experts' opinions that H.L.'s alcoholism was caused by the sexual abuse; from their opinions that sexual abuse results in a loss of self-esteem and self-confidence which, in turn, affect employability or "work ethic"; and from the evidence of H.L. himself.

125

The trial judge based his assessment of damages on the finding that the sexual abuse by Mr. Starr caused H.L.'s emotional difficulties and alcoholism, which in turn caused his inability to secure and maintain full-time employment. Ultimately, then, the question is whether this was a reasonable inference on the facts as found by the trial judge.

126

The experts in this case gave their evidence regarding (1) the link between H.L.'s sexual abuse and his emotional problems and alcoholism, and (2) the link between H.L.'s low self-esteem and self-confidence and his reduced employability. The opinion of an expert was not necessary to make the link between H.L.'s alcoholism and his reduced ability to sustain remunerative employment. That link, which might appear to be a matter of common experience to many, was nonetheless provided by H.L. himself.

127

The first inference drawn by the trial judge was that the sexual abuse caused H.L.'s emotional problems and alcoholism. Both experts testified that sexual abuse would cause a victim to have a negative self-image and a lack of self-confidence. As we saw earlier, H.L. also testified that the abuse made him feel humiliated and ashamed, caused him to lose concentration, and led to his withdrawal from schooling at an early stage.

la négligence du défendeur ait été une cause du préjudice. . . . [Souligné dans l'original.]

Dans la présente affaire, la question en litige au chapitre de la causalité est la suivante : les abus sexuels ont-ils eu pour effet de diminuer le revenu d'emploi de H.L. pendant la première période et la seconde? Le juge de première instance a répondu par l'affirmative (par. 65). Il a tiré cette inférence des avis des deux experts selon lesquels les abus sexuels étaient à l'origine de l'alcoolisme de H.L. et avaient causé une perte d'estime de soi et de confiance en soi qui, elle, avait influé sur l'aptitude au travail ou sur la « morale du travail », ainsi que du témoignage de H.L. lui-même.

Le juge de première instance a fondé son évaluation du préjudice sur la conclusion que les abus sexuels étaient à l'origine des difficultés émotionnelles et de l'alcoolisme de H.L. qui, eux, avaient empêché l'appelant d'obtenir et de conserver un emploi à temps plein. Il faut donc se demander, en fin de compte, s'il s'agissait d'une inférence raisonnable compte tenu des faits constatés par le juge de première instance.

Les experts ont donné leur avis sur (1) le lien entre les abus sexuels, d'une part, et les difficultés émotionnelles et l'alcoolisme de H.L., d'autre part, ainsi que sur (2) le lien entre le manque d'estime de soi et de confiance en soi de H.L. et son aptitude réduite au travail. L'opinion d'un expert n'était pas nécessaire pour établir un lien entre l'alcoolisme de H.L. et sa capacité réduite de conserver un emploi rémunérateur. Ce lien a été établi par le témoignage de H.L. même s'il pouvait paraître évident à bon nombre de personnes.

Suivant la première inférence tirée par le juge de première instance, les abus sexuels avaient causé les difficultés émotionnelles et l'alcoolisme de H.L. Les deux experts ont témoigné que la victime d'abus sexuel a une image négative d'elle-même et manque de confiance en elle. Rappelons que H.L. a dit s'être senti humilié et honteux et avoir eu du mal à se concentrer par suite des agressions, ce qui l'avait amené à quitter l'école précocement.

Both experts also identified the abuse as having triggered H.L.'s excessive drinking and addiction to alcohol. As I have already suggested, on either expert's testimony, the test in *Athey* was met.

The second inference drawn by the trial judge was that H.L.'s emotional problems and alcohol abuse reduced his capacity to secure and retain employment. On this point, Dr. Arnold, the defendant Canada's expert, testified on cross-examination by counsel for H.L. that sexual abuse would affect a victim's "work ethic":

Q: Would you think it likely that [sexual abuse by someone associated with the school system] would have affected [a victim's] work ethic?

A: Work ethic as in — perhaps to define that, I think what you're saying is his ability to hold work and be able to regularly show up and those kinds of things?

Q: Yes.

A: Yes, and I would refer to the chain of events I just referred to. You have an event, then — sorry, an event — I better be clear here — event of abuse, you have alcohol and, yes, indeed that chain of events would logically go there and —

No objection was taken to this testimony.

Mr. Stewart was asked on direct examination by counsel for H.L. whether self-esteem and self-confidence affected employability, and answered that he was "sure it would, yes". This testimony was allowed by the court, despite the objection taken by counsel for Canada, on the basis that it was within the realm of Mr. Stewart's (and Dr. Arnold's) expertise.

Canada's earlier objection to questions put in chief to Mr. Stewart regarding H.L.'s earning capacity had been sustained on the basis that Mr. Stewart was not a vocational expert. Without endorsing that finding, I find it sufficient to mention that both experts were allowed to express their opinions whether the emotional problems caused by Mr. Starr's abuse affected H.L.'s ability to find and keep a job, but not

Les deux experts ont également opiné que les abus sexuels avaient déclenché la consommation excessive d'alcool et la dépendance à cette substance intoxicante. Comme je l'ai déjà laissé entendre, sur la foi du témoignage de l'un ou l'autre des experts, le critère de l'arrêt *Athey* était respecté.

Suivant la deuxième inférence du juge de première instance, les difficultés émotionnelles de H.L. et sa consommation excessive d'alcool avaient réduit son aptitude au travail. Contre-interrogé à ce sujet par l'avocat de H.L., l'expert du procureur général du Canada, le D^r Arnold, a témoigné que l'abus sexuel nuisait à la « morale du travail » de la victime :

[TRADUCTION]

Q: Estimez-vous probable que [l'abus sexuel par une personne associé au système scolaire] nuise à la morale du travail [de la victime]?

R: La morale du travail, comme dans — peut-être pour la définir, je pense que vous parlez de sa capacité à conserver un emploi et à se présenter régulièrement au travail, et ce genre de chose?

Q: Oui.

R: Oui, et je me reporte à la suite des événements dont je viens de parler. Un événement se produit, puis — désolé, un événement — il vaut mieux préciser — un abus, il y a l'alcool et, oui, effectivement, la suite des événements aboutirait logiquement à cela et —

Ce témoignage n'a suscité aucune objection.

En interrogatoire principal, l'avocat de H.L. a demandé à M. Stewart si l'estime de soi et la confiance en soi avaient une incidence sur l'aptitude au travail. Sa réponse a été : [TRADUCTION] « bien sûr que oui ». Malgré l'objection formulée par l'avocat du procureur général du Canada, ce témoignage a été admis en preuve au motif qu'il relevait du domaine d'expertise de M. Stewart (et du D^r Arnold).

L'objection soulevée auparavant par le procureur général du Canada à l'égard des questions posées à M. Stewart en interrogatoire principal au sujet de la capacité de gain de H.L. avait été maintenue au motif que le témoin n'était pas un expert du domaine de l'emploi. Sans approuver cette conclusion, je me contente de faire remarquer que les deux experts ont pu exprimer leur opinion quant à savoir si les

128

129

130

131

whether they reduced his earning capacity when he did secure employment.

132 In addition, as already mentioned, there was an evidentiary basis for the trial judge's finding that alcoholism had affected H.L.'s earning capacity. H.L. himself testified that he was unable to sustain employment for more than five or six months due to his drinking problem, and that his lack of education, criminal record and alcoholism deterred employers from hiring him. This was, of course, a matter within H.L.'s personal experience, and the trial judge was entitled to give it appropriate weight.

133 There was thus sufficient evidence on the record to support the trial judge's findings that the sexual abuse of H.L. by Mr. Starr caused emotional problems and alcoholism, which in turn hindered H.L.'s efforts to hold down a job. On this evidence, a reasonable trier of fact could draw a causal inference. The trial judge therefore committed no reviewable error in awarding damages for loss of past earnings, and the Court of Appeal erred in setting aside that award.

(3) Loss of Past Earnings: Mitigation

134 The onus rests on the defendant to prove that the plaintiff failed to mitigate his loss: *Janiak v. Ippolito*, [1985] 1 S.C.R. 146, at p. 163. Here, the trial judge concluded that the Crown led no evidence on the issue of mitigation. The Court of Appeal pointed to H.L.'s failure to upgrade his education and training as well as his failure to enter rehabilitation as evidence that he failed to mitigate his loss (para. 232).

135 H.L. testified that he failed to upgrade his education because he had a poor memory and dropped out of an auto mechanics course after two months. This is consistent with the trial judge's finding that H.L.'s alcoholism, poor self-image and lack of confidence affected his ability to learn a trade and his ability to find and keep a job. This does not point to

problèmes émotionnels causés par les actes de M. Starr avaient nui à la capacité de H.L. de trouver et de conserver un emploi, et non s'ils avaient réduit sa capacité de gain lorsqu'il obtenait un emploi.

De plus, je le répète, la preuve étayait la conclusion du juge de première instance que l'alcoolisme de H.L. avait nui à sa capacité de gain. L'appelant a lui-même témoigné que son problème d'alcool l'empêchait de conserver un emploi plus de cinq ou six mois et que sa faible scolarité, son casier judiciaire et son alcoolisme rebutaient les employeurs. Ce témoignage relevait évidemment de l'expérience personnelle de H.L., et le juge de première instance pouvait à bon droit lui accorder l'importance voulue.

Le dossier renfermait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion que les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels et de l'alcoolisme de H.L., lesquels avaient nui à ses efforts pour garder un emploi. Un juge des faits raisonnable pouvait, en se fondant sur ces éléments de preuve, tirer une inférence de causalité. Le juge de première instance n'a donc pas commis d'erreur susceptible de révision en accordant des dommages-intérêts pour la perte de revenus antérieure, et la Cour d'appel a eu tort d'annuler cet octroi.

(3) La perte de revenus antérieure : Limitation du préjudice

Il incombe au défendeur de prouver que le demandeur a omis de limiter le préjudice : *Janiak c. Ippolito*, [1985] 1 R.C.S. 146, p. 163. Dans la présente affaire, le juge de première instance a conclu que le procureur général du Canada n'avait présenté aucune preuve à cet égard. La Cour d'appel a opiné que l'omission de H.L. de parfaire son éducation et sa formation et de participer à un programme de réadaptation établissait l'absence de limitation du préjudice (par. 232).

H.L. a témoigné qu'il n'avait pas élevé son niveau d'instruction à cause de son peu de mémoire et qu'il avait abandonné un cours de mécanique automobile après deux mois. Cela concorde avec la conclusion du juge de première instance que l'alcoolisme, l'image négative de soi et le manque de confiance avaient empêché H.L. d'apprendre un métier, de

a failure to mitigate. And though the record is essentially silent regarding H.L.'s efforts at rehabilitation, it appears from his evidence at trial that he was at least then making an effort to abstain from any further consumption of alcohol.

Since the evidence as to H.L.'s mitigation of his damages was inconclusive at best, Canada's burden had not been discharged. The Court of Appeal therefore erred in reversing the trial judge's finding on this issue.

(4) Loss of Past Earnings: Incarceration

In calculating H.L.'s loss of past earnings, the trial judge did not reduce the damages awarded to reflect the time H.L. spent in prison. The Court of Appeal intervened in this respect — quite properly, in my view. As Cameron J.A. noted, to compensate an individual for loss of earnings arising from criminal conduct undermines the very purpose of our criminal justice system (paras. 240-41); an award of this type, if available in any circumstances, must be justified by exceptional considerations of a compelling nature and supported by clear and cogent evidence of causation.

The trial judge inferred that H.L.'s alcohol abuse, which was caused by the sexual abuse, “led to [his] numerous convictions on alcohol and theft related offences” (para. 29). As already noted, the inference that sexual abuse caused H.L.'s alcoholism is supported by the evidence. It is the relationship between H.L.'s alcoholism and his loss of earnings due to imprisonment that is the focus of my concern here: The question before the trial judge was not whether H.L. had committed certain crimes while drunk, but whether his ensuing incarceration was caused by his addiction to alcohol.

In examination-in-chief by H.L.'s counsel, Mr. Stewart testified that there is a relationship between sexual abuse and criminal conduct, in “that a number of individuals — in fact a wide number of

trouver un emploi et de le garder. On ne saurait y voir une omission de limiter le préjudice. Même si le dossier ne révèle essentiellement rien au sujet de ses efforts de réadaptation, le témoignage de H.L. au procès permettait de conclure qu'il avait tenté à tout le moins de mettre fin à sa consommation d'alcool.

La preuve s'étant révélée au mieux équivoque concernant la limitation du préjudice, le procureur général du Canada ne s'est pas acquitté de son fardeau de preuve. La Cour d'appel a donc eu tort d'écarter la conclusion qu'en avait tirée le juge de première instance.

(4) La perte de revenus antérieure : Incarcération

Dans son calcul de la perte de revenus antérieure, le juge de première instance n'a pas retranché de la période considérée le temps où H.L. avait été incarcéré. La Cour d'appel a eu tout à fait raison, à mon avis, d'intervenir à cet égard. Comme l'a fait remarquer le juge Cameron, indemniser une personne de la perte de revenus résultant d'un comportement criminel va à l'encontre de l'objet même de notre système de justice pénale (par. 240-241). Une telle indemnisation, lorsqu'elle peut être accordée, doit se fonder sur des motifs exceptionnels pressants et s'appuyer sur une preuve de causalité claire et convaincante.

Le juge de première instance a inféré que la consommation excessive d'alcool, imputable aux abus sexuels, [TRADUCTION] « avait amené » H.L. à commettre « de nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol » (par. 29). Comme je l'ai déjà dit, l'inférence que les abus sexuels ont causé l'alcoolisme de H.L. est étayée par la preuve. C'est le lien entre l'alcoolisme de H.L. et la perte de revenus due à son incarcération qui m'intéresse en l'occurrence. Le juge de première instance n'avait pas à décider si H.L. avait commis certains crimes en état d'ébriété, mais bien si l'incarcération subséquente avait été causée par sa dépendance à l'alcool.

Lors de son interrogatoire principal par l'avocat de H.L., M. Stewart a témoigné qu'il y avait un lien entre l'abus sexuel et le comportement criminel, c'est-à-dire [TRADUCTION] « qu'un certain nombre

136

137

138

139

individuals, I don't have the exact number, who have been either physically or sexually abused in childhood, a great proportion of those end up being abusers themselves once they reach adulthood".

140 In cross-examination, Mr. Stewart explained that his statement concerned the likelihood that a child who is sexually abused will become an abuser as an adult. None of H.L.'s periods of incarceration related to charges of sexual abuse.

141 The expert evidence did not disclose a more general link between sexual abuse and criminality. Nor did the materials before the trial judge entitle him to conclude that those suffering from alcoholism were more inclined to commit crimes.

142 In any event, the chain of causation linking H.L.'s sexual abuse to his loss of income while incarcerated was interrupted by his intervening criminal conduct. During these periods, his lack of gainful employment was caused by his imprisonment, not by his alcoholism; and his imprisonment resulted from his criminal conduct, not from his abuse by Mr. Starr nor from the alcoholism which it was found to have induced.

143 Thus, on any view of the matter, the trial judge's finding that Mr. Starr's sexual abuse of H.L. caused his loss of income due to imprisonment is both contrary to judicial policy and unsupported by the evidence.

144 I would therefore dismiss H.L.'s appeal under this head.

(5) Loss of Past Earnings: Social Assistance

145 The Court of Appeal found, again correctly in my view, that the trial judge had erred in not deducting from H.L.'s award for loss of past earnings the social assistance payments he had received during the relevant period.

146 Klebuc J. found that H.L. "generally relied on social assistance to meet his needs" during the first

de personnes — en fait, un grand nombre de personnes, je n'ai pas les chiffres exacts, qui ont été victimes d'agressions physiques ou sexuelles dans leur enfance, une grande proportion de ces personnes deviennent elles-mêmes des agresseurs lorsqu'elles atteignent l'âge adulte ».

En contre-interrogatoire, M. Stewart a expliqué qu'il avait voulu parler de la probabilité qu'un enfant victime d'agression sexuelle devienne agresseur à l'âge adulte. Aucune des périodes d'incarcération de H.L. ne faisait suite à une accusation d'agression sexuelle.

La preuve d'expert ne révélait aucun lien plus général entre l'abus sexuel et la criminalité. Les éléments présentés au juge de première instance ne lui permettaient pas non plus de conclure qu'une personne alcoolique était plus encline à la criminalité.

Quoi qu'il en soit, le lien de causalité entre les abus sexuels et la perte de revenus pendant l'incarcération a été rompu par le comportement criminel de H.L. Durant les périodes en cause, l'absence d'emploi rémunérateur était due à l'emprisonnement, et non à l'alcoolisme, et cet emprisonnement résultait du comportement criminel de H.L., et non des actes de M. Starr ni de l'alcoolisme de H.L. qui avait découlé de ces actes selon la preuve.

Par conséquent, quel que soit le point de vue adopté, la conclusion du juge de première instance que les abus sexuels ont causé la perte de revenus due à l'incarcération n'est ni conforme aux principes judiciaires ni étayée par la preuve.

Je rejetterais donc ce volet du pourvoi.

(5) La perte de revenus antérieure : Aide sociale

Encore une fois, j'estime que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge de première instance avait commis une erreur en ne déduisant pas des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure les prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant la période considérée.

Le juge Klebuc a conclu que, pendant la première période, H.L. [TRADUCTION] « avait

period for which he assessed damages for lost earnings, but did not account for those or any other social assistance payments in fixing his award (para. 64). With respect to the second period for which Klebuc J. assessed damages for lost earnings, he did, however, deduct the income earned by H.L.

This Court recently had occasion to consider whether social assistance payments are to be deducted from damage awards for lost earnings in *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53. In that case, McLachlin C.J. affirmed the “common sense proposition that social assistance benefits are a form of wage replacement” and deductible at common law to avoid double recovery (para. 28).

Klebuc J. did not have the benefit of this Court’s decision in *M.B.* His understandable — but nonetheless erroneous — failure to deduct social assistance benefits constitutes a severable error of principle: see *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, and *Housen*.

Unfortunately, the amount of social assistance received by H.L. during the first and second periods is not available on the record. In the absence of agreement between the parties, this calculation must therefore be left to the trial court for proof and determination.

(6) Loss of Future Earnings

Finally, the trial judge awarded H.L. \$179,190 for loss of future earnings. The Court of Appeal set this award aside on the basis of what it found to be factual errors by the trial judge. With respect, I do not share the Court of Appeal’s findings of factual error, but I do agree that the trial judge’s disposition on this branch of the award lacked an evidentiary basis — quite unlike his award for loss of past earnings, which was supported by the evidence of H.L. and the expert witnesses called by H.L. and Canada.

généralement compté sur l’aide sociale pour subvenir à ses besoins »; il l’a indemnisé pour la perte de revenus sans déduire de la somme accordée le montant de ces prestations ou de toute autre aide obtenue (par. 64). En ce qui concerne la seconde période, il a déduit de l’indemnité accordée à ce chapitre le revenu gagné par H.L.

Récemment, dans *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53, notre Cour a eu l’occasion d’examiner la question de savoir si les prestations d’aide sociale devaient être déduites de dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus. La juge en chef McLachlin a fait sienne « la proposition sensée selon laquelle les prestations d’aide sociale constituent une forme de remplacement du revenu » et sont déductibles en common law pour qu’il n’y ait pas double indemnisation (par. 28).

Cet arrêt n’avait pas encore été rendu lorsque le juge Klebuc s’est prononcé en première instance. Compréhensible, mais néanmoins fautive, l’omission de déduire les prestations d’aide sociale constitue une erreur de principe dissociable : voir *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, et *Housen*.

Malheureusement, le montant de l’aide sociale touchée par H.L. au cours de la première période et de la seconde ne figure pas au dossier. Faute d’entente entre les parties, il appartiendra donc au tribunal de première instance d’examiner la preuve et de déterminer ce montant.

(6) La perte de revenus ultérieure

Enfin, le juge de première instance a accordé à H.L. des dommages-intérêts de 179 190 \$ pour la perte de revenus ultérieure. La Cour d’appel a annulé sa décision sur le fondement d’erreurs qualifiées de factuelles. En toute déférence, je ne partage pas cet avis concernant l’existence d’erreurs factuelles, mais je conviens que ce volet de la décision n’était pas étayé par la preuve, contrairement à l’indemnité accordée pour la perte de revenus antérieure appuyée, elle, par le témoignage de H.L. et des experts des deux parties.

147

148

149

150

151 In quantifying the damages for loss of future earnings, the trial judge acknowledged explicitly that the parties had presented no evidence regarding H.L.'s future earning capacity (para. 70).

152 The finding that a person has had emotional and substance abuse problems which in the past have impacted on his earning capacity is not in itself a sufficient basis for concluding on the balance of probabilities that this state of affairs will endure indefinitely. To assume, without additional evidence, that H.L. will continue to suffer from substance abuse and emotional problems, will not upgrade his education or enter into rehabilitation, and will continue to have a reduced earning capacity, would be to do him an unnecessary and unwarranted disservice — particularly in the light of his own evidence that he had already at the time of trial taken steps to end his addiction to alcohol.

VI. Disposition

153 For all of these reasons, I would allow the appeal in part, with costs.

154 I would confirm the trial judge's award of pecuniary damages for loss of past earnings, but order that they be reduced to reflect the time the appellant spent in prison and the social assistance he received during the period covered by the award. In the absence of an agreement between the parties as to the amounts involved, they are to be fixed on an application by either party to the trial court.

155 Finally, I would dismiss the appeal with respect to the trial judge's award of damages for loss of future earnings.

The reasons of Bastarache, LeBel and Deschamps JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting in part) —

I. Overview

156 Appeals are creatures of statute; therefore, legislative — not judicial — policy choice must be

En évaluant le préjudice subi à ce chapitre, le juge de première instance a reconnu expressément que les parties n'avaient présenté aucun élément de preuve concernant la capacité de gain ultérieure de H.L. (par. 70).

Le fait qu'une personne a connu des problèmes émotionnels et de toxicomanie qui ont nui à sa capacité de gain ne permet pas à lui seul de conclure, selon la prépondérance des probabilités, qu'il en sera toujours ainsi. Tenir pour acquis, sans autre élément de preuve, que H.L. continuera de souffrir de toxicomanie et de difficultés émotionnelles, qu'il ne parfera pas son éducation ni ne surmontera son alcoolisme, et que sa capacité de gain demeurera réduite, lui rendrait inutilement et injustement un bien mauvais service, surtout à la lumière de son témoignage selon lequel, au moment du procès, il avait déjà pris des mesures pour venir à bout de sa dépendance à l'alcool.

VI. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis d'accueillir en partie le pourvoi, avec dépens.

Je confirmerais donc les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance pour la perte de revenus antérieure, mais j'ordonnerais leur réduction pour tenir compte du temps que l'appelant a passé en prison et des prestations d'aide sociale qu'il a touchées au cours de la période considérée. À défaut d'une entente entre les parties, les montants en cause devront être fixés sur demande présentée au tribunal de première instance par l'une ou l'autre des parties.

Enfin, je rejetterais le pourvoi en ce qui concerne les dommages-intérêts accordés par le juge de première instance pour la perte de revenus ultérieure.

Version française des motifs des juges Bastarache, LeBel et Deschamps rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident en partie) —

I. Vue d'ensemble

L'appel est une création de la loi; le choix de politique législative, et non judiciaire, doit donc

considered paramount. Moreover, because appeals in civil cases are founded on provincial legislation which may vary from one province to another, the rights of appeal and the powers of an appellate court to act on those rights will not necessarily be uniform across the country.

Among all of the statutes governing the powers of appellate courts in Canada, Saskatchewan's *Court of Appeal Act, 2000*, S.S. 2000, c. C-42.1, is the only one that relieves the Court of Appeal of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves. This must "mean something". In my view, it means that in Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing and not review for error.

In this appeal, we are particularly concerned with the conditions under which, in the context of an appeal by way of rehearing, the Court of Appeal will overrule a trial judge's factual inference. I contend that the court will overrule such an inference when it is not reasonable. While it can therefore be said that the standard of review in Saskatchewan for factual inferences is reasonableness, as I will demonstrate more fully in these reasons, it is awkward to speak in terms of a "standard of review" in that regard, given the fact that, in Saskatchewan, the Court of Appeal is not limited to a "review" of the lower court's decision but is, instead, directed to take its own view of the evidence. Nevertheless, for the purposes of my analysis in this context and to promote clarity, I will accept the use of "standard of review" language and agree that the standard applicable to factual inferences is indeed reasonableness.

On the facts of this case, I am of the view that the Court of Appeal did not misapply this standard when it set aside the trial judge's award of pecuniary damages. On the contrary, it correctly interfered in this regard because the factual inferences on which the damages award was based were unreasonable, as they were unsupported by the evidence. As will be further demonstrated, even if the more stringent standard adopted in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2

primer. En outre, étant donné que l'appel civil a ses assises dans les lois provinciales et que celles-ci peuvent varier d'une province à l'autre, le droit d'appel et le pouvoir de la cour d'appel de donner suite à l'exercice de ce droit ne seront pas nécessairement les mêmes dans tout le pays.

Parmi toutes les lois régissant les pouvoirs des cours d'appel au Canada, la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* de la Saskatchewan, L.S. 2000, ch. C-42,1, est la seule à soustraire la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et à lui enjoindre de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. Cela doit « signifier quelque chose ». À mon avis, cela signifie que, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d'erreur (« *review for error* »).

Dans le présent pourvoi, nous nous intéressons particulièrement aux conditions auxquelles, dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel infirmera une inférence factuelle du juge de première instance. Je soutiens qu'elle le fera si l'inférence n'est pas raisonnable. Bien que l'on puisse donc affirmer que la norme de contrôle qui s'applique aux inférences factuelles en Saskatchewan est celle de la raisonabilité, comme je l'explique plus en détail dans les présents motifs, il est incongru d'employer l'expression « norme de contrôle », car en Saskatchewan, la Cour d'appel n'a pas à s'en tenir au « contrôle » de la décision du tribunal inférieur, mais doit plutôt se livrer à sa propre appréciation de la preuve. Néanmoins, pour les besoins de mon analyse dans ce contexte et par souci de clarté, je consens à l'emploi de la terminologie des « normes de contrôle » et conviens que la norme applicable à l'inférence factuelle est bien celle de la raisonabilité.

Vu les faits de l'espèce, j'estime que la Cour d'appel n'a pas mal appliqué cette norme en annulant les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance. Au contraire, elle a eu raison de le faire, car les inférences factuelles qui soutendaient leur octroi étaient déraisonnables parce que non étayées par la preuve. Comme nous le verrons, même au regard de la norme plus stricte établie dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2

157

158

159

S.C.R. 235, 2002 SCC 33, applied here, I would still uphold the decision of the Court of Appeal.

II. Facts

160 The following facts, as found by the trial judge, are not in dispute.

161 H.L. is a status Indian within the meaning of the *Indian Act*, S.C. 1951, c. 29, and is a member of the Gordon First Nation Reserve. When he was six months old, his father died, leaving his mother as the sole caregiver for 10 children of whom he was the youngest. His mother subsequently entered into a relationship with S.W. This relationship was punctuated with frequent physical abuse of H.L.'s mother by S.W. and excessive use of alcohol by both of them. During the first 12 years of his life, H.L.'s mother frequently moved her family between the Gordon First Nation Reserve and the Moscowegan First Nation Reserve of which S.W. was a member. These relocations were often precipitated by acts of violence on the part of S.W.

162 When H.L. resided at the Gordon First Nation Reserve, he attended a public school in Punnichy. At no time did he attend Gordon's Day School or reside at the Gordon Student Residence (formerly known as the Gordon Indian Residential School). However, in 1974 or 1975, he joined a boxing club on the Reserve that was operated by the Department of Indian and Northern Affairs and administered by William Starr. Starr was also the administrator of the Student Residence. During this period of time, Starr sexually assaulted the appellant by subjecting him to two acts of masturbation.

163 H.L. brought an action against Starr and the Government of Canada for damages suffered as a consequence of the abuse.

III. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*

164 The trial judge, Klebuc J., found that the injuries and losses complained of by H.L. were attributable to Starr's assaults. Specifically, he stated that:

R.C.S. 235, 2002 CSC 33, appliquée en l'espèce, je serais quand même d'avis de confirmer la décision de la Cour d'appel.

II. Faits

Constatés par le juge de première instance, les faits suivants ne sont pas contestés.

Indien inscrit au sens de la *Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, H.L. est membre de la Première nation de Gordon. Il était âgé de six mois lorsque son père est décédé et que sa mère a dû s'occuper seule de dix enfants dont il était le cadet. Sa mère s'est par la suite engagée avec S.W. dans une relation marquée d'abus physiques fréquents à son endroit et de consommation excessive d'alcool par eux deux. Les douze premières années de la vie de H.L. ont été ponctuées de fréquents allers-retours de la famille entre la réserve de la Première nation de Gordon et celle de la Première nation de Moscowegan, dont S.W. était membre. Décidés par la mère de H.L., ces déplacements faisaient souvent suite à des actes de violence de la part de S.W.

Lorsqu'il habitait la réserve de la Première nation de Gordon, H.L. allait à l'école publique de Punnichy. Il n'a jamais fréquenté l'école de jour de Gordon ni habité la résidence d'élèves de Gordon (l'ancien pensionnat indien). Cependant, en 1974 ou en 1975, il s'est inscrit à un club de boxe de la réserve dont le fonctionnement était assuré par le ministère des Affaires indiennes et du Nord Canada, et la gestion par William Starr. Ce dernier était également l'administrateur de la résidence d'élèves. C'est à l'occasion de la participation de H.L. aux activités du club que M. Starr l'a agressé sexuellement en le soumettant à deux actes de masturbation.

H.L. a intenté contre M. Starr et le gouvernement du Canada une action en indemnisation du préjudice subi par suite des abus sexuels.

III. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

En première instance, le juge Klebuc a conclu que le préjudice allégué par H.L. était attribuable aux agressions commises par M. Starr. Plus précisément, il a affirmé :

[H.]L. unquestionably suffered enormous humiliation, self-blame and loss of self-worth as a consequence of Starr's sexual abuse and such emotional problems in turn caused him to lose interest in pursuing an education, due in part to his inability to concentrate. Immediately after the second assault, he commenced excessive alcohol consumption which in turn led to numerous convictions on alcohol and theft related offences, including convictions between 1978 and 2000 for driving while disqualified and driving while impaired. These difficulties, as well as his difficulty with being "emotionally close" with women, in my view are attributable to Starr's sexual abuse of him. To the extent his dysfunctional family or [S.]W.'s misconduct may be viewed as a cause, I am of the opinion that Starr's abuse is such an extraordinary occurrence that it constitutes a novus actus interveniens which severed any chain of causation that may have existed between the aforementioned causes and the damages ultimately experienced by [H.]L.

(*H.L. v. Canada (Attorney General)* (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233, at para. 29)

Consequently, Klebuc J. granted the appellant judgment against Starr, as well as the Government of Canada, since he found that the criteria for the imposition of vicarious liability on the Government of Canada had been met.

As for H.L.'s entitlement to damages, the trial judge concluded that H.L. was entitled to non-pecuniary damages of \$60,000 for the emotional distress he suffered and will continue to suffer as a consequence of Starr's abuse and aggravated damages of \$20,000 for the humiliation and indignation he suffered as a result of Starr's conduct. Klebuc J. also concluded that H.L. was willing and able to work but for his emotional and alcohol-related problems, which were attributable to Starr's sexual abuse. Therefore, the trial judge awarded the appellant \$117,337.09 for the past loss of income earning capacity and \$179,190 for future loss. This latter amount was based solely on the evidence relating to H.L.'s past earning capacity. Finally, Klebuc J. awarded H.L. punitive damages against Starr in the amount of \$20,000.

In supplemental reasons, Klebuc J. held that H.L. was entitled to claim pre-judgment interest against

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que [H.]L. a ressenti une grande humiliation, s'en est pris à lui-même et a perdu son estime de soi par suite des abus sexuels commis par M. Starr, et ces difficultés émotionnelles l'ont amené à se désintéresser de ses études, en partie à cause de son incapacité à se concentrer. Dès après la deuxième agression, il s'est mis à consommer de l'alcool de façon abusive, ce qui l'a amené à commettre de nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol. Entre 1978 et 2000, par exemple, il a été reconnu coupable de conduite sans permis et de conduite avec facultés affaiblies. Ces ennuis, ainsi que sa difficulté à « établir des liens affectifs » avec une femme, sont attribuables, selon moi, aux abus sexuels. Dans la mesure où sa famille dysfonctionnelle ou le comportement répréhensible de [S.]W. peuvent être considérés comme une cause du préjudice, j'estime que les actes de M. Starr ont été un événement si extraordinaire qu'ils constituent un novus actus interveniens rompant tout lien de causalité entre cette cause et le préjudice ultime de [H.]L.

(*H.L. c. Canada (Attorney General)* (2001), 208 Sask. R. 183, 2001 SKQB 233, par. 29)

Estimant remplies les conditions auxquelles une personne peut être tenue responsable du fait d'autrui au Canada, le juge Klebuc a donc donné gain de cause à l'appelant contre M. Starr et le gouvernement du Canada.

Pour ce qui est de l'indemnité, le juge de première instance a conclu que H.L. avait droit à des dommages-intérêts non pécuniaires de 60 000 \$ pour la détresse émotionnelle dont il avait souffert, et dont il continuerait de souffrir, à cause des abus sexuels, ainsi qu'à des dommages-intérêts majorés de 20 000 \$ pour l'humiliation et l'indignation causées par ces actes. Le juge Klebuc a également conclu que H.L. aurait été désireux et en mesure de travailler n'eût été ses difficultés émotionnelles et ses problèmes liés à l'alcool depuis les abus sexuels. Il a donc accordé à l'appelant 117 337,09 \$ pour la perte de capacité de gain antérieure et de 179 190 \$ pour la perte de capacité de gain ultérieure. Ce dernier octroi reposait uniquement sur la preuve relative à la capacité de gain antérieure de H.L. Enfin, il a condamné M. Starr à des dommages-intérêts punitifs de 20 000 \$.

Dans des motifs complémentaires, le juge Klebuc a statué que H.L. pouvait exiger de chacun des

each defendant from the date he served his statement of claim: see *H.L. v. Canada (Attorney General)* (2001), 210 Sask. R. 114, 2001 SKQB 233.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*

167 The Attorney General of Canada appealed to the Court of Appeal on the ground that the trial judge erred in holding the Government of Canada vicariously liable for Starr's acts. The Attorney General of Canada also made the following alternative submissions: (i) the award of damages for emotional distress was excessive; (ii) the award of damages for loss of earning capacity, past and future, was ill-founded; and (iii) the award of pre-judgment interest was contrary to law. H.L. cross-appealed, taking issue with the trial judge's assessment of damages and claiming that, together with pre-judgment interest, he was entitled to damages in the amount of \$527,000.

168 Cameron J.A., writing for the Court of Appeal, began his reasons for judgment with a review of the statutory framework for appeals and their adjudication in the province of Saskatchewan, and he came to the following conclusion:

On appeal from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench sitting without a jury, taken pursuant to sections 7(2)(a) and 13 of the *Court of Appeal Act, 2000*, it is the duty of the court acting under section 14 of the *Act* to rehear the case in the context of the grounds of appeal and make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from, and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inferences from the facts proved or admitted, and to decide accordingly

(*H.L. v. Canada (Attorney General)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131, at para. 77) (“*H.L. (C.A.)*”)

In coming to this conclusion, Cameron J.A. was cognizant of the divide that is setting in between the adjudicative framework suggested by the general standards of appellate review and that provided by *The Court of Appeal Act, 2000*; however, he

défendeurs de l'intérêt avant jugement à compter de la signification de sa déclaration : voir *H.L. c. Canada (Attorney General)* (2001), 210 Sask. R. 114, 2001 SKQB 233.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*

Le procureur général du Canada a interjeté appel devant la Cour d'appel au motif que le juge de première instance avait eu tort de conclure à la responsabilité du gouvernement du Canada pour les actes de M. Starr. Il a également présenté les arguments subsidiaires suivants : (i) les dommages-intérêts accordés pour la détresse émotionnelle étaient exorbitants; (ii) l'indemnisation des pertes de capacité de gain antérieure et ultérieure était sans fondement; (iii) l'octroi de l'intérêt avant jugement était contraire à la loi. Contestant l'évaluation du préjudice par le juge de première instance et alléguant que, avec l'intérêt avant jugement, il avait droit à des dommages-intérêts de 527 000 \$, H.L. a formé un pourvoi incident.

Dans ses motifs rendus au nom de la Cour d'appel, après un examen des dispositions applicables aux appels et à leur règlement dans la province de la Saskatchewan, le juge Cameron est arrivé à la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Lorsque la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant sans jury est portée en appel sur le fondement de l'al. 7(2)a) et de l'art. 13 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la Cour d'appel doit, suivant l'art. 14 de cette loi, réentendre l'affaire en fonction des motifs d'appel et se former sa propre opinion en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d'un témoin est en cause, tout en jouissant de l'entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et rendre une décision en conséquence

(*H.L. c. Canada (Attorney General)* (2002), 227 Sask. R. 165, 2002 SKCA 131, par. 77) (« *H.L. (C.A.)* »)

En tirant cette conclusion, le juge Cameron était conscient du fossé qui se creusait entre les paramètres découlant des normes générales de révision en appel et ceux prévus par la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* pour le règlement d'un appel. Il a néanmoins

maintained that while, in other provinces, appeal may be by way of review for error, in Saskatchewan, appeals have traditionally been and today still are by way of rehearing.

Turning to the grounds of appeal advanced by the parties, Cameron J.A. dismissed the Attorney General of Canada's appeal as it related to the trial judge's conclusion that the Government of Canada was vicariously liable, entitling H.L. to \$80,000 in non-pecuniary damages. However, Cameron J.A. allowed the Attorney General of Canada's appeal in relation to the trial judge's awards of pecuniary damages for past and future loss of earning capacity and pre-judgment interest. As to the pecuniary damages award, Cameron J.A., taking his own view of the evidence, concluded that the basic evidentiary foundation for the award was lacking. In addition to this fundamental error, Cameron J.A. also found that the trial judge erred in four respects in his calculation of the award: (i) the trial judge failed to consider the plaintiff's duty to mitigate; (ii) he unreasonably concluded that the plaintiff did not have a "crumbling skull" and therefore attributed too much to Starr's wrongful acts in his assessment of pecuniary damages; (iii) he did not reduce the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated; and (iv) he failed to account for the social assistance payments H.L. received during the relevant period.

As for H.L.'s cross-appeal, Cameron J.A. dismissed it except as it related to H.L.'s claim of damages for the cost of future care. The court allowed H.L.'s appeal in this regard, and awarded him \$6,500.

H.L. applied to the Court of Appeal pursuant to s. 37 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, for leave to appeal to this Court on the following grounds:

- (1) What is the correct standard of review of the appellate court of a province, and is that standard different for the appellate court of Saskatchewan?

opiné que même si, dans les autres provinces, il peut donner lieu à un contrôle d'erreur, en Saskatchewan, le règlement d'un appel s'effectue encore et toujours par voie de nouvelle audition.

Le juge Cameron a ensuite examiné les motifs d'appel invoqués par les parties. Il a rejeté l'appel du procureur général du Canada visant la conclusion du juge de première instance selon laquelle le gouvernement du Canada était responsable des actes de M. Starr et H.L. avait droit à des dommages-intérêts non pécuniaires de 80 000 \$. Il a cependant accueilli l'appel quant aux dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de capacité de gain antérieure et ultérieure, et à l'intérêt avant jugement. En ce qui concerne les dommages-intérêts pécuniaires, le juge Cameron, se fondant sur sa propre appréciation de la preuve, a conclu que leur montant ne s'appuyait sur aucun élément de preuve. Outre cette erreur fondamentale, il a estimé que le juge de première instance avait commis quatre erreurs dans le calcul de la somme accordée : (i) il n'avait pas pris en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice; (ii) il avait conclu, de manière déraisonnable, que la vulnérabilité du demandeur n'était pas déjà active, de sorte qu'il avait accordé trop d'importance aux actes répréhensibles de M. Starr en établissant les dommages-intérêts pécuniaires; (iii) il n'avait pas retranché de la période considérée le temps que H.L. avait passé en prison; (iv) il n'avait pas tenu compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant cette période.

Quant à l'appel incident de H.L., le juge Cameron l'a rejeté sauf en ce qui concerne les soins futurs, pour lesquels il lui a accordé 6 500 \$ à titre de dommages-intérêts.

Sur le fondement de l'art. 37 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, H.L. a demandé à la Cour d'appel l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour relativement aux questions suivantes :

- (1) Quelle norme de révision la cour d'appel d'une province doit-elle appliquer, et cette norme est-elle différente pour la Cour d'appel de la Saskatchewan?

169

170

171

(2) Did the Saskatchewan Court of Appeal misapply that standard regarding:

- a) expert witnesses;
- b) pecuniary damages?

172

In his reasons for judgment on the application, Bayda C.J.S. noted that the scope of the Court of Appeal's powers was uncertain at present and that this controversy must be resolved: (2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78. Therefore, he granted H.L. leave to appeal to this Court on the grounds stipulated. He also granted the Attorney General of Canada leave to cross-appeal on the ground that the court erred in its determination that the Government of Canada was vicariously liable for Starr's acts; however, the Attorney General of Canada discontinued the cross-appeal, and it was not argued before us.

IV. Analysis

A. *The Nature and Standard of Appellate Review in Saskatchewan for Questions of Fact*

(1) Introduction

173

Before beginning my analysis regarding my view of the applicable standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact, it is necessary to clarify what I respectfully perceive to be some confusion unfortunately apparent regarding the meaning of the term "appeal by way of rehearing".

174

Because the word "rehearing" can be used in a number of different senses, to avoid confusion three situations need to be identified and explained: (1) appeal by way of review (for error); (2) appeal by way of rehearing; and (3) a rehearing which is a new trial or occasionally a new appeal, also known as a *de novo* hearing: see A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), at pp. 761-62. On an appeal by way of review, the appeal court's duty is limited to a review of the lower court's decision, and it may only interfere in limited circumstances identified by reference to the standard of review applicable to the particular type of question before the court (i.e., questions of fact, law or mixed fact and law):

(2) La Cour d'appel de la Saskatchewan a-t-elle mal appliqué cette norme à l'égard :

- a) des témoins experts;
- b) des dommages-intérêts pécuniaires?

Dans ses motifs afférents à la demande d'autorisation, le juge en chef Bayda a fait observer que l'étendue des pouvoirs de la Cour d'appel était alors incertaine et que la question devait être résolue : (2003), 238 Sask. R. 167, 2003 SKCA 78. Il a donc accueilli la demande d'autorisation de pourvoi de H.L. pour les motifs indiqués. Il a également autorisé le procureur général du Canada à former un pourvoi incident au motif que la Cour d'appel aurait eu tort de conclure à la responsabilité du gouvernement du Canada pour les actes de M. Starr; abandonné, l'appel incident n'a toutefois pas été plaidé devant nous.

IV. Analyse

A. *La nature de la révision en appel et la norme de révision en appel applicable à l'égard d'une question de fait en Saskatchewan*

(1) Introduction

Avant d'entreprendre l'analyse de la norme de révision en appel applicable à l'égard d'une question de fait en Saskatchewan, quelques éclaircissements s'imposent pour dissiper la confusion que semble malheureusement créer l'expression « appel par voie de nouvelle audition ».

Étant donné que l'expression « nouvelle audition » ou « nouvelle audience » (« *rehearing* ») peut être employée dans plusieurs sens différents, afin d'éviter toute confusion, des précisions s'imposent sur les trois procédures d'appel : (1) le contrôle d'erreur; (2) la nouvelle audition; (3) la nouvelle audition consistant à instruire l'affaire à nouveau ou, à l'occasion, à reprendre l'appel, également appelée audition *de novo* : voir A. A. S. Zuckerman, *Civil Procedure* (2003), p. 761-762. Dans le cadre d'un appel par voie de contrôle, la cour d'appel doit s'en tenir à l'examen de la décision du tribunal inférieur et ne peut intervenir qu'à certaines conditions, selon la norme de contrôle applicable au type de question dont elle

Zuckerman, at p. 762. In general, in Canada appeals are conducted by way of review: see, e.g., *Housen*.

In contrast, on an appeal by way of rehearing, the court is not limited to a scrutiny of the lower court's decision but is expected to form its own judgment on the issues: Zuckerman, at p. 769. In the case at bar, the Saskatchewan Court of Appeal held that this is the type of appeal that is available for civil matters tried by a judge alone in that province. In its reasons for judgment, the Court of Appeal described the difference between an appeal by way of rehearing and an appeal by way of review for error as follows:

Rehearing is oriented to the decision upon the merits of the case. Review for error is oriented to the process by which the decision is made.

(*H.L. (C.A.)*, at para. 86)

Finally, an appeal by way of rehearing must be distinguished from the last category of appeal types — an appeal by way of a hearing *de novo*. As recently noted by the Australian High Court, an appeal by way of rehearing does not involve a completely fresh hearing by the appellate court of all the evidence: see *Fox v. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22, at para. 22. Instead, the court “proceeds on the basis of the record and any fresh evidence that, exceptionally, it admits”.

It is especially important not to conflate the concept of an appeal by way of rehearing with an actual rehearing or a “retrial” (a.k.a. an appeal by way of a hearing *de novo*); however, with respect, it appears to me that in certain passages in his reasons for judgment in this case, my colleague Fish J. may have done so. For instance, at para. 15 of his reasons, Fish J. states that “[n]othing in the record before us, in the relevant provisions of the Act, nor in the Court of Appeal’s own earlier appreciation of its proper role suggests to me that it has now been invested with a general jurisdiction to ‘rehear’ trials — that is, to apply a ‘rehearing’ standard when it reviews judgments at trial.” As explained above, it is my view that there is a significant difference between “rehearing” trials (i.e., conducting a *de novo* hearing) and

est saisie (question de fait, de droit ou mixte de fait et de droit) : Zuckerman, p. 762. Au Canada, l’appel est généralement instruit par voie de contrôle : voir p. ex. l’arrêt *Housen*.

Par contre, lorsqu’elle procède par voie de nouvelle audition, la cour d’appel n’est pas confinée à l’examen de la décision du tribunal inférieur, mais doit se former sa propre opinion sur les questions en litige : Zuckerman, p. 769. En l’espèce, la Cour d’appel de la Saskatchewan a statué que telle était la procédure d’appel applicable à une affaire civile instruite par un juge seul dans cette province. Dans ses motifs, la Cour d’appel a distingué l’appel par voie de nouvelle audition de l’appel par voie de contrôle d’erreur :

[TRADUCTION] La nouvelle audition vise la décision au fond. Le contrôle d’erreur vise la procédure à l’issue de laquelle la décision est rendue.

(*H.L. (C.A.)*, par. 86)

Enfin, l’appel par voie de nouvelle audition doit être distingué d’avec l’appel par voie d’audition *de novo*. Comme l’a récemment indiqué la Haute Cour d’Australie, l’appel par voie de nouvelle audition ne suppose pas que l’on réentende l’ensemble de la preuve : voir *Fox c. Percy* (2003), 214 C.L.R. 118, [2003] HCA 22, par. 22. En fait, la cour d’appel [TRADUCTION] « se fonde sur le dossier et sur tout nouvel élément qu’il lui arrive, exceptionnellement, d’admettre en preuve ».

Il est particulièrement important de ne pas confondre l’appel par voie de nouvelle audition avec le fait de réentendre l’affaire ou de l’instruire à nouveau (appel par voie d’audition *de novo*); cependant, en toute déférence, il me semble que mon collègue le juge Fish a pu le faire dans certains passages de ses motifs. Au paragraphe 15, par exemple, il dit que « [n]i le dossier qui nous a été présenté ni les dispositions pertinentes de la Loi ni l’appréciation de son rôle par la Cour d’appel elle-même ne me permettent de conclure que cette dernière est désormais investie du pouvoir général de “réentendre” une affaire, c’est-à-dire de se prononcer sur un jugement de première instance à l’issue d’une “nouvelle audition”. » Comme je l’explique précédemment, je crois qu’il existe une grande différence entre « réentendre »

175

176

177

applying a “rehearing” standard when reviewing judgments at trial (i.e., conducting an appeal by way of “rehearing”).

178

Similarly, at para. 52 of his reasons, Fish J. notes that “[i]n the absence of a clear statutory mandate to the contrary, appellate courts do not ‘rehear’ or ‘retry’ cases.” As briefly noted above, in the case at bar, the Court of Appeal concluded that, in Saskatchewan, on an appeal from a decision of a trial judge without a jury, the appeal is by way of rehearing, the Court of Appeal being directed to “make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from, and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inferences from the facts proved or admitted, and to decide accordingly”: *H.L.* (C.A.), at para. 77 (emphasis added). In my opinion, in *H.L.* (C.A.), it is clear that when the Court of Appeal asserted that appeals in Saskatchewan are heard by way of rehearing, it was not claiming it has the power to conduct retrials or *de novo* hearings; rather, it was saying that it was not limited to a review of the lower court’s decision but could instead direct its attention to the merits of the case (para. 86). I would immediately note that this language can be somewhat confusing because, as I shall explain later, a Court of Appeal will only interfere where it finds that the trial judge committed some error. There is always a degree of deference to trial judges in an appeal by way of rehearing.

179

With this semantic issue hopefully clarified, I will proceed with my analysis of the applicable standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact. I will begin with a review of the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000* at issue in this appeal — namely ss. 7(2)(a) and 13, which pertain to the right of appeal, and ss. 12 and 14, which pertain to the powers of the Court of Appeal to act on that right — and I will apply the modern interpretation rule set out by E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87, to ss. 13 and 14

une affaire (tenue d’une audition *de novo*) et réviser un jugement de première instance au regard de la norme de la « nouvelle audition » (instruction d’un appel par voie de « nouvelle audition »).

De même, au par. 52 de ses motifs, le juge Fish signale que, « [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”. » Comme je l’ai déjà expliqué brièvement, la Cour d’appel a conclu en l’espèce que, en Saskatchewan, l’appel de la décision d’un juge de première instance siégeant sans jury était instruit par voie de nouvelle audition. Il lui incombait alors de [TRADUCTION] « se former sa propre opinion en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d’un témoin est en cause, tout en jouissant de l’entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et [de] rendre une décision en conséquence » : *H.L.* (C.A.), par. 77 (je souligne). Il me paraît clair qu’en affirmant ainsi que l’appel était instruit par voie de nouvelle audition en Saskatchewan, la Cour d’appel ne prétendait pas pouvoir reprendre le procès ou procéder à une audition *de novo*. Elle disait plutôt que son rôle n’était pas limité au contrôle de la décision du tribunal inférieur, mais qu’elle pouvait au contraire se pencher sur le fond de l’affaire (par. 86). Je signale d’emblée que ces propos peuvent quelque peu prêter à confusion parce que, comme je l’explique plus loin, une cour d’appel n’intervient que si elle estime que le juge de première instance a commis une erreur. Un certain degré de déférence envers le juge de première instance s’impose toujours dans un appel par voie de nouvelle audition.

Ce problème de sémantique étant, je l’espère, résolu, je me penche maintenant sur la norme de révision en appel applicable à une question de fait dans la province en cause. J’examinerai tout d’abord les dispositions de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* visées en l’espèce — soit l’al. 7(2)a) et l’art. 13, relatifs au droit d’appel, et les art. 12 et 14, portant sur le pouvoir de la Cour d’appel de donner suite à l’exercice de ce droit —, puis j’appliquerai aux art. 13 et 14 la règle d’interprétation moderne énoncée par E. A. Driedger dans *Construction of Statutes*

in particular in order to determine if they vest the Saskatchewan Court of Appeal with the jurisdiction to conduct appeals by way of rehearing or by way of review for error. After identifying the nature of appellate review in Saskatchewan, I will consider the effect of judicial policy concerns in relation to the court's exercise of its review powers in certain circumstances. I will then offer my conclusion regarding the standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact, and I will endeavour to reconcile past jurisprudence with this conclusion.

(2) Statutory Framework

(a) *Background*

Before commencing my analysis of the appropriate interpretation of the statutory provisions at issue in this appeal, it is necessary to make note of two background points that will influence my reasoning in this regard.

First, as noted by La Forest J. in *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53, at pp. 69-70:

Appeals are solely creatures of statute; see *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, at p. 1773. There is no inherent jurisdiction in any appeal court. Nowadays, however, this basic proposition tends at times to be forgotten. Appeals to appellate courts and to the Supreme Court of Canada have become so established and routine that there is a widespread expectation that there must be some way to appeal the decision of a court of first instance. But it remains true that there is no right of appeal on any matter unless provided for by the relevant legislature.

(See also *Fox v. Percy*, at para. 20.)

Because appeals are creatures of statute, legislative — not judicial — policy choice must be considered paramount: see, e.g., *Farm Credit Corp. v. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100, at para. 34. Moreover, because appeals in civil cases are founded on provincial legislation, which may vary from one province to another, it must be accepted that the rights of appeal and the powers of the court to act on those rights will not necessarily be uniform across

(2^e éd. 1983), p. 87, afin de déterminer s'ils confèrent à la Cour d'appel de la Saskatchewan le pouvoir d'instruire un appel par voie de nouvelle audition ou par voie de contrôle d'erreur. Une fois déterminée la nature de la révision en appel en Saskatchewan, j'examinerai l'incidence des considérations de politique judiciaire sur l'exercice du pouvoir de révision de la Cour d'appel dans certaines circonstances. J'exposerai ensuite ma conclusion sur la norme de révision en appel applicable à une question de fait en Saskatchewan, puis je m'efforcerai de la concilier avec la jurisprudence existante.

(2) Cadre législatif

a) *Contexte*

Avant de me pencher sur la juste interprétation des dispositions législatives en cause, deux éléments de contexte qui influenceront mon raisonnement doivent être signalés.

Premièrement, comme l'a fait observer le juge La Forest dans l'arrêt *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53, p. 69-70 :

Les appels ne sont qu'une création de la loi écrite; voir l'arrêt *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, à la p. 1773. Une cour d'appel ne possède pas de compétence inhérente. De nos jours toutefois, on a parfois tendance à oublier ce principe fondamental. Les appels devant les cours d'appel et la Cour suprême du Canada sont devenus si courants que l'on s'attend généralement à ce qu'il existe un moyen quelconque d'en appeler de la décision d'un tribunal de première instance. Toutefois, il demeure qu'il n'existe pas de droit d'appel sur une question sauf si le législateur compétent l'a prévu.

(Voir également *Fox c. Percy*, par. 20.)

L'appel étant une création de la loi, le choix de politique législative, et non judiciaire, doit primer : voir, p. ex., *Farm Credit Corp. c. Valley Beef Producers Co-operative Ltd.* (2002), 223 Sask. R. 236, 2002 SKCA 100, par. 34. En outre, étant donné que l'appel civil a ses assises dans les lois provinciales et que celles-ci peuvent varier d'une province à l'autre, il faut accepter que le droit d'appel et le pouvoir de la cour d'appel de donner suite à l'exercice de ce droit ne seront pas nécessairement les mêmes dans tout

180

181

the country. Thus, when considering the appropriate interpretation of statutory appeal provisions, such as those at issue in this case, it is necessary to have regard for such statutory variations and differences in appeal traditions as may exist between provinces: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 36.

182 Second, s. 10 of *The Interpretation Act, 1995*, S.S. 1995, c. I-11.2, reads as follows:

Every enactment shall be interpreted as being remedial and shall be given the fair, large and liberal construction and interpretation that best ensure the attainment of its objects.

As noted by the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative*, s. 10 of *The Interpretation Act* tells us that the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000*, including those pertaining to both the right of appeal and the powers of the court, must be “construed and interpreted liberally to the end of fulfilling their legislative objectives or, to put it another way, to the ultimate end of implementing the legislative policy they reflect”: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 43; see also *H.L. (C.A.)*, at para. 14.

(b) *Statutory Provisions at Issue*

183 The following provisions of *The Court of Appeal Act, 2000* are at issue in this appeal:

7...

(2) Subject to subsection (3) and section 8, an appeal lies to the court from a decision:

(a) of the Court of Queen’s Bench or a judge of that court;

12(1) On an appeal, the court may:

- (a) allow the appeal in whole or in part;
- (b) dismiss the appeal;
- (c) order a new trial;
- (d) make any decision that could have been made by the court or tribunal appealed from;

le pays. Ainsi, pour dégager la juste interprétation de dispositions législatives en la matière, comme celles visées en l’espèce, il faut tenir compte des variations et des différences existant d’une province à l’autre au chapitre des dispositions et des usages en matière d’appel : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 36.

Deuxièmement, l’art. 10 de la *Loi d’interprétation de 1995*, L.S. 1995, ch. I-11,2, est libellé comme suit :

Chaque texte est censé apporter une solution de droit et s’interprète de la manière la plus équitable et la plus large et libérale qui soit compatible avec la réalisation de son objet.

Comme l’a fait remarquer la Cour d’appel dans *Valley Beef Producers Co-operative*, suivant l’art. 10 de la *Loi d’interprétation*, les dispositions de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, notamment celles se rapportant au droit d’appel et aux pouvoirs de la Cour d’appel, doivent être [TRADUCTION] « interprétées largement afin de favoriser la réalisation de l’objectif législatif, c’est-à-dire la mise en œuvre ultime de la politique législative qui les sous-tend » : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 43; voir aussi *H.L. (C.A.)*, par. 14.

b) *Dispositions législatives en cause*

Les dispositions suivantes de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* sont en cause dans le présent pourvoi :

7...

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et de l’article 8, appel peut être interjeté à la Cour d’une décision :

a) de la Cour du Banc de la Reine ou d’un juge de cette cour;

12(1) Sur appel, la Cour peut :

- a) accueillir l’appel en tout ou en partie;
- b) rejeter l’appel;
- c) ordonner la tenue d’un nouveau procès;
- d) rendre toute décision qui aurait pu être rendue par la Cour ou le tribunal qui a prononcé la décision frappée d’appel;

(e) impose reasonable terms and conditions in a decision; and

(f) make any additional decision that it considers just.

(2) Where the court sets aside damages assessed by a jury, the court may assess any damages that the jury could have assessed.

13 Where issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury, any party is entitled to move against the decision of the trial judge, by motion for a new trial or otherwise:

(a) within the same time that is allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury; and

(b) on the same grounds, including objections against the sufficiency of the evidence, or the view of the evidence taken by the trial judge, that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury.

14 On an appeal from, or on a motion against, the decision of a trial judge or on any rehearing, the court is not obliged to grant a new trial or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced.

Sections 7(2)(a) and 13 pertain to the right of appeal and ss. 12 and 14 pertain to the powers of the court. In the course of my analysis of the statutory provisions at issue, I will focus on s. 13 of the Act, given that it specifically pertains to the right of appeal when issues of fact have been tried by a judge alone and that the particular issue in this appeal is the standard of appellate review for questions of fact, and s. 14, given that it provides the remedy associated with the right conferred by s. 13.

(c) *Did the Province Act Within Its Authority When It Enacted The Court of Appeal Act, 2000?*

Before commencing the substantive portion of my analysis of the appropriate interpretation of the statutory provisions at issue in this appeal, as a preliminary point, it is important to note that the Saskatchewan legislature acted within its authority

e) assortir une décision de modalités et de conditions raisonnables;

f) rendre toute autre décision qu'elle estime juste.

(2) Lorsqu'elle annule des dommages-intérêts adjugés par un jury, la Cour peut évaluer tous dommages-intérêts que le jury aurait pu évaluer.

13 Lorsqu'un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts, une partie peut attaquer la décision, notamment par voie de motion visant la tenue d'un nouveau procès :

a) dans le même délai que celui qui est prévu dans les cas où le procès a été tenu devant jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury;

b) pour les mêmes moyens, y compris pour insuffisance de preuve ou en raison des conclusions qu'en a tirées le juge, que ceux qui sont autorisés dans les cas où le procès a été tenu devant jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury.

14 Lorsque la décision d'un juge du procès est portée en appel ou qu'une motion est présentée à cet égard, ou lors d'une nouvelle audience, la Cour n'est pas tenue d'ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve. La Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles et rendre la décision qu'aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès.

L'alinéa 7(2)a) et l'art. 13 touchent au droit d'appel, et les art. 12 et 14, aux pouvoirs de la Cour d'appel. Je mettrai l'accent sur l'art. 13, étant donné qu'il établit précisément le droit d'appel conféré lorsqu'un juge seul s'est prononcé sur une question de fait et que le litige porte en l'espèce sur la norme de révision en appel applicable à une question de fait, ainsi que sur l'art. 14, qui prévoit les mesures à prendre relativement au droit conféré à l'art. 13.

(c) *La province avait-elle compétence pour adopter la Loi de 2000 sur la Cour d'appel?*

Avant d'aborder la question substantielle de la juste interprétation des dispositions législatives en cause dans le présent pourvoi, il importe de préciser que le législateur de la Saskatchewan avait le pouvoir d'adopter la *Loi de 2000 sur la Cour*

when it enacted *The Court of Appeal Act, 2000*. Specifically, the constitutional authority for this Act is founded on the exclusive provincial jurisdiction over property and civil rights and the administration of justice: see *Constitution Act, 1867*, ss. 92(13) and 92(14). Although I made note of this point earlier, in my view it is also important to reiterate here that, because appeal rights and powers for civil matters are generally a matter of provincial jurisdiction, the different common law jurisdictions across Canada need not have the same nature or standards of appellate review. As noted by the Attorney General of Canada in his written submissions, just as it is with all of the heads of provincial power under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*, the exercise of the power over property and civil rights and the administration of justice is destined to result in different approaches to similar issues. One need only look to the various provincial statutes pertaining to limitation of actions, contributory negligence, juries and no-fault accident insurance schemes as examples of this. Therefore, in my view it is clear that inter-provincial variation in the nature and standards of appellate review is both possible and acceptable in our federal system.

(d) *Statutory Interpretation*

186 A determination of the standard of appellate review in Saskatchewan for questions of fact turns on the interpretation given to the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000* quoted above. On numerous occasions, this Court has confirmed that the preferred approach to statutory interpretation is that set out by Driedger, at p. 87:

Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament.

187 Despite this Court's adherence to this approach to statutory interpretation, as noted by this Court in *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 84, 2002 SCC 3, at para. 28, the interpretive factors enumerated by

d'appel. En fait, son fondement constitutionnel résidait dans la compétence exclusive des provinces en matière de propriété et de droits civils et d'administration de la justice : voir la *Loi constitutionnelle de 1867*, par. 92(13) et (14). Il m'apparaît aussi important de rappeler, dans la mesure où les droits et les pouvoirs en matière civile relèvent généralement de la compétence provinciale, que ni la nature de la révision en appel ni les normes de révision en appel n'ont à être les mêmes dans les différents ressorts de common law du Canada. Le procureur général du Canada l'a également signalé dans son mémoire, l'exercice des pouvoirs en matière de propriété et de droits civils et d'administration de la justice, comme de tous ceux qui sont énumérés à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, apporte nécessairement des solutions différentes à des problèmes semblables. Il suffit pour s'en convaincre de consulter les lois provinciales sur la prescription, la négligence contributive, les jurys et l'assurance-accidents sans égard à la responsabilité. À mon avis, il est donc clair que la variation, d'une province à l'autre, de la nature de la révision en appel et des normes de révision en appel est possible et acceptable dans notre système fédéral.

d) *Interprétation législative*

La norme de révision applicable en appel à l'égard d'une question de fait en Saskatchewan dépend de la manière dont on interprète les dispositions précitées de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*. Notre Cour a dit maintes fois que la méthode d'interprétation à privilégier est celle qu'énonce Driedger, à la p. 87 :

[TRADUCTION] Aujourd'hui, il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Notre Cour adhère certes à cette méthode, mais point n'est besoin d'appliquer à la lettre les facteurs d'interprétation énumérés par Driedger, d'autant qu'ils sont étroitement liés et interdépendants : *Chieu c. Canada (Ministre de la*

Driedger need not be applied in a formulaic fashion, particularly because they are closely related and interdependent.

As explained earlier, in the course of my analysis of the appropriate interpretation of the statutory provisions at issue in this appeal, I will focus on ss. 13 and 14 the Act. I will first consider the grammatical and ordinary sense of the words used in these two sections. I will then proceed to read these sections in their broader context. This inquiry will include an examination of (i) the object of the Act, (ii) the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for the business of appeal, and (iii) the historical foundations of the Act.

(i) Grammatical and Ordinary Sense

1. *Section 13*

Section 13 augments the right of appeal conferred by s. 7(2)(a), “[w]here issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury.” In particular, s. 13(b) sets out the grounds upon which a party can object to the decision of the trial judge. On an ordinary and grammatical reading of this paragraph, it is clear that it sets out two distinct grounds. First, s. 13(b) incorporates by reference the same grounds of objection that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury, including the sufficiency of the evidence. Second, para. (b) expands the scope of an appeal from a decision of a judge alone beyond the scope of an application for a new trial following a trial by jury by entitling a party to object to the view of the evidence taken by the trial judge. The fact that s. 13(b) provides a party with two discrete grounds for objection is supported by the legislature’s use of the word “or” between “the sufficiency of the evidence” and “the view of the evidence taken by the trial judge”. As noted by the Court of Appeal, because the two grounds for objection are expressed in the alternative, given the presumption against tautology, they are presumed not to be saying the same thing: *H.L. (C.A.)*, at para. 22; see also R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 158-62.

Citoyenneté et de l’Immigration), [2002] 1 R.C.S. 84, 2002 CSC 3, par. 28.

Je l’ai déjà dit, mon analyse de la juste interprétation des dispositions législatives en cause porte essentiellement sur les art. 13 et 14 de la Loi. J’examinerai d’abord le sens grammatical et ordinaire des mots qui y sont employés, puis j’interpréterai ces dispositions dans leur contexte général. L’examen portera sur (i) l’objet de la Loi, (ii) l’objet des dispositions établissant le cadre législatif de l’appel et (iii) les fondements historiques de la Loi.

(i) Sens grammatical et ordinaire

1. *Article 13*

L’article 13 ajoute au droit d’appel que confère l’al. 7(2)a « [I]orsqu’un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts. » Plus particulièrement, l’al. 13b) précise les moyens pour lesquels une partie peut attaquer la décision du juge de première instance. Selon le sens ordinaire et grammatical des mots qui y sont employés, deux moyens se dessinent clairement. Premièrement, l’al. 13b) intègre par renvoi les moyens de contestation autorisés lorsque le procès a eu lieu devant un jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury, y compris l’insuffisance de la preuve. Deuxièmement, il confère à l’appel formé contre la décision d’un juge seul une portée plus grande que celle de la demande d’un nouveau procès après le verdict d’un jury en permettant à une partie de contester les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve. La conclusion que l’al. 13b) confère deux moyens distincts s’appuie sur l’emploi de la conjonction « ou » entre « pour insuffisance de preuve » et « en raison des conclusions qu’en a tirées le juge ». Comme l’a signalé la Cour d’appel, les deux moyens étant énoncés dans une alternative et l’absence de tautologie étant présumée, les deux motifs ne sont pas censés être synonymes : *H.L. (C.A.)*, par. 22; voir aussi R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 158-162.

2. Section 14

190 On an ordinary reading of s. 14, it is clear that it relieves the court of any obligation “to adopt the view of the evidence taken by the trial judge” and directs the court in imperative terms to “act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves”. The section then goes on to empower the court in permissive terms to “draw inferences of fact” and to “pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced”: see also *H.L. (C.A.)*, at paras. 28 and 63.

191 For reasons that will be more fully explained below, I agree with the Court of Appeal that the nature of powers conferred on the court by s. 14, in light of the right of appeal established by s. 13, are associated with appeal by way of rehearing and not retrial or review for error as generally understood. Not only do I agree with the Court of Appeal’s understanding of the nature of the powers conferred on the court by s. 14, I also respectfully disagree with Fish J.’s reading of this section in two respects.

192 First, at para. 82 of his reasons, Fish J. focuses on the use of the word “rehearing” in s. 14 and concludes that, given the context of the Act and especially s. 16(1), it is clear that this does not confer on the Court of Appeal the power to “rehear” trials; it simply provides that the powers available to the court on an appeal are available on the rehearing of an appeal, which would occur in the event of the resignation of two or more judges who heard the initial appeal, for example.

193 As a preliminary point, and with respect, I wish to re-emphasize that, contrary to Fish J.’s assertion in para. 82 and elsewhere, the Court of Appeal did not claim it had the power to “rehear” trials; it claimed it had the power to conduct an appeal by way of rehearing rather than review for error. Semantic issues aside, I agree with Fish J. that s. 14 does provide that the powers available to the court on an appeal are available on the rehearing of an appeal. However, I do not agree that the use of the word “rehearing” in s. 14 assists in determining the nature of appellate review in Saskatchewan. In my

2. Article 14

Selon le sens ordinaire des mots qui y sont employés, l’art. 14 soustrait manifestement la Cour d’appel à l’obligation « d’accepter les conclusions que le juge du procès a tirées de la preuve » et lui enjoint impérativement de « se détermine[r] en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve ». L’article prévoit ensuite que la Cour d’appel peut « tirer [d]es inférences factuelles » et « rendre la décision qu’aurait dû rendre, à son avis, le juge du procès » : voir aussi *H.L. (C.A.)*, par. 28 et 63.

Pour les plus amples motifs exposés ci-après, je conviens avec la Cour d’appel que les pouvoirs qui lui sont conférés à l’art. 14, compte tenu du droit d’appel prévu à l’art. 13, sont propres à l’appel par voie de nouvelle audition, et non à la reprise de l’instruction ni au contrôle d’erreur au sens où on l’entend généralement. Non seulement je partage l’avis de la Cour d’appel sur la nature des pouvoirs que lui accorde l’art. 14, mais, en toute déférence, je ne peux souscrire à l’interprétation de cette disposition que préconise le juge Fish, et ce, pour deux raisons.

Premièrement, au par. 82 de ses motifs, le juge Fish relève l’emploi de l’expression « nouvelle audience » à l’art. 14 et conclut, au vu de l’ensemble de la Loi et du par. 16(1) en particulier, que la Cour d’appel n’a manifestement pas le pouvoir de « réentendre » une affaire. Selon lui, l’art. 14 dit simplement que les pouvoirs dont elle dispose en appel peuvent être exercés lors de la nouvelle audition d’un appel devenue nécessaire, par exemple, après la démission d’au moins deux des juges qui ont entendu l’appel initial.

À titre préliminaire et malgré tout le respect que je dois au juge Fish, je rappelle que, contrairement à ce qu’il dit dans ses motifs, au par. 82 notamment, la Cour d’appel n’a pas prétendu avoir le pouvoir de « réentendre » une affaire; elle a dit pouvoir instruire un appel par voie de nouvelle audition plutôt que par voie de contrôle d’erreur. Abstraction faite des questions de sémantique, je partage l’opinion du juge Fish selon laquelle l’art. 14 prévoit effectivement que les pouvoirs dont dispose la Cour d’appel lors d’un appel peuvent être exercés lors de la nouvelle audition d’un appel. Cependant, je ne pense pas que

respectful view, the use of the word “rehearing” in s. 14 is a “red herring”, so to speak, in that it is not relevant to an inquiry into the nature of appellate review in Saskatchewan. In order to determine the nature of appellate review in Saskatchewan (i.e., whether appeals are conducted by way of rehearing or review for error), one must examine the powers conferred on the court by s. 14 from a functional perspective. As I will explain later, when viewed functionally, it is clear that the powers conferred by s. 14 vest the court with the power to conduct an appeal by way of rehearing.

I also respectfully take issue with Fish J.’s use of other provincial statutes to read down *The Court of Appeal Act, 2000*. For instance, at para. 87, Fish J. states:

... I think it evident that the jurisdiction of the Saskatchewan Court of Appeal to review inferences of fact drawn by the trial judge is hardly exceptional, let alone unique. Other provincial or territorial courts of appeal are granted similar powers, expressly or implicitly, by their governing statutes. The *2000 Act* simply sets out those powers in more detail than some.

As noted previously, interprovincial variation in the nature and standards of appellate review is acceptable in our federal system, and I agree with the Court of Appeal’s reasoning in this regard:

The provinces, of course, constitute discrete jurisdictions for the purpose at hand. Hence, the nature of appeal may differ from one jurisdiction to the next. So, too, may the right of appeal, which may be more or less limited, and the powers of the appeal courts, which may be more or less extensive. It is well to bear this in mind so as not to inadvertently import something from another jurisdiction which, however apt in that jurisdiction, may be inapt in this one.

(*H.L. (C.A.)*, at para. 31)

On an ordinary reading of s. 14 of the Act, this section frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and empowers it to draw its own inferences of fact. In my view, the powers conferred on the court by s. 14 are associated with an appeal by way of rehearing, and this makes the Saskatchewan Act unique. In

l’emploi de l’expression « nouvelle audience » à l’art. 14 doit être pris en considération pour déterminer la nature de la révision en appel en Saskatchewan. À mon humble avis, il s’agit en quelque sorte d’un leurre, cette expression n’étant pas pertinente à cet égard. Pour déterminer si les appels sont réglés par voie de nouvelle audition ou de contrôle d’erreur, il faut examiner d’un point de vue fonctionnel les pouvoirs conférés à l’art. 14. Comme je l’explique plus loin, de ce point de vue, il ne fait aucun doute que l’art. 14 confère à la Cour d’appel le pouvoir d’instruire un appel par voie de nouvelle audition.

En toute déférence, je ne suis pas d’accord non plus avec l’utilisation, par le juge Fish, des lois d’autres provinces pour interpréter la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*. Il dit par exemple au par. 87 :

Il me paraît donc évident que le pouvoir de la Cour d’appel de la Saskatchewan de réviser les inférences de fait tirées par le juge de première instance est loin d’être exceptionnel, encore moins unique. D’autres cours d’appel provinciales ou territoriales sont expressément ou implicitement investies de pouvoirs similaires par leurs lois constitutives. La *Loi de 2000* énonce simplement ces pouvoirs plus en détail . . .

Comme je l’ai déjà mentionné, notre système fédéral admet que la nature de la révision en appel et les normes de révision en appel diffèrent d’une province à l’autre, et je fais mien le raisonnement de la Cour d’appel à cet égard :

[TRADUCTION] Il va de soi que les provinces constituent des ressorts distincts quant à la question qui nous intéresse. La nature de la révision en appel peut ainsi varier de l’une à l’autre. Il en va de même du droit d’appel, qui peut être plus ou moins limité, et des pouvoirs des cours d’appel, qui peuvent être plus ou moins étendus. Il faut se le rappeler afin de ne pas importer par inadvertance un élément qui n’est approprié que dans un autre ressort.

(*H.L. (C.A.)*, par. 31)

Suivant le sens ordinaire de l’art. 14 de la Loi, la Cour d’appel n’a pas à faire siennes les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et peut tirer ses propres inférences de fait. Selon moi, les pouvoirs que cet article confère à la Cour d’appel participent de la nature d’un appel par voie de nouvelle audition, ce qui rend unique le régime de

194

195

196

fact, these powers were once described by Gordon J.A. in *Hallberg v. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538 (Sask. C.A.), at p. 544, as “the widest powers given an appellate court in Canada”. Moreover, I agree with the intervener Attorney General for Saskatchewan that a review of the statutes governing the powers of other appellate courts in Canada today confirms that no other jurisdiction in Canada has a provision equivalent to s. 14. For instance, while British Columbia, Alberta, Manitoba, Ontario and Prince Edward Island do allow their courts of appeal to draw inferences of fact, except for the British Columbia and Alberta courts of appeal, the circumstances in which they are permitted to do so are limited, and, more importantly, only the Saskatchewan legislation relieves the Court of Appeal of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves: see *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 77, s. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, r. 518(c); *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(4)(a); *The Court of Appeal Act*, R.S.M. 1987, c. C240, s. 26(2); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, c. 66, s. 56(4)(a). This does not mean that the Court of Appeal can ignore the findings of the trial judge; I will deal with this issue later.

la Saskatchewan. En fait, ces pouvoirs ont déjà été qualifiés des [TRADUCTION] « plus étendus jamais accordés à une juridiction d’appel au Canada » : *Hallberg c. Canadian National Railway Co.* (1955), 16 W.W.R. 538 (C.A. Sask.), p. 544, le juge Gordon. De plus, je conviens avec le procureur général de la Saskatchewan que l’examen des lois régissant à l’heure actuelle les pouvoirs des autres cours d’appel confirme qu’il n’existe au pays aucune disposition équivalente à l’art. 14. Par exemple, la Colombie-Britannique, l’Alberta, le Manitoba, l’Ontario et l’Île-du-Prince-Édouard autorisent bien leurs cours d’appel à tirer des inférences de fait, mais à l’exception des cours d’appel de la Colombie-Britannique et de l’Alberta, les circonstances dans lesquelles elles peuvent le faire sont limitées et, ce qui importe davantage, seule la loi de la Saskatchewan soustrait la Cour d’appel à l’obligation d’accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et lui enjoint de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve : voir *Court of Appeal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 77, par. 9(2); *Alberta Rules of Court*, Alta. Reg. 390/68, règle 518c); *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, al. 134(4)a); *Loi sur la Cour d’appel*, L.R.M. 1987, ch. C240, par. 26(2); *Supreme Court Act*, R.S.P.E.I. 1987, ch. 66, al. 56(4)a). La Cour d’appel ne peut cependant pas faire fi des conclusions du juge de première instance. J’y reviendrai.

197 Because the unique nature of appellate review in Saskatchewan is apparent on an ordinary reading of s. 14, and interprovincial variation in the nature and standards of appellate review is acceptable in our federal system, it is inappropriate to rely upon other provincial statutes to read down *The Court of Appeal Act, 2000*.

(ii) Broader Context

198 I will now proceed to examine ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000* in their broader context. In order to do so, I will explore the following contextual factors: (i) the object of the Act, (ii) the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals, and (iii) the historical foundations of the Act and ss. 13 and 14

Le sens ordinaire des mots employés à l’art. 14 faisant ressortir la singularité de l’appel en Saskatchewan et notre système fédéral admettant les différences entre les provinces en ce qui concerne la nature de la révision en appel et les normes de révision en appel, on ne peut se fonder sur les lois des autres provinces pour interpréter restrictivement la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*.

(ii) Contexte général

Je passe maintenant à l’examen des art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* dans leur contexte général. Pour ce faire, j’analyserai les facteurs contextuels suivants : (i) l’objet de la Loi, (ii) l’objet des dispositions établissant le cadre législatif de l’appel et (iii) les fondements historiques de la Loi et des art. 13 et 14 en particulier. J’en conclurai que, en

in particular. I will conclude that this contextual examination confirms that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing and not review for error.

1. *The Object of The Court of Appeal Act, 2000*

I agree with the Court of Appeal that the principal object of *The Court of Appeal Act, 2000*, “aside from continuing the Court of Appeal for Saskatchewan, is to confer rights of appeal, as in sections 7 and 13, and to empower the court to act on those rights, as in sections 12 and 14”: *H.L. (C.A.)*, at para. 11. I also agree that rights of appeal are substantive rights of major importance to persons who find themselves before the courts and tribunals, and that the fullness of a right to appeal depends on the fullness of the powers of the court to act on it (para. 13). Thus, in this context, in determining the scope of powers conferred on the Court of Appeal by the Act, it is necessary to keep in mind the object of the right of the appeal: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 45.

With this in mind, I will now turn to an examination of the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals in Saskatchewan.

2. *The Object of the Specific Legislative Provisions That Form the Statutory Framework for Appeals in Saskatchewan*

a. Section 7(2)(a)

As noted by the Court of Appeal in this case, the right of appeal conferred by s. 7(2)(a) is expressed to be subject to ss. 7(3) and 8; however, in this instance, because neither of these sections apply, s. 7(2)(a) confers an unlimited right of appeal upon a party proceeding in the Court of Queen’s Bench: *H.L. (C.A.)*, at para. 15; *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 49.

In *Valley Beef Producers Co-operative*, the Court of Appeal noted that although they are highly trained and competent, judges of the Court of Queen’s Bench may on occasion fail in relation to one or more

Saskatchewan, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non par voie de contrôle d’erreur.

1. *L’objet de la Loi de 2000 sur la Cour d’appel*

Je conviens avec la Cour d’appel que le principal objet de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, [TRADUCTION] « outre le maintien de la Cour d’appel de la Saskatchewan, est de conférer des droits d’appel (p. ex. aux art. 7 et 13) et d’investir la Cour d’appel du pouvoir de donner suite à leur exercice (p. ex. aux art. 12 et 14) » : *H.L. (C.A.)*, par. 11. Je suis aussi d’avis que le droit d’appel est un droit substantiel de grande importance pour la personne qui se retrouve devant une cour de justice ou un tribunal et que son étendue dépend de celle du pouvoir de la cour d’appel d’y donner suite (par. 13). Dans ce contexte, pour déterminer la portée du pouvoir que la Loi confère à la Cour d’appel, il faut donc se rappeler l’objet du droit d’appel : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 45.

Cela dit, je passe à l’objet des dispositions établissant le cadre législatif de l’appel en Saskatchewan.

2. *L’objet des dispositions établissant le cadre législatif de l’appel en Saskatchewan*

a. Alinéa 7(2)a)

Comme l’a signalé la Cour d’appel dans la présente affaire, le libellé de l’al. 7(2)a) prévoit que le droit d’appel conféré est assujéti au par. 7(3) et à l’art. 8. En l’espèce, toutefois, aucune de ces deux dispositions ne s’applique, de sorte que l’al. 7(2)a) confère un droit d’appel illimité à la personne qui est partie à une instance devant la Cour du Banc de la Reine : *H.L. (C.A.)*, par. 15; *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 49.

Dans *Valley Beef Producers Co-operative*, la Cour d’appel a fait remarquer que, même s’ils sont chevronnés et compétents, les juges de la Cour du Banc de la Reine peuvent parfois commettre une

199

200

201

202

components of judicial decision making, or fail on the whole to pronounce such judgment or make such order as the dispute requires: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 50. In this context, the legislature created the right of appeal found in s. 7(2)(a), the object of which is “[t]o provide parties to proceedings in the Court of Queen’s Bench with the most comprehensive and effective means of redress possible in relation to such failures.”

b. Section 13

203 As explained previously, s. 13 augments the right of appeal conferred by s. 7(2)(a), “[w]here issues of fact have been tried, or damages have been assessed, by a trial judge without a jury.” In particular, s. 13(b) sets out two distinct grounds upon which a party can object to the decision of the trial judge: (1) the same grounds of objection that are allowed in cases of trial or assessment of damages by a jury, including the sufficiency of evidence; and (2) the view of the evidence taken by the trial judge.

204 I agree with the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 63, that “the object of [this] section may be seen to lie in expanding the scope of the grounds upon which a party is entitled to object in relation to issues of fact tried by judge alone”. This strongly suggests that decisions of judges are not to be treated as the equivalent of jury verdicts in terms of the nature and standard of appellate review.

205 In sum, I agree with the Court of Appeal that in cases such as the one at bar, ss. 7(2)(a) and 13 provide parties with a facially unlimited right of appeal, which has first and foremost to do with relief from error: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 65.

c. Section 12(1)

206 As noted by the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative*, “[t]he legislature, in empowering the Court of Appeal for Saskatchewan

erreur à l’une ou à plusieurs des étapes du processus décisionnel judiciaire ou, globalement, ne pas rendre le jugement ou l’ordonnance qu’exige le règlement du litige : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 50. C’est dans ce contexte que le législateur a établi le droit d’appel prévu à l’al. 7(2)a), dont l’objet est [TRADUCTION] « [d]’offrir aux parties à une instance devant la Cour du Banc de la Reine les voies de recours les plus complètes et les plus efficaces possible à l’égard de telles erreurs. »

b. Article 13

Comme je l’ai expliqué précédemment, l’art. 13 ajoute au droit d’appel conféré à l’al. 7(2)a), « [l]orsqu’un juge du procès siégeant sans jury a rendu sa décision sur une question de fait ou évalué les dommages-intérêts. » Plus particulièrement, l’al. 13b) dispose qu’une partie peut attaquer la décision du juge de première instance : (1) pour les moyens de contestation autorisés lorsque le procès a eu lieu devant un jury ou que les dommages-intérêts ont été évalués par un jury, y compris l’insuffisance de preuve, et (2) en raison des conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve.

Je partage l’opinion de la Cour d’appel dans *Valley Beef Producers Co-operative* : [TRADUCTION] « l’on peut conclure que [cet] article vise à accroître la portée des moyens pour lesquels une partie peut contester la décision d’un juge seul portant sur une question de fait » (par. 63). Ce qui laisse clairement entendre que la décision d’un juge ne doit pas être tenue pour équivalente au verdict d’un jury en ce qui concerne la nature de la révision en appel et la norme de révision en appel.

Je conviens donc avec la Cour d’appel que dans un cas comme celui considéré en l’espèce, l’al. 7(2)a) et l’art. 13 accordent aux parties un droit d’appel à première vue illimité visant avant tout la réparation d’une erreur : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 65.

c. Paragraphe 12(1)

Comme l’a fait observer la Cour d’appel dans *Valley Beef Producers Co-operative*, [TRADUCTION] « [e]n investissant la Cour d’appel de la Saskatchewan

as it did in s. 12(1) could hardly have expressed itself in broader terms”: para. 70. In the case at bar, the Court of Appeal noted in particular the scope of clauses (d) and (f), which empower the court, in turn, to “make any decision that could have been made by the court . . . appealed from” and “make any additional decision that it considers just”. Given the nature of all judicial decision making, the Court of Appeal concluded, and I agree, that the exercise of these particular powers “entails ascertaining the material facts by one method or another, identifying the governing law, and applying the law to the facts as in the judgment of the court seems right”: *H.L. (C.A.)*, at para. 27. Besides their breadth, the powers conferred on the court by s. 12(1) are also generally remedial in nature, in that their object is to empower the court “to redress error or deficiency in relation to the resolution of the controversy in the first instance with a view to setting matters right”: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 70.

d. Section 14

As I have mentioned previously, s. 14 frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to act on its own view of what the evidence proves. In the course of so doing, the court may draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, the trial judge ought to have pronounced. In light of the clear conferral of these broad powers, I am of the view that the object of s. 14 is to relieve the Court of Appeal from the strictures pertaining to a motion for a new trial following a jury verdict: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 78. As noted by the Court of Appeal in the case at bar, a party can object to a jury verdict on the grounds of misdirection, the improper reception or rejection of evidence, unfairness in the proceedings and insufficiency of the evidence relative to the verdict: *H.L. (C.A.)*, at para. 19. However, it may not object to the view of the evidence taken by the jury. As explained by Culliton J.A. (as he then was) in *Taylor v. University of Saskatchewan* (1955), 15 W.W.R. 459 (Sask. C.A.), at p. 463, when objecting to a jury verdict, “[t]he issue . . . is not whether

des pouvoirs prévus au par. 12(1), le législateur aurait pu difficilement s’exprimer de manière plus générale » : para. 70. En l’espèce, la Cour d’appel a insisté tout particulièrement sur la portée des al. d) et f) qui, pour leur part, lui permettent de « rendre toute décision qui aurait pu être rendue par la Cour [. . .] qui a prononcé la décision frappée d’appel » et de « rendre toute autre décision qu’elle estime juste ». Vu la nature de tout processus décisionnel judiciaire, la Cour d’appel a conclu, et je suis d’accord avec elle, que l’exercice de ces pouvoirs particuliers [TRADUCTION] « comprend l’établissement des faits pertinents à l’aide d’une méthode ou d’une autre, la détermination du droit applicable et l’application du droit aux faits de la manière qu’elle estime juste » : *H.L. (C.A.)*, par. 27. Outre leur étendue, les pouvoirs conférés au par. 12(1) ont généralement une vocation réparatrice, leur objet étant d’habiliter la Cour d’appel [TRADUCTION] « à réparer une erreur ou une lacune entachant le règlement du litige en première instance, et ce, en vue de rétablir les choses » : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 70.

d. Article 14

Je le répète, l’art. 14 soustrait la Cour d’appel à l’obligation d’accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et lui enjoint de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. Ce faisant, la Cour d’appel peut tirer des inférences de fait et rendre la décision qu’aurait dû rendre, à son avis, le juge de première instance. Étant donné l’attribution non équivoque de ces larges pouvoirs, j’estime que l’art. 14 vise à libérer la Cour d’appel des contraintes applicables à la demande d’un nouveau procès après le verdict d’un jury : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 78. Comme l’a signalé la Cour d’appel en l’espèce, une partie peut contester le verdict d’un jury en alléguant le caractère erroné des directives, l’irrégularité de l’acceptation ou du refus d’un élément de preuve, l’iniquité de la procédure ou l’insuffisance de la preuve appuyant le verdict : *H.L. (C.A.)*, par. 19. Elle ne peut toutefois pas contester les conclusions que le jury a tirées de la preuve. Comme l’a expliqué le juge Culliton (plus tard Juge en chef) dans *Taylor c. University of Saskatchewan* (1955),

the court agrees with the finding of the jury, but whether the jury, if acting judicially, might properly reach the decision which it did.”

e. Conclusion

208

After examining the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals in Saskatchewan, in my view it is clear that the legislature intended to provide parties to proceedings in the Court of Queen’s Bench with the most comprehensive and effective means to address error in any component of a trial decision, including the view of the evidence taken by the trial judge. As will become clearer after an examination of the historical foundations of the Act, this particular type of appellate review is consistent with an appeal by way of rehearing — not merely by way of review for error. For instance, in the context of a case involving a trial judge’s exercise of discretion, Jonathan Parker L.J. noted that “a decision by the appeal court to proceed by way of rehearing frees it from such constraints [involved in an appeal by way of review] and allows it to exercise the discretion afresh in circumstances where it would have been unable to do so had the appeal proceeded in the normal way, by way of review”: *Audergon v. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10, at para. 85. Nevertheless, the powers granted must be exercised in a manner consistent with applicable and proper judicial policy. This is addressed later.

3. *Historical Foundations*

209

In my opinion, an examination of the historical foundations of *The Court of Appeal Act, 2000* and ss. 13 and 14 in particular confirms that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing, not review for error.

a. Historical Foundations of the Act

210

In *Valley Beef Producers Co-operative*, the Court of Appeal had occasion to describe the

15 W.W.R. 459 (C.A. Sask.), p. 463, lorsqu’une partie conteste le verdict d’un jury, [TRADUCTION] « [I]a question [. . .] n’est pas de savoir si la cour est d’accord avec la conclusion du jury, mais bien si le jury, agissant judiciairement, pouvait à bon droit arriver à une telle conclusion. »

e. Conclusion

Après avoir examiné l’objet des dispositions établissant le cadre législatif de l’appel en Saskatchewan, il me paraît clair que le législateur a voulu offrir aux parties à une instance devant la Cour du Banc de la Reine les voies de recours les plus complètes et les plus efficaces possible pour réparer toute erreur entachant un élément ou un autre de la décision de première instance, y compris les conclusions tirées de la preuve. Comme le montrera l’examen des fondements historiques de la Loi, ce type particulier d’appel est compatible avec l’instruction par voie de nouvelle audition, et non le simple contrôle d’erreur. Dans une affaire portant sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, le lord juge Jonathan Parker a d’ailleurs affirmé que [TRADUCTION] « la décision de la cour d’appel de procéder par voie de nouvelle audition la libère de telles contraintes [celles d’un appel par voie de contrôle] et lui permet d’exercer le pouvoir discrétionnaire à nouveau dans des circonstances où elle n’aurait pu le faire si l’appel avait été instruit de la manière habituelle, soit par voie de contrôle » : *Audergon c. La Baguette Ltd.*, [2002] E.W.J. No. 78 (QL), [2002] EWCA Civ 10, par. 85. Les pouvoirs conférés doivent toutefois être exercés conformément aux principes judiciaires applicables et appropriés. J’y reviendrai.

3. *Fondements historiques*

À mon avis, l’examen des fondements historiques de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, et de ses art. 13 et 14 en particulier, confirme qu’en Saskatchewan, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non par voie de contrôle d’erreur.

a. Fondements historiques de la Loi

Dans *Valley Beef Producers Co-operative*, la Cour d’appel a eu l’occasion de préciser les

historical foundations of *The Court of Appeal Act, 2000*:

The *Court of Appeal Act, 2000* is the latest in a series of such enactments, the original of which was enacted in 1915, when the Court of Appeal for Saskatchewan was created [see *The Court of Appeal Act, S.S. 1915, c. 9*].

The original was founded in turn and in significant part on the *Judicature Act, S.S. 1909, c. 52* (ss. 24 to 29); *The Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 and 37 Vict., c. 66, ss. 4, 18 and 19) as amended from time to time to January 1, 1889; and the *Rules of The Supreme Court, 1883, Order 58*. The *Supreme Court of Judicature Act, 1873* created the Court of Appeal in England and provided generally for its jurisdiction and powers. Order 58 of the Rules of the Supreme Court, which had the force of law, clothed the court with more specific powers in relation to appeal. The Saskatchewan Court of Appeal was created and empowered along these lines, and the *Court of Appeal Act, 2000* still reflects these historical foundations, as did its predecessors. Indeed, these foundations constitute an important part of the external context in which the *Act* was passed and serve as guiding lights, as it were, when it comes to understanding several of its provisions, especially those concerning the right of appeal and the powers of the court. [paras. 37-38]

b. Historical Foundations of Sections 13 and 14

Order 58 of the English *Rules of the Supreme Court, 1883* contained two rules of particular significance, namely, rr. 1 and 4. Rule 1 stated that “[a]ll appeals to the Court of Appeal shall be by way of rehearing”, and r. 4 provided that, among other things, the court “shall have the power to draw inferences of fact and to give any judgment and make any order which ought to have been made, and to make such further or other order as the case may require”. Order 58 applied only to appeals, which, as noted previously, are creatures of statute; applications for a new trial following a trial by jury were governed by different rules, including the rules found in Order 39: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 40.

fondements historiques de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* :

[TRADUCTION] La *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* est le texte législatif le plus récent en la matière, le premier ayant été adopté en 1915 lors de la création de la Cour d’appel de la Saskatchewan [voir *The Court of Appeal Act, S.S. 1915, ch. 9*].

Pour sa part, la loi initiale était fondée en grande partie sur la *Judicature Act, S.S. 1909, ch. 52* (art. 24 à 29), la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (36 & 37 Vict., ch. 66, art. 4, 18 et 19), et ses modifications en date du 1^{er} janvier 1889, et l’ordonnance 58 des Rules of the Supreme Court, 1883. La *Supreme Court of Judicature Act, 1873* a institué la Cour d’appel d’Angleterre et établi, de façon générale, sa compétence et ses pouvoirs. L’ordonnance 58 des Rules of the Supreme Court, qui avait force de loi, a investi la Cour d’appel de pouvoirs plus précis pour le règlement d’un appel. La Cour d’appel de la Saskatchewan a été créée et investie de pouvoirs suivant ce modèle, et la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, à l’instar des lois qu’elle a remplacées, reflète encore ces fondements historiques. Ces fondements constituent en effet un élément important du contexte externe dans lequel la *Loi* a été adoptée et tiennent encore lieu de repères lorsqu’il s’agit de comprendre certaines de ses dispositions, notamment celles relatives au droit d’appel et aux pouvoirs de la Cour d’appel. [par. 37-38]

b. Fondements historiques des art. 13 et 14

Les règles 1 et 4 de l’ordonnance 58 des *Rules of the Supreme Court, 1883* (R.-U.) étaient particulièrement importantes. La première prévoyait que [TRADUCTION] « [t]out appel interjeté devant la Cour d’appel est instruit par voie de nouvelle audition », et la règle 4 précisait entre autres que la Cour d’appel [TRADUCTION] « peut tirer des inférences de fait et rendre le jugement ou l’ordonnance qui aurait dû être rendu, et rendre toute autre ordonnance qui s’impose ». L’ordonnance 58 s’appliquait seulement à l’appel, qui, faut-il le rappeler, est une création de la loi; la demande d’un nouveau procès après le verdict d’un jury était régie par d’autres règles, dont celles figurant dans l’ordonnance 39 : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 40.

- 212 As noted by the Court of Appeal in the case at bar, the powers conferred on the court by r. 4 were picked up, first, by the Supreme Court of Saskatchewan *en banc* and then, later, by s. 9 of *The Court of Appeal Act*, S.S. 1915, c. 9. In fact, s. 9 was made even more explicit than r. 4 of Order 58, in that, in addition to empowering the Court of Appeal to draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, ought to have been pronounced, it also stated that “it shall not be obligatory on the court to grant a new trial, or to adopt the view of the evidence taken by the trial judge, but the court shall act upon its own view of what the evidence in its judgment proves”
- 213 As noted by the Court of Appeal in the case at bar, rr. 1 and 4 of Order 58 and s. 9 of *The Court of Appeal Act* of 1915 were enacted in the midst of controversy regarding the right of appeal as it pertained to issues of fact tried by a judge alone and the extent of the powers of the Court of Appeal to act on that right. The court explained that “[a]t the heart of the matter lay the question of whether a decision of a judge without a jury should be treated as the equivalent of a jury verdict, especially for the purpose of an appeal engaging issues of fact” (para. 36). Specifically, some appellate judges, most notably Lord Chelmsford in *Gray v. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53 (H.L.), so regretted that trial judges’ findings of fact seemed subject to appeal, especially when made in the face of conflicting evidence, that they placed a heavy burden of persuasion on an appellant, which virtually foreclosed appeal on the ground of the view of the evidence taken by the trial judge. Others, such as James L.J. in *Bigsby v. Dickinson* (1876), 4 Ch. D. 24 (C.A.), leaned against this and adopted a more generous approach: see *H.L.* (C.A.), at para. 37.
- 214 In the two sections that follow, I will briefly review how this controversy was resolved first in England, and second in Saskatchewan, in order to better place what are now ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act*, 2000 in their proper historical context.
- Comme l’a dit la Cour d’appel dans la présente affaire, les pouvoirs conférés par la règle 4 ont d’abord été repris par la Cour suprême de la Saskatchewan *in banco*, puis à l’art. 9 de la *Court of Appeal Act*, S.S. 1915, ch. 9. En fait, l’art. 9 était encore plus explicite que la règle 4 de l’ordonnance 58. En plus d’habiliter la Cour d’appel à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qui, à son avis, aurait dû être rendue, il prévoyait que [TRADUCTION] « la Cour d’appel n’est pas tenue d’ordonner un nouveau procès ni d’accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance; elle se fonde sur sa propre appréciation de la preuve . . . »
- Comme la Cour d’appel l’a signalé en l’espèce, les règles 1 et 4 de l’ordonnance 58 et l’art. 9 de la *Court of Appeal Act* de 1915 ont été adoptées au beau milieu d’une controverse concernant le droit d’en appeler d’une question de fait tranchée par un juge seul et l’étendue du pouvoir de la Cour d’appel de donner suite à l’exercice de ce droit. Elle a expliqué que [TRADUCTION] « [l]a question de savoir si la décision d’un juge seul devait être tenue pour équivalente au verdict d’un jury, surtout lorsque l’appel porte sur une question de fait, était au cœur du débat » (par. 36). Plus particulièrement, certains juges d’appel, en particulier lord Chelmsford dans *Gray c. Turnbull* (1870), L.R. 2 Sc. & Div. 53 (H.L.), ont trouvé si regrettable que les conclusions de fait du juge de première instance semblent susceptibles d’appel, surtout celles tirées à partir d’éléments de preuve contradictoires, qu’ils ont imposé un lourd fardeau de persuasion à l’appellant, ce qui a pour ainsi dire exclu la possibilité d’en appeler des conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance. D’autres juges, comme le lord juge James dans *Bigsby c. Dickinson* (1876), 4 Ch. D. 24 (C.A.), ont opté pour une approche plus généreuse : voir *H.L.* (C.A.), par. 37.
- Je ferai brièvement état du règlement de la controverse en Angleterre, puis en Saskatchewan, afin de mieux situer dans leur juste contexte historique les actuels art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*.

c. Resolution of Controversy in England

In England, this controversy was largely laid to rest by the adoption of Order 58, which provided for appeal by way of rehearing and expressly empowered the Court of Appeal to draw inferences of fact and give any judgment which ought to have been given, and by the subsequent decision of the Court of Appeal in *Coghlan v. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704, which proved to be a seminal case in both England and Saskatchewan.

In *Coghlan v. Cumberland*, Lindley M.R. discussed the nature of appellate review of a decision of a judge alone as follows:

The case was not tried with a jury, and the appeal from the judge is not governed by the rules applicable to new trials after a trial and verdict by a jury. Even where, as in this case, the appeal turns on a question of fact, the Court of Appeal has to bear in mind that its duty is to rehear the case, and the Court must reconsider the materials before the judge with such other materials as it may have decided to admit. The Court must then make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from, but carefully weighing and considering it; and not shrinking from overruling it if on full consideration the Court comes to the conclusion that the judgment is wrong. [pp. 704-5]

Although a court is under a duty to make up its own mind, Lindley M.R. noted that it must nevertheless be cognizant of the inherent difficulty of doing so in respect of findings of fact that rest on the trial judge's assessments of credibility:

When, as often happens, much turns on the relative credibility of witnesses who have been examined and cross-examined before the judge, the Court is sensible of the great advantage he has had in seeing and hearing them. It is often very difficult to estimate correctly the relative credibility of witnesses from written depositions; and when the question arises which witness is to be believed rather than another, and that question turns on manner and demeanour, the Court of Appeal always is, and must be, guided by the impression made on the judge who saw the witnesses. But there may obviously be other circumstances, quite apart from manner and demeanour, which may shew whether a statement is credible or not; and these circumstances may warrant the Court in differing from the judge, even on a question of fact turning on the

c. Règlement de la controverse en Angleterre

En Angleterre, l'adoption de l'ordonnance 58 établissant l'appel par voie de nouvelle audition et habilitant expressément la Cour d'appel à tirer des inférences de fait et à rendre tout jugement qui aurait dû l'être, et l'arrêt *Coghlan c. Cumberland*, [1898] 1 Ch. 704, rendu subséquentement par la Cour d'appel et qui a fait école tant en Angleterre qu'en Saskatchewan, ont en grande partie mis fin au débat.

Dans *Coghlan c. Cumberland*, le maître des rôles Lindley s'est penché sur la nature de la révision en appel de la décision d'un juge seul :

[TRADUCTION] L'instance n'a pas été instruite devant jury, et l'appel interjeté contre la décision du juge n'est pas régi par les règles applicables à la tenue d'un nouveau procès après le verdict d'un jury. Même dans les cas où, comme en l'espèce, l'appel porte sur une question de fait, la Cour d'appel doit se rappeler qu'elle a le devoir de réentendre l'affaire, et elle doit réexaminer les documents présentés au juge de pair avec ceux qu'elle décide d'admettre en preuve. Elle doit ensuite former sa propre opinion, non pas en faisant abstraction du jugement porté en appel, mais en le soupesant et en l'examinant soigneusement; elle ne doit pas s'abstenir d'infirmer le jugement si, après un examen minutieux, elle arrive à la conclusion qu'il est erroné. [p. 704-705]

Le maître des rôles Lindley a précisé que, même si la Cour d'appel a l'obligation de se faire sa propre opinion, elle doit néanmoins être consciente de la difficulté de le faire à l'égard des conclusions de fait fondées sur l'appréciation de la crédibilité des témoins par le juge de première instance :

[TRADUCTION] Lorsque l'issue dépend en grande partie de la crédibilité relative des témoins qui ont été interrogés et contre-interrogés devant le juge — et c'est souvent le cas —, la Cour d'appel a conscience de l'énorme avantage découlant du fait d'avoir vu et entendu les témoins. Il est souvent très difficile d'apprécier correctement la crédibilité relative des témoins à partir de déclarations écrites, et lorsqu'il s'agit d'ajouter foi à un témoignage plutôt qu'à un autre, et que la décision tient à l'attitude et au comportement des témoins, la Cour d'appel doit se fier et se fie toujours aux impressions du juge de première instance. D'autres facteurs n'ayant rien à voir avec l'attitude et le comportement peuvent évidemment permettre de déterminer si une déclaration est digne de foi ou non. Ces facteurs peuvent justifier la Cour d'appel de différer

credibility of witnesses whom the Court has not seen. [p. 705]

217

Similarly, in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, [1904] A.C. 73 (H.L.), Earl of Halsbury L.C. stated that, if called upon to take up an issue of fact on appeal, an appellate tribunal must do so to the best of its ability, including its ability to draw inferences:

My Lords, I think this appeal should be allowed. It is simply a question of fact, and doubtless, where a question of fact has been decided by a tribunal which has seen and heard the witnesses, the greatest weight ought to be attached to the finding of such a tribunal. It has had the opportunity of observing the demeanour of the witnesses and judging of their veracity and accuracy in a way that no appellate tribunal can have. But where no question arises as to truthfulness, and where the question is as to the proper inferences to be drawn from truthful evidence, then the original tribunal is in no better position to decide than the judges of an Appellate Court. [Emphasis added; p. 75.]

218

Despite the clear language of Order 58 that an appeal of a decision of a judge alone shall be by way of rehearing, some appellate judges continued to espouse the view that, for the purposes of appeal, such a decision was to be treated as the equivalent of a jury verdict. This prompted the House of Lords to revisit this issue in both *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, [1923] A.C. 253, and *Benmax v. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370.

219

In *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, Viscount Cave L.C. adopted the principles articulated by Lindley M.R. in *Coghlan v. Cumberland* and by Earl of Halsbury L.C. in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James* in his discussion of the duty of a court hearing an appeal from the decision of a judge alone:

My Lords, it was contended on behalf of the appellants that the finding of Branson J., being a finding of a trial judge on a question of fact, should not have been disturbed by the Court of Appeal. In my opinion there is no ground for such a contention. The duty of a Court hearing an appeal from the decision of a judge without a jury was clearly defined by Sir Nathaniel Lindley M.R. in *Coghlan v. Cumberland*, and by Lord Halsbury in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, and is no longer in doubt. The procedure on an appeal from a judge sitting without a jury is not governed by

d'opinion, même à l'égard d'une question de fait touchant à la crédibilité de témoins qu'elle n'a pas vus. [p. 705]

De même, dans *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, [1904] A.C. 73 (H.L.), le comte Halsbury, lord chancelier, a dit que le tribunal appelé à examiner une question de fait en appel doit le faire au mieux de sa capacité, y compris celle de tirer des inférences :

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, je suis d'avis d'accueillir l'appel. Il ne s'agit que d'une question de fait, et il ne fait aucun doute que lorsqu'une question de fait a été tranchée par un tribunal qui a vu et entendu les témoins, il faut accorder la plus grande importance à la conclusion tirée par ce tribunal. Celui-ci a pu observer le comportement des témoins et juger de la véracité et de l'exactitude de leurs témoignages mieux que n'importe quel tribunal d'appel. Mais lorsque la question de la sincérité ne se pose pas, et qu'il s'agit de savoir quelles déductions doivent être tirées de témoignages sincères, alors le premier tribunal n'est pas en meilleure position pour décider que les juges de la cour d'appel. [Je souligne; p. 75.]

Même si l'ordonnance 58 disposait clairement que l'appel de la décision d'un juge seul était instruit par voie de nouvelle audition, certains juges d'appel ont continué de penser que cette décision devait, pour les besoins de l'appel, être tenue pour équivalente au verdict d'un jury. La Chambre des lords a donc réexaminé la question dans *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, [1923] A.C. 253, et *Benmax c. Austin Motor Co.*, [1955] A.C. 370.

Dans *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, le vicomte Cave, lord chancelier, a adopté les principes énoncés par le maître des rôles Lindley dans *Coghlan c. Cumberland* et par le comte Halsbury, lord chancelier, dans *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, où il analyse l'obligation de la cour saisie de l'appel de la décision d'un juge seul :

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, on a prétendu au nom des appelants que la conclusion du juge Branson, une conclusion tirée par un juge de première instance à l'égard d'une question de fait, n'aurait pas dû être modifiée par la Cour d'appel. À mon avis, cette prétention est sans fondement. L'obligation de la cour saisie de l'appel de la décision d'un juge siégeant sans jury a été clairement définie par sir Nathaniel Lindley, maître des rôles, dans *Coghlan c. Cumberland*, et par lord Halsbury dans *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, et plus aucun doute ne subsiste. L'appel de la décision

the rules applicable to a motion for a new trial after a verdict of a jury. In such a case it is the duty of the Court of Appeal to make up its own mind, not disregarding the judgment appealed from and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inference from the facts proved or admitted, and to decide accordingly. . . . The material facts, so far as they are known, are undisputed; and the Court of Appeal was at liberty, and indeed was bound, to draw its own inference from them. [Footnotes omitted; pp. 258-59.]

Likewise, in *Benmax v. Austin Motor Co.*, the House of Lords upheld the decision of the Court of Appeal on the ground that, while the ability of the Court of Appeal to overrule a trial judge's decision that is based on assessments of credibility may be limited, its ability to address the trial judge's inference from the evidence as a whole is not. Specifically, Lord Morton, who delivered the judgment of the House, stated that

in the present case it would appear that the learned judge did not doubt the credibility of any witness, and formed his views by inference from the evidence as a whole. The Court of Appeal formed the opposite view by the same method and I agree with that court. [p. 374]

Viscount Simonds, who delivered concurring but more extensive reasons in *Benmax v. Austin Motor Co.*, addressed what he perceived to be a source of confusion: the distinction between “the finding of a specific fact and a finding of fact which is really an inference from facts specifically found, or, as it has sometimes been said, between the perception and evaluation of facts” (p. 373). As for inferences from facts, Viscount Simonds stated that “an appellate court should form an independent opinion, though it will naturally attach importance to the judgment of the trial judge” (p. 374).

These decisions effectively settled the controversy regarding the nature of appellate review in England for questions of fact; that is, until May 2, 2000, when Parliament introduced a new system of civil appeals: *H.L. (C.A.)*, at para. 48. As will be discussed below, this new appeal regime appears

d'un juge siégeant sans jury n'est pas régi par les règles applicables à la demande d'un nouveau procès après le verdict d'un jury. Il incombe à la Cour d'appel de se former sa propre opinion en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d'un témoin est en cause, tout en jouissant de l'entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et de rendre une décision en conséquence. [. . .] Les faits pertinents connus ne sont pas contestés; la Cour d'appel pouvait, et même devait, en tirer ses propres inférences. [Citations omises; p. 258-259.]

Aussi, dans *Benmax c. Austin Motor Co.*, la Chambre des lords a confirmé la décision de la Cour d'appel au motif que, même si la capacité de la Cour d'appel d'infirmer une décision fondée sur l'appréciation de la crédibilité des témoins par le juge de première instance est limitée, sa capacité de juger de l'inférence que le juge de première instance a tirée de la preuve dans son ensemble ne l'est pas. Lord Morton, qui a rendu le jugement au nom de la Chambre, a précisé :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, le juge semble n'avoir mis en doute la crédibilité d'aucun témoin et s'être formé sa propre opinion en tirant l'inférence de la preuve dans son ensemble. La Cour d'appel s'est formé l'opinion contraire en suivant la même méthode, et je partage cette opinion. [p. 374]

Dans la même affaire, le vicomte Simonds, qui a rendu des motifs concourants mais plus détaillés, s'est penché sur ce qui lui paraissait être une source de confusion, soit la distinction entre [TRADUCTION] « une conclusion relative à un fait précis et une conclusion relative à un fait qui est en réalité une inférence tirée à partir de faits établis ou, comme on l'a dit parfois, entre la perception des faits et leur appréciation » (p. 373). Au sujet des inférences tirées de faits, il a dit : [TRADUCTION] « la cour d'appel doit se former une opinion indépendante, mais elle accordera naturellement de l'importance au jugement de première instance » (p. 374).

Ces décisions ont effectivement mis fin à la controverse sur la nature de la révision en appel d'une conclusion de fait en Angleterre, et ce, jusqu'à l'adoption par le Parlement, le 2 mai 2000, d'un nouveau régime d'appel civil : *H.L. (C.A.)*, par. 48. Comme nous le verrons, ce nouveau régime semble

220

221

222

to have changed the nature of appellate review in England.

d. Resolution of Controversy in Saskatchewan

223 In order to explain how the controversy was laid to rest in Saskatchewan, it is necessary to begin with the years preceding the enactment of *The Court of Appeal Act* of 1915.

224 In *Coventry v. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, the Supreme Court of Saskatchewan *en banc* heard an appeal from a decision of a judge alone on the question, among others, of whether the judge was wrong in finding no fraud on the part of the defendant. Wetmore C.J. adopted and applied Lindley M.R.'s statement of principle in *Coghlan v. Cumberland*, finding fraud and deciding the case accordingly. The appeal to the Supreme Court of Canada was dismissed, with three of the six judges filing individual reasons. Anglin J., in particular, agreed with Wetmore C.J. and adopted the essence of the principle put forward by Lindley M.R. in *Coghlan v. Cumberland* that is quoted above: see *Annable v. Coventry* (1912), 46 S.C.R. 573, at p. 587.

225 Anglin J. also referred to the decision in *Coghlan v. Cumberland* in *Greene, Swift & Co. v. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932 (S.C.C.), at p. 944, adding:

However loath we may be to reverse the decision of a trial judge on the question of fact, "it is our duty to do so if the evidence coerces our judgment so to do." *The Gairloch*, 1899, 2 Ir. 1, 13; *Coghlan v. Cumberland*, 1898, 1 Ch. 704, 67 L.J. Ch. 402.

226 In 1918, *The Court of Appeal Act* of 1915 was proclaimed and thereafter appeals went to the Court of Appeal for Saskatchewan where they were governed by ss. 8 and 9 (now ss. 13 and 14), "the purpose of which lay in putting to rest the controversy in Saskatchewan along the lines it had been put to rest in England, though along even more explicit and decisive lines": *H.L.* (C.A.), at para. 56. In paragraphs 57 to 59 of its reasons in the case at bar, the Court of Appeal succinctly sets out how, since

avoir modifié la nature de la révision en appel dans ce pays.

d. Règlement de la controverse en Saskatchewan

Pour expliquer comment la controverse a pris fin en Saskatchewan, il faut remonter aux années ayant précédé l'adoption de la *Court of Appeal Act* de 1915.

Dans *Coventry c. Annable* (1911), 19 W.L.R. 400, la Cour suprême de la Saskatchewan a entendu *in banco* l'appel de la décision d'un juge seul et s'est entre autres demandé si ce dernier avait eu tort de conclure à l'absence de fraude de la part du défendeur. Le juge en chef Wetmore a appliqué le principe énoncé par le maître des rôles Lindley dans *Coghlan c. Cumberland*, a conclu à la fraude et a tranché en conséquence. La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi formé contre ce dernier arrêt, trois des six juges rédigeant des motifs individuels. Le juge Anglin, en particulier, s'est dit d'accord avec le juge en chef Wetmore et a repris pour l'essentiel le principe énoncé par le maître des rôles Lindley dans *Coghlan c. Cumberland* et cité précédemment : voir *Annable c. Coventry* (1912), 46 R.C.S. 573, p. 587.

Le juge Anglin a également cité la décision *Coghlan c. Cumberland* dans l'arrêt *Greene, Swift & Co. c. Lawrence* (1912), 2 W.W.R. 932 (C.S.C.), p. 944, en ajoutant :

[TRADUCTION] Quelle que soit notre réticence à infirmer la décision du juge de première instance à l'égard d'une question de fait, « il nous incombe de le faire lorsque nous estimons y être contraints par la preuve ». *The Gairloch*, 1899, 2 Ir. 1, 13; *Coghlan c. Cumberland*, 1898, 1 Ch. 704, 67 L.J. Ch. 402.

Après la promulgation de la *Court of Appeal Act* de 1915 en 1918, les appels ont été soumis à la Cour d'appel de la Saskatchewan et régis dès lors par les art. 8 et 9 (devenus les art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*), [TRADUCTION] « qui avaient pour but de mettre fin à la controverse en Saskatchewan, mais de façon encore plus explicite et décisive que ce n'avait été le cas en Angleterre » : *H.L.* (C.A.), par. 56. Dans la présente affaire, la Cour d'appel explique brièvement aux par. 57 à 59 de ses

The Court of Appeal Act of 1915 was enacted, it has adopted the “rehearing” approach to appellate review that was first laid out in *Coghlan v. Cumberland* and approved by Anglin J. in *Annable v. Coventry and Greene, Swift & Co. v. Lawrence*: see, e.g., *Miller v. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer v. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan v. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski v. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff v. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson v. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French v. French*, [1939] 2 W.W.R. 435, at p. 443; and *Wilson v. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659, at p. 666.

In conclusion, the court notes that “the controversy that had prevailed in Saskatchewan prior to the enactment of the *Court of Appeal Act* of 1915 was laid to rest here following the enactment of sections 8 and 9 of that *Act*”: *H.L. (C.A.)*, at para. 60. In my view, this brief discussion of the historical foundations of *The Court of Appeal Act, 2000* and ss. 13 and 14 in particular confirms that in Saskatchewan, for the purpose of appeal, a decision of a judge alone is not to be taken as the equivalent of a jury verdict, and that the nature of appellate review of such a decision is by way of rehearing.

e. Legislative History

Although the section numbering may have changed and the language may have been modernized over time, the Acts’ historical foundations remain relevant today because the Saskatchewan legislature has faithfully adhered to the content of what are now ss. 13 and 14 throughout the years: *H.L. (C.A.)*, at para. 61. Therefore, I share the view of the Court of Appeal that the 2000 legislative amendments to *The Court of Appeal Act* did not have any substantive effect on the nature of appellate review in Saskatchewan and the scope of the powers of the Court of Appeal; rather, these amendments to *The Court of Appeal Act*

served to maintain and augment at least 85 years of appellate practice in Saskatchewan, where appeal in relation to an unlimited right of appeal from a decision of a trial judge without a jury has traditionally been by way of “rehearing”, with the Court of Appeal being directed to

motifs comment, depuis l’adoption de la *Court of Appeal Act* de 1915, elle a opté pour l’instruction de l’appel par voie de « nouvelle audition » préconisée initialement dans *Coghlan c. Cumberland*, puis approuvée par le juge Anglin dans *Annable c. Coventry et Greene, Swift & Co. c. Lawrence* : voir, p. ex., *Miller c. Foley & Sons* (1921), 59 D.L.R. 664; *Messer c. Messer* (1922), 66 D.L.R. 833; *Monaghan c. Monaghan*, [1931] 2 W.W.R. 1; *Kowalski c. Sharpe* (1953), 10 W.W.R. (N.S.) 604; *Tarasoff c. Zielinsky*, [1921] 2 W.W.R. 135; *Matthewson c. Thompson*, [1925] 2 D.L.R. 1211; *French c. French*, [1939] 2 W.W.R. 435, p. 443; *Wilson c. Erbach* (1966), 56 W.W.R. 659, p. 666.

En conclusion, la Cour d’appel a fait observer que [TRADUCTION] « les art. 8 et 9 de la *Court of Appeal Act* de 1915 ont mis fin à la controverse qui existait jusqu’alors en Saskatchewan » : *H.L. (C.A.)*, par. 60. Selon moi, ce bref examen des fondements historiques de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, et des art. 13 et 14 en particulier, confirme que, en Saskatchewan, la décision d’un juge seul ne doit pas être assimilée, en appel, au verdict d’un jury et que l’appel d’une telle décision est instruit par voie de nouvelle audition.

e. Historique législatif

La numérotation des articles a changé et le libellé a bien été modernisé avec le temps, mais les fondements historiques de ces lois sont toujours pertinents, le législateur de la Saskatchewan étant resté fidèle au fil des ans à la teneur des actuels art. 13 et 14 : *H.L. (C.A.)*, par. 61. Je conviens donc avec la Cour d’appel que les modifications apportées à la *Court of Appeal Act* en 2000 n’ont pas modifié sensiblement la nature de la révision en appel en Saskatchewan ni l’étendue des pouvoirs de la Cour d’appel, mais qu’elles ont plutôt

[TRADUCTION] consacré et développé une procédure d’appel datant d’au moins 85 ans en Saskatchewan, où l’exercice d’un droit d’appel illimité à l’encontre de la décision d’un juge de première instance siégeant sans jury a toujours été instruit par voie de « nouvelle

take its own view of the evidence and being empowered to draw inferences of fact and pronounce the decision that ought to have been pronounced by the trial judge. [para. 62]

229

In contrast, a major English legislative initiative in 2000 appears to have had a much more marked effect on the nature of appellate review in that country. On May 2, 2000, a new system of civil appeals took effect in England, and the new rules appear mostly in Part 52 of the *Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998 No. 3132: see Great Britain, *Civil Procedure* (2002), vol. 1, at pp. 1182ff. These new rules seek to restrict resort to the appeal process to cases that really justify its use and to ensure that appeals, when they are warranted, are conducted in an efficient and effective manner: Zuckerman, at p. 719. In *Tanfern Ltd. v. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311 (C.A.), at para. 50, Brooke L.J. described the changes imposed by this new appeal regime as “the most significant changes in the arrangements for appeals in civil proceedings in this country for over 125 years”. These changes were welcomed by N. H. Andrews in “A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems”, [2000] *Cambridge L.J.* 464, at p. 465, since they would “reduce the delay, expense, and uncertainty of civil proceedings” and “increase the incentive for litigants to ‘get it right first time round’”. Nevertheless, Andrews also noted that “the same changes will reduce the chances of rectifying defective decisions”, and that “[t]his is the price paid for achieving the impressive benefits of the new system of appeals.”

230

It is of particular relevance to the issues that arise in this case that under this new appeal regime in England, as a general rule, appeals to the Court of Appeal are no longer by way of rehearing but, rather, are limited to a review of the lower court’s decision: see *Civil Procedure Rules*, r. 52.11(1). This obvious change in terminology from “rehearing” to “review” would suggest, at first blush at least, that the English Parliament intended that the nature of appellate review in that country be changed, specifically from a more robust appeal by way of rehearing to a more limited review of the lower court’s decision. However, it appears that there is currently some controversy in England regarding the

audition », la Cour d’appel étant tenue de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et habilitée à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qu’aurait dû rendre le juge de première instance. [par. 62]

En Angleterre, par contre, une importante mesure législative adoptée en 2000 semble avoir eu une incidence beaucoup plus marquée sur la nature de la révision en appel dans ce pays. Le 2 mai 2000, un nouveau régime d’appel civil y est entré en vigueur, et la partie 52 des *Civil Procedure Rules 1998*, S.I. 1998 No. 3132, renferme la plupart des nouvelles règles : voir Grande-Bretagne, *Civil Procedure* (2002), vol. 1, p. 1182 et suiv. Ces nouvelles règles visent à faire en sorte qu’il ne soit interjeté appel que dans les cas qui le justifient vraiment et que, lorsqu’il est justifié, l’appel soit instruit avec efficacité et efficience : Zuckerman, p. 719. Dans *Tanfern Ltd. c. Cameron-MacDonald*, [2000] 1 W.L.R. 1311 (C.A.), par. 50, le lord juge Brooke a dit qu’il s’agissait [TRADUCTION] « des modifications les plus importantes apportées au régime d’appel civil dans ce pays depuis plus de 125 ans ». La réforme a été bien accueillie par N. H. Andrews dans « A New System of Civil Appeals and a New Set of Problems », [2000] *Cambridge L.J.* 464, p. 465, puisqu’elle allait [TRADUCTION] « réduire l’attente, le coût et l’incertitude associés à une instance civile » et « inciter davantage les parties à “bien faire les choses du premier coup” ». Andrews a néanmoins signalé que [TRADUCTION] « ces mêmes modifications allaient réduire la possibilité de corriger une décision irrégulière [. . .] [m]ais que c’était le prix à payer pour bénéficier des énormes avantages du nouveau régime d’appel. »

Le fait que, suivant le nouveau régime d’appel en Angleterre, les appels interjetés devant la Cour d’appel ne sont plus instruits, en règle générale, par voie de nouvelle audition, mais donnent plutôt lieu à un contrôle de la décision du tribunal inférieur revêt une importance particulière pour le règlement des questions soulevées en l’espèce : voir *Civil Procedure Rules*, règle 52.11(1). Ce changement patent de terminologie — « contrôle » au lieu de « nouvelle audition » — donne à penser, du moins de prime abord, que le législateur britannique a voulu modifier la nature de la révision en appel, c’est-à-dire passer d’un appel relativement musclé par voie de nouvelle audition à un examen plus limité de la décision du

difference between appeal by way of rehearing and appeal by way of review, and what effect the terminology change in the new rules had on the nature of appellate review in that country.

For instance, in *Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), Ward L.J., in a separate opinion, stated that prior to the reform of civil appeals in 2000, “interlocutory appeals in the Court of Appeal were treated as reviews of the lower court’s decision”, even though they were “nominally by way of rehearing” (para. 194). Therefore, despite the change in language from “rehearing” to “review”, Ward L.J. concluded that an appellate court’s task is essentially no different from what it was before the new rules came into effect; that is, “[t]he Court of Appeal can only interfere if the decision of the lower court was wrong and in deciding whether or not findings of fact were wrong, we take a retrospective look at the case and do not decide it afresh untrammelled by the judge’s conclusion” (para. 195). Similarly, in his reasons for judgment on behalf of the court in *Assicurazioni*, Clarke L.J. acknowledged that there is plainly force in the submission that the nature of appellate review changed with the change in language, but he nonetheless concluded that although the previous rule expressly referred to a rehearing, “the exercise upon which the court was engaged was essentially one of review” (para. 13).

Conversely, Jolowicz argues that under the former *Rules of the Supreme Court* appeals to the Court of Appeal were by way of rehearing, and this “meant that appellate judges were most unlikely to interfere with the trial judge’s findings of fact in so far as they depended on his assessment of the credibility of witnesses, but it did not mean that they were judges only of law”: J. A. Jolowicz, “The New Appeal: rehearing or revision or what?” (2001), 20 *C.J.Q.* 7, at p. 7. Specifically, Jolowicz argues that the provisions in the former *Rules of the Supreme Court* were enough to ensure that the English Court of Appeal was indeed a “court of appeal”, before which issues

tribunal inférieur. Cependant, il appert que la différence entre ces deux types d’appel et l’effet du changement de terminologie dans les nouvelles règles sur la nature de la révision en appel dans ce pays suscitent actuellement une certaine polémique dans ce pays.

Par exemple, dans l’arrêt *Assicurazioni Generali SpA c. Arab Insurance Group*, [2003] 1 W.L.R. 577 (C.A.), le lord juge Ward a dit dans des motifs distincts qu’avant la réforme du régime d’appel civil en 2000, [TRADUCTION] « l’appel interlocutoire interjeté devant la Cour d’appel était instruit par voie de contrôle de la décision du tribunal inférieur », même s’il l’était « théoriquement par voie de nouvelle audition » (par. 194). Par conséquent, même si les nouvelles règles ne parlaient plus de « nouvelle audition », mais de « contrôle », le lord juge Ward a conclu que le rôle d’une cour d’appel était demeuré essentiellement le même : [TRADUCTION] « [e]lle ne peut intervenir que si la décision du tribunal inférieur était erronée et, pour déterminer si une conclusion de fait était erronée ou non, nous examinons l’affaire rétrospectivement et nous nous abstenons de statuer à nouveau sans égard à l’opinion du juge » (par. 195). De même, le lord juge Clarke, s’exprimant au nom de la Cour d’appel dans cette affaire, a reconnu la valeur manifeste de la prétention selon laquelle la nouvelle terminologie avait modifié la nature de la révision en appel. Il a néanmoins conclu que malgré le renvoi exprès des règles antérieures à une nouvelle audition [TRADUCTION] « le rôle de la cour d’appel en était essentiellement un de contrôle » (par. 13).

À l’opposé, Jolowicz soutient que l’appel interjeté devant la Cour d’appel en application des anciennes *Rules of the Supreme Court* était instruit par voie de nouvelle audition et qu’[TRADUCTION] « il arrivait rarement que les juges d’appel modifient une conclusion de fait du juge de première instance lorsqu’elle s’appuyait sur son appréciation de la crédibilité d’un témoin, mais cela ne veut pas dire qu’ils n’étaient que les juges du droit » : J. A. Jolowicz, « The New Appeal : re-hearing or revision or what? » (2001), 20 *C.J.Q.* 7, p. 7. Plus précisément, Jolowicz fait valoir que les dispositions des anciennes *Rules of the Supreme Court* suffisaient pour que la Cour

are to be decided afresh in fact and in law, and not what is called elsewhere a “[c]ourt of cassation”, before which only the conformity of the lower court judgment to the rules of law is argued (pp. 7-8).

233 Similarly, Lord Sumner stated in *S.S. Hontestroom v. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.), at p. 47, that “[o]f course, there is jurisdiction to retry the case on the shorthand note, including in such retrial the appreciation of the relative values of the witnesses, for the appeal is made a rehearing by rules which have the force of statute”: see also J. A. Jolowicz, “Court of Appeal or Court of Error?”, [1991] *Cambridge L.J.* 54. Nonetheless, like Jolowicz, Lord Sumner also noted that “not to have seen the witnesses puts appellate judges in a permanent position of disadvantage as against the trial judge”; therefore, he opined that “[i]f [the trial judge’s] estimate of the man forms any substantial part of his reasons for his judgment the trial judge’s conclusions of fact should, as I understand the decisions, be let alone” (p. 47).

234 Not only does Jolowicz argue that, under the former rules, appeals to the Court of Appeal were by way of rehearing, in the sense that the Court of Appeal was empowered to “retry the case on the shorthand note”, he is also of the view that because an appeal court conducting a “review” of the decision of the lower court under the new rules may take account of the evidence given at trial and may exercise all the powers conferred on it by the rules (including the power to draw inferences of fact), the new “review” provided for by Part 52 of the *Civil Procedure Rules* “differs little, if at all, from the procedure formerly used in the Court of Appeal”: see Jolowicz, “The New Appeal: re-hearing or revision or what?”, p. 11.

235 Of course, it is not this Court’s place to resolve this controversy in English law. Whatever the change in language in the new English appeal rules may mean, as noted above, it is clear that over the years Saskatchewan has not substantively changed

d’appel d’Angleterre soit une véritable « cour d’appel » appelée à réexaminer des questions de fait et de droit, et non ce qu’on appelle ailleurs une « [c]our de cassation » où l’argumentation ne porte que sur l’observation des règles de droit par le tribunal inférieur (p. 7-8).

Aussi, dans l’arrêt *S.S. Hontestroom c. S.S. Sagaporack*, [1927] A.C. 37 (H.L.), p. 47, lord Sumner a affirmé : [TRADUCTION] « [b]ien sûr, nous avons compétence pour instruire l’affaire de nouveau à partir des notes sténographiques, ce qui comprend l’appréciation de la crédibilité relative des témoins, puisque des règles ayant force de loi assimilent l’appel à une nouvelle audition ». Voir aussi J. A. Jolowicz, « Court of Appeal or Court of Error? », [1991] *Cambridge L.J.* 54. Toutefois, à l’instar de Jolowicz, lord Sumner a signalé que [TRADUCTION] « le fait de ne pas avoir vu les témoins place les juges d’appel dans une situation toujours désavantageuse par rapport au juge de première instance », de sorte que « [l]orsque son appréciation de l’homme forme une partie substantielle de ses motifs de jugement, le juge de première instance a droit, si j’interprète bien les décisions, au respect de ses conclusions de fait » (p. 47).

Jolowicz soutient non seulement que, suivant les anciennes règles, l’appel interjeté devant la Cour d’appel était instruit par voie de nouvelle audition, en ce sens que la Cour d’appel était habilitée à « instruire l’affaire de nouveau à partir des notes sténographiques », mais aussi que le nouveau « contrôle » prévu à la partie 52 des *Civil Procedure Rules* [TRADUCTION] « diffère peu, ou ne diffère pas du tout, de la procédure antérieure » en ce que la Cour d’appel, lorsqu’elle « contrôle » la décision du tribunal inférieur en application des nouvelles règles, peut tenir compte de la preuve présentée au procès et exercer tous les pouvoirs que lui confèrent les règles (notamment celui de tirer des inférences de fait) : voir Jolowicz, « The New Appeal : re-hearing or revision or what? », p. 11.

Il n’appartient évidemment pas à notre Cour de trancher. Quel que soit l’effet du nouveau libellé des règles régissant l’appel en Angleterre, en Saskatchewan, le texte de la loi sur la Cour d’appel n’a manifestement pas beaucoup changé au fil des

the language in its *Court of Appeal Act*. Therefore, this supports the argument that the nature of appellate review in Saskatchewan has not deviated from its historical roots. In other words, in Saskatchewan, appeals were and continue to be by way of rehearing.

Moreover, if one accepts that an appeal by way of rehearing is different from a review of the lower court decision and that the change in language in the new English appeal rules from “rehearing” to “review” signified a shift to a more restricted form of appellate review in that country (as a plain reading of the new rule would seem to suggest at least), then it can be argued that the Saskatchewan legislature was not willing to pay the price to which Andrews refers — i.e., unlike the English Parliament, the Saskatchewan legislature was not willing to reduce the chances of rectifying defective decisions in order to reduce the delay, expense and uncertainty of civil proceedings. It saw no need for it. Moreover, because an appeal is a statutory creature, legislative policy choices in this area must be seen to be paramount. It appears that, in enacting *The Court of Appeal Act, 2000*, the Saskatchewan legislature re-affirmed its policy choice to have its Court of Appeal proceed with appeals by way of rehearing. If the legislature is now concerned or becomes concerned in the future about the nature of appellate review in Saskatchewan, it is open to the legislature to amend *The Court of Appeal Act, 2000*: see *Chieu v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, at para. 66. For now, the statute is clear: in Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing.

However, even if one subscribes to the view professed by the Lord Justices in *Assicurazioni* that appellate review in England was and still is by way of review, unlike my colleague Fish J., I contend that the English understanding of appeal by way of “review” is different from the Canadian understanding of this concept, which was recently articulated by this Court in *Housen*. Moreover, the English understanding of appeal by way of review is actually more closely in line with the nature of appellate review in Saskatchewan, which, as I understand it, is by way of rehearing.

ans, en sorte que la révision en appel y serait demeurée fidèle à ses racines historiques. Autrement dit, dans cette province, l’appel était et est toujours instruit par voie de nouvelle audition.

De plus, si l’on accepte qu’un appel par voie de nouvelle audition diffère d’un contrôle de la décision du tribunal inférieur et que le nouveau libellé des règles régissant l’appel en Angleterre, où la « nouvelle audition » est remplacée par le « contrôle », traduit une évolution vers un appel plus restreint dans ce pays (comme semble l’indiquer du moins leur simple lecture), on peut soutenir que, contrairement au Parlement britannique, le législateur de la Saskatchewan n’était pas disposé à payer le prix dont fait mention Andrews, c’est-à-dire réduire la possibilité de corriger une décision irrégulière afin de diminuer l’attente, le coût et l’incertitude associés à une instance civile. Il n’en voyait pas la nécessité. De plus, l’appel étant une création de la loi, les choix de politique législative en la matière doivent primer. Il semble que par l’adoption de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, le législateur de la Saskatchewan a réaffirmé son choix politique de faire en sorte que la Cour d’appel instruisse les appels par voie de nouvelle audition. Si la nature de la révision en appel en Saskatchewan le préoccupe ou venait à le préoccuper, il lui serait loisible de modifier la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* : voir *Chieu c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, par. 66. Pour le moment, la loi est claire : en Saskatchewan, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition.

Cependant, même si l’on convient avec les lords juges dans *Assicurazioni* que, en Angleterre, l’appel s’entendait et s’entend toujours d’un contrôle, contrairement à mon collègue le juge Fish, j’estime que la notion anglaise d’appel par voie de « contrôle » diffère de la canadienne, que notre Cour a récemment circonscrite dans *Housen*. Qui plus est, la notion anglaise d’appel par voie de contrôle se rapproche davantage de l’appel prévu en Saskatchewan qui, selon moi, est instruit par voie de nouvelle audition.

238

For example, Zuckerman notes that one of the general principles underlying an appeal by way of review in England is that an appeal court should not interfere with findings of fact made by the lower court because the judge who saw and heard the witnesses is better placed to assess their reliability and draw inferences from their testimony. Zuckerman states that this principle led to a distinction in the English case law “between conclusions concerning primary facts which followed entirely from the assessment of the reliability of witnesses, and conclusions based on a combination of testimonial assessment and analysis of documents and surrounding circumstances, with which the appeal court would more readily interfere” (p. 766). Zuckerman explains that the reason for this distinction is that “an appeal court is just as well placed as the trial judge to determine the proper inferences to be drawn from circumstantial or documentary evidence”: see also *Whitehouse v. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267 (H.L.), *per* Lord Fraser.

239

Similarly, in *Assicurazioni*, although Clarke and Ward L.JJ. both stated that, despite the change in language from “rehearing” to “review”, the Court of Appeal’s task has always been and still is to review the lower court’s judgment for error, it is clear from their judgments that they accept that, in the course of such a review, the greater the advantage the trial judge has over the appellate court (e.g., with respect to credibility assessments), the more reluctant the appellate court should be to interfere. However, when the relative advantage of the trial judge is not engaged, such as when the issue is with respect to the drawing of inferences, then the appellate court may more readily interfere. This proposition was specifically recognized by Ward L.J. as follows:

Where the primary facts are not challenged and the judgment is made from the inferences drawn by the judge from the evidence before him, then the Court of Appeal, which has the power to draw any inference of fact it considers to be justified, may more readily interfere with an evaluation of those facts. [para. 197]

240

From my perspective, it appears that the type of “review” to which Zuckerman and the Lord Justices

À titre d'exemple, Zuckerman fait observer que l'un des principes généraux sous-jacents à un appel par voie de contrôle en Angleterre est qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du tribunal inférieur parce que le juge qui a vu et entendu les témoins était mieux placé pour apprécier leur fiabilité et tirer des inférences de leurs témoignages. Il ajoute que ce principe est à l'origine d'une distinction dans la jurisprudence anglaise [TRADUCTION] « entre les conclusions sur des faits essentiels qui découlent entièrement de l'appréciation de la fiabilité des témoins et celles qui sont fondées à la fois sur l'appréciation des témoignages et sur l'analyse des documents et des circonstances, que la cour d'appel serait plus encline à modifier » (p. 766). Zuckerman explique cette distinction par le fait qu'[TRADUCTION] « une cour d'appel est aussi bien placée que le juge de première instance pour décider des inférences que commandent les éléments de preuve circonstancielle ou documentaire » : voir aussi *Whitehouse c. Jordan*, [1981] 1 All E.R. 267 (H.L.), lord Fraser.

De même, dans l'arrêt *Assicurazioni*, les lords juges Clarke et Ward ont tous deux affirmé que, malgré le remplacement du terme « nouvelle audition » par celui de « contrôle », le rôle de la Cour d'appel avait toujours été et était toujours de contrôler le jugement du tribunal inférieur pour déterminer si une erreur a été commise, mais ils ont clairement reconnu que, dans le cadre d'un tel contrôle, plus le juge du procès bénéficie d'un avantage par rapport à elle (p. ex. en ce qui concerne l'appréciation de la crédibilité), moins la cour d'appel doit être encline à intervenir. Cependant, lorsque le juge de première instance ne jouit pas d'un avantage relatif, notamment pour tirer des inférences, la cour d'appel interviendra plus volontiers. Le lord juge Ward l'a reconnu expressément :

[TRADUCTION] Lorsque les faits essentiels ne sont pas contestés et que le jugement a été rendu sur le fondement des inférences que le juge a tirées de la preuve présentée, la Cour d'appel, qui a le pouvoir de tirer toute inférence de fait qu'elle estime justifiée, interviendra volontiers relativement à l'appréciation de ces faits. [par. 197]

De mon point de vue, le type de « contrôle » auquel renvoient Zuckerman et les lords juges dans

in *Assicurazioni* are referring is not the same as the general “review for error” concept subscribed to in Canada. In *Housen*, all nine justices agreed in principle that, in the course of a review for error, the standard of review should be identical for both findings of fact and inferences of fact, although, as will be explained below, the majority and minority disagreed on the articulation of the standard of review for the latter. In his reasons in this case, Fish J. confirms that the same standard of review should apply to findings of fact as well as to inferences of fact: see, e.g., at paras. 52-55. In contrast, as explained above, in England there is authority for the proposition that, in the course of an appeal by way of review in that country, there is a distinction to be made between findings of fact that engage the special advantage of the trial judge (e.g., those that involve assessments of credibility) and inferences of fact that do not. The appellate court will more readily interfere in the latter case, and, in my view, this implies that, contrary to the Canadian position, the same standard of review cannot be applied to both circumstances.

Not only is the type of appeal by way of “review” described by Zuckerman and the Lord Justices in *Assicurazioni* different from the Canadian understanding of this concept, I also suggest that in some respects it is actually more in line with the nature of appellate review in Saskatchewan. In these reasons, I will go on to explain that in Saskatchewan, where the nature of appellate review is by way of rehearing, when the trial judge’s factual findings engage the special advantage he or she has over an appellate tribunal, the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding. In contrast, because the trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of fact properly established, I will contend that the Court of Appeal will more readily interfere when inferences are at issue. Specifically, it is my view that the Saskatchewan Court of Appeal will overrule a trial judge’s inference of fact and draw its own when it concludes that the inference is not reasonable. It is apparent that this approach to factual findings and

l’arrêt *Assicurazioni* ne paraît pas correspondre à la notion générale de « contrôle d’erreur » que l’on connaît au Canada. Dans *Housen*, les neuf juges ont convenu en principe que, dans le cadre d’un contrôle d’erreur, la norme applicable devait être la même pour les conclusions de fait et les inférences de fait, même si, comme je l’explique plus loin, les juges majoritaires et les juges minoritaires ne s’entendaient pas sur la mise en pratique de la norme dans le cas des secondes. Dans ses motifs, le juge Fish confirme que la même norme doit s’appliquer aux conclusions de fait comme aux inférences de fait : voir, p. ex., les par. 52-55. Comme nous l’avons vu, la jurisprudence anglaise dit au contraire que lors d’un tel appel par voie de contrôle, il faut distinguer entre les conclusions de fait, pour lesquelles le juge de première instance bénéficie d’un avantage particulier (p. ex. pour l’appréciation de la crédibilité), et les inférences de fait, pour lesquelles il ne jouit d’aucun avantage. La cour d’appel interviendra plus volontiers dans ce dernier cas, et il s’ensuit selon moi, contrairement au point de vue canadien, que la même norme de révision ne saurait s’appliquer dans les deux cas.

Non seulement l’appel par voie de « contrôle » dont font état Zuckerman et les lords juges dans l’arrêt *Assicurazioni* diffère de ce qu’on entend par ce type d’appel au Canada, mais à certains égards, il s’apparente en fait davantage à l’appel propre à la Saskatchewan. Comme je l’explique dans les présents motifs, en Saskatchewan, où l’appel est instruit par voie de nouvelle audition, lorsque le juge de première instance bénéficie d’un avantage particulier par rapport au tribunal d’appel relativement aux conclusions de fait, la Cour d’appel n’interviendra et ne substituera sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits. Par contre, le juge de première instance n’étant pas mieux placé que la Cour d’appel pour tirer des inférences de fait à partir de faits dûment établis, je soutiens que la Cour d’appel interviendra plus volontiers lorsqu’une inférence sera en cause. Plus précisément, je suis d’avis que la Cour d’appel de la Saskatchewan écartera une inférence de fait déraisonnable pour y substituer la sienne. Cette démarche à l’égard des conclusions et des

inferences of fact, which I will explain more fully below, is quite similar to that followed in England (where appeals are now by way of “review”), in that both approaches differentiate between the two and grant more deference to the trial judge in the former case, when his or her special advantage is engaged.

242

All of this merely demonstrates that terminology (i.e., “rehearing” versus “review”) can be misleading. Therefore, in these circumstances, and particularly because appeals are statutory creations, it is best to focus upon the statute that sets out the appellate court’s jurisdiction and powers, in order to determine the nature of appellate review. As I have explained in these reasons, the statute in this case is clear: in Saskatchewan, the nature of appellate review is by way of rehearing.

(iii) Conclusion Regarding the Nature of Appellate Review in Saskatchewan

243

After examining the grammatical and ordinary sense of the words used in ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, as well as the object of the Act, the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for appeals, and the Act’s historical foundations, to me it is clear that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing, with the Court of Appeal being directed to take its own view of the evidence and being empowered to draw inferences of fact and pronounce the decision that ought to have been pronounced by the trial judge. In light of this conclusion, one question remains: although the Court of Appeal is not constrained by the view of the evidence taken by the trial judge, in what circumstances will the Court of Appeal apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced? In particular, in this appeal, we are concerned with when the Court of Appeal will do so in relation to questions of fact. The issue then is to determine what judicial policy mandates in the particular context of *The Court of Appeal Act, 2000*.

inférences de fait, sur laquelle je reviendrai plus en détail, semble être sensiblement la même que celle adoptée en Angleterre (où l’appel s’entend désormais d’un « contrôle »), en ce sens qu’elle fait également une distinction entre conclusions et inférences de fait et préconise une plus grande déférence à l’égard des premières lorsque le juge bénéficie d’un avantage particulier.

Il s’ensuit donc que les termes employés (« nouvelle audition » ou « contrôle ») peuvent être trompeurs. Dans ces circonstances, et en particulier parce que l’appel est une création législative, il est préférable d’axer l’analyse sur la loi qui confère à la cour d’appel sa compétence et ses pouvoirs pour déterminer la nature de la révision en appel. Je le répète, la loi est claire en l’espèce : en Saskatchewan, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition.

(iii) Conclusion sur la nature de la révision en appel en Saskatchewan

Après avoir examiné le sens grammatical et ordinaire des mots employés aux art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, ainsi que l’objet de la Loi, l’objet des dispositions établissant le cadre législatif de l’appel et les fondements historiques de la Loi, il me semble clair que, en Saskatchewan, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition, la Cour d’appel étant tenue de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et habilitée à tirer des inférences de fait et à rendre la décision qu’aurait dû rendre le juge de première instance. Vu cette conclusion, et même si la Cour d’appel n’est pas liée par les conclusions tirées de la preuve en première instance, une question demeure : dans quelles circonstances la Cour d’appel se fondera-t-elle sur sa propre appréciation de la preuve et rendra-t-elle, au besoin, la décision qui aurait dû l’être? Dans le présent pourvoi, la question qui nous intéresse particulièrement est celle de savoir dans quels cas la Cour d’appel pourra le faire à l’égard d’une question de fait. Il nous faut donc déterminer ce que commande la politique judiciaire dans le contexte particulier de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*.

(3) Judicial Policy Concerns

Contrary to the Saskatchewan Court of Appeal, I believe that the direction contained in s. 14 of the Act to the Court of Appeal to take its own view of what the evidence proves is subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, in that they hear the testimony of witnesses *viva voce* and are exposed to the case as a whole. This is also the view of most authors, for instance J.-C. Royer, *La preuve civile* (3rd ed. 2003), at p. 324. The trial judge's special advantage has been recognized by this Court on a number of occasions: see, e.g., *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at p. 794, *per* L'Heureux-Dubé J.; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at para. 36. Of particular relevance to this appeal, the trial judge's special advantage was recently described by the High Court of Australia in the context of an appeal by way of rehearing as follows:

On the one hand, the appellate court is obliged to “give the judgment which in its opinion ought to have been given in the first instance”. On the other, it must, of necessity, observe the “natural limitations” that exist in the case of any appellate court proceeding wholly or substantially on the record. These limitations include the disadvantage that the appellate court has when compared with the trial judge in respect of the evaluation of witnesses' credibility and of the “feeling” of a case which an appellate court, reading the transcript, cannot always fully share. Furthermore, the appellate court does not typically get taken to, or read, all of the evidence taken at the trial. Commonly, the trial judge therefore has advantages that derive from the obligation at trial to receive and consider the entirety of the evidence and the opportunity, normally over a longer interval, to reflect upon that evidence and to draw conclusions from it, viewed as a whole.

(*Fox v. Percy*, at para. 23 (footnotes omitted))

The special advantage of the trial judge calls for a measure of deference on the part of the Saskatchewan Court of Appeal when, pursuant to the direction in s. 14 of the Act, it is considering what the evidence proves: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 87. Specifically, when the trial

(3) Considérations de politique judiciaire

Contrairement à la Cour d'appel de la Saskatchewan, j'estime que l'obligation que lui fait l'art. 14 de la Loi de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve est subordonnée au principe judiciaire voulant que le juge de première instance ait un avantage particulier sur elle du fait qu'il entend les témoignages de vive voix et assiste à toute l'instruction. C'est aussi l'opinion de la plupart des auteurs, dont J.-C. Royer, *La preuve civile* (3^e éd. 2003), p. 324. Notre Cour a reconnu à maintes reprises la situation privilégiée du juge de première instance : voir, *per* ex., *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, p. 794, la juge L'Heureux-Dubé; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 36. Voici comment, dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, la Haute Cour d'Australie a récemment décrit l'avantage dont jouit le juge de première instance, une description particulièrement pertinente en l'espèce :

[TRADUCTION] D'une part, la cour d'appel est tenue de « rendre le jugement qui, à son avis, aurait dû être rendu en première instance ». D'autre part, elle doit nécessairement respecter les « limites normales » auxquelles se heurte toute cour d'appel agissant entièrement ou dans une large mesure sur la foi du dossier. Au nombre de ces limites, mentionnons sa situation désavantageuse par rapport au juge de première instance en ce qui touche à la crédibilité des témoins et à l'« impression » qui se dégage de l'affaire et qu'une cour d'appel, à la lecture de la transcription, n'est pas toujours en mesure de partager pleinement. En outre, généralement, la cour d'appel n'est pas saisie de tous les éléments de preuve présentés au procès, ou n'en prend pas connaissance. Dans la plupart des cas, le juge de première instance jouit donc d'avantages découlant de l'obligation de recevoir et d'examiner tous les éléments de preuve et de la possibilité, sur une plus longue période en général, de soupeser la preuve dans son ensemble et d'en tirer des conclusions.

(*Fox c. Percy*, par. 23 (citations omises))

L'avantage particulier du juge de première instance exige de la Cour d'appel de la Saskatchewan qu'elle fasse preuve d'une certaine déférence lorsqu'elle apprécie la preuve conformément à la prescription de l'art. 14 de la Loi : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 87. Plus précisément,

judge's decision is based upon issues that engage this special advantage (most notably, factual findings based on credibility assessments), the Court of Appeal should make due allowance in this respect: see *Fox v. Percy*, at para. 25. Nevertheless, it must be kept in mind that the Court of Appeal is charged with the statutory mandate to conduct appeals by way of rehearing, and, as noted by the High Court of Australia:

[T]he mere fact that a trial judge necessarily reached a conclusion favouring the witnesses of one party over those of another does not, and cannot, prevent the performance by a court of appeal of the functions imposed on it by statute. In particular cases incontrovertible facts or uncontested testimony will demonstrate that the trial judge's conclusions are erroneous, even when they appear to be, or are stated to be, based on credibility findings. [para. 28]

246

Furthermore, although it is my view that the Court of Appeal should accord some deference to decisions that are based upon issues that engage the special advantage of the trial judge, the same deferential stance does not extend to drawing inferences of fact or to evaluating a body of fact against a legal standard: see *H.L. (C.A.)*, at para. 68. As noted by the Court of Appeal in the case at bar and confirmed in several other cases, the Court of Appeal "is in as good a position as the trial judge to draw inferences of fact from a base of fact proven or admitted": see *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, at p. 75; *Mersey Docks and Harbour Board v. Procter*, at pp. 258-59; *Warren v. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531 (H.C. Austl.), at p. 551, cited with approval in *Fox v. Percy*, at para. 25. This point was, in fact, confirmed by this Court in *Workmen's Compensation Board v. Greer*, [1975] 1 S.C.R. 347, at pp. 357-58, where, after quoting from the aforementioned House of Lords' decision in *Montgomerie & Co. v. Wallace-James*, it stated that

the practice of this Court, which reflects a reluctance to interfere with concurrent findings of fact in two provincial courts, does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting professional opinions as it does to findings based on direct factual evidence.

lorsque la décision de première instance se fonde sur un élément faisant jouer cet avantage particulier (au premier chef, la conclusion de fait fondée sur une appréciation de la crédibilité), la Cour d'appel doit en tenir dûment compte : voir *Fox c. Percy*, par. 25. Il ne faut néanmoins pas perdre de vue que la Cour d'appel a l'obligation légale d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition, et comme l'a fait remarquer la Haute Cour d'Australie :

[TRADUCTION] [L]e simple fait que le juge de première instance a tiré une conclusion favorable aux témoins d'une partie et défavorable à ceux d'une autre n'empêche pas et ne doit pas empêcher la cour d'appel de s'acquitter des fonctions que lui confère la loi. Il arrive parfois que des faits irréfutables ou un témoignage non contredit démontrent que les conclusions du juge de première instance sont erronées même si elles paraissent fondées sur une appréciation de la crédibilité ou sont présentées comme telles. [par. 28]

En outre, bien que je sois d'avis que la Cour d'appel doit faire preuve de déférence à l'égard d'une décision fondée sur un élément faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance, la même obligation de déférence ne s'applique pas à l'inférence de fait ni à l'appréciation d'un ensemble de faits en fonction d'une norme juridique : voir *H.L. (C.A.)*, par. 68. Comme la Cour d'appel l'a signalé en l'espèce et confirmé dans plusieurs autres affaires, elle [TRADUCTION] « est aussi bien placée que le juge de première instance pour tirer des inférences de fait d'un ensemble de faits prouvés ou reconnus » : voir *Montgomerie & Co. c. Wallace-James*, p. 75; *Mersey Docks and Harbour Board c. Procter*, p. 258-259; *Warren c. Coombes* (1979), 142 C.L.R. 531 (H.C. Austr.), p. 551, cité avec approbation dans *Fox c. Percy*, par. 25. Notre Cour l'a en fait également confirmé dans l'arrêt *Workmen's Compensation Board c. Greer*, [1975] 1 R.C.S. 347, p. 357-358, où elle a dit ce qui suit après avoir cité l'arrêt *Montgomerie & Co. c. Wallace-James* de la Chambre des lords :

... la pratique de cette Cour, qui témoigne d'une répugnance à modifier des conclusions de fait concordantes de deux cours provinciales, ne s'applique pas avec la même vigueur à des déductions tirées d'opinions contradictoires de spécialistes qu'à des conclusions fondées sur la preuve directe de certains faits.

In *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 122, McLachlin J. (as she then was) agreed with this Court's decision in *Greer*, but also elaborated on it as follows:

I agree that the principle of non-intervention of a Court of Appeal in a trial judge's findings of facts does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting testimony of expert witnesses where the credibility of these witnesses is not in issue. This does not however change the fact that the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact, in this case the trial judge.

My conclusion that the same appellate deference does not extend to the drawing of inferences is strengthened by the fact that s. 14 of the Act expressly empowers the Court of Appeal to draw inferences of fact and pronounce the decision that, in its judgment, ought to have been pronounced, a power that necessarily entails drawing evaluative inferences: *H.L. (C.A.)*, at para. 68.

(4) When Faced With a Question of Fact, in What Circumstances Will the Court of Appeal Apply Its Own View of the Evidence and, if Necessary, Pronounce the Decision that Ought to Have Been Pronounced?

In light of my consideration of the impact of judicial policy concerns regarding the special advantage of the trial judge, especially with regard to factual findings based on assessments of credibility, I will now address the question: when faced with a question of fact, in what circumstances will the Court of Appeal apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced?

In general, I agree with the Court of Appeal's statement:

On appeal from a decision of a judge of the Court of Queen's Bench sitting without a jury, taken pursuant to sections 7(2)(a) and 13 of the *Court of Appeal Act, 2000*, it is the duty of the court acting under section 14 of the *Act* to rehear the case in the context of the grounds of appeal and make up its own mind, not disregarding

Dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, p. 122, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a souscrit à l'arrêt *Greer* de notre Cour, mais a développé sa pensée comme suit :

Je reconnais que le principe de non-intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un juge de première instance ne s'applique pas avec la même vigueur aux conclusions tirées de témoignages d'expert contradictoires lorsque la crédibilité de ces derniers n'est pas en cause. Il n'en demeure pas moins que, selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits, en l'espèce le juge de première instance, d'attribuer un poids aux différents éléments de preuve.

Ma conclusion selon laquelle l'inférence ne commande pas la même déférence en appel est étayée par le fait que l'art. 14 de la Loi confère expressément à la Cour d'appel le pouvoir de tirer des inférences de fait et de rendre la décision qui aurait dû l'être à son avis, un pouvoir qui comporte nécessairement celui de tirer des inférences apprécatives : *H.L. (C.A.)*, par. 68.

(4) Lorsqu'elle doit se prononcer sur une question de fait, dans quelles circonstances la Cour d'appel peut-elle se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l'être?

Après l'examen de l'incidence des considérations de politique judiciaire concernant l'avantage particulier dont jouit le juge de première instance à l'égard, notamment, d'une conclusion de fait fondée sur une appréciation de la crédibilité, je me penche maintenant sur la question suivante. Lorsqu'elle doit se prononcer sur une question de fait, dans quelles circonstances la Cour d'appel peut-elle se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l'être?

Dans l'ensemble, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel :

[TRADUCTION] Lorsque la décision d'un juge de la Cour du Banc de la Reine siégeant sans jury est portée en appel sur le fondement de l'al. 7(2)a) et de l'art. 13 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la Cour d'appel doit, suivant l'art. 14 de cette loi, réentendre l'affaire en fonction des motifs d'appel et se former sa propre opinion

247

248

249

the judgment appealed from, and giving special weight to that judgment in cases where the credibility of witnesses comes into question, but with full liberty to draw its own inferences from the facts proved or admitted, and to decide accordingly

(*H.L. (C.A.)*, at para. 77)

250

To this general statement, I would add the following two points. First, I would note that deference should not only be accorded to trial decisions where the credibility of witnesses comes into question, but also to all such decisions where the special advantage of the trial judge is engaged. This would include cases where the trial judge's conclusion on an issue is dependent on his or her holistic assessment of the evidence presented at trial (all of which may not be available to the Court of Appeal), also described as his or her "feeling" of the case: see *Fox v. Percy*, at para. 23. Second, as I mentioned above, an appropriate interpretation of *The Court of Appeal Act, 2000* indicates that the primary function of the Court of Appeal is to correct error or deficiency in the particular case. In light of its role as a "court of error", I would emphasize that "[i]f, making proper allowance for the advantages of the trial judge, [the Court of Appeal concludes] that an error has been shown, [it is] authorised, and obliged, to discharge [its] appellate duties in accordance with the statute": *Fox v. Percy*, at para. 27. Here again I must note that the language used is awkward because of the word "error". But in the context I have discussed, one will understand that even though the palpable error threshold is not applicable, the Court of Appeal will only substitute its view of the facts if it finds some error in the reasoning of the trial judge.

251

In my view, contrary to the submissions of the Attorney General for Saskatchewan, this general statement of when the Saskatchewan Court of Appeal will interfere with the decision of a trial judge does not imply that factual findings that do not engage the special advantage of the trial judge and inferences of fact are to be reviewed on the basis of the correctness standard. As a preliminary point, in Saskatchewan, the nature of appellate review is, as earlier demonstrated, by way of rehearing, not

en tenant compte du jugement porté en appel et en lui accordant une importance particulière lorsque la crédibilité d'un témoin est en cause, tout en jouissant de l'entière liberté de tirer ses propres inférences des faits prouvés ou reconnus, et rendre une décision en conséquence

(*H.L. (C.A.)*, par. 77)

Je me permets d'apporter deux précisions. Premièrement, la déférence s'impose à l'égard non seulement d'une décision de première instance où la crédibilité des témoins est en jeu, mais aussi de toute décision faisant jouer l'avantage particulier du juge de première instance, notamment lorsqu'une conclusion de ce dernier repose sur son appréciation globale des éléments de preuve présentés au procès (lesquels ne sont pas nécessairement tous mis à la disposition de la Cour d'appel), également qualifiée d'« impression » se dégageant de l'affaire : voir *Fox c. Percy*, par. 23. Deuxièmement, comme je l'ai déjà mentionné, selon la juste interprétation de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la principale fonction de la Cour d'appel consiste à réparer l'erreur ou la lacune qui entache une décision. Vu ce rôle confié à la « cour de révision », je souligne que [TRADUCTION] « [s]i, après avoir dûment tenu compte de la situation privilégiée du juge de première instance, elle conclut qu'une erreur a été commise, la Cour d'appel peut et doit s'acquitter de ses obligations en appel conformément à la loi » : *Fox c. Percy*, par. 27. Là encore, je dois faire observer que la formulation est boiteuse à cause de l'emploi du mot « erreur ». Mais dans le contexte considéré, l'on comprendra que même si le critère de l'erreur manifeste ne s'applique pas, la Cour d'appel ne substituera sa propre appréciation des faits à celle du juge de première instance que si elle découvre une faille dans le raisonnement de ce dernier.

Selon moi, contrairement aux prétentions du procureur général de la Saskatchewan, cet énoncé général des circonstances dans lesquelles la Cour d'appel de la Saskatchewan peut modifier la décision de première instance ne signifie pas que la conclusion factuelle ne faisant pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance et l'inférence de fait doivent être révisées selon la norme de la décision correcte. D'abord, en Saskatchewan l'appel est instruit, je le répète, par voie de nouvelle audition, et

review for error; therefore, the notion of “reviewing” a decision on any standard, let alone the correctness standard, is not applicable in these circumstances. Moreover, the correctness standard implies that the reviewing court will accord no deference to the decision of the lower court, but it is clear from the general statement of the Court of Appeal in *H.L. (C.A.)* that I quoted above that even though it is the duty of the court acting under s. 14 of the Act to rehear the case in the context of the grounds of appeal and make up its own mind, it will not disregard the judgment appealed from. The office of a trial judge is deserving of respect, and the decisions of such judges will be presupposed (and not presumed) to be free from error: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at paras. 117 and 120.

Turning now to specifically address the circumstances in which the Court of Appeal, when faced with questions of fact, will apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced, I will distinguish between three types of questions of fact: (i) factual findings that engage the special advantage of the trial judge; (ii) factual findings that do not; and (iii) inferences based on findings of fact. I distinguish between factual findings that engage the special advantage of the trial judge and factual findings that do not because, as noted above, more deference is called for with regard to the former. I distinguish between factual findings generally and inferences of fact because there is an analytical difference between the two: see *Housen*, at para. 103 (for the minority). Inferences involve logical deductions that rely upon findings of fact in order to come to either legal or factual conclusions. In this case, we are only concerned with factual inferences.

(a) *Factual Findings That Engage the Special Advantage of the Trial Judge*

As noted previously, factual findings that engage the special advantage of the trial judge will be accorded some deference by the Court of Appeal. To the extent that “standards of review” language is

non de contrôle d’erreur. Par conséquent, la notion de « contrôle » de la décision en fonction de quelque norme, à plus forte raison celle de la décision correcte, ne saurait s’appliquer dans les circonstances de l’espèce. Ensuite, la norme de la décision correcte implique que le tribunal de révision ne fait preuve d’aucune déférence à l’égard de la décision du tribunal inférieur, alors qu’il ressort de l’affirmation générale de la Cour d’appel dans *H.L. (C.A.)*, citée précédemment, que même si l’art. 14 de la Loi lui fait obligation de réentendre l’affaire en fonction des motifs d’appel et de se former sa propre opinion, elle doit tenir compte du jugement porté en appel. La charge d’un juge de première instance commande le respect, et l’on présupposera (et non présuamera) que la décision d’un tel juge est exempte d’erreur : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 117 et 120.

En ce qui concerne maintenant les circonstances dans lesquelles, lorsqu’il lui faut se prononcer sur une question de fait, la Cour d’appel peut se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l’être, je distingue entre trois types de questions de fait : (i) la conclusion factuelle qui fait jouer l’avantage particulier du juge de première instance; (ii) celle qui ne le fait pas; (iii) l’inférence fondée sur une conclusion de fait. Je distingue entre la conclusion factuelle qui fait jouer l’avantage particulier du juge de première instance et celle qui ne le fait pas parce que, comme je l’ai dit, la première commande une plus grande déférence. Je fais une distinction entre la conclusion factuelle en général et l’inférence de fait, les deux étant différentes sur le plan analytique : voir *Housen*, par. 103 (opinion de la minorité). L’inférence suppose une déduction logique fondée sur une conclusion de fait en vue d’arriver à une conclusion sur le plan du droit ou des faits. En l’espèce, nous nous intéressons uniquement à l’inférence factuelle.

a) *Conclusion factuelle faisant jouer l’avantage particulier du juge de première instance*

Je le répète, la Cour d’appel doit faire preuve d’une certaine déférence vis-à-vis des conclusions factuelles qui font jouer l’avantage particulier du juge de première instance. Dans la mesure où la

useful in the context of appellate review by way of rehearing, if only for clarity's sake, it can be argued that, although the Court of Appeal is not constrained by the view of the evidence taken by the trial judge, when the trial judge's factual findings engage the special advantage he or she has over an appellate tribunal, the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding: *H.L. (C.A.)*, at para. 77. That being said, it must be borne in mind that the primary function of the Saskatchewan Court of Appeal is to correct "error or deficiency" in the particular case, and it is not relieved of this function "by the fact that the trial judge has, expressly or implicitly, reached a conclusion influenced by an opinion concerning the credibility of witnesses": *Fox v. Percy*, at para. 29. In such a case, "making all due allowances for the advantages available to the trial judge", the Court of Appeal must not shrink from applying its own view of the evidence if it concludes that the trial judge's view is tainted by a palpable and overriding error.

(b) *Factual Findings That Do Not Engage the Special Advantage of the Trial Judge*

254

Factual findings that do not engage the special advantage of the trial judge are not entitled to the same level of deference as those that do. Therefore, while the Court of Appeal will presuppose that such factual findings are free from error, given the respect that is to be accorded to the office of a trial judge, if the Court of Appeal concludes that some error has indeed been made, it will apply its own view of the evidence: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 117. As above, to the extent that "standards of review" language is helpful, it can be argued that, although the Court of Appeal is not constrained by the view of the evidence taken by the trial judge, it will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a simple error in his or her fact finding.

terminologie propre aux « normes de contrôle » est utile dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, ne serait-ce que par souci de clarté, on peut soutenir que, même si elle n'est pas liée par les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve, lorsque ces conclusions font jouer l'avantage particulier du juge de première instance, la Cour d'appel n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits : *H.L. (C.A.)*, par. 77. Cela dit, il faut se rappeler que la principale fonction de la Cour d'appel de la Saskatchewan est de réparer l'erreur ou la lacune qui entache la décision et qu'elle doit s'en acquitter même lorsque [TRADUCTION] « le juge de première instance est expressément ou implicitement arrivé à une conclusion influencée par son opinion sur la crédibilité des témoins » : *Fox c. Percy*, par. 29. En pareil cas, [TRADUCTION] « après avoir dûment tenu compte des avantages dont bénéficie le juge de première instance », la Cour d'appel ne doit pas craindre de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve si elle estime que celle du juge de première instance est entachée d'une erreur manifeste et dominante.

b) *Conclusion factuelle ne faisant pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance*

La conclusion factuelle qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance ne commande pas la même déférence. Aussi, même si elle présupposera qu'une conclusion factuelle est exempte d'erreur, étant donné le respect dû à la charge d'un juge de première instance, lorsqu'elle estimera qu'une erreur a bel et bien été commise, la Cour d'appel se fondera sur sa propre appréciation de la preuve : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 117. Par analogie avec ce qui précède, dans la mesure où la terminologie propre aux « normes de contrôle » est utile, l'on peut soutenir que, même si elle n'est pas liée par les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve, la Cour d'appel n'interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une simple erreur en appréciant les faits.

The distinction between simple error and palpable and overriding error should be noted. Because the trial judge is typically in no better position than the Court of Appeal to make factual findings that are not dependent on hearing the testimony of witnesses *viva voce* or being exposed to the case as a whole, no greater measure of deference is called for than presupposing (though not presuming) that the trial judge's fact finding is free from error: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 117; *H.L. (C.A.)*, at para. 73. If a simple error in this type of fact finding is detected — it need not be palpable and overriding —, the Court of Appeal must interfere and apply its own view of the evidence. This approach is supported by my position that an appropriate interpretation of *The Court of Appeal Act, 2000* indicates that the primary function of the Court of Appeal is to correct error or deficiency in the particular case.

(c) *Inferences of Fact*

In the case at bar, we are particularly concerned with conditions under which, in the context of an appeal by way of rehearing, the Court of Appeal will overrule a trial judge's inference of fact and instead draw its own. Once again, I reiterate that a trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of fact properly established, either in the first instance or on appeal: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 86; *H.L. (C.A.)*, at para. 68. Furthermore, it must be remembered that the primary function of the Court of Appeal is to correct error or deficiency in the particular case. Because inferences are matters of logic and their accuracy can never be conclusively established, it is awkward to speak in terms of "error" with respect to these inferences; instead, I favour the use of the concept of reasonableness. Because s. 14 of the Act states in part that "the court shall act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves, and the court may draw inferences of fact . . .", it can be argued that the Court of Appeal "may" draw its own inference of fact when, after considering what, in its own view, the evidence proves and, comparing that with the inference of fact made by the trial judge, it concludes that the trial judge's inference of fact was not

La simple erreur doit être distinguée de l'erreur manifeste et dominante. Le juge de première instance n'étant généralement pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer des conclusions factuelles n'exigeant pas d'avoir entendu les témoignages de vive voix ni d'avoir assisté à toute l'instruction, la seule déférence qui s'impose consiste à présupposer (et non à présumer) que l'appréciation des faits par le juge de première instance n'est entachée d'aucune erreur : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 117; *H.L. (C.A.)*, par. 73. Lorsqu'elle y décèle une simple erreur — point n'est besoin qu'il s'agisse d'une erreur manifeste et dominante —, la Cour d'appel doit intervenir et se fonder sur sa propre appréciation de la preuve. J'ajoute que, suivant la juste interprétation de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, la principale fonction de la Cour d'appel est de réparer l'erreur ou la lacune qui entache la décision.

c) *Inférence de fait*

En l'espèce, nous nous attachons particulièrement aux conditions auxquelles, dans le contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel infirmera une inférence de fait du juge de première instance et lui substituera la sienne. Encore une fois, je le répète, le juge de première instance n'est pas mieux placé que la Cour d'appel pour tirer une inférence de fait d'un ensemble de faits dûment établis, que ce soit en première instance ou en appel : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 86; *H.L. (C.A.)*, par. 68. De plus, il faut se rappeler que la fonction première de la Cour d'appel est de réparer l'erreur ou la lacune qui entache la décision. L'inférence étant affaire de logique et sa justesse ne pouvant jamais être établie avec certitude, l'emploi du mot « erreur » est inopportun à son égard; je privilégie la notion de « raisonabilité ». Comme l'art. 14 de la Loi dit entre autres que « [l]a Cour se détermine en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve et peut tirer les inférences factuelles . . . », on peut faire valoir que la Cour d'appel « peut » tirer sa propre inférence de fait lorsque, après avoir apprécié elle-même la preuve et comparé cette appréciation avec l'inférence de fait tirée par le juge de première instance, elle arrive à la conclusion que celle-ci n'était pas raisonnable. En d'autres termes, dans le

reasonable. In other words, in the context of an appeal by way of rehearing, the threshold that the Court of Appeal must pass before substituting its own inference of fact is reasonableness. Nevertheless, as was the case with findings of fact that do not engage the special advantage of the trial judge, out of respect for the office of the trial judge, the Court of Appeal will presuppose that he or she has drawn reasonable inferences of fact: see *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 120. The Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative* aptly summarized this concept as follows:

Should the court, having determined what inferences may properly be drawn, conclude that those of the chambers judge were reasonable, as presupposed, it will not interfere. Should it reach the opposite conclusion, or be left in serious doubt, it will take its own view of what the evidence warrants in the way of inference and establish the secondary facts as it sees fit in the exercise of its faculty of judgment. [para. 120]

(5) Previous Jurisprudence Regarding Standards of Appellate Review

257

In light of my conclusion regarding the nature of appellate review in Saskatchewan and the circumstances in which the Court of Appeal will apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced, in this final section, I will endeavour to reconcile past jurisprudence on this topic with my conclusion.

258

Earlier, I explained why the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing and not review for error, such that the Court of Appeal is relieved of any obligation to adopt the view of the evidence taken by the trial judge and is directed instead to act on its own view of what, in its judgment, the evidence proves. Moreover, I noted that the Saskatchewan Act, which gives the Court of Appeal its mandate to conduct appeals in this manner, is unique. In this context, I contend that when examining previous jurisprudence on appellate review with a view to reconciling it with my conclusion about the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, the focus should be on Saskatchewan-specific cases, and in particular

contexte d'un appel par voie de nouvelle audition, le critère auquel la Cour d'appel doit satisfaire pour substituer sa propre inférence de fait à celle du juge de première instance est celui de la raisonabilité. Néanmoins, vu le respect que commande la charge de juge de première instance, la Cour d'appel doit, comme dans le cas d'une conclusion de fait qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance, présupposer que ce dernier a tiré une inférence de fait raisonnable : voir *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 120. Dans cet arrêt, la Cour d'appel a bien résumé cette notion :

[TRADUCTION] Lorsque, après avoir déterminé quelles inférences pouvaient être tirées à juste titre, la Cour d'appel conclut que celles du juge en chambre étaient raisonnables, comme on le présuppose, elle ne doit pas intervenir. Lorsqu'elle arrive à la conclusion contraire, ou qu'elle a un doute sérieux, elle doit se fonder sur sa propre appréciation de ce que la preuve permet d'inférer et établir les faits secondaires comme elle le juge indiqué dans l'exercice de sa faculté de discernement. [par. 120]

(5) Jurisprudence relative aux normes de révision en appel

En dernier lieu, je m'appliquerai à concilier avec la jurisprudence pertinente ma conclusion sur la nature de la révision en appel en Saskatchewan et sur les circonstances dans lesquelles la Cour d'appel se fondera sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendra la décision qui aurait dû l'être.

J'ai expliqué précédemment pourquoi, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d'erreur, de sorte que la Cour d'appel n'a pas à accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve, mais doit plutôt se déterminer en fonction de sa propre appréciation de la preuve. De plus, j'ai souligné le caractère unique de la Loi de la Saskatchewan, qui habilite la Cour d'appel à procéder ainsi. Dans ce contexte, j'estime que l'examen de la jurisprudence sur la révision en appel en vue de la concilier avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables dans la province doit mettre l'accent sur les décisions relatives à la Saskatchewan et,

those from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal. This is particularly so when the general standards of appellate review seem to be drifting away from appeal by way of rehearing and toward appeal by way of review for error: *H.L. (C.A.)*, at para. 86. Additionally, as noted by the Court of Appeal, these general standards “have evolved not so much on the basis of statutory provision as on the basis of judicial policy concerns — concerns having to do with finality in litigation, with cost and delay occasioned by appeal, with taxing scarce judicial resources, and so on” (para. 81). However, because appeals are creatures of statute, these judicial policy concerns must be assessed in light of the statutory mandate conferred on the Court of Appeal. In this case, the Saskatchewan legislature, through *The Court of Appeal Act, 2000*, has instructed its Court of Appeal to conduct appeals by way of rehearing rather than review for error, with the overall aim of redressing error and setting matters right: *Valley Beef Producers Co-operative*, at para. 70. In this light, the judicial policy concerns noted above lose their relevance and should not be used to limit the facially unlimited right of appeal and the broad powers of the appellate court to act on that right that are provided by statute in the province of Saskatchewan. Instead, other policies apply.

Examining the judicial interpretation by this Court and the Saskatchewan Court of Appeal of the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, in contrast with Fish J.’s assertion at para. 98 that “[n]o decision has been drawn to our attention where the [Saskatchewan Court of Appeal] has asserted a power of review by rehearing”, I have found that there are a number of Saskatchewan Court of Appeal cases that support my conclusion that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing and not review for error. Moreover, to the extent that there are cases from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal that appear to conflict with my conclusion, in my view, they can be reconciled in one of three ways. First, a number of these cases hold that findings of fact made at trial based on the credibility of

plus particulièrement, sur celles de notre Cour et de la Cour d’appel de la Saskatchewan. D’autant plus que les normes générales applicables en appel semblent s’éloigner de l’appel par voie de nouvelle audition et se rapprocher de l’appel par voie de contrôle d’erreur : *H.L. (C.A.)*, par. 86. En outre, comme l’a signalé la Cour d’appel, ces normes générales [TRADUCTION] « n’ont pas tant évolué en fonction de dispositions législatives que de considérations de politique judiciaire — irrévocabilité des jugements, coût et attente associés à l’appel, affectation de ressources judiciaires limitées, etc. » (par. 81). Cependant, l’appel étant une création législative, ces considérations de politique judiciaire doivent être appréciées à la lumière de la mission dont la Cour d’appel est légalement investie. En l’espèce, l’assemblée législative de la Saskatchewan, en adoptant la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, a enjoint à sa cour d’appel de statuer à l’issue d’une nouvelle audition, et non d’un contrôle d’erreur, avec l’objectif général de réparer une erreur et de rétablir les choses : *Valley Beef Producers Co-operative*, par. 70. Les considérations de politique judiciaire susmentionnées perdent donc leur pertinence et ne doivent pas être invoquées pour limiter le droit d’appel à première vue illimité et les vastes pouvoirs de la cour d’appel — prévus par la loi dans la province de la Saskatchewan — de donner suite à l’exercice de ce droit. Ce sont plutôt d’autres politiques qui s’appliquent.

En me penchant sur l’interprétation, par notre Cour et la Cour d’appel de la Saskatchewan, de la nature de la révision en appel et des « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan, malgré l’affirmation du juge Fish au par. 98 de ses motifs selon laquelle « [n]ulle décision où la Cour d’appel a revendiqué le pouvoir d’instruire l’appel par voie de nouvelle audition n’a été portée à notre attention », j’ai constaté qu’un certain nombre de décisions de la Cour d’appel de la Saskatchewan appuient ma conclusion que, dans cette province, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition, et non de contrôle d’erreur. De plus, si des arrêts de notre Cour et de la Cour d’appel de la Saskatchewan semblent contredire ma conclusion, ils peuvent, à mon avis, être conciliés avec elle de trois façons. Premièrement, un certain nombre de ces

witnesses are not to be reversed on appeal unless the trial judge made some palpable and overriding error which affected his or her assessment of the facts. This specific holding is not at odds with my conclusion regarding the nature of appellate review in Saskatchewan and the circumstances in which the Saskatchewan Court of Appeal, when faced with factual findings that engage the special advantage of the trial judge, will interfere and apply its own view of the evidence. Therefore, these cases can be reconciled by restricting their impact to their specific *rationes decidendi*. Second, some of these cases do not refer to the Saskatchewan Act at all, despite the fact that it is the only statute in Canada that frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to take its own view of the evidence. Therefore, I contend that these cases are better understood as applying to appellate review in general, the nature of which has drifted toward appeal by way of review, rather than appellate review in Saskatchewan under *The Court of Appeal Act, 2000*, which continues to be by way of rehearing. Finally, some cases, or at least aspects of them, may simply require reconsideration in light of the above analysis regarding the nature of appellate review in Saskatchewan. This Court is not bound by the particular decisions of lower courts, particularly when there is conflict within the case law.

- (a) *Saskatchewan Court of Appeal Cases in Support of My Conclusion That the Nature of Appellate Review in Saskatchewan Is by Way of Rehearing*

260

At para. 97 of his reasons, Fish J. states that “the Court of Appeal for Saskatchewan appears to have for many decades prior to both *Lensen* and *Housen* understood its legislative mandate as a power of review for error”. With respect, I must disagree with this statement because, as noted previously, since *The Court of Appeal Act* of 1915 was enacted, the Saskatchewan Court of Appeal has adopted the rehearing approach to appellate review that was first laid out in *Coghlan v.*

arrêts établissent que la conclusion de fait tirée au procès sur le fondement de la crédibilité d’un témoin ne doit être infirmée en appel que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ayant entaché son appréciation des faits. Cela ne va pas à l’encontre de ma conclusion sur la nature de la révision en appel en Saskatchewan et les circonstances dans lesquelles la Cour d’appel, lorsqu’elle doit se prononcer sur une conclusion factuelle faisant jouer l’avantage particulier du juge de première instance, peut intervenir et se fonder sur sa propre appréciation de la preuve. Il est donc possible de concilier ces arrêts avec ma conclusion en ne retenant que leur *ratio decidendi*. Deuxièmement, certains de ces arrêts ne font aucune mention de la Loi de la Saskatchewan, même si elle est la seule au Canada à soustraire la Cour d’appel à l’obligation d’accepter les conclusions tirées de la preuve par le juge de première instance et à lui enjoindre de se fonder sur sa propre appréciation de la preuve. Par conséquent, j’estime préférable de considérer qu’ils s’appliquent à l’appel en général, qui se rapproche désormais davantage du contrôle judiciaire que de l’appel instruit en Saskatchewan à l’issue d’une nouvelle audition sous le régime de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*. Enfin, certains arrêts ou, du moins, certains de leurs aspects, pourraient simplement nécessiter un réexamen à la lumière de l’analyse qui précède concernant la nature de la révision en appel en Saskatchewan. Notre Cour n’est pas liée par les décisions des tribunaux inférieurs, surtout lorsque la jurisprudence est contradictoire.

- a) *Arrêts de la Cour d’appel de la Saskatchewan étayant ma conclusion selon laquelle, en Saskatchewan, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition*

Le juge Fish affirme, au par. 97 de ses motifs, que « la Cour d’appel de la Saskatchewan semble avoir vu dans son mandat légal le pouvoir de vérifier si la décision est exempte d’erreur, et ce, bien des décennies avant les arrêts *Lensen* et *Housen* ». En toute déférence, je ne peux être d’accord, car, je le répète, depuis l’adoption de la *Court of Appeal Act* de 1915, la Cour d’appel de la Saskatchewan a opté pour l’appel par voie de nouvelle audition préconisé initialement dans *Coghlan c. Cumberland*,

Cumberland and approved by Anglin J. in *Annable v. Coventry and Greene, Swift & Co. v. Lawrence*: see, e.g., *Miller v. Foley & Sons*; *Messer v. Messer*; *Monaghan v. Monaghan*; *Kowalski v. Sharpe*; *Tarasoff v. Zielinsky*; *Matthewson v. Thompson*; *French v. French*, at p. 443; and *Wilson v. Erbach*, at p. 666.

For example, in *Miller v. Foley & Sons*, the appeal turned entirely upon a finding of fact by the trial judge, and the Court of Appeal held that “[t]he rule no doubt is that, in cases of this kind, it is the duty of this Court to re-hear the case and to overrule it when on full consideration the Court is convinced that the judgment appealed from is wrong” (p. 665). Similarly, in *Monaghan v. Monaghan*, the Court of Appeal confirmed that, pursuant to (then) s. 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, c. 48, it was duty-bound to reconsider the evidence:

We are dealing with an appeal from a decision of a Judge sitting without a jury, and it is therefore our duty to reconsider the evidence. This is especially true in this Court, where we are bound to give due effect to sec. 8 of *The Court of Appeal Act*, R.S.S., 1930, ch. 48. This case does not turn upon the relative credibility of witnesses, and the question of which witness is to be believed rather than another does not arise; if it did, different considerations would, of course, apply. [p. 5]

Moreover, in *Tarasoff v. Zielinsky*, at p. 138, the Court of Appeal confirmed that it was in as good a position as the trial judge to draw inferences of fact, which, in this case, was that the deceased was killed by the defendant’s bull. Likewise, in *French v. French*, at p. 443, the Court of Appeal noted that it is required to act on its own view of what the evidence proves when it cannot agree with the inferences the trial judge drew from the facts:

In the result, I can only say, with great deference, that I cannot agree with the inferences which [the trial judge] draws from the facts and, such being the case, it is my duty to act upon my own view of what the evidence proves: *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48, sec. 8; *Lysnar v. National Bank of N.Z.*, [1935] 1 W.W.R. 625.

(See also *Wilson v. Erbach*, at p. 666.)

puis approuvé par le juge Anglin dans *Annable c. Coventry et Greene, Swift & Co. c. Lawrence* : voir, p. ex., *Miller c. Foley & Sons*; *Messer c. Messer*; *Monaghan c. Monaghan*; *Kowalski c. Sharpe*; *Tarasoff c. Zielinsky*; *Matthewson c. Thompson*; *French c. French*, p. 443; *Wilson c. Erbach*, p. 666.

Par exemple, dans l’affaire *Miller c. Foley & Sons*, où l’appel visait uniquement une conclusion de fait tirée par le juge de première instance, la Cour d’appel a conclu que, [TRADUCTION] « [d]ans une affaire de ce genre, la règle veut sans aucun doute que la Cour réentende l’affaire et infirme la décision lorsque, après un examen minutieux, elle est convaincue de son caractère erroné » (p. 665). De même, dans *Monaghan c. Monaghan*, la Cour d’appel a confirmé que, suivant l’art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48, elle avait l’obligation de réexaminer la preuve :

[TRADUCTION] Nous sommes saisis de l’appel de la décision d’un juge siégeant sans jury, et il est donc de notre devoir de réexaminer la preuve, d’autant plus qu’il nous incombe d’assurer l’application de l’art. 8 de la *Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48. Le règlement du litige ne tient pas à la crédibilité relative des témoins, et il ne s’agit pas d’ajouter foi à un témoin plutôt qu’à un autre; évidemment, si tel était le cas, des considérations différentes s’appliqueraient. [p. 5]

En outre, dans l’affaire *Tarasoff c. Zielinsky*, la Cour d’appel a confirmé à la p. 138 qu’elle était aussi bien placée que le juge de première instance pour tirer une inférence de fait et conclure, en l’espèce, que le défunt avait été tué par le taureau du défendeur. Aussi, dans *French c. French*, p. 443, elle a indiqué qu’elle devait statuer en fonction de sa propre appréciation de la preuve lorsqu’elle ne pouvait faire siennes les inférences que le juge de première instance avait tirées des faits :

[TRADUCTION] Par conséquent, je peux seulement dire, en toute déférence, que je ne peux être d’accord avec les inférences que [le juge de première instance] tire des faits. Je dois donc statuer en me fondant sur ma propre appréciation de la preuve : *The Court of Appeal Act*, R.S.S. 1930, ch. 48, art. 8; *Lysnar c. National Bank of N.Z.*, [1935] 1 W.W.R. 625.

(Voir également *Wilson c. Erbach*, p. 666.)

263 Not only did the Saskatchewan Court of Appeal adopt the rehearing approach to appellate review in cases decided long before the decisions of this Court in *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, and *Housen* (discussed below), following these two decisions, the Court of Appeal also appears to have maintained its adherence to this form of appellate review.

264 For instance, in *Valley Beef Producers Co-operative*, the Court of Appeal took occasion to examine in detail the provisions of *The Court of Appeal Act, 2000*, given its newness at the time and the concern among members of the bar of the Province that the role of the court is on the wane, in that it will not or cannot address appeals as robustly as it once did. The court explained this concern in the following manner:

The concern, which seems to have been mounting over the last several years, stems from what are nowadays referred to in increasingly comprehensive terms as the “standards of appellate review”, a continually evolving set of uniform, national standards governing the determination of issues of fact and questions of law raised before the court on appeal. It behoves us to recognize this concern and to address it. [para. 32]

265 In its interpretation of *The Court of Appeal Act, 2000*, the court noted that the right of appeal conferred by s. 7(2)(a), and augmented by s. 13 when unlimited, is “a right of the person which has first and foremost to do with relief from error or deficiency, if such be found, in the decision affecting that person” (para. 65). With regard to s. 12(1), the court stated that the legislature “could hardly have expressed itself in broader terms, evincing an intention to fully empower the court to take such steps in respect of the decision under appeal as occasion requires” (para. 70). Although full consideration of ss. 13 and 14 was not needed to decide the case, which essentially involved the trial judge’s identification and application of the governing law, the court nevertheless went on to state that “[s]ection 14 is concerned with issues of fact, as is s. 13, but it extends beyond this, inasmuch as it goes on to empower the court to pronounce judgment, which entails the application of law to fact once properly established” (para. 73). The court concluded that

Non seulement la Cour d’appel de la Saskatchewan a adopté l’appel par voie de nouvelle audition bien avant les arrêts *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, et *Housen* de notre Cour (sur lesquels je reviendrai), mais elle semble avoir continué depuis de privilégier cette forme de révision en appel.

À titre d’exemple, dans l’arrêt *Valley Beef Producers Co-operative*, la Cour d’appel a saisi l’occasion d’examiner en détail la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, étant donné sa nouveauté à l’époque et la crainte des avocats de la province que la Cour d’appel ne connaisse un déclin du fait qu’elle ne voudrait ou ne pourrait plus instruire les appels avec la vigueur d’autrefois. Voici comment la Cour d’appel a expliqué cette appréhension :

[TRADUCTION] La crainte, qui semble s’être accrue ces dernières années, est due aux « normes de révision en appel » — expression de plus en plus générale aujourd’hui consacrée —, un ensemble de normes nationales uniformes en constante évolution régissant le règlement des questions de fait et de droit soulevées devant la Cour d’appel. Il nous faut reconnaître cette crainte et en tenir compte. [par. 32]

Dans son analyse de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, la Cour d’appel a signalé que le droit d’appel conféré par l’al. 7(2)a), et accru par l’art. 13 lorsque aucune restriction ne s’applique, est [TRADUCTION] « un droit permettant d’abord et avant tout à son titulaire d’obtenir la réparation de toute erreur ou lacune décelée dans la décision qui le touche » (par. 65). En ce qui concerne le par. 12(1), elle a affirmé que le législateur [TRADUCTION] « aurait pu difficilement s’exprimer de manière plus générale, ce qui traduit l’intention d’investir véritablement la Cour d’appel du pouvoir de prendre les mesures qui s’imposent à l’égard de la décision portée en appel » (par. 70). Même s’il n’était pas nécessaire d’analyser les art. 13 et 14 pour statuer dans cette affaire, qui portait essentiellement sur la définition et l’application du droit applicable par le juge de première instance, la Cour d’appel a néanmoins ajouté que [TRADUCTION] « [l]’art. 14, à l’instar de l’art. 13, vise les questions de fait, mais va plus loin et habilite la Cour d’appel à rendre jugement, ce qui suppose l’application du

“[a]ll of this, of course, dovetails with the notion of appeal by way of re-hearing.”

As for the central issue in the appeal — in what circumstances will the Court of Appeal exercise its remedial powers conferred on it by s. 12(1) and take issue with a chambers judge’s decision on the grounds of (i) the judge’s identification of the governing law and (ii) the judge’s application of that law to the facts of the case — the court held that the court will exercise these powers “if satisfied of material error of law or material deficiency in respect of the decision under appeal” (para. 92). Moreover, although the court was of the view that appeal by way of rehearing remains the case in Saskatchewan, to the extent the basis for the exercise of the powers conferred on the court is expressed in terms of “standards of review”, it went on to offer its opinion as to the standards in Saskatchewan (paras. 95-96).

First, with regard to questions of law, which, in the court’s view, include both the judge’s identification of the law as well as the judge’s application of the law to the facts, the court stated that the standard in Saskatchewan was correctness (paras. 96 and 111). On this point, the court acknowledged that its decision was in contrast with the majority opinion in *Housen*; it attempted to justify this conflict in a number of ways, including by noting that the decision in *Housen* did not address the Saskatchewan Act (para. 108). Second, with regard to questions of fact, the court held that, for so-called primary and secondary facts (i.e., what I term “factual findings” and “inferences of fact”) that are not dependent on hearing *viva voce* evidence or assessments of credibility, “no greater measure of deference is called for than that pertaining to the office of the judge, who being a superior court judge may be presupposed to have made reasonable findings of fact” (para. 117). In contrast, for findings of fact that do arise out of *viva voce* evidence and assessments of credibility, the court held that “again the court will address the issue on the standard of ‘reasonableness’, determined on the same basis and to the same extent as otherwise, but accompanied by an

droit aux faits dûment établis » (par. 73). La Cour d’appel a conclu que [TRADUCTION] « [t]out cela, évidemment, cadre bien avec la notion d’appel par voie de nouvelle audition. »

En ce qui a trait à la principale question en litige dans le présent pourvoi — dans quelles circonstances la Cour d’appel exercera les pouvoirs de réparation que lui confère le par. 12(1) et marquera son désaccord avec la décision du juge en chambre quant (i) à la définition du droit applicable et (ii) à l’application de ce droit aux faits de l’espèce —, la Cour d’appel a conclu qu’elle exercera ces pouvoirs [TRADUCTION] « si elle est convaincue qu’une erreur de droit ou une lacune importantes entache la décision portée en appel » (par. 92). De plus, même si elle était d’avis que l’appel par voie de nouvelle audition s’appliquait toujours en Saskatchewan, dans la mesure où le fondement de l’exercice de ses pouvoirs reprenait la terminologie des « normes de contrôle », la Cour d’appel s’est aussi prononcée sur les normes applicables en Saskatchewan (par. 95-96).

Premièrement, en ce qui concerne les questions de droit, qui, selon elle, comprennent tant la définition du droit que son application aux faits, la Cour d’appel a dit que la norme applicable en Saskatchewan était celle de la décision correcte (par. 96 et 111). Sur ce point, elle a reconnu que sa décision allait à l’encontre de l’opinion majoritaire dans l’arrêt *Housen*; elle a tenté de justifier cette contradiction de nombreuses façons, notamment en signalant que l’arrêt *Housen* ne faisait pas mention de la loi sur la Cour d’appel de la Saskatchewan (par. 108). Deuxièmement, au chapitre des questions de fait, elle a conclu que les conclusions relatives à des faits dits essentiels et secondaires (que j’appelle « conclusions factuelles » et « inférences de fait ») qui ne tiennent pas à l’audition des témoignages de vive voix ni à l’appréciation de la crédibilité, [TRADUCTION] « ne commandent pas une plus grande déférence que la charge du juge, dont on peut presupposer, s’agissant d’un juge d’une cour supérieure, qu’il a tiré des conclusions de fait raisonnables » (par. 117). À l’opposé, dans le cas des conclusions de fait découlant de témoignages entendus de vive voix et de l’appréciation de la crédibilité, la Cour d’appel a statué que, [TRADUCTION] « encore

266

267

appreciably higher measure of deference by reason of the judge's advantage, denied this court, of having seen and heard the witnesses" (para. 119).

268

While it is apparent that there is some divergence between my conclusion and that of the Court of Appeal in *Valley Beef Producers Co-operative* regarding the circumstances in which the Court of Appeal will interfere with the trial judge's decision and instead apply its own view of the evidence, this is of secondary importance. If necessary, the conflict can be reconciled by this Court. What is of primary importance is the fact that in *Valley Beef Producers Co-operative*, a decision that was rendered after *The Court of Appeal Act, 2000* was enacted and post-*Housen*, the Court of Appeal confirmed that in Saskatchewan, at least, "appeal by way of rehearing remains the case" (para. 95).

269

This understanding of the nature of appellate review in Saskatchewan was repeated by the Court of Appeal in the case at bar: see *H.L. (C.A.)*, at para. 77.

(b) *Reconciliation of Cases That Appear to Conflict With Conclusion That the Nature of Appellate Review in Saskatchewan Is by Way of Rehearing*

270

To the extent that there are cases from this Court and the Saskatchewan Court of Appeal that appear to conflict with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of review in Saskatchewan, in my view, they can be reconciled in one of three ways: (i) they can be limited to their specific *rationes decidendi*; (ii) they can be distinguished because they do not refer to *The Court of Appeal Act, 2000* or its predecessors or (iii) they may simply require reconsideration in light of the above analysis regarding the nature of appellate review in Saskatchewan. In this section, I will discuss in turn each of the cases cited by Fish J. that appear to conflict with my understanding that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing.

une fois, elle appliquera la norme de la "raisonnabilité", de la même manière et dans la même mesure, mais en faisant preuve d'une déférence sensiblement plus grande en raison de l'avantage que confère au juge, à l'exclusion de la Cour d'appel, le fait d'avoir vu et entendu les témoins » (par. 119).

Il semble y avoir une certaine divergence entre ma conclusion et celle de la Cour d'appel dans *Valley Beef Producers Co-operative* quant aux circonstances dans lesquelles la Cour d'appel peut modifier la décision du juge de première instance en se fondant plutôt sur sa propre appréciation de la preuve, mais elle a peu d'importance. Notre Cour peut au besoin concilier les deux points de vue. Il importe surtout que, dans *Valley Beef Producers Co-operative*, une décision rendue après l'adoption de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* et après l'arrêt *Housen*, la Cour d'appel a confirmé que [TRADUCTION] « l'appel par voie de nouvelle audition s'applique toujours », du moins en Saskatchewan (par. 95).

Dans la présente affaire, la Cour d'appel a de nouveau adopté cette position sur la nature de la révision en appel dans la province : voir *H.L. (C.A.)*, par. 77.

b) *Conciliation avec les arrêts qui semblent contredire ma conclusion selon laquelle, en Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition*

Les arrêts de notre Cour et de la Cour d'appel de la Saskatchewan qui semblent contredire ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables dans la province peuvent, à mon avis, être conciliés avec elle de trois façons : (i) en ne retenant que leur *ratio decidendi*, (ii) en les distinguant parce qu'ils ne font mention ni de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* ni des lois qu'elle a remplacées, ou (iii) en les réexaminant simplement à la lumière de l'analyse qui précède concernant la nature de la révision en appel en Saskatchewan. J'examinerai ci-après chacun des arrêts cités par le juge Fish qui semblent aller à l'encontre de ma conclusion selon laquelle l'appel est instruit par voie de nouvelle audition en Saskatchewan.

(i) *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz*

Prior to *Lensen* (discussed below), the leading case in Saskatchewan regarding appellate review was *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan v. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244. In this case, Sherstobitoff J.A., for himself and for Tallis J.A., held that “palpable and overriding error” is the proper standard to apply to intervention by a Court of Appeal in respect of findings of fact by a trial judge. Although Sherstobitoff J.A. acknowledged that a “rehearing” is similar to what s. 8 (now s. 14) of *The Court of Appeal Act* requires of the court, he also stated:

While, on its face, s. 8 appears to confer not only the power, but a duty to “rehear” or “retry” a case, simple fairness and justice require a court of appeal to recognize that a trial judge has an immense advantage in assessing evidence and arriving at findings of fact as opposed to a court of appeal which is confined to an examination of a cold black and white record of a trial proceeding, completely devoid of the tension, emotion, colour, and atmosphere of a trial, all of which factors are immeasurably important in assisting a trial judge in arriving at his conclusions. It is for these reasons that a court of appeal must extend very substantial deference to the finding of facts of a trial judge. The issue has been considered on many occasions by the Supreme Court of Canada and its decisions bear these principles out. [p. 248]

After canvassing the case law to date regarding an appellate court’s jurisdiction to review findings of fact, Sherstobitoff J.A. summarized the generally accepted principles that emerged from the authorities as follows:

1. This court is obliged under s. 8 of the *Court of Appeal Act* to review the impugned findings of fact of a trial judge and if it finds error, to make its own findings of

(i) L’arrêt *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz*

Avant l’arrêt *Lensen* (que j’examine plus loin), en Saskatchewan, l’arrêt de principe en matière de révision en appel était *Board of Education of the Long Lake School Division No. 30 of Saskatchewan c. Schatz* (1986), 49 Sask. R. 244. Dans cet arrêt, s’exprimant également au nom du juge Tallis, le juge Sherstobitoff a conclu que la norme applicable à l’intervention de la Cour d’appel à l’égard d’une conclusion de fait du juge de première instance était celle de « l’erreur manifeste et dominante ». Même s’il a reconnu que ce que l’art. 8 de la *Court of Appeal Act* (devenu l’art. 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*) exigeait de la Cour d’appel s’apparentait à une « nouvelle audition », le juge Sherstobitoff a dit par ailleurs :

[TRADUCTION] Si, à première vue, l’art. 8 paraît conférer non seulement le pouvoir, mais aussi l’obligation de « réentendre » l’affaire ou de l’« instruire à nouveau », la simple équité et la justice la plus élémentaire requièrent d’un tribunal d’appel qu’il reconnaisse que le juge de première instance a l’immense avantage de pouvoir apprécier les témoignages et de constater les faits, par opposition à un tribunal d’appel, confiné à l’étude froide, sans nuance, du dossier de première instance, dénué de la tension, de l’émotion, du pittoresque et de l’atmosphère qui ont imprégné le procès et qui sont tous des facteurs incommensurablement importants et si utiles au juge de première instance pour arriver à ses conclusions. C’est pour ces raisons qu’un tribunal d’appel doit traiter avec une grande déférence les constatations de fait du juge de première instance. La Cour suprême du Canada a examiné la question à de nombreuses occasions et ces principes ressortent de ses arrêts. [p. 248]

Après un examen approfondi de la jurisprudence relative au pouvoir d’une cour d’appel de réviser une conclusion de fait, le juge Sherstobitoff a résumé ainsi les principes généralement reconnus qui s’en dégageaient :

[TRADUCTION]

1. La Cour d’appel doit, suivant l’art. 8 de la *Court of Appeal Act*, examiner les conclusions de fait contestées du juge de première instance et, si elle décèle une erreur,

fact where possible in substitution for those of the trial judge.

2. In a review of the findings of fact of a trial judge, the proper starting point is deference to a trial judge's findings in recognition of the great advantage which a trial judge has in assessing the evidence.

3. With respect to determinations of credibility and findings of fact based thereon, a court of appeal should not intervene unless it is certain that the trial judge erred and can identify the critical error.

4. Where the issue is the trial judge's view of the evidence as a whole, a court of appeal should not interfere unless there has been a palpable or overriding error. It must be shown that the trial judge has failed to use or has palpably misused his advantage.

5. Where there is evidence to support a finding of fact a court of appeal should not interfere in the absence of palpable or demonstrable error. [Emphasis in original; p. 251.]

273

Although this does not dispose of all the points of conflict between the decision in *Long Lake School Division* and my conclusion in these reasons, it must be noted that in his reasons Sherstobitoff J.A. accepted that a "rehearing" is similar to what s. 8 of *The Court of Appeal Act* requires of the Court of Appeal, and he acknowledged that "[t]his court is obliged under s. 8 of the *Court of Appeal Act* to review the impugned findings of fact of a trial judge and if it finds error, to make its own findings of fact where possible in substitution for those of the trial judge" (p. 251). These comments regarding the court's power to conduct an appeal by way of (or at least similar to) rehearing are in contrast with Fish J.'s assertion at para. 98 of his reasons that "[n]o decision has been drawn to our attention where the court has asserted a power of review by rehearing."

274

Furthermore, and contrary to Fish J.'s assertion in his reasons at para. 93, it is arguable that Sherstobitoff J.A.'s comments regarding the need for appellate deference to factual findings ought to be

tirer ses propres conclusions de fait et les substituer, dans la mesure du possible, à celles du juge de première instance.

2. Lors de leur examen, les conclusions de fait du juge de première instance commandent de prime abord une grande déférence étant donné l'énorme avantage dont jouit le juge du procès pour apprécier la preuve.

3. En ce qui concerne l'appréciation de la crédibilité et les conclusions de fait fondées sur celle-ci, une cour d'appel ne doit intervenir que si elle est convaincue que le juge de première instance a commis une erreur et que si l'erreur fatale peut être déterminée.

4. Lorsque le litige porte sur des conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve dans son ensemble, une cour d'appel ne doit intervenir qu'en cas d'erreur manifeste ou dominante. Il doit être démontré que le juge de première instance n'a pas mis son avantage à profit ou que, de toute évidence, il l'a fait à mauvais escient.

5. Lorsqu'une conclusion de fait est étayée par un élément de preuve, une cour d'appel ne doit pas intervenir en l'absence d'une erreur manifeste ou démontrable. [Souligné dans l'original; p. 251.]

Même si cela ne règle pas tous les points de divergence entre l'arrêt *Long Lake School Division* et ma conclusion en l'espèce, il faut noter que, dans ses motifs, le juge Sherstobitoff a reconnu que la « nouvelle audition » s'apparente à ce que l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* exige de la Cour d'appel et que celle-ci [TRADUCTION] « [d]oit, suivant l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*, examiner les conclusions de fait contestées du juge de première instance et, si elle décèle une erreur, tirer ses propres conclusions de fait et les substituer, dans la mesure du possible, à celles du juge de première instance » (p. 251). Ces propos concernant le pouvoir de la Cour d'appel d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition (ou, à tout le moins, d'une manière qui s'y apparente) vont à l'encontre de ceux du juge Fish, au par. 98 de ses motifs, selon lesquels « [n]ulle décision où la Cour d'appel a revendiqué le pouvoir d'instruire l'appel par voie de nouvelle audition n'a été portée à notre attention. »

En outre, et contrairement à ce qu'affirme le juge Fish au par. 93 de ses motifs, on peut soutenir que les propos du juge Sherstobitoff sur la nécessité de faire preuve de déférence en appel à l'égard des

restricted to matters that engage the special advantage of the trial judge, which include but are not limited to assessments of credibility. For instance, although Sherstobitoff J.A. refers simply to a “finding of fact” when he states in his fifth numbered point quoted above that “[w]here there is evidence to support a finding of fact a court of appeal should not interfere in the absence of palpable or demonstrable error”, in the three previous points, he makes reference to the special advantage of the trial judge and circumstances that engage it, namely, determinations of credibility and viewing the evidence as a whole. Thus, it can be argued that, in light of his discussion of the special advantage of the trial judge immediately preceding it, Sherstobitoff J.A.’s reference to a “finding of fact” in his fifth point (and the appellate deference it is owed) ought to be read as pertaining to only those findings that engage the special advantage of the trial judge. This argument is strengthened by Sherstobitoff J.A.’s conclusion on this point in the appeal that “[t]he matter reduces itself to whether the trial judge erred in accepting the evidence of Schatz as to intent. This is a matter of credibility where an appeal court should not interfere” (p. 252). Reading down Sherstobitoff J.A.’s comments regarding the need for appellate deference to factual findings in this manner would accord with my conclusion that the powers conferred by s. 14 (then s. 8) of the Act are subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, such that when the trial judge’s factual findings engage this special advantage, the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding.

To the extent that it remains unclear whether Sherstobitoff J.A.’s comments regarding the need for appellate deference to factual findings can be restricted to matters that engage the special advantage of the trial judge or whether they are to apply to

conclusions factuelles ne s’appliquent qu’aux questions qui font jouer l’avantage particulier du juge de première instance, dont l’appréciation de la crédibilité. Par exemple, alors qu’il ne renvoie qu’à une « conclusion de fait » en affirmant au point 5 que, [TRADUCTION] « [L]orsqu’une conclusion de fait est étayée par un élément de preuve, une cour d’appel ne doit pas intervenir en l’absence d’une erreur manifeste ou démontrable », le juge Sherstobitoff renvoie, aux trois points précédents, à l’avantage particulier du juge de première instance et aux circonstances dans lesquelles joue cet avantage, soit dans l’appréciation de la crédibilité et de la preuve dans son ensemble. Compte tenu de son analyse précédente de l’avantage dont jouit le juge de première instance, il faut donc conclure que lorsqu’il renvoie à une « conclusion de fait » au cinquième point (et à la déférence qu’elle commande en appel), le juge Sherstobitoff ne vise que la conclusion faisant jouer l’avantage particulier du juge de première instance. Cette prétention est étayée par sa conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « [L]a question fondamentale dans cette affaire est de savoir si le juge de première instance a commis une erreur en admettant le témoignage de M. Schatz relatif à l’intention. Il s’agit d’une question de crédibilité à l’égard de laquelle une cour d’appel ne devrait pas intervenir » (p. 252). Cette interprétation atténuée des propos du juge Sherstobitoff concernant la déférence que commande en appel une conclusion factuelle se concilie avec ma conclusion que l’exercice des pouvoirs conférés par l’art. 14 de la Loi (qui a remplacé l’art. 8 de la *Court of Appeal Act*) est subordonné à la considération de politique judiciaire selon laquelle le juge de première instance a un avantage particulier sur la cour d’appel, de sorte que lorsque les conclusions factuelles du juge de première instance feront jouer cet avantage particulier, la Cour d’appel n’interviendra et ne se fondera sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits.

Dans la mesure où l’on ne peut affirmer avec certitude que les propos du juge Sherstobitoff sur la déférence que commandent en appel les conclusions factuelles ne s’appliquent qu’aux questions faisant jouer l’avantage particulier du juge de première

all factual findings and inferences, I would simply say that the reasoning in this case may be in need of reconsideration in light of my analysis regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan. In *H.L. (C.A.)*, the Court of Appeal acknowledged that this might be the case and stated that:

In *Board of Education of Long Lake School Division No. 30 v. Schatz et al.*, we made some effort to reconcile the general standards of review as they were then emerging with what was then section 8, and is now section 14, of the *Act*. However, we did not then appreciate where the continuing evolution of these standards would ultimately lead. The appeal in that case centred on a finding of fact based on the trial judge's assessment of the credibility and reliability of the testimony of one of the parties, whose intention was in issue. That, of course, made it unnecessary, strictly speaking, to do more than accommodate the test of "palpable and overriding error" to what is now section 14. In any event, given the way all of this has played out, we may have to reconsider some of what we had to say in *Schatz* in light of what a closer examination of sections 13 and 14 reveals. [para. 91]

276

Moreover, it must be noted that Wakeling J.A. dissented in *Long Lake School Division*. His comments support my position that the court's decision in this case may be in need of reconsideration. In particular, Wakeling J.A. noted that the appellate process is based upon the generally accepted view that three or more heads are better than one and that this was probably the reason for the broad language employed in s. 8 of *The Court of Appeal Act (1978)*: *Long Lake School Division*, at p. 254. In this regard, Wakeling J.A. stated:

There can be little doubt as to the extent of the legal mandate that has been given this court, and if review on appeal is to be as meaningful as the legislators clearly intended, I see no reason for limiting this right of appellate review to the point where the conclusion reached by the trial judge is completely unsupportable, or misses the mark so widely as to call into question whether the mark was ever a point of aim. I make this point for I am of the opinion that it is possible to so focus on the restrictions on appellate review that one useful aspect of the appeal process relating to factual considerations becomes largely emasculated. The party suffering from a judicial error of

instance, et non à toutes les conclusions et inférences factuelles, je me contenterai de dire qu'il pourrait être nécessaire de réexaminer le raisonnement suivi dans cet arrêt à la lumière de mon analyse de la nature de la révision en appel et des « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan. Dans *H.L. (C.A.)*, la Cour d'appel en a convenu et a affirmé :

[TRADUCTION] Dans *Board of Education of Long Lake School Division No. 30 c. Schatz et al.*, nous avons tenté de concilier les normes générales de révision qui se dessinaient à l'époque avec l'ancien art. 8, devenu l'art. 14, de la *Loi*. Cependant, nous ne nous rendions pas compte alors des répercussions qu'aurait ultimement la constante évolution de ces normes. Dans cette affaire, l'appel visait une conclusion de fait fondée sur l'appréciation, par le juge de première instance, de la crédibilité et de la fiabilité du témoignage de l'une des parties, dont l'intention était en cause. Ce qui a pour ainsi dire rendu inutile, à proprement parler, de faire plus qu'adapter le critère de l'« erreur manifeste et dominante » à l'actuel art. 14. Quoi qu'il en soit, étant donné la façon dont les choses ont évolué, nous devons peut-être réexaminer certaines de nos affirmations dans *Schatz* à la lumière de ce que révélera un examen plus approfondi des art. 13 et 14. [par. 91]

Signalons en outre la dissidence du juge Wakeling, qui étaye ma thèse qu'il pourrait être nécessaire de réexaminer l'arrêt *Long Lake School Division* de la Cour d'appel. Plus particulièrement, le juge Wakeling a dit que le processus d'appel reposait sur le principe bien connu que trois têtes ou plus valent mieux qu'une, et que cela expliquait probablement l'emploi de termes généraux à l'art. 8 de la *Court of Appeal Act (1978)* : *Long Lake School Division*, p. 254. Il a ajouté :

[TRADUCTION] L'étendue du mandat légal de notre Cour ne fait aucun doute, et si la révision en appel doit avoir toute l'importance que le législateur a clairement voulu lui donner, je ne vois aucune raison de limiter l'application de ce droit d'appel aux seuls cas où la conclusion tirée par le juge de première instance est totalement insoutenable ou rate tellement la cible qu'on peut se demander si elle a jamais été visée. J'insiste sur ce point car, à mon avis, il est possible de mettre l'accent sur les limitations de la révision en appel au point d'affaiblir considérablement un aspect utile du processus d'appel ayant trait aux considérations factuelles. La victime d'une opinion

opinion has only the slightest opportunity for correction, even though such party suffers an injustice which in my view must be as hard to accept as that arising from an error of law. [pp. 254-55]

Wakeling J.A. concluded his reasons in this case by stating that it would be a strange anomaly if

in a province which apparently grants this court the broadest powers of review of any appellate court in Canada (*Hallberg v. Canadian National Railway Company* (1955), 16 W.W.R. (N.S.) 539, at 544), we are nonetheless as restrictive as any such court in our ability to review evidence given at trial (where such evidence is not subject to degrees of credibility) and to differ from a trial judge's conclusions of fact drawn from such evidence. [p. 259]

(ii) *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd. and Sisson v. Pak Enterprises Ltd.*

In *Tanel v. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), both Bayda C.J.S., for himself and Wakeling J.A., and Vancise J.A. in dissent followed and applied the principles regarding the review of a trial judge's findings of fact that were set out by Sherstobitoff J.A. in *Long Lake School Division*. Cameron J.A., for himself, Gerwing and Sherstobitoff J.J.A., in *Sisson v. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232 (C.A.), did likewise. Therefore, I do not consider it necessary to analyse these cases separately. To the extent that the decision in *Long Lake School Division* can be reconciled with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, so too then can the decisions in these two cases. If it needs to be reconsidered, so do these other cases.

(iii) *Lensen*

In *Lensen*, this Court addressed whether it is proper for the Court of Appeal to reverse a finding of fact made by a judge at first instance. In his reasons for the Court, Dickson C.J. made explicit reference to s. 8 of *The Court of Appeal Act* (1978), and noted that “[d]espite its apparently broad language, s. 8 has been given a relatively narrow interpretation”: p. 682, citing the Court of Appeal's decision

judiciaire erronée n'a qu'une infime possibilité d'obtenir réparation, et ce, même si elle subit une injustice qui, à mon sens, doit être aussi difficile à accepter que celle résultant d'une erreur de droit. [p. 254-255]

Le juge Wakeling a conclu en affirmant qu'il serait vraiment illogique que :

[TRADUCTION] dans une province qui accorde apparemment à la Cour d'appel les pouvoirs de révision les plus larges jamais conférés à une cour d'appel au Canada (*Hallberg c. Canadian National Railway Company* (1955), 16 W.W.R. (N.S.) 539, p. 544), nous restreignons néanmoins comme les autres cours d'appel notre capacité d'examiner la preuve présentée au procès (lorsque le degré de vraisemblance de cette preuve ne varie pas) et de nous dissocier des conclusions de fait que le juge de première instance a tirées de cette preuve. [p. 259]

(ii) *Les arrêts Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd. et Sisson c. Pak Enterprises Ltd.*

Dans l'arrêt *Tanel c. Rose Beverages (1964) Ltd.* (1987), 57 Sask. R. 214 (C.A.), tant le juge en chef Bayda, s'exprimant également au nom du juge Wakeling, que le juge Vancise, dissident, ont suivi et appliqué les principes énoncés par le juge Sherstobitoff dans *Long Lake School Division* pour la révision des conclusions de fait du juge de première instance. Dans l'arrêt *Sisson c. Pak Enterprises Ltd.* (1987), 64 Sask. R. 232 (C.A.), le juge Cameron a fait de même, les juges Gerwing et Sherstobitoff souscrivant à ses motifs. Il n'est donc pas nécessaire d'analyser séparément ces décisions. Si l'arrêt *Long Lake School Division* peut être concilié avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan, ces deux arrêts peuvent l'être aussi. Si l'arrêt *Long Lake School Division* doit être réexaminé, ces deux-là aussi.

(iii) *L'arrêt Lensen*

Dans l'arrêt *Lensen*, notre Cour s'est demandé si la Cour d'appel pouvait à bon droit infirmer une conclusion de fait du juge de première instance. Dans les motifs qu'il a rédigés au nom de notre Cour, le juge en chef Dickson a renvoyé expressément à l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* (1978) et a affirmé que « [m]algré sa formulation apparemment générale, l'art. 8 a reçu une interprétation

277

278

279

in *Long Lake School Division* in support. In this regard, Dickson C.J. stated:

It is a well-established principle that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some “palpable and overriding error which affected his assessment of the facts”: While section 8 of the Saskatchewan *Court of Appeal Act* authorizes the Court of Appeal to “draw inferences of fact”, this task must be performed in relation to facts as found by the trial judge. Unless the trial judge has made some “palpable and overriding error” in this regard, s. 8 should not be construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings. [Emphasis added; pp. 683-84.]

280

In terms of reconciling the decision of this Court in *Lensen* with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan, two points must be made. First, to the extent that the decision in *Lensen* relies upon the Court of Appeal’s decision in *Long Lake School Division*, I simply refer to my earlier comments regarding that case. Second, the specific issue in *Lensen* was “whether the trial judge found as a fact that no oral agreement existed between the parties and, if so, whether the Court of Appeal erred by substituting its version of the facts” (p. 679). Dickson C.J. held that it was clear that the trial judge had made a finding that there was no agreement as alleged between the parties. Moreover, he held that “the trial judge was entitled to believe the defendant father’s evidence and the evidence of his witnesses and reject the son’s testimony and the testimony of his witnesses as to the existence of an oral contract between the parties”: p. 684. Thus, Dickson C.J. concluded that because the trial judge did not make any palpable and overriding error in his assessment of the facts, the Court of Appeal exceeded its role as set out in s. 8 of the Act when it substituted its version of the facts for that given by the trial judge.

relativement étroite » : p. 682, citant à l’appui l’arrêt *Long Lake School Division* de la Cour d’appel. Il a ajouté :

C’est un principe bien établi que les constatations de fait d’un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu’il ne puisse être établi que le juge de première instance « a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » : [. . .] Certes, l’art. 8 de la *Court of Appeal Act* de la Saskatchewan autorise la Cour d’appel à [TRADUCTION] « faire des déductions de fait », mais cela doit être accompli en fonction des faits constatés par le juge de première instance. À moins que le juge de première instance n’ait commis quelque « erreur manifeste et dominante » à cet égard, l’art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle joué traditionnellement par la Cour d’appel en ce qui concerne ces constatations. [Je souligne; p. 683-684.]

Pour ce qui est de concilier l’arrêt *Lensen* de notre Cour avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan, deux remarques s’imposent. Premièrement, dans la mesure où cet arrêt se fonde sur l’arrêt *Long Lake School Division* de la Cour d’appel, je renvoie tout simplement à mes observations précédentes sur celui-ci. Deuxièmement, dans *Lensen*, la question en litige était de « savoir si le juge de première instance a effectivement constaté qu’il n’existait aucun contrat verbal entre les parties et, dans l’affirmative, si la Cour d’appel a commis une erreur en substituant sa propre version des faits » (p. 679). Pour le juge en chef Dickson, il était clair que le juge de première instance avait conclu, contrairement à ce qui était allégué, qu’aucune convention n’était intervenue entre les parties. Il a ajouté : « le juge de première instance était en droit d’ajouter foi aux dépositions du père défendeur et de ses témoins, et de rejeter celles du fils et des siens, concernant l’existence d’un contrat verbal entre les parties » (p. 684). Le juge de première instance n’ayant commis aucune erreur manifeste et dominante dans son appréciation des faits, le juge en chef Dickson a donc conclu que la Cour d’appel avait outrepassé le pouvoir conféré à l’art. 8 de la *Court of Appeal Act* en substituant sa version des faits à celle du juge de première instance.

From this brief review, it is clear that the factual finding at issue in *Lensen* (i.e., whether an oral contract existed between the parties) was dependent on the trial judge's assessments of credibility; therefore, I conclude that this Court's decision in *Lensen* must be limited to its specific *ratio decidendi*, which, in my view, is the following: findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it can be established that the trial judge made some "palpable and overriding error which affected his assessment of the facts" (p. 684). If this Court's decision in *Lensen* is limited in this way, it accords with my conclusion that the powers conferred by s. 14 (then s. 8) of the Act are subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, such that when the trial judge's factual findings engage this special advantage (e.g., when based on credibility), the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding.

Nevertheless, I do acknowledge that in the excerpt from *Lensen* quoted above, Dickson C.J. states that while s. 8 of the Act authorizes the Court of Appeal to draw inferences of fact, this task (inference drawing) must be performed in relation to facts as found by the trial judge, and, unless the trial judge has made some palpable and overriding error in this regard, s. 8 should not be construed so as to modify the traditional role of the Court of Appeal with respect to those findings. I also acknowledge that, at first blush, this statement may appear to suggest that a palpable and overriding error standard should also apply to inferences. However, a closer reading of this statement reveals that Dickson C.J. is merely restating the principle he articulated immediately prior to this statement. In other words, he is stating that while the Act permits the Court of Appeal to draw inferences and inferences are logical conclusions based on established facts, this inference-drawing power does not change the fact that the

Il ressort de ce bref examen que la conclusion factuelle contestée dans l'affaire *Lensen* (celle relative à l'existence d'un contrat verbal entre les parties) tenait à l'appréciation de la crédibilité par le juge de première instance. J'arrive donc à la conclusion que seule la *ratio decidendi* de cet arrêt vaut en l'espèce et, selon moi, cette *ratio decidendi* est la suivante : les conclusions de fait tirées en première instance sur le fondement de la crédibilité des témoins ne peuvent être infirmées en appel que s'il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits » (p. 684). Sa portée ainsi limitée, l'arrêt *Lensen* se concilie avec ma conclusion que l'exercice des pouvoirs conférés par l'art. 14 de la Loi (qui a remplacé l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*) est subordonné à la considération de politique judiciaire selon laquelle le juge de première instance a un avantage particulier sur la cour d'appel, de sorte que lorsque la conclusion factuelle du juge fait jouer cet avantage particulier (c'est-à-dire lorsqu'elle se fonde sur la crédibilité), la Cour d'appel n'intervient et ne substitue sa propre appréciation de la preuve à celle du juge de première instance que si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante d'appréciation des faits.

Je conviens néanmoins que dans l'extrait précité de l'arrêt *Lensen*, le juge en chef Dickson affirme que l'art. 8 de la *Court of Appeal Act* autorise la Cour d'appel à tirer des inférences de fait, mais que cette tâche (tirer des inférences) doit être accomplie en fonction des faits constatés par le juge de première instance. Il ajoute que, sauf erreur manifeste et dominante commise par ce dernier à cet égard, l'art. 8 ne doit pas être interprété de manière à modifier le rôle traditionnel de la Cour d'appel en ce qui concerne ces constatations. Je conviens également que, de prime abord, cette affirmation peut donner à penser que la norme de l'erreur manifeste et dominante devrait également s'appliquer aux inférences. Or, une lecture plus attentive de l'extrait révèle que le juge en chef Dickson réaffirme seulement le principe énoncé juste auparavant. Autrement dit, selon lui, même si la loi autorise la Cour d'appel à tirer des inférences et que les inférences constituent des conclusions logiques tirées à partir de faits établis, ce pouvoir de tirer

court may only intervene and reverse factual findings based on the credibility of witnesses when the trial judge has made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts. As noted above, when the decision in *Lensen* is limited to this specific *ratio decidendi*, it is consistent with my conclusion that the powers conferred by s. 14 (then s. 8) of the Act are subject to the judicial policy concern that trial judges enjoy a special advantage over an appellate court, such that when the trial judge's factual findings engage this special advantage (e.g., when based on credibility), the Court of Appeal will only interfere and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error in his or her fact finding.

(iv) *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance; Knight v. Huntington; and Brown v. Zaitsoff Estate*

283

The Court of Appeal's recent decisions in *Knight v. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, and *Brown v. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, all deal with the issue of the conditions under which the Court of Appeal can interfere with a trial judge's decision on a question of fact. Because all of these cases explicitly rely upon this Court's decision in *Lensen*, comments regarding that case, as well as my comments regarding *Long Lake School Division*, the decision upon which *Lensen* relies, should be kept in mind when reviewing them.

284

Moreover, in none of these cases was there any mention of *The Court of Appeal Act, 2000*. As I will more fully explain with regard to this Court's decision in *Housen*, this omission is indicative of a need to reconsider the precedential value of these three cases, given the uniqueness of the Saskatchewan Act.

des inférences ne change rien au fait que la Cour d'appel ne peut intervenir et infirmer des conclusions factuelles tirées sur le fondement de la crédibilité des témoins que lorsque le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante ayant faussé son appréciation des faits. Comme je l'ai déjà dit, si l'on ne considère que sa *ratio decidendi*, l'arrêt *Lensen* est compatible avec ma conclusion que l'exercice des pouvoirs conférés par l'art. 14 de la Loi (qui a remplacé l'art. 8 de la *Court of Appeal Act*) est subordonné à la considération de politique judiciaire selon laquelle le juge de première instance a un avantage particulier sur la cour d'appel. Ainsi, lorsque les conclusions factuelles du juge de première instance font jouer cet avantage particulier (parce qu'elles sont fondées sur l'appréciation de la crédibilité), la Cour d'appel n'intervient et ne se fonde sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en appréciant les faits.

(iv) Les arrêts *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance, Knight c. Huntington et Brown c. Zaitsoff Estate*

Les récents arrêts *Knight c. Huntington* (2001), 14 B.L.R. (3d) 202, 2001 SKCA 68, *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance* (2001), 203 Sask. R. 161, 2001 SKCA 35, et *Brown c. Zaitsoff Estate* (2002), 217 Sask. R. 130, 2002 SKCA 18, de la Cour d'appel, portent tous sur les conditions auxquelles elle peut modifier la décision du juge de première instance relative à une question de fait. Comme ils s'appuient tous clairement sur l'arrêt *Lensen* de notre Cour, il faut les considérer en tenant compte de mes observations sur ce dernier arrêt, ainsi que sur l'arrêt *Long Lake School Division*, dont *Lensen* s'inspire.

En outre, aucun de ces arrêts ne fait mention de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*. Comme je l'expliquerai plus en détail en examinant l'arrêt *Housen* de notre Cour, cette omission met en évidence la nécessité de reconsidérer la valeur jurisprudentielle de ces trois arrêts, étant donné la singularité de la Loi de la Saskatchewan.

Finally, to the extent that the Court of Appeal in these three cases applied the palpable and overriding error standard to findings of fact in which the special advantage of the trial judge is not engaged or to inferences of fact, the court's reasoning in this regard may be in need of reconsideration in light of my analysis regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan. For example (and as noted by Fish J. at para. 108 of his reasons), in *Bogdanoff v. Saskatchewan Government Insurance*, Gerwing J.A., in oral reasons for the court, applied a palpable and overriding error standard to a finding of causation. In *Brown v. Zaitsoff Estate*, Tallis J.A. applied the same standard to a finding that the respondent had not exerted undue influence on his mother. Similarly, in *Knight v. Huntington*, Sherstobitoff J.A. stated that "to the extent that [the trial judge's] findings depended upon drawing inferences of fact, the appellants must show that there was no evidence from which those conclusions could reasonably be drawn" (para. 28). In contrast, as I mentioned earlier, in Saskatchewan, where the nature of appellate review is by way of rehearing, the Court of Appeal will interfere with findings of fact that do not engage the special advantage of the trial judge when there is a simple error, and for inferences of fact, the threshold for appellate intervention is reasonableness.

(v) *Housen v. Nikolaisen*

The appeal in *Housen* arose out of a motor vehicle accident which occurred on a rural road in the Municipality of Shellbrook, Saskatchewan. At trial, the judge found that the driver of the vehicle, Douglas Nikolaisen, was negligent in travelling the rural road at an excessive rate of speed and in operating his vehicle while impaired. The trial judge also found the respondent, the Municipality of Shellbrook, to be at fault for breaching its duty to keep the road in a reasonable state of repair as required by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the municipality was negligent. At issue in the appeal to this

285

Enfin, dans la mesure où, dans ces trois arrêts, la Cour d'appel a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante à des conclusions de fait ne faisant pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance ou à des inférences de fait, il pourrait être nécessaire de reconsidérer le raisonnement de la Cour d'appel à la lumière de mon analyse concernant la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan. Ainsi, et le juge Fish le signale au par. 108 de ses motifs, dans *Bogdanoff c. Saskatchewan Government Insurance*, le juge Gerwing, s'exprimant de vive voix au nom de la Cour d'appel, a appliqué la norme de l'erreur manifeste et dominante à une conclusion sur la causalité. Dans *Brown c. Zaitsoff Estate*, le juge Tallis a appliqué la même norme à la conclusion que l'intimé n'avait exercé aucune influence induue sur sa mère. De même, dans *Knight c. Huntington*, le juge Sherstobitoff a affirmé que, [TRADUCTION] « dans la mesure où les conclusions [du juge de première instance] tenaient à des inférences de fait, les appelants doivent démontrer qu'aucun élément de preuve ne permettait raisonnablement de les tirer » (par. 28). Par contre, je le répète, en Saskatchewan, où l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, la Cour d'appel peut infirmer une conclusion factuelle qui ne fait pas jouer l'avantage particulier du juge de première instance si elle est entachée d'une simple erreur; quant aux inférences de fait, la norme applicable est celle de la raisonabilité.

(v) *L'arrêt Housen c. Nikolaisen*

Dans l'affaire *Housen*, le pourvoi découlait d'un accident automobile survenu sur une route rurale dans la municipalité de Shellbrook, en Saskatchewan. Au procès, la juge a conclu que le conducteur du véhicule, Douglas Nikolaisen, avait fait preuve de négligence en roulant à une vitesse excessive sur une route rurale et en conduisant son véhicule en état d'ébriété. La juge de première instance a également estimé que l'intimée, la municipalité de Shellbrook, avait commis une faute en manquant à l'obligation que lui faisait l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, de tenir le chemin dans un état raisonnable d'entretien. La Cour d'appel a infirmé sa

286

Court was whether the Court of Appeal had sufficient grounds to intervene in the decision of the lower court. In *Housen*, the Court was divided as to the proper standard of review for questions of mixed law and fact, as well as for inferences drawn from findings of fact. In the case at bar, we are concerned only with the latter issue; that is, when the Saskatchewan Court of Appeal will interfere with a trial judge's decision regarding inferences drawn from findings of fact.

287

In his reasons, Fish J. states that the majority and the minority in *Housen* shared the same view as to the standard of review for questions of fact, which include findings of fact and inferences of fact. In his opinion, “[i]t was in the application of this shared view as to the governing principle that the Court divided”: para. 66 (emphasis in original). In this regard, Fish J. states that, “according to the majority in *Housen*, the test to be applied in reviewing inferences of fact is ‘not to verify that the inference can be reasonably 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’ which, in its view, implied a stricter standard” (para. 72, citing *Housen*, at para. 21 (emphasis in *Housen*)). Fish J. notes that the majority was concerned that drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences, as advocated by the minority, might lead appellate courts to involve themselves in unjustified reweighing of evidence. He also notes that the majority stated that “[i]f 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” (para. 72, citing *Housen*, at para. 23 (emphasis in *Housen*)).

conclusion selon laquelle il y avait eu négligence de la part de la municipalité intimée. La question en litige que devait trancher notre Cour était de savoir si la Cour d’appel avait eu des motifs suffisants de modifier la décision du tribunal inférieur. La question de la norme de contrôle applicable à une question mixte de droit et de fait, ainsi qu’à une inférence tirée d’une conclusion de fait, a divisé notre Cour. Dans la présente espèce, seul ce dernier cas nous intéresse : dans quelles circonstances la Cour d’appel de la Saskatchewan peut-elle modifier la décision du juge de première instance concernant une inférence tirée d’une conclusion de fait?

Dans ses motifs, le juge Fish dit que, dans *Housen*, les juges majoritaires et les juges minoritaires partageaient le même avis sur la norme de contrôle applicable à une question de fait, ce qui comprend la conclusion de fait et l’inférence de fait. À son avis, « [c]’est la mise en pratique de ce consensus quant au principe applicable qui a divisé notre Cour » : par. 66 (souligné dans l’original). Il ajoute que « de l’avis des juges majoritaires dans *Housen*, la révision d’une inférence de fait “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, selon eux, suppose l’application d’une norme plus stricte » (par. 72, citant l’arrêt *Housen*, par. 21 (souligné dans *Housen*)). Selon le juge Fish, la majorité craignait que l’établissement d’une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles, comme le proposait la minorité, n’incite les cours d’appel à soulever la preuve à nouveau et sans raison. Il fait également remarquer que, pour les juges majoritaires, « [s]i 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 » (par. 72, citant l’arrêt *Housen*, par. 23 (souligné dans *Housen*)).

Fish J. then goes on to clarify these passages from the majority reasons in *Housen*. Specifically, he states that they cannot be taken to have restricted appellate scrutiny of the judge's inferences to an examination of the primary findings upon which they are founded and the process of reasoning by which they were reached. Instead, Fish J. asserts that "[a]ppellate scrutiny determines whether inferences drawn by the [trial] judge are 'reasonably supported by the evidence'" (para. 74). This statement is in direct conflict with the majority's statement in *Housen* that "the standard of review is not to verify that the inference can be reasonably supported by the findings of fact of the trial judge" (para. 21 (emphasis in original)). Moreover, to the extent that Fish J.'s clarification of the majority reasons in *Housen* can be understood to mean that the views of the majority and minority as to the standard of review for inferences of fact can be reconciled, I respectfully disagree. In my view, there was a major rift between the views of the majority and the minority on this issue.

For instance, although I agreed in my reasons for the minority in *Housen* that the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, I stated that "it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two" (para. 103). I was concerned that "[i]f the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings." Thus, it was my view that, "this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact". Thus, when reviewing the making of an inference, I stated that "the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles". The fact that the trial judge referred to some evidence to support his or her finding on

Le juge Fish apporte ensuite des précisions sur ces passages des motifs majoritaires dans *Housen*. Il dit qu'on ne peut en déduire que l'examen en appel des inférences du juge de première instance se limite à l'examen des conclusions relatives à des faits prouvés directement sur lesquelles elles sont fondées et du raisonnement à l'issue duquel elles ont été tirées. Il affirme plutôt que « [l]'examen en appel consiste à déterminer si les inférences du juge [de première instance] sont "raisonnablement étayées par la preuve" » (par. 74). Cette affirmation va directement à l'encontre des propos des juges majoritaires dans *Housen* selon lesquels « 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 » (par. 21 (souligné dans l'original)). De plus, dans la mesure où l'on peut conclure des précisions qu'apporte le juge Fish aux motifs des juges majoritaires dans *Housen* qu'il est possible de concilier les points de vue de la majorité et de la minorité quant à la norme de contrôle qui s'applique à l'inférence de fait, je ne peux les faire miennes. J'estime que cette question divisait profondément les juges majoritaires et les juges minoritaires.

Par exemple, après avoir reconnu, dans les motifs que j'ai rédigés pour la minorité dans *Housen*, que la norme de contrôle était la même pour les conclusions de fait et les inférences de fait, j'ai indiqué qu'« il import[ait] néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux » (par. 103). Je craignais que « [s]i le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. » J'estimais donc que « notre Cour a[vait] le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait ». J'ai opiné que « [l]a cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés ». Le

an issue will not insulate the finding from review (para. 169).

fait que le juge de première instance mentionne un élément de preuve à l'appui de sa conclusion n'a pas pour effet de la soustraire au contrôle (par. 169).

290

Iacobucci and Major JJ. for the majority in *Housen* disagreed with my articulation of the standard of review for inferences of fact in two respects. First, they stated that “the standard of review is not to verify that the inference can be reasonably 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, which implies a stricter standard” (para. 21 (emphasis in original)). With respect, I still do not understand how an appellate court can reasonably make such a distinction, or how it can be said that the legislature would have wanted that a court clearly mandated to correct errors be so limited. I cannot see on what basis such a judicial policy can be justified. Second, in their view, drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences could lead appellate courts to engage in unjustified reweighing of the evidence. Iacobucci and Major JJ. stated that although they agreed that it is open to an appellate court to find that an inference of fact made by the trial judge is clearly wrong, they added the caution that “where evidence exists to support this inference, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error” (para. 22). This caution was based on the idea that “where evidence exists which supports [a factual conclusion], interference with this conclusion entails interference with the weight assigned by the trial judge to the pieces of evidence”. Because the majority felt that it is not the role of appellate courts to second-guess the weight assigned to various items of evidence, given what it perceived to be the advantageous position of the trial judge in this respect, it stated that “[i]f 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

Au nom des juges majoritaires dans *Housen*, les juges Iacobucci et Major ont exprimé leur désaccord avec ma formulation de la norme de contrôle applicable aux inférences de fait pour deux raisons. Premièrement, selon eux, « 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 » (par. 21 (souligné dans l'original)). En toute déférence, je ne vois toujours pas comment un tribunal d'appel peut raisonnablement établir une telle distinction ni comment on peut prétendre que le législateur a voulu limiter ainsi les pouvoirs d'une cour à laquelle il a clairement enjoint de réparer toute erreur commise. Je ne vois pas comment un tel principe judiciaire pourrait être justifié. Deuxièmement, pour les juges Iacobucci et Major, établir une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles pouvait inciter les cours d'appel à soupeser la preuve à nouveau et sans raison. Ils ont convenu qu'une cour d'appel pouvait conclure qu'une inférence de fait tirée par le juge de première instance était manifestement erronée, mais ils ont ajouté : « lorsque des éléments de preuve étayent cette inférence, il sera difficile à une cour d'appel de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante » (par. 22). Cette mise en garde reposait sur l'idée que « lorsqu'[une conclusion factuelle] est étayée par des éléments de preuve, modifier cette conclusion équivaut à modifier le poids accordé à ces éléments par le juge de première instance ». Comme, à leur avis, il n'appartenait pas à une cour d'appel de remettre en question le poids accordé aux différents éléments de preuve, compte tenu de leur perception de la situation privilégiée du juge de première instance à cet égard, les juges majoritaires ont dit que « [s]i

interfere with the factual conclusion” (para. 23 (emphasis in original)).

In response to the majority’s criticism of my approach to the standard of review for inferences of fact, I would now say that we all agree that an appellate court must verify whether the making of an inference can be reasonably supported by the trial judge’s findings of fact. It is the question of the standard of review that has to be addressed in more clear terms. In my view, there is no difference between concluding that it was “unreasonable” or “palpably wrong” for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her, and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts. The distinction is merely semantic. To transport the analysis to the inference-drawing process is, in my view, of no assistance.

In light of the above discussion and in contrast with Fish J.’s assertion that it was in the application of a shared view as to the standard of review that the Court divided, I contend that the majority and the minority in *Housen* articulated different standards of review for inferences of fact. The majority was of the view that where evidence exists to support the trial judge’s inference of fact, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. The error would have to be in the process. In contrast, the minority argued that it is not enough for an appellate court to verify that some evidence “exists” to support the trial judge’s inference; rather, the appellate court must verify whether the inference can be reasonably supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. The standard articulated by the minority “entitles the appellate court 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” (*Housen*, at para. 169).

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 » (par. 23 (souligné dans l’original)).

Je répondrai maintenant à leur critique de mon point de vue sur la norme de contrôle applicable aux inférences de fait. Nous convenons tous qu’une cour d’appel doit vérifier si l’inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance. C’est la question de la norme de contrôle applicable qui demeure nébuleuse. À mon avis, il n’y a aucune différence entre conclure qu’il était « déraisonnable » ou « manifestement erroné » de tirer une inférence des faits établis et de conclure que cette inférence n’était pas raisonnablement étayée par ces faits. La distinction est d’ordre purement sémantique. Faire porter l’analyse sur le processus inférentiel n’est, selon moi, d’aucune utilité.

À la lumière de l’analyse qui précède, et contrairement à l’affirmation du juge Fish selon laquelle c’est la mise en pratique d’un consensus sur la norme de contrôle qui a divisé notre Cour, j’estime que, dans *Housen*, la majorité et la minorité ont préconisé l’application de normes de contrôle différentes aux inférences de fait. Selon les juges majoritaires, lorsque des éléments de preuve étayent l’inférence de fait du juge de première instance, une cour d’appel pourra difficilement conclure à l’existence d’une erreur manifeste et dominante. Il faudrait que l’erreur entache le processus lui-même. À l’opposé, les juges minoritaires ont estimé qu’il ne suffisait pas que la cour d’appel vérifie s’il « existe » quelque élément de preuve étayant l’inférence du juge de première instance; la cour d’appel devait plutôt se demander si l’inférence pouvait raisonnablement être étayée par les conclusions de fait du juge de première instance et si ce dernier avait appliqué les bons principes de droit. La norme proposée par la minorité « permet au tribunal d’appel de se demander si le juge de première instance a

P. M. Perell, in his article entitled “The Standard of Appellate Review and the Ironies of *Housen v. Nikolaisen*” (2004), 28 *Advocates’ Q.* 40, at p. 52, notes that “this is a fundamental principle of Aristotelian logic, the law of contradiction that a proposition and its negation cannot both be true at the same time and in the same respect”.

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 » (*Housen*, par. 169). Dans son article intitulé « The Standard of Appellate Review and the Ironies of *Housen v. Nikolaisen* » (2004), 28 *Advocates’ Q.* 40, p. 52, P. M. Perell signale que [TRADUCTION] « suivant un principe fondamental de la logique aristotélicienne, le principe de contradiction, deux propositions, dont l’une est la négation de l’autre, ne peuvent être vraies ensemble ».

293

My contention that the majority and the minority in *Housen* articulated different standards of review for factual inferences is supported by the fact that, on the issue of causation, the majority and minority came to opposite conclusions. For instance, the majority held that the trial judge’s finding of fact that a hidden hazard existed at the curve where the accident occurred should not be interfered with, and this finding formed part of the basis of her findings concerning causation. Thus, because her finding regarding the existence of a hidden hazard had a basis in the evidence, the majority held that “her conclusions on causation grounded in part on the hidden hazard finding also had a basis in the evidence” and should not have been interfered with by the Court of Appeal (paras. 73 and 75). In contrast, the minority held that in coming to her conclusion on causation, the trial judge erred by: (a) misapprehending the evidence; (b) ignoring relevant evidence; and (c) drawing erroneous conclusions: see paras. 158-69; see also Perell, at p. 48. The minority emphasized that even though the trial judge referred to some evidence to support her findings on causation, this did not insulate her findings from review.

Mon opinion selon laquelle, dans *Housen*, la majorité et la minorité ont préconisé l’application de normes de contrôle différentes aux inférences factuelles est étayée par le fait que, en ce qui concerne la causalité, elles sont arrivées à des conclusions opposées. Par exemple, les juges majoritaires ont conclu qu’il n’y avait pas lieu de modifier la conclusion de fait de la juge de première instance selon laquelle le virage où s’était produit l’accident présentait un danger caché, et les conclusions de cette dernière sur le lien de causalité reposaient en partie sur cette conclusion. Étant donné que la conclusion relative à l’existence d’un danger caché était étayée par la preuve, la majorité a estimé que « celles touchant le lien de causalité — fondées en partie sur le danger caché — avaient aussi des assises dans la preuve » et que la Cour d’appel n’aurait pas dû les modifier (par. 73 et 75). La minorité a pour sa part estimé qu’en tirant sa conclusion sur le lien de causalité, la juge de première instance avait commis une erreur en ce qu’elle : a) avait mal interprété la preuve, b) n’avait pas tenu compte de la preuve pertinente et c) avait tiré des conclusions erronées (par. 158-169); voir aussi Perell, p. 48. Les juges minoritaires ont précisé que même si la juge de première instance avait invoqué certains éléments de preuve à l’appui de ses conclusions sur le lien de causalité, celles-ci n’échappaient pas au contrôle.

294

The differences between the majority and minority opinions in *Housen* aside, in my opinion this case can be reconciled with my conclusion regarding the nature and (so-called) standards of appellate review in Saskatchewan by limiting its

Abstraction faite des divergences d’opinions entre les juges majoritaires et les juges minoritaires, je pense que l’arrêt *Housen* peut être concilié avec ma conclusion sur la nature de la révision en appel et les « normes de contrôle » en appel

application as an authority to general standards of appellate review only.

Housen was an appeal from the Court of Appeal for Saskatchewan, but it did not refer to Saskatchewan's unique *Court of Appeal Act* (the modernized version of this Act, *The Court of Appeal Act, 2000*, came into force after the Court of Appeal's decision in *Housen* was released and while the appeal to this Court was pending). The Court of Appeal in *H.L.* (C.A.) surmised that this Court's failure to refer to the former Act, and especially s. 8 (now s. 14), may have been due to the fact that s. 8 "had ceased over time to attract much attention, with the exception of the limited attention given to it by this court in *Board of Education of Long Lake School Division No. 30 v. Schatz et al.* . . . , and by the Supreme Court of Canada in *Lensen v. Lensen*": para. 90. In addition to this, the court stated that "the general standards of review have tended to evolve outside the statutory framework regarding appeal".

Regardless of the reason why, in my view the mere fact that this Court did not refer to *The Court of Appeal Act* is indicative of a need to limit its precedential value to general standards of review only. As I noted earlier, Saskatchewan's legislative scheme for appeals is, as far as I am aware, the only one among all of the statutes governing the powers of appellate courts in Canada that frees the Court of Appeal from the view of the evidence taken by the trial judge and directs it to take its own view of the evidence. I conclude that this makes the nature of appellate review in Saskatchewan unique.

With respect, one would reasonably think that such a unique legislative mandate is deserving of mention. However, because this mandate was not brought to the Court's attention by the parties, the majority in *Housen* states that the role of the appellate court was aptly defined in *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, at p. 204, a British Columbia Court of Appeal decision in which the court stated:

applicables en Saskatchewan si on limite sa portée jurisprudentielle aux seules normes générales de révision en appel.

Dans l'affaire *Housen*, le pourvoi visait un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, mais nulle mention n'était faite de la loi unique applicable en Saskatchewan, la *Court of Appeal Act* (la version modernisée de cette loi, la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, est entrée en vigueur après l'arrêt de la Cour d'appel et avant que notre Cour ne se prononce à son tour). Dans *H.L.* (C.A.), la Cour d'appel a émis l'hypothèse que cette omission de notre Cour de renvoyer à l'ancienne loi et, en particulier, à l'art. 8 (devenu l'art. 14), pouvait être due au fait que l'art. 8 [TRADUCTION] « avait cessé à la longue de retenir l'attention, sauf dans *Long Lake School Division No. 30 c. Schatz et al.* [. . .] et *Lensen c. Lensen*, où la Cour d'appel et la Cour suprême du Canada s'y étaient attardées quelque peu » (par. 90). La Cour d'appel a ajouté que [TRADUCTION] « les normes générales de contrôle ont eu tendance à évoluer indépendamment du cadre législatif de l'appel ».

Quelle qu'en soit la raison, le simple fait que notre Cour n'a pas renvoyé à la *Court of Appeal Act* justifie selon moi que l'arrêt *Housen* n'ait valeur jurisprudentielle qu'à l'égard des normes générales de révision en appel. Je le répète, en Saskatchewan, le cadre législatif de l'appel, autant que je sache, est le seul parmi ceux qui régissent les pouvoirs des cours d'appel au Canada à soustraire la Cour d'appel à l'obligation d'accepter les conclusions que le juge de première instance a tirées de la preuve et à lui enjoindre de se déterminer en se fondant sur sa propre appréciation de la preuve. J'en conclus que la nature de la révision en appel en Saskatchewan est unique.

En toute déférence, il est raisonnable de penser qu'un mandat législatif aussi unique est digne de mention. Or, dans *Housen*, les parties n'ayant pas porté l'existence de ce mandat à l'attention de notre Cour, les juges majoritaires ont estimé que, dans l'arrêt *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199, p. 204, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait bien défini le rôle d'un tribunal d'appel :

295

296

297

The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

This statement from the British Columbia Court of Appeal is in direct contrast with the legislative direction to the court in s. 8 of *The Court of Appeal Act* (now s. 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*) to “act upon its own view of what the evidence in its judgment proves”.

298 In my respectful view, the Court’s failure to mention *The Court of Appeal Act* at all and its use of a statement from a different province’s Court of Appeal that is in conflict with the clear language of the Act demonstrates that the decision in *Housen* should not be used to understand the nature and (so-called) standards of review in Saskatchewan. Rather, this decision if left untouched should be limited in its application to general standards of appellate review. Thus, I agree with the Court of Appeal that “the majority judgment in *Housen v. Nikolaisen* represents the culmination of the evolution of the general standards of appellate review and serves to supply an adjudicative framework that differs in material respects from that laid down by the *Court of Appeal Act, 2000* and, in particular, section 14 of the Act”: *H.L. (C.A.)*, at para. 92.

299 Before leaving my discussion of *Housen*, there is one further point to consider. I said earlier that a trial judge is in no better position than the Court of Appeal to draw inferences of fact from a base of facts properly established. I concluded that, in Saskatchewan, where the nature of appellate review is by way of rehearing, the threshold that the Court of Appeal must pass before substituting its own inference of fact is reasonableness. I used the term reasonableness because it is awkward to speak of a “correct” inference.

300 In contrast, I acknowledged that factual findings that engage the special advantage of the trial judge should be accorded some deference by the Court of Appeal. Therefore, I concluded that the Court of Appeal will only interfere with this type of factual

[TRANSDUCTION] La cour d’appel ne doit pas juger l’affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu’elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

Cette affirmation va directement à l’encontre de la volonté du législateur, exprimée à l’art. 8 de la *Court of Appeal Act* (devenu l’art. 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*), que la Cour d’appel [TRANSDUCTION] « se détermine en se fondant sur son interprétation de la preuve ».

À mon humble avis, le fait que notre Cour a passé sous silence la *Court of Appeal Act* et cité l’arrêt d’une autre cour d’appel contredisant le libellé clair de la loi montre que l’arrêt *Housen* ne devrait pas servir à déterminer la nature de la révision en appel ni les « normes de contrôle » en appel applicables en Saskatchewan. En soi, cet arrêt ne devrait valoir que pour les normes générales de révision en appel. Je conviens donc avec la Cour d’appel que [TRANSDUCTION] « le jugement majoritaire dans *Housen c. Nikolaisen* constitue le point culminant de l’évolution des normes générales de révision en appel et offre un cadre décisionnel qui diffère à bien des égards importants de celui qu’établit la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* et, plus précisément, l’art. 14 de cette loi » : *H.L. (C.A.)*, par. 92.

Je poursuis mon analyse de l’arrêt *Housen* en abordant un autre point. J’ai dit précédemment que le juge de première instance n’est pas mieux placé que la Cour d’appel pour tirer des inférences de fait d’une base de faits dûment établis. J’ai conclu qu’en Saskatchewan, où l’appel est instruit par voie de nouvelle audition, le critère auquel la Cour d’appel doit satisfaire pour substituer sa propre inférence de fait à celle du juge de première instance est celui de la raisonabilité. J’ai employé le terme « raisonabilité » parce qu’il serait incongru de parler d’une inférence « correcte ».

En revanche, j’ai reconnu que la Cour d’appel devait faire preuve d’une certaine déférence à l’égard d’une conclusion factuelle qui fait jouer l’avantage particulier du juge de première instance. J’ai donc conclu qu’elle ne devait intervenir à l’égard

finding and apply its own view of the evidence if the trial judge has committed a palpable and overriding error.

Implicit in my analysis is the idea that, in the context of an appeal by way of rehearing, a palpable and overriding error standard, as it applies to factual findings engaging the special advantage of the trial judge, is more deferential than the reasonableness standard, as it applies to inferences drawn from those facts. It has not escaped me that some might find this reasoning to be potentially inconsistent with my reasons in *Housen*.

As discussed above, in *Housen*, I stated that “[t]he Court [of Appeal] will not overturn a factual finding unless it is palpably and overridingly, or clearly wrong”: para. 102. I also stated that “[i]n reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles”: para. 103. I then concluded that “the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact”, noting that “there is no difference between concluding that it was ‘unreasonable’ or ‘palpably wrong’ for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts” (paras. 103-4).

Because I conclude that there is no difference between a palpably wrong inference and an inference that is not reasonably supported by the facts, my attempt to distinguish the so-called standard of review in Saskatchewan for factual findings engaging the special advantage of the trial judge (i.e., palpable and overriding error) from that for factual inferences (i.e., reasonableness) may be seen to conflict with my conclusion.

de ce type de conclusion factuelle et se fonder sur sa propre appréciation de la preuve que si le juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante.

L’idée qui sous-tend mon raisonnement est que, dans le contexte d’un appel par voie de nouvelle audition, le critère de l’erreur manifeste et dominante, appliqué à une conclusion factuelle faisant jouer l’avantage particulier du juge de première instance, commande une plus grande déférence que le critère de la raisonabilité, appliqué à une inférence tirée des faits en cause. Je me rends bien compte qu’aux yeux de certains ce raisonnement peut sembler incompatible avec mes motifs dans *Housen*.

Dans cet arrêt, j’ai affirmé que « [l]a Cour [d’appel] ne modifie les conclusions de fait du juge de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste ou dominante ou si la conclusion est manifestement erronée » (par. 102). J’ai ajouté que « [l]a cour d’appel qui contrôle la validité d’une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés » (par. 103). J’ai ensuite conclu que « la norme de contrôle [est] la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait », faisant remarquer qu’« il n’y a aucune différence entre le fait de conclure qu’il était “déraisonnable” ou “manifestement erroné” pour un juge de tirer une inférence des faits qu’il a constatés, et le fait de conclure que cette inférence n’était pas raisonnablement étayée par ces faits » (par. 103-104).

La distinction que j’ai tenté de faire entre la norme de révision qui s’appliquerait en Saskatchewan à l’égard d’une conclusion factuelle faisant jouer l’avantage particulier du juge de première instance (la norme de l’erreur manifeste et dominante) et celle qui s’applique à une inférence factuelle (la norme de la raisonabilité) peut sembler contredire ma conclusion qu’il n’existe aucune différence entre une inférence manifestement erronée et une inférence qui n’est pas raisonnablement étayée par les faits.

301

302

303

304

The conflict is only apparent. Specifically, in my opinion, it is necessary to consider foremost that the nature of appellate review in Saskatchewan is very different than the general nature of appellate review in the rest of Canada; that is, in Saskatchewan, appeal is conducted by way of rehearing, while in the rest of Canada, it appears that an appellate court reviews for error. Thus, in Saskatchewan, the Court of Appeal is not actually reviewing the inferences drawn by the trial judge to see if they are reasonably supported by the facts; rather, pursuant to the legislative direction in s. 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, the court is making its own inferences and comparing them with those drawn by the trial judge. The Court of Appeal will only interfere and substitute its own inferences if, on the basis of this comparison, it concludes that those inferences drawn by the trial judge were not reasonable. Therefore, in this light, it would be inappropriate to compare my comments in *Housen* about the general standard of review for factual findings and inferences of fact with those I made in the context of appellate review under *The Court of Appeal Act, 2000* in Saskatchewan. Although this may be a fine distinction, I would add that the appearance of this conflict is, in my view, indicative of the problem with using “standards of review” language in the context of appellate review by way of rehearing. While expressing the circumstances in which the Saskatchewan Court of Appeal will apply its own view of the evidence and, if necessary, pronounce the decision that ought to have been pronounced in language that does not connote the concept of appeal by way of review for error would most likely avoid conflicts such as the one discussed in this section, for purposes of clarity, it may still be necessary (for the purposes of this appeal, at least) to use “standards of review” language, subject, perhaps, to the proviso that such language is not meant to invite comparison to actual standards of review employed in appeals by way of review for error.

La contradiction n'est qu'apparente. Plus particulièrement, j'estime qu'il faut avant tout tenir compte du fait que la révision effectuée en appel en Saskatchewan est très différente de la révision générale qui a lieu en appel ailleurs au Canada. En Saskatchewan, l'appel est instruit par voie de nouvelle audition, alors que, ailleurs au Canada, la cour d'appel semble se livrer à un contrôle d'erreur. En fait, la Cour d'appel de la Saskatchewan ne vérifie pas si les inférences tirées par le juge de première instance sont raisonnablement étayées par les faits; conformément à ce que prescrit l'art. 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel*, elle tire plutôt ses propres inférences et les compare à celles du juge de première instance. La Cour d'appel n'intervient et ne substitue ses propres inférences à celles du juge de première instance que si, à l'issue de la comparaison, elle arrive à la conclusion que celles tirées en première instance n'étaient pas raisonnables. Il serait donc inopportun de confronter mes observations dans *Housen* sur la norme générale de révision applicable aux conclusions factuelles et aux inférences de fait avec mes remarques actuelles sur la révision en appel sous le régime de la *Loi de 2000 sur la Cour d'appel* en Saskatchewan. Bien que la distinction puisse être subtile, j'ajouterais que cette contradiction apparente fait ressortir, à mon avis, le problème que pose l'emploi de la terminologie propre aux « normes de contrôle » dans le cas d'un appel instruit par voie de nouvelle audition. Cette contradiction disparaîtrait vraisemblablement si l'on définissait les circonstances dans lesquelles la Cour d'appel de la Saskatchewan peut se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et, au besoin, rendre la décision qui aurait dû l'être sans utiliser de termes qui renvoient à la notion d'appel par voie de contrôle d'erreur. Cependant, il peut demeurer nécessaire (du moins pour les besoins du présent pourvoi), par souci de clarté, d'employer la terminologie propre aux « normes de contrôle », mais en précisant, peut-être, que cet emploi n'invite nullement à la comparaison avec les normes de contrôle qui s'appliquent effectivement dans les appels instruits par voie de contrôle d'erreur.

(6) Conclusion

The Court of Appeal Act, 2000 is unique in Canada, and its provisions must “mean something”. However, in his reasons in this case, Fish J. concludes that he is “not at all persuaded that the 2000 Act was intended to create for Saskatchewan an appellate court radically different, in powers and purpose, from its counterparts in the other provinces”: para. 15. Based on my examination of the grammatical and ordinary sense of the words used in ss. 13 and 14 of *The Court of Appeal Act, 2000*, as well as the object of the Act, the object of the specific legislative provisions that form the statutory framework for the business of appeal, and the Act’s historical foundations, I respectfully disagree. In my view, *The Court of Appeal Act, 2000* mandates that the nature of appellate review in Saskatchewan is by way of rehearing, with the Court of Appeal being directed to take its own view of the evidence and being empowered to draw inferences of fact and pronounce the decision that ought to have been pronounced by the trial judge.

B. *Application of the Standard of Review*

As will be explained more fully below, the trial judge’s determination of H.L.’s entitlement to pecuniary damages was based on a series of factual inferences. In Saskatchewan, the (so-called) standard of review for such inferences is reasonableness. In my view, the Court of Appeal correctly applied this standard when it set aside the trial judge’s pecuniary damages award, because the factual inferences on which the award was based were not reasonably supported by the evidence and were therefore not reasonable. As mentioned earlier, I would find the reasons of the trial judge reviewable on the general standard set out in *Housen* as well. The findings were so unreasonable that they amounted to palpable error in the appreciation of the evidence and the inferences drawn.

While this conclusion is sufficient to dispose of this appeal, in my view, it is also necessary to comment upon the trial judge’s assessment of damages for past loss of earning capacity, since I agree

(6) Conclusion

La *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* est unique au Canada, et ses dispositions doivent « signifier quelque chose ». Pourtant, dans ses motifs, le juge Fish dit qu’il n’est « pas du tout convaincu que la *Loi de 2000* visait à établir en Saskatchewan une cour d’appel radicalement différente de celles des autres provinces sur le plan des pouvoirs et de l’objet » (par. 15). Compte tenu de mon examen du sens grammatical et ordinaire des mots employés aux art. 13 et 14 de la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel*, ainsi que de l’objet de la Loi, de l’objet des dispositions établissant le cadre législatif de l’appel et des fondements historiques de la Loi, je ne peux, en toute déférence, être d’accord. À mon avis, la *Loi de 2000 sur la Cour d’appel* prescrit que, en Saskatchewan, l’appel est instruit par voie de nouvelle audition, la Cour d’appel devant se fonder sur sa propre appréciation de la preuve et pouvant tirer des inférences de fait et rendre la décision qu’aurait dû rendre le juge de première instance.

B. *Application de la norme de contrôle*

Comme je l’expliquerai davantage plus loin, la décision du juge de première instance d’accorder des dommages-intérêts pécuniaires à H.L. était fondée sur un ensemble d’inférences factuelles. En Saskatchewan, la « norme de contrôle » applicable à ces inférences est celle de la raisonabilité. À mon sens, la Cour d’appel a appliqué cette norme correctement en annulant les dommages-intérêts pécuniaires accordés par le juge de première instance, car les inférences factuelles sur lesquelles se fondait cet octroi n’étaient pas raisonnablement étayées par la preuve et n’étaient donc pas raisonnables. Comme je l’ai déjà mentionné, les motifs du juge de première instance me paraissent également susceptibles de révision selon la norme générale énoncée dans l’arrêt *Housen*. Les conclusions étaient si déraisonnables qu’elles entachaient d’une erreur manifeste l’appréciation de la preuve et les inférences tirées.

Bien que cela suffise pour statuer sur le présent pourvoi, j’estime également nécessaire de faire quelques observations sur l’évaluation de la perte de capacité de gain antérieure, étant donné que je

305

306

307

with the Court of Appeal that the trial judge erred in his assessment in four respects. First, he failed to consider the plaintiff's duty to mitigate. Second, he unreasonably concluded that the plaintiff did not have a "crumbling skull" and therefore attributed too much to Starr's wrongful acts in his assessment of pecuniary damages. Third, he did not reduce the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated. Fourth, he erred in not accounting for the social assistance payments H.L. received during the relevant period.

308

As it is the more fundamental error, I will commence my reasons in this section with a discussion of why the basic evidentiary foundation for the pecuniary damages award for past and future loss of earnings is lacking.

(1) No Evidentiary Foundation for Award of Pecuniary Damages for Past and Future Loss of Earnings

309

In order to find that the Government of Canada is liable to H.L. for pecuniary damages for past and future loss of earnings, one must determine whether H.L. suffered and will suffer a loss of employment income because of the two acts of sexual abuse to which he was subjected by Starr. At trial, Klebuc J. came to an affirmative conclusion on this issue. In support of this conclusion, he drew two factual inferences: (i) Starr's sexual abuse of H.L. caused H.L.'s emotional and alcohol-related problems; and (ii) these problems caused H.L.'s past loss of earnings and will cause H.L. to lose earnings in the future. In particular, with regard to the second inference, the trial judge stated:

In my view, [H.]L.'s sporadic work record is consistent with the emotional difficulties described by Arnold and Stewart in their psychological assessments. However, his limited work history demonstrated to my satisfaction his willingness and ability to work as a construction worker and farm labourer but for his problem with alcohol.

conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis quatre erreurs à cet égard. Premièrement, il n'a pas pris en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice. Deuxièmement, il a conclu, de manière déraisonnable, que la vulnérabilité du demandeur n'était pas déjà active, de sorte qu'il a accordé trop d'importance aux actes répréhensibles de M. Starr en établissant les dommages-intérêts pécuniaires. Troisièmement, il n'a pas retranché de la période considérée le temps que H.L. avait passé en prison. Quatrièmement, il a eu tort de ne pas tenir compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant cette période.

S'agissant de l'erreur la plus fondamentale, j'expliquerai tout d'abord pourquoi les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure ne s'appuient sur aucune preuve.

(1) Absence de preuve étayant l'octroi de dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure

Avant de condamner le gouvernement du Canada à verser à H.L. des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure, il faut se demander si H.L. a subi et subira une perte de revenus d'emploi à cause des deux épisodes d'abus sexuel perpétrés par M. Starr. Au procès, le juge Klebuc a répondu par l'affirmative. À l'appui de sa conclusion, il a tiré deux inférences factuelles : (i) les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels et de consommation excessive d'alcool de H.L.; (ii) ces problèmes avaient infligé à H.L. une perte de revenus dans le passé et lui en infligeraient une dans l'avenir. Plus particulièrement, en ce qui a trait à la deuxième inférence, le juge de première instance a dit :

[TRADUCTION] Selon moi, les emplois occupés sporadiquement par [H.]L. s'inscrivent dans la suite logique des difficultés émotionnelles décrites par MM. Arnold et Stewart dans leurs évaluations psychologiques. Ses antécédents professionnels limités m'ont néanmoins convaincu de sa volonté et de sa capacité d'occuper un emploi dans le secteur de la construction ou celui de l'agriculture, n'eût été son problème d'alcool.

[H.]L.'s continuous participation in the repair of motor vehicles for reward satisfied me that he had the aptitude and interest necessary to secure and maintain full-time employment as a mechanic but for his emotional difficulties and consequential difficulty with alcohol. [paras. 65-66]

The Court of Appeal took its own view of what the evidence, in its judgment, proves, and, on this basis, it concluded that not only does the evidence fail to prove that the plaintiff was wholly or largely unable to work because of Starr's sexual abuse, it even fails to prove the basic premise that the plaintiff was wholly or largely unable to work. Although the court noted that the drawing of such an inference was not inconceivable, in its view, this inference was not readily drawn and would require more and better evidence than was adduced in this case.

In my view, the Court of Appeal correctly followed the statutory direction in s. 14 of the Act when it took its own view of what the evidence proves. Moreover, for the reasons that follow, I contend that the Court of Appeal was correct to interfere and overturn the trial judge's inference that H.L. suffered and will suffer loss of employment income because of Starr's two acts of sexual abuse, since this inference was not reasonably supported by the evidence and, therefore, not reasonable.

I will begin with a discussion of why the trial judge's conclusion regarding the liability of the Government of Canada and Starr for past loss of earnings was not reasonable.

(a) *Liability for Past Loss of Earnings*

As noted above, at trial, Klebuc J. drew two factual inferences in support of his conclusion that the Government of Canada and Starr were liable to H.L. for his past loss of earnings: (i) Starr's sexual abuse of H.L. caused H.L.'s emotional and alcohol-related problems; and (ii) these problems caused H.L.'s past loss of earnings. In my view, this causal chain must fail. First, the inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism lacks a sufficient evidentiary basis. That being so, there is no need

Le fait que [H.]L. a continué de réparer des automobiles contre rémunération m'a convaincu qu'il avait les aptitudes et l'intérêt nécessaires pour obtenir et conserver un emploi de mécanicien à temps plein, n'eût été ses difficultés émotionnelles et l'alcoolisme en découlant. [par. 65-66]

La Cour d'appel a procédé à sa propre appréciation de la preuve et en a conclu que non seulement la preuve n'établissait pas que le demandeur était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause des abus sexuels, mais elle n'établissait même pas l'allégation fondamentale, savoir que le demandeur était totalement ou en grande partie incapable de travailler. Même si, à son avis, une telle inférence n'était pas inconcevable, la Cour d'appel a jugé qu'elle n'allait pas de soi et qu'elle nécessitait une preuve plus abondante et plus convaincante que celle offerte en l'espèce.

Selon moi, la Cour d'appel s'est conformée à la prescription de l'art. 14 de la Loi en se livrant à sa propre appréciation de la preuve. En outre, pour les motifs qui suivent, j'estime que la Cour d'appel a eu raison d'intervenir et d'infirmer l'inférence du juge de première instance selon laquelle H.L. avait subi et subirait une perte de revenus d'emploi à cause des deux abus sexuels, cette inférence n'étant pas raisonnablement étayée par la preuve et n'étant donc pas raisonnable.

J'examine tout d'abord la conclusion du juge de première instance concernant la responsabilité du gouvernement du Canada et de M. Starr pour la perte de revenus antérieure et les motifs pour lesquels elle n'était pas raisonnable.

a) *Responsabilité pour la perte de revenus antérieure*

Au procès, le juge Klebuc a tiré deux inférences factuelles à l'appui de sa conclusion selon laquelle le gouvernement du Canada et M. Starr étaient responsables de la perte de revenus antérieure de H.L. : (i) les abus sexuels commis par M. Starr étaient à l'origine des problèmes émotionnels et de la consommation excessive d'alcool de H.L.; (ii) ces problèmes avaient infligé à H.L. une perte de revenus dans le passé. Or, cette chaîne causale ne tient pas la route. Premièrement, l'inférence que les abus

310

311

312

313

to consider whether H.L.'s alcoholism caused him to lose employment income. Second, the evidence adduced at trial cannot reasonably support the inference that H.L.'s emotional problems caused him to lose employment income. Therefore, it is not necessary to comment upon whether Starr's sexual abuse caused H.L.'s emotional problems. Given these evidentiary gaps in the trial judge's chain of reasoning, it was not reasonable for him to conclude that H.L. suffered a loss of employment income because of the two acts of sexual abuse to which he was subjected by Starr, and the Court of Appeal was correct to interfere and set aside the award of pecuniary damages for past loss of earnings.

(i) The Inference That Starr's Sexual Abuse Caused H.L.'s Alcoholism

314 The trial judge's inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism primarily derives from the opinions of Dr. Arnold and, especially, Mr. Stewart (paras. 26-27 and 29). Both of these witnesses expressed a variety of opinions, including those on alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism in particular. I recognize, like the Court of Appeal, that alcoholism is now increasingly being recognized as a disease, the etiology of which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge or jury. Therefore, expert opinion evidence was necessary to enable the trial judge to appreciate this issue: see *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, at p. 23. However, while expert opinions on the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism were necessary, Dr. Arnold and Mr. Stewart were not qualified to express opinions on this subject. Relying on improperly qualified expert opinions led to error.

315 As noted in *Mohan*, in order to be admissible, expert evidence must be provided by a

sexuels ont causé l'alcoolisme de H.L. ne s'appuie pas sur une preuve suffisante. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si l'alcoolisme de H.L. lui a fait perdre des revenus d'emploi. Deuxièmement, la preuve présentée au procès ne peut raisonnablement étayer l'inférence que les problèmes émotionnels de H.L. lui ont infligé une perte de revenus d'emploi. En conséquence, il est inutile de déterminer si les abus sexuels commis par M. Starr sont à l'origine des problèmes émotionnels de H.L. Son raisonnement étant insuffisamment étayé par la preuve, le juge de première instance ne pouvait pas raisonnablement conclure que H.L. avait subi une perte de revenus d'emploi à cause des deux actes de masturbation auxquels M. Starr l'avait soumis, et la Cour d'appel a eu raison d'intervenir et d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour la perte de revenus antérieure.

(i) L'inférence selon laquelle les abus sexuels commis par M. Starr étaient à l'origine de l'alcoolisme de H.L.

L'inférence du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels commis par M. Starr étaient à l'origine de l'alcoolisme de H.L. découle principalement de l'avis du D^r Arnold et, en particulier, de celui de M. Stewart (par. 26-27 et 29). Ces deux témoins ont exprimé diverses opinions, notamment sur l'alcoolisme de H.L. et sur sa cause. À l'instar de la Cour d'appel, je conviens que l'alcoolisme est de plus en plus considéré comme une maladie, la recherche de ses causes échappant vraisemblablement à la compétence d'un juge ou d'un jury. Une preuve d'expert était donc nécessaire pour permettre au juge de première instance de se former une opinion sur la question : voir *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, p. 23. Une preuve d'expert sur l'étiologie de l'alcoolisme et sur l'origine de l'alcoolisme de H.L. était certes nécessaire, mais ni le D^r Arnold ni M. Stewart n'étaient qualifiés pour se prononcer à ce sujet. En se fiant à l'avis d'experts dont les compétences étaient insuffisantes, le juge de première instance a commis une erreur.

Notre Cour l'a dit dans l'arrêt *Mohan*, pour être admissible, la preuve d'expert doit être présentée

properly qualified expert, that is, “a witness who is shown to have acquired special or peculiar knowledge through study or experience in respect of the matters on which he or she undertakes to testify” (pp. 20 and 25). Dr. Arnold, a psychologist with a doctorate in psychology who had taught at the University of Saskatchewan, worked with persons subjected to sexual abuse and then went into private practice. He was formally qualified by the trial judge “as an expert in . . . the assessment, testing and treatment of victims of sexual abuse”. Mr. Stewart, a family consultant and therapist with a masters degree in psychology, who was experienced in working with sexually abused children, was formally qualified by the trial judge “as a clinical therapist qualified to provide expert testimony in relation to the assessment . . . and treatment of adult and child victims of sexual abuse and assault with expertise in providing therapy and conducting personality assessments in general and in particular in relation to First Nations individuals”. I agree with the Court of Appeal that “[t]hese are such open-ended designations as to invite all manner of opinion, including opinion that may be unreliable and that transcends the witnesses’ field of expertise” (para. 255). Moreover, I agree that Dr. Arnold and Mr. Stewart in fact transcended their respective fields of expertise when they testified as to the etiology of alcoholism and the cause of H.L.’s alcoholism in particular. Opinion evidence on these issues ought to have come from a witness who has acquired special knowledge relating to alcoholism.

Since Dr. Arnold and Mr. Stewart were not properly qualified to express opinions on the etiology of alcoholism and the cause of H.L.’s alcoholism in particular, their evidence in this regard is entitled to no weight. Accordingly, because the trial judge based his conclusion that Starr’s sexual abuse caused H.L.’s alcoholism primarily on this general expert evidence, it lacks a sufficient evidentiary foundation and was properly overturned by the Court of Appeal. Since there is not a sufficient evidentiary basis for the inference that Starr’s sexual abuse caused H.L.’s alcoholism, there is no

par un expert dont la qualification est suffisante, c’est-à-dire par « un témoin dont on démontre qu’il ou elle a acquis des connaissances spéciales ou particulières grâce à des études ou à une expérience relatives aux questions visées dans son témoignage » (p. 20 et 25). Titulaire d’un doctorat en psychologie, le D^r Arnold avait enseigné à l’Université de Saskatchewan, travaillé auprès de victimes d’abus sexuels, puis exercé en pratique privée. Le juge de première instance a formellement reconnu sa compétence [TRADUCTION] « à titre d’expert de l’évaluation, du testage et du traitement des victimes d’abus sexuels ». Thérapeute familial titulaire d’une maîtrise en psychologie et spécialisé dans l’intervention auprès d’enfants victimes d’abus sexuels, M. Stewart a vu sa compétence formellement reconnue par le juge de première instance [TRADUCTION] « à titre de thérapeute clinicien spécialiste de l’évaluation [. . .] et du traitement d’adultes et d’enfants victimes d’abus et d’agressions de nature sexuelle et offrant des services de thérapie et d’analyse de la personnalité, notamment aux membres des Premières nations ». Je conviens avec la Cour d’appel que [TRADUCTION] « [c]es descriptions sont si larges qu’elles ouvrent la porte à toutes sortes d’opinions dont certaines peuvent ne pas être dignes de foi et échapper au domaine d’expertise du témoin » (par. 255). De plus, j’estime aussi que le D^r Arnold et M. Stewart ont effectivement outrepassé leurs domaines d’expertise respectifs en témoignant sur l’étiologie de l’alcoolisme en général et sur la cause de l’alcoolisme de H.L. en particulier. Un témoin ayant des connaissances spéciales sur l’alcoolisme aurait dû témoigner sur ces questions.

Le D^r Arnold et M. Stewart n’étant pas dûment qualifiés pour se prononcer sur l’étiologie de l’alcoolisme en général et la cause de l’alcoolisme de H.L. en particulier, il ne faut donc accorder aucune valeur aux opinions qu’ils ont exprimées sur ces sujets. Fondée principalement sur ces témoignages de non-spécialistes, la conclusion du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels avaient causé l’alcoolisme de H.L. ne s’appuyait pas sur une preuve suffisante et a été à juste titre infirmée par la Cour d’appel. L’inférence voulant que les abus sexuels soient à l’origine de

need to consider whether H.L.'s alcoholism caused him to lose employment income.

317 I do note that, in addition to Dr. Arnold and Mr. Stewart, H.L. himself testified as to the effect of Starr's sexual abuse on his alcoholism. Nevertheless, I maintain that since the etiology of alcoholism is not understood by the average person, expert opinion evidence was necessary to enable the trial judge to appreciate this issue. Therefore, H.L.'s testimony in this regard could not, on its own, provide a sufficient evidentiary basis for the trial judge's inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism.

318 Before examining the trial judge's factual inference that H.L.'s emotional problems caused his past loss of earnings, it is necessary to make two further points. First, I echo the Court of Appeal's call for rigour and discipline at the qualification stage, so that an expert witness can be formally qualified, if so qualified at all, relative to the opinion or opinions that he or she is expected to express. As this Court stated in *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223, at p. 243, "[t]he proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence." The need to carefully qualify expert witnesses before they testify was also aptly noted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Parker v. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60, at para. 112, as follows:

A rigorous approach at this stage can avoid difficulty, especially the difficulty posed by the potential reception of opinion evidence that transcends the scope of expertise of the witness. Strictly speaking such evidence is not admissible, and its admission can be troublesome.

319 Second, I do note that it is for opposing counsel to object if an expert witness goes beyond the proper limits of his or her expertise, and, in this case, not only did the Attorney General of Canada fail to object to the expert testimony on the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s

l'alcoolisme de la victime n'étant pas suffisamment étayée par la preuve, il n'est pas nécessaire de déterminer si l'alcoolisme a infligé à H.L. une perte de revenus d'emploi.

Outre le D^r Arnold et M. Stewart, H.L. a lui-même témoigné au sujet de l'incidence des abus sexuels sur son alcoolisme. Je maintiens néanmoins que, l'étiologie de l'alcoolisme échappant au commun des mortels, une preuve d'expert était nécessaire pour permettre au juge de première instance de se faire une opinion. Le témoignage de H.L. sur la question ne pouvait donc pas à lui seul étayer suffisamment l'inférence du juge de première instance selon laquelle les abus sexuels de M. Starr avaient causé l'alcoolisme de H.L.

Avant d'examiner l'inférence factuelle du juge de première instance voulant que ce soient les problèmes émotionnels de H.L. qui aient causé sa perte de revenus antérieure, je dois aborder deux autres points. Premièrement, je me fais l'écho de la Cour d'appel lorsqu'elle préconise rigueur et discipline dans l'évaluation de la qualification d'un expert en vue de sa reconnaissance formelle, le cas échéant, relativement à l'objet du témoignage. Comme l'a dit notre Cour dans *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223, p. 243, « [e]n pratique, l'avocat qui présente un témoin expert doit le faire reconnaître à ce titre pour tous les domaines dans lesquels il doit exprimer un témoignage d'opinion. » Dans *Parker c. Saskatchewan Hospital Assn.*, [2001] 7 W.W.R. 230, 2001 SKCA 60, p. 112, la Cour d'appel de la Saskatchewan a aussi relevé avec justesse la nécessité de bien s'assurer de la qualification d'un témoin expert avant qu'il ne témoigne :

[TRADUCTION] Adopter une démarche rigoureuse à cette étape peut éviter des problèmes, notamment en écartant toute opinion qui échappe au domaine d'expertise du témoin. À strictement parler, une telle preuve est inadmissible, mais si elle est néanmoins admise en preuve, de grandes difficultés peuvent en résulter.

Deuxièmement, il appartient à l'avocat de la partie adverse de formuler une objection lorsqu'un témoin expert ne s'en tient pas à son domaine d'expertise et, en l'espèce, non seulement le procureur général du Canada a omis de s'opposer au témoignage d'expert sur l'étiologie de l'alcoolisme et la cause

alcoholism, but his own witness, Dr. Arnold, was one of the experts who testified with regard to these issues. Nevertheless, in *Marquard*, this Court stated that

[i]n the absence of objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has expertise in the area will not mean that the witness's evidence should be struck. However, if the witness is not shown to have possessed expertise to testify in the area, his or her evidence must be disregarded and the jury so instructed. [p. 244]

Unlike the situation in *Marquard*, in this case, the expert witnesses did not possess expertise sufficient to permit them to testify in relation to an area in which they were not formally qualified to give expert opinion. Therefore, the fact that counsel for the Attorney General of Canada failed to object to Mr. Stewart's testimony in relation to the etiology of alcoholism and the cause of H.L.'s alcoholism and failed to steer his own witness, Dr. Arnold, away from this area does not change the fact that this evidence is entitled to no weight, since it was beyond the experts' expertise, both in fact and as it was formally recognized by the trial judge.

(ii) The Inference That H.L.'s Emotional Problems Caused His Past Loss of Earnings

Since there is no evidentiary basis for the inference that Starr's sexual abuse caused H.L.'s alcoholism, the conclusions relating to H.L.'s alcoholism that make up the trial judge's causal chain are no longer a consideration. All that remains in support of the trial judge's overall conclusion that H.L. suffered a loss of employment income because of Starr's sexual abuse is the following chain of reasoning: Starr's sexual abuse caused H.L.'s emotional problems, and these problems caused H.L. to lose employment income.

At trial, among other emotional problems, Klebuc J. found that H.L. suffered from self-blame and a

de l'alcoolisme de H.L., mais son propre témoin, le D^r Arnold, a lui-même témoigné relativement à ces questions. Cependant, dans l'arrêt *Marquard*, notre Cour a dit :

En l'absence d'objection, l'omission technique de qualifier un témoin qui possède manifestement l'expertise dans le domaine en question ne signifie pas automatiquement que son témoignage doit être écarté. Toutefois, s'il n'est pas démontré que le témoin possède une expertise lui permettant de témoigner dans le domaine en cause, il ne faut pas tenir compte de son témoignage et le jury doit recevoir des directives à cet effet. [p. 244]

Dans la présente affaire, contrairement à la situation dans *Marquard*, les témoins experts ne possédaient pas l'expertise nécessaire pour témoigner relativement à certaines questions et n'avaient pas été formellement reconnus à titre d'experts dans ce domaine. Ainsi, l'omission de l'avocat du procureur général du Canada de s'opposer au témoignage de M. Stewart sur l'étiologie de l'alcoolisme et sur la cause de l'alcoolisme de H.L. et de faire en sorte que son propre témoin, le D^r Arnold, ne se prononce pas sur ces questions ne change rien au fait que ces témoignages n'avaient aucune valeur puisqu'ils ne relevaient pas du domaine d'expertise des témoins dans les faits et selon la reconnaissance formelle de leur domaine d'expertise par le juge de première instance.

(ii) L'inférence selon laquelle les problèmes émotionnels de H.L. sont à l'origine de sa perte de revenus antérieure

Comme l'inférence selon laquelle les abus sexuels de M. Starr ont causé l'alcoolisme de H.L. n'est pas étayée par la preuve, les conclusions sur l'alcoolisme de H.L. constituant la chaîne causale établie par le juge de première instance ne sont plus à prendre en considération. La conclusion générale du juge de première instance selon laquelle H.L. a subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels ne s'appuie plus que sur le raisonnement suivant : les abus sexuels ont causé les problèmes émotionnels de H.L., et ces problèmes ont fait perdre des revenus d'emploi à H.L.

Au procès, le juge Klebuc a conclu que, au nombre des problèmes émotionnels de H.L., il y avait la

320

321

322

loss of self-worth (para. 29), and both experts testified that, in general, self-confidence and self-esteem affect work ethic and employability. In particular, Dr. Arnold testified on cross-examination that if a child is sexually abused by an individual from a school, the abuse would more likely cause the child to lose confidence in the school system:

Q: Would — if the sexual perpetrator was from a school and just not speaking about [H.L.], but generally, if a sexual perpetrator were from a school, would it be more likely to cause the student to lose confidence in the school system, the school leaders?

A: That would be my opinion.

Dr. Arnold also opined that such an act of abuse, followed by alcohol problems, would logically impact upon the individual's ability to hold work:

Q: Would you think it likely that this would have affected his work ethic?

A: Work ethic as in — perhaps to define that, I think what you're saying is his ability to hold work and be able to regularly show up and those kinds of things?

Q: Yes.

A: Yes, and I would refer to the chain of events I just referred to. You have an event, then — sorry, an event — I better be clear here — event of abuse, you have alcohol and, yes, indeed that chain of events would logically go there and —

Similarly, Mr. Stewart was asked on direct examination whether self-esteem and self-confidence affected employability, and he responded in the affirmative.

323 In my view, the testimony of the experts in this regard is of a general nature and not probative of whether H.L., in particular, was wholly or largely unable to work because of his emotional problems. Moreover, I agree with the Court of Appeal that the evidence adduced at trial only demonstrated

culpabilité et la perte d'estime de soi (par. 29), et les deux experts ont témoigné que, en règle générale, la confiance en soi et l'estime de soi avaient une incidence sur la morale du travail et l'aptitude au travail. Plus particulièrement, le D^r Arnold a déclaré en contre-interrogatoire qu'un enfant victime d'abus sexuel à l'école risquait davantage de perdre confiance dans le système scolaire :

[TRADUCTION]

Q : Est-ce que — si les abus sexuels ont été perpétrés par quelqu'un à l'école, et je ne parle pas seulement de [H.L.], mais en général, si les abus sexuels étaient le fait de quelqu'un à l'école, l'élève risquerait-il davantage de perdre confiance dans le système scolaire, dans la direction de l'école?

R : Je pense que oui.

Le D^r Arnold s'est également dit d'avis que de tels abus, suivis de problèmes d'alcool, pouvaient logiquement avoir des répercussions sur la capacité de conserver un emploi :

[TRADUCTION]

Q : Estimez-vous probable que cela nuise à sa morale du travail?

R : La morale du travail, comme dans — peut-être pour la définir, je pense que vous parlez de sa capacité à conserver un emploi et à se présenter régulièrement au travail, et ce genre de chose?

Q : Oui.

R : Oui, et je me reporte à la suite des événements dont je viens de parler. Un événement se produit, puis — désolé, un événement — il vaut mieux préciser — un abus, il y a l'alcool et, oui, effectivement, la suite des événements aboutirait logiquement à cela et —

De même, on a demandé à M. Stewart lors de son interrogatoire principal, si l'estime de soi et la confiance en soi avaient une incidence sur l'aptitude au travail, et il a répondu par l'affirmative.

Selon moi, le témoignage des experts à cet égard est de nature générale et n'a aucune valeur probante quant à savoir si H.L. était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels. En outre, je conviens avec la Cour d'appel que la preuve offerte au procès établit

that H.L. did not work during the first period and worked only sporadically during the second. It does not prove that H.L. was wholly or largely unable to work because of his emotional problems.

For instance, H.L.'s sporadic work record, in itself, is as consistent with choosing not to work as with being unable to work. In fact, certain pieces of evidence militate in favour of the former rather than the latter. For example, H.L. quit the only permanent job he ever had, working on a poultry farm outside Regina, in order to move to his then spouse's reserve, where she could pursue her career as a home care worker. H.L. was also enrolled in an auto mechanics course that was being held on the Muskowekwan Reserve where he was then living; however, he quit the course because he was not being paid to attend.

Therefore, because the evidence adduced at trial does not prove that H.L. was wholly or largely unable to work because of his emotional problems, the trial judge's inference that H.L.'s emotional problems caused him to lose employment income lacks a sufficient evidentiary foundation and was properly overturned by the Court of Appeal. Since there is not a sufficient evidentiary basis for the inference that H.L.'s emotional problems caused him to lose employment income, it is not necessary to comment upon whether Starr's sexual abuse caused H.L.'s emotional problems. The causal chain is already broken. Furthermore, because this was the only remaining chain of reasoning that could support the trial judge's overall conclusion that H.L. suffered a loss of employment income because of Starr's sexual abuse, it is clear that the trial judge's conclusion on this issue cannot stand and was indeed correctly overturned by the Court of Appeal.

In sum, the Court of Appeal did not err when it set aside the trial judge's award of pecuniary damages for past loss of earnings. As discussed above, the (so-called) standard of review in Saskatchewan for factual inferences is reasonableness. Since the damages award was based on an unreasonable chain of reasoning (i.e., one that was not supported by the

seulement que H.L. n'a pas travaillé durant la première période et n'a travaillé que sporadiquement pendant la seconde. Cette preuve n'établit pas que H.L. était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels.

Par exemple, le fait que H.L. a travaillé sporadiquement peut aussi bien résulter d'un choix que d'une incapacité. D'ailleurs, certains éléments de preuve militent davantage en faveur de la première possibilité que de la seconde. Ainsi, H.L. a quitté le seul emploi permanent qu'il ait jamais eu — sur une ferme avicole à l'extérieur de Regina — pour s'établir dans la réserve de son épouse d'alors, qui pouvait y poursuivre sa carrière dans le domaine des soins à domicile. H.L. s'est également inscrit à un cours de mécanique automobile offert dans la réserve de Muskowekwan, où il vivait à l'époque, mais il l'a abandonné parce qu'il n'était pas payé pour y assister.

La preuve présentée au procès n'établissant pas que H.L. était totalement ou en grande partie incapable de travailler à cause de ses problèmes émotionnels, l'inférence du juge de première instance selon laquelle ceux-ci lui avaient fait perdre des revenus d'emploi ne s'appuie donc pas sur une preuve suffisante et a été à juste titre infirmée par la Cour d'appel. Cette inférence n'étant pas suffisamment étayée, il n'est pas nécessaire de déterminer si les abus sexuels étaient à l'origine des problèmes émotionnels de H.L. La chaîne causale est déjà rompue. En outre, puisqu'il s'agissait là de l'argumentation ultime susceptible d'appuyer la conclusion générale du juge de première instance selon laquelle H.L. a subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels commis par M. Starr, il est clair que cette conclusion du juge de première instance ne peut être maintenue et que la Cour d'appel a effectivement eu raison de l'infirmier.

En somme, la Cour d'appel n'a pas eu tort d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour la perte de revenus antérieure. Je le répète, la « norme de contrôle » applicable en Saskatchewan à une inférence factuelle est celle de la raisonabilité. Les dommages-intérêts étant fondés sur une argumentation déraisonnable (c'est-à-dire non étayée par

324

325

326

evidence), the Court of Appeal was correct to intervene and overrule it.

(b) *Liability for Future Loss of Earnings*

327 Turning now to the Government of Canada's liability for future loss of earnings, it must be noted that the trial judge acknowledged that the parties presented no evidence regarding H.L.'s future earning capacity and that this necessitated a determination based solely on the data applied in assessing his loss of past earning capacity (para. 70). The trial judge ultimately calculated the discounted present lump sum required to fund H.L.'s loss of future earning capacity to be \$179,190.

328 The Court of Appeal set aside this damages award, because it was of the view that the evidence fell short of proving the loss, and that the award suffered from the same errors as the award for past loss of earnings (para. 258).

329 I agree that the award for future loss of earnings must be set aside, because, like the award for past loss of earnings, it lacks a sufficient evidentiary foundation. In other words, since it was not reasonable for the trial judge to conclude that H.L. suffered a loss of employment income because of Starr's sexual abuse, given the evidentiary gaps in the trial judge's causal chain, it was likewise not reasonable for him to conclude that H.L. will continue to suffer such a loss in the future.

(2) Trial Judge's Assessment of Damages for Past Loss of Earnings

330 Given my conclusion that the pecuniary damages award for past and future loss of earnings lacks an evidentiary foundation, it is not necessary to review the trial judge's assessment of damages. However, in order to provide further guidance in this area of the law, I will briefly comment upon his assessment, especially because I agree with the Court of Appeal

la preuve), la Cour d'appel a eu raison d'intervenir et de les annuler.

b) *Responsabilité pour la perte de revenus ultérieure*

En ce qui concerne maintenant la responsabilité du gouvernement du Canada pour la perte de revenus ultérieure, il convient de signaler que le juge de première instance a reconnu que les parties n'avaient présenté aucune preuve relativement à la capacité de gain ultérieure de H.L. et que cette omission appelait une évaluation fondée uniquement sur les données prises en compte pour évaluer la perte de capacité de gain antérieure (par. 70). Le juge de première instance a finalement fixé à 179 190 \$ la somme forfaitaire actualisée nécessaire pour indemniser H.L. de sa perte de capacité de gain ultérieure.

La Cour d'appel a annulé ces dommages-intérêts au motif que la preuve n'établissait pas l'existence d'une perte, et que leur calcul était entaché des mêmes erreurs que celui des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure (par. 258).

Je conviens que l'indemnité accordée pour la perte de revenus ultérieure doit être annulée. À l'instar de celle accordée pour la perte de revenus antérieure, elle ne s'appuie pas sur une preuve suffisante. En d'autres termes, comme il n'était pas raisonnable de conclure que H.L. avait subi une perte de revenus d'emploi à cause des abus sexuels commis par M. Starr, étant donné les lacunes, sur le plan de la preuve, de la chaîne causale établie par le juge de première instance, il n'était pas non plus raisonnable de conclure que H.L. continuerait de subir une telle perte.

(2) Évaluation de la perte de revenus antérieure

Vu ma conclusion selon laquelle les dommages-intérêts pécuniaires accordés pour les pertes de revenus antérieure et ultérieure ne sont pas étayés par la preuve, point n'est besoin d'examiner l'évaluation du préjudice par le juge de première instance. Cependant, afin de clarifier davantage le droit applicable en la matière, je commenterai brièvement cette

that the trial judge erred in four respects. First, he failed to consider the plaintiff's duty to mitigate. Second, he unreasonably concluded that the plaintiff did not have a "crumbling skull" and therefore attributed too much to Starr's wrongful acts in his assessment of pecuniary damages. Third, he did not reduce the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated. Fourth, he erred in not accounting for the social assistance payments H.L. received during the relevant period.

(a) *Duty to Mitigate*

I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in failing to consider the plaintiff's duty to mitigate. As noted by the court, the Attorney General of Canada, who bore the onus of proof in respect of this issue, adduced evidence that the plaintiff had been offered opportunities to upgrade his education and training and to enter into rehabilitative treatment in relation to his excessive consumption of alcohol; yet, he declined or failed to pursue these offers (para. 232). Therefore, to the extent that the trial judge associated the plaintiff's loss of earnings with his lack of education or training or alcohol problems, I agree with the Court of Appeal that the trial judge ought to have turned his mind to the plaintiff's duty to mitigate, and he erred in not taking up this issue.

I must also respectfully take issue with Fish J.'s reasons on this issue. At para. 134 of his reasons, Fish J. states that "the trial judge concluded that the Crown led no evidence on the issue of mitigation"; however, from my reading of the trial judge's reasons for judgment, it is clear that, rather than come to any such conclusion, the trial judge simply did not consider this issue at all and therein lies the error.

Furthermore, at para. 135, Fish J. notes that H.L. testified that he failed to upgrade his education because he had a poor memory. Instead of pointing

évaluation, d'autant plus que je conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis quatre erreurs à cet égard. Premièrement, il n'a pas pris en considération l'obligation du demandeur de limiter le préjudice. Deuxièmement, il a conclu, de manière déraisonnable, que la vulnérabilité du demandeur n'était pas déjà active, de sorte qu'il a accordé trop d'importance aux actes répréhensibles de M. Starr en établissant les dommages-intérêts pécuniaires. Troisièmement, il n'a pas retranché de la période considérée le temps que H.L. avait passé en prison. Quatrièmement, il a eu tort de ne pas tenir compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant cette période.

a) *Obligation de limiter le préjudice*

Je conviens avec la Cour d'appel que le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas compte de l'obligation du demandeur de limiter le préjudice. Comme elle l'a fait remarquer, le procureur général du Canada, à qui incombait la charge de la preuve à cet égard, a présenté des éléments selon lesquels le demandeur s'était vu offrir la possibilité de parfaire son éducation et sa formation et de suivre un traitement pour sa consommation excessive d'alcool, mais avait décliné l'offre ou omis de saisir l'occasion (par. 232). Par conséquent, dans la mesure où le juge de première instance a associé la perte de revenus du demandeur à son manque d'éducation ou de formation ou à ses problèmes d'alcool, je conviens avec la Cour d'appel qu'il aurait dû tenir compte de l'obligation du demandeur de limiter le préjudice et qu'il a commis une erreur en omettant de le faire.

En toute déférence, je suis également en désaccord avec le juge Fish sur ce point. Au paragraphe 134 de ses motifs, il affirme que « le juge de première instance a conclu que le procureur général du Canada n'avait présenté aucune preuve à cet égard ». Or, suivant mon interprétation des motifs du jugement de première instance, il est clair que le juge n'a tiré aucune conclusion à ce sujet, omettant plutôt de considérer la question, d'où l'erreur.

En outre, au par. 135 de ses motifs, le juge Fish fait observer que, suivant son témoignage, H.L. n'avait pas parfait son éducation à cause de son peu

331

332

333

to a failure to mitigate, in my colleague's view, this testimony is consistent with the trial judge's finding that H.L.'s alcoholism, poor self-image and lack of confidence affected his ability to learn a trade and his ability to find and keep a job. I have already discussed the evidentiary gaps in the trial judge's reasoning in this respect.

334

Fish J. is also of the view that while "the record is essentially silent regarding H.L.'s efforts at rehabilitation, it appears from his evidence at trial that he was at least then making an effort to abstain from any further consumption of alcohol" (para. 135). With respect I do not agree that the record is essentially silent regarding H.L.'s efforts at rehabilitation. For example, at trial, the Attorney General of Canada filed as an exhibit H.L.'s admission reports from the Regina Provincial Correctional Centre ("P.C.C."). H.L. was incarcerated at the Regina P.C.C. for a number of alcohol and theft-related offences. These reports indicate that upon his various admissions to the P.C.C., H.L. expressed no interest in counselling, education or treatment programs relating to alcoholism. Therefore, while H.L. may have been making an effort to abstain from any further consumption of alcohol at the time of the trial, this does not change the fact that the trial judge ought to have considered the evidence regarding H.L.'s efforts at rehabilitation in the past, especially since H.L. was claiming damages for past loss of earnings. He erred in not doing so.

(b) *Crumbling Skull*

335

Assuming for the purposes of my analysis at this juncture that Starr's sexual abuse was at least a cause of H.L.'s loss of earnings (although it is my contention that there is no evidentiary basis for such a conclusion), I find that the trial judge also erred in his assessment of pecuniary damages by attributing too much to Starr's two acts of sexual abuse. This error came as a result of the trial judge's unreasonable inference that H.L. did not have a "crumbling skull".

de mémoire. Au lieu d'y voir l'omission de limiter le préjudice, mon collègue estime que ce témoignage concorde avec la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'alcoolisme de H.L., son image négative de lui-même et son manque de confiance avaient nui à sa capacité d'apprendre un métier et à celle de trouver et de conserver un emploi. J'ai déjà fait état de la faiblesse de la preuve sous-tendant le raisonnement du juge de première instance à cet égard.

Le juge Fish ajoute que « [m]ême si le dossier ne révèle essentiellement rien au sujet de ses efforts de réadaptation, le témoignage de H.L. au procès permettait de conclure qu'il avait tenté à tout le moins de mettre fin à sa consommation d'alcool » (par. 135). À mon humble avis, je ne crois pas que le dossier ne révèle essentiellement rien au sujet des efforts de réadaptation de H.L. Par exemple, au procès, le procureur général du Canada a déposé en preuve les registres d'admission du centre correctionnel provincial de Regina où H.L. avait été incarcéré pour un certain nombre d'infractions liées à l'alcool et au vol. Selon ces registres, lors des différentes périodes d'incarcération, H.L. n'avait manifesté aucun intérêt pour les programmes d'aide, de formation ou de traitement destinés aux alcooliques. Par conséquent, même si, au moment du procès, H.L. faisait des efforts pour mettre fin à sa consommation d'alcool, il demeure que le juge de première instance aurait dû tenir compte de la preuve relative aux efforts de réadaptation antérieurs de H.L., d'autant plus que ce dernier demandait une indemnité pour la perte de revenus dans le passé. Il a eu tort de ne pas le faire.

b) *Vulnérabilité déjà active (« crumbling skull »)*

À supposer, pour les besoins de la présente analyse, que les abus sexuels de M. Starr aient au moins contribué à la perte de revenus de H.L. (bien que, selon moi, la preuve ne permette pas de le conclure), j'estime que le juge de première instance a également commis une erreur en leur accordant trop d'importance dans l'établissement des dommages-intérêts pécuniaires. Cette erreur résulte de son inférence déraisonnable selon laquelle H.L. n'avait pas une vulnérabilité déjà active.

The “crumbling skull” rule was described by Major J. in *Athey v. Leonati*, [1996] 3 S.C.R. 458, at para. 35, as follows:

The so-called “crumbling skull” rule simply recognizes that the pre-existing condition was inherent in the plaintiff’s “original position”. The defendant need not put the plaintiff in a position better than his or her original position. The defendant is liable for the injuries caused, even if they are extreme, but need not compensate the plaintiff for any debilitating effects of the pre-existing condition which the plaintiff would have experienced anyway. The defendant is liable for the additional damage but not the pre-existing damage Likewise, if there is a measurable risk that the pre-existing condition would have detrimentally affected the plaintiff in the future, regardless of the defendant’s negligence, then this can be taken into account in reducing the overall award This is consistent with the general rule that the plaintiff must be returned to the position he would have been in, with all of its attendant risks and shortcomings, and not a better position. [Emphasis in original; citations omitted.]

The trial judge in the case at bar concluded that there was no evidence that H.L. then had a crumbling skull. In his view, if H.L. was predisposed to emotional injury as a consequence of S.W.’s abuse or the dysfunctional family environment he grew up in, H.L. had a “thin skull”, meaning that the Government of Canada would remain responsible for the injuries triggered by Starr’s abuse (para. 28).

I agree with the Attorney General of Canada that the evidence regarding H.L.’s upbringing in a home where there was alcohol abuse and family violence suggests it is quite likely that H.L.’s earning capacity would have been substantially the same even if the sexual assaults had not occurred. Contained in his family history are a number of disturbing events that undergird this conclusion. For instance, at trial, evidence was adduced to show that on one occasion, S.W. assaulted H.L.’s mother, brandished a rifle and threatened to kill her, which prompted H.L. and his older brother to crawl out of their bedroom window in mortal fear of being shot. They hid under the front steps while their mother fled. In my view, this startling event, combined with H.L.’s troubled home life

La règle de la vulnérabilité de la victime a été définie comme suit par le juge Major dans l’arrêt *Athey c. Leonati*, [1996] 3 R.C.S. 458, par. 35 :

La règle de la vulnérabilité de la victime reconnaît simplement que l’état préexistant du demandeur était inhérent à sa « situation originale ». Le défendeur n’a pas à rétablir le demandeur dans une meilleure situation que sa situation originale. Le défendeur est responsable du préjudice causé, même s’il est très grave, mais il n’a pas à indemniser le demandeur des effets débilissants qui sont imputables à l’état préexistant et que ce dernier aurait subis de toute façon. Le défendeur est responsable des dommages supplémentaires mais non des dommages préexistants [. . .] De même, s’il y a un risque mesurable que l’état préexistant aurait entraîné des conséquences nuisibles pour le demandeur dans l’avenir, indépendamment de la négligence du défendeur, il peut alors en être tenu compte pour réduire le montant de l’indemnité globale [. . .] Ce résultat est conforme à la règle générale suivant laquelle il faut rétablir le demandeur dans la situation où il aurait été, avec ses risques et ses inconvénients, et non dans une meilleure situation. [Souligné dans l’original; citations omises.]

En l’espèce, le juge de première instance a conclu qu’aucune preuve n’établissait que, au moment considéré, la vulnérabilité de H.L. était déjà active. Selon lui, si H.L. avait une prédisposition aux troubles émotionnels en raison des actes de violence de S.W. ou du fait qu’il avait grandi dans une famille dysfonctionnelle, il s’agissait d’une vulnérabilité latente, de sorte que le gouvernement du Canada demeurait responsable du préjudice causé par les actes de M. Starr (par. 28).

Je conviens avec l’intimé le procureur général du Canada que la preuve selon laquelle H.L. a grandi au sein d’une famille où sévissaient l’abus d’alcool et la violence donne à penser que la capacité de gain de H.L. aurait probablement été la même si les abus sexuels n’avaient pas eu lieu. L’histoire familiale de H.L. fait état d’un certain nombre d’événements troublants qui appuient cette thèse. Par exemple, au procès, des éléments ont été présentés pour établir que S.W. avait une fois agressé la mère de H.L., brandi une arme et menacé de la tuer, ce qui avait obligé H.L. et son frère aîné à sortir par la fenêtre de leur chambre, en proie à une peur mortelle de se faire tirer dessus. Ils s’étaient cachés sous les marches de l’entrée alors que leur mère avait pris la fuite.

in general, likely would have detrimentally affected H.L. in the future, regardless of Starr's abuse.

338 Moreover, both expert witnesses offered testimony that gives support to this conclusion. Dr. Arnold's opinion was that H.L.'s alcoholism was largely attributable to causes other than Starr's sexual abuse, such as H.L.'s exposure to alcohol abuse and family violence. Similarly, on cross-examination, Mr. Stewart admitted that H.L.'s early home life and S.W.'s abuse contributed in some way to his current problems. I agree with the Court of Appeal that since the trial judge relied on the evidence of these experts for the purpose of connecting the plaintiff's problem with alcohol to Starr's wrongful acts, albeit incorrectly in my view, he also should have had regard to it for the purpose of assessing the extent of H.L.'s loss of earnings that was attributable to these acts, in order to ensure that H.L. was not placed in a better position, through an award of damages, than he would have been had it not been for Starr's sexual abuse.

339 Therefore, in light of the evidence regarding H.L.'s upbringing in a home where there was alcohol abuse and family violence, as well as the experts' acknowledgement that H.L.'s formative life experience contributed at least in some way to his current problems, it was unreasonable for the trial judge to infer that H.L. did not have a crumbling skull, and that this error led him to attribute too much of H.L.'s loss of earning capacity to Starr's two acts of sexual abuse. Instead, as recommended by the Court of Appeal, the trial judge ought to have engaged in a retrospective contingency assessment, in order to consider potential deductions to the pecuniary damages award in light of possible contributing factors other than Starr's sexual abuse (para. 237).

(c) *Time Incarcerated*

340 At trial, Klebuc J. inferred that H.L.'s numerous convictions on alcohol and theft-related offences were attributable to Starr's sexual abuse (para. 29). Accordingly, in assessing H.L.'s loss of earnings, the trial judge included periods of time in which he

Selon moi, il est probable que cet épisode saisissant, jumelé à une vie de famille généralement difficile, ait hypothéqué l'avenir de H.L., indépendamment des abus de M. Starr.

De plus, les deux témoins experts ont abondé en ce sens. Selon le D^r Arnold, l'alcoolisme de H.L. était en grande partie attribuable à d'autres causes que les abus sexuels, comme le fait d'avoir été confronté à l'abus d'alcool et à la violence familiale. De même, en contre-interrogatoire, M. Stewart a reconnu que sa vie de famille lorsqu'il était enfant et la violence de S.W. avaient en quelque sorte contribué à ses problèmes actuels. Je conviens avec la Cour d'appel que, le juge de première instance s'étant fondé, à tort selon moi, sur le témoignage de ces experts pour établir un lien entre l'alcoolisme du demandeur et les actes répréhensibles de M. Starr, il aurait dû également en tenir compte pour déterminer dans quelle proportion la perte de revenus de H.L. était attribuable à ces actes, et ce, afin que les dommages-intérêts ne mettent pas H.L. dans une situation meilleure que celle dans laquelle il se serait trouvé si les abus sexuels n'avaient pas eu lieu.

Aussi, vu la preuve selon laquelle H.L. avait grandi dans un foyer où régnaient l'abus d'alcool et la violence familiale, ainsi que le témoignage des experts selon lequel les premières années d'apprentissage de la vie de H.L. avaient contribué jusqu'à un certain point à ses problèmes actuels, il était déraisonnable d'inférer que H.L. n'avait pas une vulnérabilité déjà active, et cette erreur a amené le juge de première instance à accorder trop d'importance aux deux épisodes d'abus sexuel en évaluant la perte de capacité de gain de H.L. Comme l'a recommandé la Cour d'appel, le juge aurait dû examiner les faits passés en vue de déterminer s'il fallait réduire le montant des dommages-intérêts accordés en fonction d'éventuels facteurs contributifs autres que les abus sexuels de M. Starr (par. 237).

c) *Incarcération*

Au procès, le juge Klebuc a inféré que les nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol commises par H.L. étaient attribuables aux abus sexuels de M. Starr (par. 29). Il a donc inclus dans la période considérée pour l'évaluation de la perte de revenus

was incarcerated. I agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in attributing H.L.'s criminal behaviour and its earning-capacity consequence to Starr's wrongful acts, because there was no evidence to support this causal inference.

The evidence adduced at trial regarding the relationship between sexual abuse and criminality focused on the risk that child abuse victims may go on to become abusers themselves. For instance, during direct examination, Mr. Stewart offered the following testimony on this issue:

Q: Would the sexual abuse have impacted upon — you mentioned substance abuse. What about criminality?

A: It certainly could. Criminality in the sense that a number of individuals — in fact a wide number of individuals, I don't have the exact number, who have been either physically or sexually abused in childhood, a great proportion of those end up being abusers themselves once they reach adulthood. So in that sense, yes, it's possible.

On cross-examination, Mr. Stewart was asked to clarify his opinion regarding the relationship between sexual abuse and criminal behaviour. In response, he stated:

The only criminal behaviour that's really I think associated with that [sexual abuse], strongly associated, is the tendency to possibly abuse other people, other kids maybe, but not between robbing a bank and being sexually abused. I don't think that there is that strong of a relationship, no.

In contrast, H.L.'s criminal record demonstrates that none of the crimes for which he was incarcerated related to the abuse of other people. Instead, as noted above, they were, for the most part, alcohol and theft related.

Because the expert evidence adduced at trial only described the risk that child abuse victims may go on to become abusers themselves, I find no evidence to support the trial judge's inference that H.L.'s numerous convictions on alcohol and theft-related offences were attributable to Starr's sexual abuse.

le temps que H.L. avait passé en prison. Je conviens avec la Cour d'appel qu'il a eu tort d'attribuer aux actes répréhensibles de M. Starr le comportement criminel de H.L. et les conséquences de ce comportement sur sa capacité de gain, car aucune preuve n'étayait cette inférence de causalité.

La preuve présentée au procès relativement à l'existence d'un lien entre les abus sexuels et la criminalité portait surtout sur le risque qu'un enfant victime d'agression ne devienne lui-même agresseur. Par exemple, en interrogatoire principal, M. Stewart a dit ce qui suit à ce sujet :

[TRADUCTION]

Q : Concernant les effets de l'abus sexuel — vous avez mentionné l'abus de substances intoxicantes. La criminalité peut-elle être l'un d'eux?

R : Certainement. La criminalité, en ce sens qu'un certain nombre de personnes — en fait, un grand nombre de personnes, je n'ai pas les chiffres exacts, qui ont été victimes d'agressions physiques ou sexuelles dans leur enfance, une grande proportion de ces personnes deviennent elles-mêmes des agresseurs lorsqu'elles atteignent l'âge adulte. Donc, en ce sens, oui, c'est possible.

En contre-interrogatoire, M. Stewart a été appelé à clarifier son opinion sur le lien entre l'abus sexuel et le comportement criminel :

[TRADUCTION] Le seul comportement criminel qui soit vraiment associé à [l'abus sexuel], grandement associé, est la tendance à s'en prendre éventuellement à d'autres personnes, à d'autres enfants peut-être, mais non à dévaliser une banque, après avoir été abusé sexuellement. Je ne crois pas qu'il existe un lien aussi marqué, non.

Par contre, le casier judiciaire de H.L. révèle qu'aucun des crimes pour lesquels il a été incarcéré n'avait trait à l'agression d'autrui. Au contraire, il s'agissait surtout, je le répète, d'infractions liées à l'alcool et au vol.

Étant donné que la preuve d'expert offerte au procès ne portait que sur le risque qu'un enfant agressé ne devienne lui-même agresseur, aucun élément de preuve n'appuie l'inférence du juge de première instance selon laquelle les nombreuses infractions liées à l'alcool et au vol commises par H.L.

341

342

343

Therefore, the trial judge erred in not reducing the damages award to reflect the time H.L. was incarcerated.

344

Moreover, I agree with the Court of Appeal that to award a plaintiff damages for loss of earning capacity while incarcerated would undermine the principles of our criminal justice system (paras. 240-41). As noted by the Court of Appeal, the risk was well described by Samuels J.A. in *State Rail Authority of New South Wales v. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), at p. 514, as follows:

If the plaintiff has been convicted and sentenced for a crime, it means that the criminal law has taken him to be responsible for his actions, and has imposed an appropriate penalty. He or she should therefore bear the consequences of the punishment, both direct and indirect. If the law of negligence were to say, in effect, that the offender was not responsible for his actions and should be compensated by the tortfeasor, it would set the determination of the criminal court at naught. It would generate the sort of clash between civil and criminal law that is apt to bring the law into disrepute.

(d) *Receipt of Social Assistance*

345

The trial judge noted that from January 1, 1980 to December 31, 1987, H.L. generally relied on social assistance to meet his needs; however, in calculating the award for past loss of earning capacity for this period, he did not account for H.L.'s receipt of social assistance payments (para. 64). The Court of Appeal found that Klebuc J. erred in not addressing the issue of whether the social assistance benefits received by H.L. should be deducted from the damages award for loss of past earnings, but it refrained from commenting any more upon the matter, since a recent decision from the British Columbia Court of Appeal directly on point was currently under appeal to this Court. That decision, *M.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 477, 2003 SCC 53, has now been rendered. In *M.B.*, this Court held that social assistance is a form of income replacement and is therefore deductible at common law. In light of this decision, it is clear that the trial judge committed a mixed error of law and fact when he failed to account for the social

étaient attribuables aux abus sexuels de M. Starr. Le juge de première instance a donc eu tort de ne pas abaisser le montant des dommages-intérêts en fonction du temps que H.L. avait passé en prison.

En outre, je conviens avec la Cour d'appel qu'accorder à un demandeur des dommages-intérêts pour la perte de capacité de gain pendant son incarcération va à l'encontre des principes de notre système de justice pénale (par. 240-241). Comme elle l'a signalé, le juge Samuels avait bien décrit le dilemme dans *State Rail Authority of New South Wales c. Wiegold* (1991), 25 N.S.W.L.R. 500 (C.A.), p. 514 :

[TRADUCTION] Si le demandeur a été déclaré coupable d'un crime et condamné à une peine, c'est parce que, au regard du droit criminel, il a été jugé responsable de ses actes et une peine appropriée lui a été infligée. Il doit donc subir les conséquences de la peine, directes et indirectes. Si, au regard de la responsabilité civile délictuelle, le contrevenant n'était pas tenu responsable de ses actes et devait être indemnisé par l'auteur du délit, la décision du tribunal pénal serait mise en échec. Il en résulterait entre le droit civil et le droit pénal une sorte de conflit susceptible de déconsidérer la justice.

d) *Prestations d'aide sociale*

Le juge de première instance a fait observer que du 1^{er} janvier 1980 au 31 décembre 1987, H.L. avait généralement compté sur les prestations d'aide sociale pour subvenir à ses besoins. Cependant, dans l'établissement des dommages-intérêts pour la perte de capacité de gain pendant cette période, il n'a pas tenu compte de l'obtention de prestations d'aide sociale par H.L. (par. 64). La Cour d'appel a conclu que le juge Klebuc avait eu tort de ne pas se demander si ces prestations devaient être déduites des dommages-intérêts accordés pour la perte de revenus antérieure. Elle s'est cependant abstenue de développer la question, une décision récente de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique portant précisément sur le sujet faisant alors l'objet d'un pourvoi devant notre Cour. L'arrêt a depuis été rendu : *M.B. c. Colombie-Britannique*, [2003] 2 R.C.S. 477, 2003 CSC 53. Dans cet arrêt, notre Cour a statué que les prestations d'aide sociale constituent une forme de remplacement du revenu et que, par conséquent, elles sont déductibles en common law.

assistance payments H.L. received during the relevant period.

V. Disposition

For all these reasons, I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

CHARRON J. (dissenting in part) — I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Justice Fish and Justice Bastarache. I agree with the analysis of Fish J. on the governing standard of review for appeals in the province of Saskatchewan and conclude that the Court of Appeal erred in finding that the standard was other than that adopted by this Court in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. As Fish J., I would nonetheless conclude that the Court of Appeal was correct in setting aside the trial judge's award of pecuniary damages for future loss of earnings. I also agree with Fish J. that the trial judge erred in awarding pecuniary damages during the period of time that the appellant was incarcerated and that he further erred in failing to account for H.L.'s receipt of social assistance payments. However, I respectfully depart from Fish J.'s reasoning in the following respect.

I would conclude, on application of the appropriate standard of review, that the Court of Appeal was correct in setting aside the entire award for pecuniary damages. In my view, the same error informed the trial judge's decision to award pecuniary damages in respect of both past and future loss of earnings. In effect, the trial judge found that there was a causal connection between the acts of sexual abuse and a lifelong inability to earn income. In my respectful view, the evidence did not support this finding and, consequently, the award for loss of income, past and future, is unreasonable. On this point, I am essentially in agreement with the reasons of my colleague Bastarache J. Consequently, I would dismiss the appeal.

À la lumière de cette décision, il est clair que le juge de première instance a commis une erreur mixte de fait et de droit lorsqu'il a omis de tenir compte des prestations d'aide sociale touchées par H.L. pendant la période considérée.

V. Dispositif

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LA JUGE CHARRON (dissidente en partie) — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Fish et Bastarache. Je souscris à l'analyse du juge Fish en ce qui concerne la norme de révision applicable en appel dans la province de la Saskatchewan et j'estime que la Cour d'appel a eu tort de conclure que la norme applicable n'était pas celle établie par notre Cour dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. Tout comme le juge Fish, je suis néanmoins d'avis que la Cour d'appel a eu raison d'annuler les dommages-intérêts pécuniaires accordés en première instance pour la perte de revenus ultérieure. Je conviens également avec lui que le juge de première instance a eu tort d'accorder des dommages-intérêts pécuniaires pour la période pendant laquelle l'appelant avait été incarcéré et de ne pas tenir compte des prestations d'aide sociale qu'il avait touchées. En toute déférence, je me dissocie toutefois de son raisonnement à l'égard de ce qui suit.

Compte tenu de l'application de la norme de révision appropriée, je crois que la Cour d'appel a annulé à bon droit la totalité des dommages-intérêts pécuniaires accordés. Selon moi, la même erreur entachait la décision du juge de première instance d'accorder des dommages-intérêts pécuniaires pour les pertes de revenus passée et future. Il a en effet conclu à l'existence d'un lien de causalité entre les abus sexuels et l'incapacité permanente de gagner un revenu. À mon humble avis, la preuve n'étayait pas cette conclusion, de sorte que l'indemnisation pour les pertes de revenus passée et future est déraisonnable. Sur ce point, je suis essentiellement d'accord avec mon collègue le juge Bastarache. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

346

347

348

Appeal allowed in part, with costs, BASTARACHE, LEBEL, DESCHAMPS and CHARRON JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Merchant Law Group, Regina.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Pourvoi accueilli en partie, avec dépens, les juges BASTARACHE, LEBEL, DESCHAMPS et CHARRON sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelant : Merchant Law Group, Regina.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

TAB 5

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

DOHERTY, GOUDGE and ROULEAU J.J.A.

B E T W E E N :)
)
GARFIELD PEART & EARLE) **Osborne G. Barnwell**
GRANT) **for the appellants**
)
) **Appellants**)
) **(Plaintiffs)**)
) **Kenneth R. Harris**
- and -) **for the respondents**
)
PEEL REGIONAL POLICE)
SERVICES BOARD, OFFICER S.) **Sheena Scott**
CEBALLO (BADGE NO. 1491),) **and Royland Moriah**
OFFICER PEDLER (BADGE NO.) **for the intervenor, African Canadian**
1702)) **Legal Clinic**
)
) **Respondents**)
) **(Defendants)**)
) **Heard: April 10, 2006**
)

On appeal from a judgment of Justice George D. Lane of the Superior Court of Justice entered on June 23, 2003; reported at [2003] O.J. No. 2669, supplementary reasons at [2003] O.J. No. 5979.

DOHERTY J.A.:

I

Overview

[1] The appellants commenced two separate actions against the respondents. They claimed general, aggravated, and punitive damages for alleged police misconduct arising out of their apprehension and arrest on December 1, 1997. The actions were tried

together over several weeks between November 2002 and January 2003. For reasons released in June 2003, the trial judge dismissed both actions.

[2] The appellants raise four issues on the liability component of their appeals. They contend that:

- ◆ the trial record supplemented by the affidavit of the appellant, Mr. Grant, reveals a reasonable apprehension of bias;
- ◆ the appellants were denied a fair opportunity to respond to certain issues raised by the trial judge in his reasons and decided against the appellants;
- ◆ the trial judge erred in fact and law in rejecting the appellants' claim that they were the victims of racial profiling throughout their encounter with the police; and
- ◆ the trial judge made palpable and overriding errors in his fact finding.

[3] The appellants also submit that the trial judge's assessment of general damages for each appellant (\$5,000) was so low as to constitute reversible error. They ask this court to substitute the correct findings of fact, and to award appropriate general damages as well as substantial aggravated and punitive damages.

[4] The African Canadian Legal Clinic ("ACLC") intervenes with leave of this court. It makes submissions on the issue of racial profiling, the application of the reasonable apprehension of bias test in the context of a case involving allegations of racial bias, and the principles governing the assessment of damages for *Charter* breaches.

[5] The respondents resist the appeals. They contend that the allegations of a reasonable apprehension of bias and procedural unfairness are baseless. They also submit that the trial judge properly understood the concept of racial profiling, considered the relevant evidence, and made findings of fact that negated the contention that the appellants were subjected to racial profiling. The respondents submit that the trial judge made no error in this aspect of his fact finding. With respect to the other alleged factual errors, the respondents contend that the case turned almost entirely on the trial judge's assessment of the evidence and, in particular, the credibility of the appellants and respondents. The respondents maintain that the trial judge's reasons demonstrate a strong grasp of the relevant evidence and a careful consideration of that evidence. They submit that none of the trial judge's material findings of fact are tainted by palpable and overriding error.

[6] I would dismiss the appeals. The allegations of a reasonable apprehension of bias and unfairness by the trial judge are devoid of merit. The trial judge appreciated the existence and nature of racial profiling. Whether it occurred in this case was essentially a factual finding. I see no error in the trial judge's treatment of the evidence relevant to the

racial profiling issue. His ultimate conclusion that the appellants were not racially profiled was a reasonable one on the facts as found by the trial judge.

[7] The appellants' attack on the trial judge's other findings of fact goes no further than to demonstrate that on the evidence there was ample room for reasonable disagreement with some of the factual conclusions arrived at by the trial judge. This court does not and cannot retry cases, but must defer to the trial judge's factual findings absent clear and overriding error. The appellants have failed to demonstrate any such error.

[8] As I would affirm the dismissal of the actions, I do not reach the issues concerning the assessment of the appellants' alleged damages.

II

The Positions of the Parties

[9] The actions arise out of an encounter between the appellants and police officers, including the respondents Ceballo and Pedler ("Officer Ceballo" and "Officer Pedler", respectively). The police officers are employed by the respondent, the Peel Regional Police Services Board (the "Board"). Race is central to the appellants' allegations. Mr. Grant and Mr. Peart are black Canadian men of Jamaican descent. Officer Ceballo is black. He was born in Canada and his parents are from Trinidad. Officer Pedler is white.

[10] On December 1, 1997 at about 3:25 a.m., Mr. Grant and Mr. Peart were in a 1987 white Honda Prelude driving westbound on Dundas Street near Dixie Road in Mississauga. Dundas Street is a main east/west artery and Dixie Road is a main north/south street. The vehicle belonged to Mr. Peart, but was registered in the name of his cousin who lived in Downsview, several kilometres from Mississauga. Mr. Peart and Mr. Grant were driving to Mr. Peart's residence, less than two kilometres away.

[11] On the appellants' evidence, just after their vehicle passed Dixie Road, Mr. Peart told Mr. Grant to turn into the gas station to fill up the tank. Mr. Grant turned sharply into the station on the south side of Dundas. While they were filling the vehicle, a police car drove through the station.

[12] After the gas tank was filled, Mr. Peart decided that he would drive. He pulled out of the gas station and proceeded westbound on Dundas Street. Both appellants acknowledged that Mr. Peart was driving in excess of the speed limit. He habitually drove above the speed limit. Mr. Peart became aware that a police vehicle with its lights flashing and siren sounding was following them. Mr. Grant was concerned with the way Mr. Peart was driving and asked him why he was driving so fast. Mr. Peart said the police were behind him.

[13] Mr. Peart, testified that he feared the police because of prior dealings with them and that he was afraid he would be killed if he was pulled over by the police. Mr. Peart decided not to stop and to continue to his home a short distance away. He felt it would be safer for him to stop there. He drove his vehicle along various streets until he arrived at his driveway in front of his home seconds before the police vehicle driven by Officer Ceballo. Mr. Peart conceded that he had gone through at least one stop sign.

[14] Mr. Grant and Mr. Peart testified that they were ordered out of the vehicle at gunpoint and placed under arrest. They were never advised of their right to counsel. Mr. Grant and Mr. Peart were taken to the police station in different cars and separated while at the station. Both testified that they were assaulted by various officers, including Officer Ceballo.

[15] Mr. Grant testified that he was strip searched. Mr. Peart said he was not strip searched.

[16] Mr. Peart testified that in the course of his detention, Officer Pedler coerced him into serving as a police informant. Mr. Peart identified the only person he knew who might have some involvement in the drug trade. He was later threatened by this individual.

[17] Neither Mr. Grant nor Mr. Peart were charged with any offence when they were released at about 6:30 a.m., some three hours after their arrest.

[18] Both appellants visited their doctors within hours of their release by the police. They testified that the injuries they reported to their respective doctors and described in the doctors' medical records were caused by various assaults by the police after their arrest.

[19] Mr. Grant and Mr. Peart claim that the police did not have reasonable grounds to run a computer check on their vehicle, follow their vehicle, arrest them, take them to the police station, hold them there for several hours, or search them. They contend that their mistreatment, including the coercion of Mr. Peart into acting as a police informant, was the product of racial profiling and overtly racist actions by various police officers, including Officer Ceballo and Officer Pedler. The appellants contend that the officers assumed because Mr. Grant and Mr. Peart were two young black men out in the early morning hours, that they must somehow be involved in "guns and drugs". They contend that this assumption drove the officers' treatment of the appellants throughout the incident.

[20] The police officers gave a very different version of the relevant events. Officer Ceballo testified that he was stopped southbound at a traffic light at Dixie and Dundas when he saw the appellants' vehicle go past him travelling westbound on Dundas.

Officer Ceballo was on routine traffic patrol. He decided to run a computer check on the appellants' vehicle. According to Officer Ceballo, when he was on patrol and had time, he routinely ran computer checks on licence plates. This was especially true at night when there was little traffic. Officer Ceballo also testified that Honda Preludes, the model of vehicle driven by the appellants, are known to be easily stolen and that car theft was a prevalent problem in the area.

[21] Immediately after Officer Ceballo inputted the appellants' licence plate number into his computer, the appellants' vehicle turned across Dundas Street into the gas station. Officer Ceballo parked his vehicle across the street from the gas station so that he could watch the vehicle until he received the results of his computer check. While he was watching the vehicle, Officer Ceballo received information on the computer indicating that the vehicle was registered to a person in Downsview and that it had not been reported stolen.

[22] During his examination-in-chief, Officer Ceballo said that he was unsure whether he realized that the occupants of the vehicle were black before they got out of the vehicle at the gas station. In cross-examination, Officer Ceballo was confronted with his evidence on discovery. On discovery, he had testified that he knew the appellants were black before they got out of their vehicle. Officer Ceballo accepted the accuracy of his discovery evidence.

[23] Officer Ceballo testified that he saw the person who had been sitting in the passenger seat get into the driver's seat and the former driver sit in the passenger seat. Much to Officer Ceballo's surprise, the vehicle pulled out of the gas station at a high speed and accelerated to an even greater speed going westbound on Dundas Street. The vehicle proceeded westbound at a speed well in excess of the 60 kilometre speed limit. Officer Ceballo indicated that he pulled onto Dundas Street and followed the vehicle. He quickly reached a speed of 140 kilometres per hour and did not gain significantly on the appellants' vehicle.

[24] Officer Ceballo testified that he followed the vehicle because it was travelling at a high rate of speed, it was registered in Downsview, the passenger and driver switched places, and the vehicle could be stolen. Shortly after Officer Ceballo turned westbound onto Dundas Street, he activated his police lights and siren. There was very little traffic and Officer Ceballo's vehicle was directly behind the vehicle driven by Mr. Peart. Mr. Peart did not stop his vehicle, but instead continued to speed away at over 100 kilometres per hour. Mr. Peart was driving dangerously and appeared to be taking evasive action. When Mr. Peart turned northbound off of Dundas Street, he almost hit a southbound vehicle. According to Officer Ceballo, "[i]t looked to me like these guys were running".

[25] As he was pursuing Mr. Peart's vehicle, Officer Ceballo radioed the dispatcher to advise him that he was attempting to stop a vehicle and required assistance. Within about

two minutes of commencing the pursuit, Officer Ceballo pulled into the driveway of Mr. Peart's residence immediately behind Mr. Peart's vehicle. Officer Ceballo did not know that Mr. Peart lived at this location.

[26] Mr. Peart got out of the car and started to walk towards the residence. Officer Ceballo did not want anyone leaving the vehicle until he had the scene under control. He stepped out of his vehicle, pointed a shotgun at the appellant and told him to get back in the vehicle. Mr. Peart got back in the vehicle.

[27] Officer Ceballo believed that the vehicle may well have been stolen. Based on the driver's failure to stop the vehicle when Officer Ceballo activated his siren and lights, the apparent attempt to evade the police, and the dangerous driving during the pursuit, Officer Ceballo believed that he had a potentially dangerous situation on his hands. He became more concerned when Mr. Peart left the vehicle and headed towards the residence.

[28] Other officers, including Officer Pedler, arrived at the scene within about three to five minutes and on Officer Ceballo's instructions, performed what the police call a high-risk takedown. This technique requires that each suspect exit the vehicle individually from the same door, walk backwards towards the police, and kneel on the ground. Once the suspect is kneeling on the ground, he is rushed from behind by one or more officers, forcefully pushed to the ground face first, and held in that position with the officer's knees on the suspect's back and shoulders until the suspect is handcuffed. Mr. Grant and Mr. Peart denied that they were forcefully taken to the ground during their arrest.

[29] The police officers testified that Mr. Peart and Mr. Grant were told of their right to counsel and taken to the police station where they were strip searched for weapons and contraband. Mr. Grant offered some resistance to this search. Mr. Peart denied that he was strip searched and Mr. Grant testified that his strip search occurred without force.

[30] Officer Pedler testified that Mr. Peart, who had been to jail before, was very concerned about being charged and sent back to jail. Mr. Peart offered to provide information concerning drug activities. After some preliminary conversation, Mr. Peart placed a phone call to an acquaintance whom he told Officer Pedler he knew to be involved in drug trafficking. Mr. Peart spoke with this person and they agreed to speak about a drug transaction later that day.

[31] When Mr. Peart and Mr. Grant were released at about 6:30 a.m., neither was charged with any offence. According to Officer Pedler and Officer Ceballo, no charges were laid against either Mr. Peart or Mr. Grant because Mr. Peart had agreed to assist the police in the apprehension of the drug trafficker with whom Mr. Peart had spoken to earlier that day. Officer Pedler testified that Mr. Peart's assistance led to the apprehension of two drug dealers later that evening.

[32] The officers testified that they followed appropriate police procedures throughout their dealings with Mr. Peart and Mr. Grant. They denied that either Mr. Grant or Mr. Peart were assaulted or that any of the police actions were racially motivated. They acknowledged that Mr. Peart and Mr. Grant may have suffered some minor injuries during the encounter, although the officers could not say for certain when or how the injuries may have happened. It was the respondents' position at trial that these injuries were the result of the use of reasonable force either during the high-risk takedown at the vehicle, or when Mr. Grant was restrained so that he could be strip searched at the station. The appellants' medical witnesses agreed that the injuries suffered by the appellants were consistent with the kind of force used in a high-risk takedown.

III

The Trial Judge's Factual Findings

[33] In his reasons, the trial judge provides a detailed review of the evidence and arguments. He rejected the appellants' primary claim that the police officers were motivated by overt, subconscious, and institutional racial bias to act as they did.

[34] The trial judge's material findings of fact can be summarized as follows:

- ◆ Officer Ceballo decided to conduct a computer check on the appellants' vehicle for the reasons provided by Officer Ceballo (paras. 43-45);
- ◆ Common sense dictated that Officer Ceballo watch the appellants' vehicle while waiting for the results of the computer check (paras. 43-44);
- ◆ Officer Ceballo followed the appellants' vehicle when it exited the gas station because it left at a high speed and accelerated westbound on Dundas at speeds well above the speed limit (para. 46);
- ◆ Officer Ceballo activated his siren and lights and pursued the vehicle. Mr. Peart was aware that the police vehicle was pursuing his vehicle, but instead of pulling over as required by law, decided to drive to his residence. Mr. Peart drove in a reckless and dangerous manner arriving at his home a few minutes later with Officer Ceballo in close pursuit (paras. 70-72);
- ◆ Officer Ceballo had reasonable grounds to suspect that the vehicle was stolen and that the occupants of the vehicle were dangerous when he confronted them in the driveway of Mr. Peart's residence. The situation justified resorting to a high-risk takedown (paras. 82-85, 111);
- ◆ Mr. Peart and Mr. Grant were taken to the police station and questioned. Their detention and questioning were reasonable in the circumstances. They were not assaulted (para. 154);
- ◆ Mr. Peart and Mr. Grant were strip searched. Mr. Grant resisted and some force was used to subdue him and execute the search (paras. 163-64);

- ◆ Although the officers were unaware of the Board’s written policy with respect to strip searching, under the circumstances, the strip search was justified (paras. 175-76);
- ◆ The strip searches were conducted in an appropriate manner (para. 178);
- ◆ Mr. Peart chose to provide information concerning drug trafficking in order to avoid being charged and potentially jailed on the charges of dangerous driving and failing to stop when required to do so by the police (para. 228); and
- ◆ Mr. Peart and Mr. Grant suffered minor injuries. These injuries occurred in the course of the high-risk takedown and in respect of Mr. Grant, perhaps in the course of his resistance to the strip search. The force used was not unreasonable (paras. 215, 220-21).

IV

The Bias Allegation

[35] Counsel for the appellants submits that the trial judge’s conduct during the trial, considered in combination with his reasons for judgment, reveal a reasonable apprehension of bias against the appellants. As I understand the submission, counsel argues that the trial judge showed a strong, albeit unconscious, predisposition against the validity of the appellants’ claim that the police engaged in racially motivated misconduct. This is the same apprehension of bias argument that on the facts of that case was successfully advanced in *R. v. Brown* (2003), 173 C.C.C. (3d) 23 (Ont. C.A.).

(a) The legal principles

[36] For the purposes of this reasonable apprehension of bias claim, judicial bias refers to a judge’s predisposition to decide an issue material to the proceedings such that his or her mind is closed or at least strongly resistant to persuasion to the contrary view based on the evidence adduced and submissions made in the specific case: *R. v. S. (R.D.)* (1997), 118 C.C.C. (3d) 353 (S.C.C.), per McLaughlin J. & L’Heureux-Dubé J. (concurring) at 369, per Cory J. for the majority at 389; Paul M. Perell, “The Disqualification of Judges and Judgments on the Grounds of Bias or the Reasonable Apprehension of Bias” (2004) 29 *Advocates’ Q.* 102 at 105-106.

[37] Reasonable apprehension of bias claims are measured against the well known standard articulated in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369 at 394:

... The apprehension of bias must be a reasonable one held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information.

In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and

practically – and having thought the matter through – conclude? Would he think that it is more likely than not that [the decision maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly? [Emphasis added.]

[38] The standard described in *Committee for Justice and Liberty* has been repeatedly applied by the Supreme Court of Canada, this court, and other appellate courts: see *e.g.* *R. v. Valente* (1985), 23 C.C.C. (3d) 193 (S.C.C.); *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259 at paras. 59-60; *R. v. S. (R.D.)*, *supra*, per McLaughlin J. & L’Heureux-Dubé J. at 369, per Cory J. at 389-90; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303 at para. 26; *R. v. Brown*, *supra*, at para. 37; *Marchand (Litigation Guardian of) v. Public General Hospital Society of Chatham* (2001), 51 O.R. (3d) 97 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2002] 156 O.A.C. 358n; *R. v. Werner* (2005), 205 C.C.C. (3d) 556 at para. 11 (N.W.T. C.A.); *R. v. Quinn* (2006), 209 C.C.C. (3d) 278 at para. 54 (B.C. C.A.).

[39] An allegation of a reasonable apprehension of bias must overcome the strong presumption of judicial impartiality. That presumption reflects the long and strong history of judicial independence and integrity in this country: see *R. v. S. (R.D.)*, *supra*, per Cory J. at 392; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, *supra*, at paras. 57-60, 76.

[40] Reasonable apprehension of bias claims are fact-driven. The party that makes the allegation must establish a reasonable apprehension of bias on the balance of probabilities. Where the issue is raised for the first time on appeal, the onus can be discharged by reference to the trial record alone or in combination with any fresh evidence that the appellate court sees fit to receive on the issue: see *Wewaykum Indian Band v. Canada*, *supra*, at paras. 77-78. On this appeal, the appellants rely on parts of the trial record, the reasons for judgment, and an affidavit from Mr. Grant.

[41] The hypothetical, fully informed, reasonable person is taken as being fully aware of any cultural or social context relevant to the bias inquiry: *R. v. Brown*, *supra*, at para. 38. In *R. v. S. (R.D.)*, *supra*, a case involving an allegation of bias in favour of a black accused, Cory J., at 390, after referring with approval to the test enunciated in *Committee for Justice and Liberty*, *supra*, said:

This test has been adopted and applied for the past two decades. It contains a two-fold objective element: the person considering the alleged bias must be reasonable, and the apprehension of bias itself must also be reasonable in the circumstances of the case. ... Further, the reasonable person must be an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances, including “the traditions of integrity and impartiality that form a part of the background and

apprised also of the fact that impartiality is one of the duties judges swear to uphold”. . . . To that I would add that the reasonable person should also be taken to be aware of the social reality that forms the background to a particular case, such as societal awareness and acknowledgement of the prevalence of racism or gender bias in a particular community. [Emphasis added.]

[42] In assessing whether the appellants have demonstrated a reasonable apprehension of bias, the reasonable person must bear in mind that anti-black racism, both on an individual and institutional level, is a reality in the community. Further, the reasonable person must appreciate that both explicit and institutional racism can affect the way that the police see and treat black persons and the way black persons react to the police. The fully informed, reasonable person must understand that police misconduct can be racially motivated, even if the officer does not consciously appreciate that motivation. A full appreciation of the relevant social reality also extends to an understanding that not every claim of racism, even where honestly made, is valid.

[43] Counsel for the ACLC submit that it is not enough that the reasonable, fully informed person appreciate the relevant social reality. They argue, relying on jurisprudence interpreting the equality provisions of s. 15 of the *Charter*, that the hypothetical, reasonable person must share the race of the person alleging a reasonable apprehension of bias. They put it this way in their factum:

For historically disadvantaged groups, he or she is someone who occupies the shoes of the person affected by the decision. Thus, for African Canadian men, the reasonable person would be an African Canadian man. This approach acknowledges the social reality of disadvantaged groups. For African Canadians, this approach acknowledges that one of the effects of White privilege, which this approach can be conscious of, is the inability of those with privilege to have a meaningful understanding of what it means to be in a position of historic and ongoing disadvantage. Impartiality, and thus good judgement, come with attentiveness to equality and a willingness to shift perspective and thus move the effective response away from subconscious norms or biases. [Emphasis added.]

[44] I would reject this argument for several reasons. First and foremost, the argument that the assessment of whether there is a reasonable apprehension of bias should be partly subjective is contrary to authority from the Supreme Court of Canada. Those cases, some

of which are cited above, uniformly employ a purely objective test. While none specifically advert to the subjective/objective approach put forward by the ACLC, they do apply the objective approach to claims advanced by historically disadvantaged groups such as aboriginals: see *Wewaykum Indian Band v. Canada*, *supra*. This court has also applied the objective test in *R. v. Brown*, *supra*, where it was alleged that the trial judge demonstrated a reasonable apprehension of bias against a black accused.

[45] Even if there is no controlling binding authority, I would reject the “reasonable African Canadian male” approach to a reasonable apprehension of bias claim. That approach traces its jurisprudential roots to the equality caselaw developed under s. 15 of the *Charter*. Section 15 provides:

Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[46] In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Supreme Court provided a detailed framework for the analysis of s. 15 claims. Iacobucci J. summarized that framework at para. 39:

[A] court that is called upon to determine a discrimination claim under s. 15(1) should make the following three broad inquiries. First, does the impugned law (a) draw a formal distinction between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics, or (b) fail to take into account the claimant’s already disadvantaged position within Canadian society resulting in substantively differential treatment between the claimant and others on the basis of one or more personal characteristics? If so, there is differential treatment for the purpose of s. 15(1). Second, was the claimant subject to differential treatment on the basis of one or more of the enumerated and analogous grounds? And third, does the differential treatment discriminate in a substantive sense, bringing into play the purpose of s. 15(1) of the *Charter* in remedying such ills as prejudice, stereotyping, and historical disadvantage? The second and third inquiries are concerned with whether the differential treatment constitutes discrimination in the substantive sense intended by s. 15(1). [Emphasis added.]

[47] Iacobucci J. went on to indicate at para. 61 that the determination of whether the differential treatment based on the enumerated or analogous grounds constituted discrimination had to be conducted from the perspective of the party claiming that the differential treatment constituted discrimination:

I am aware of the controversy that exists regarding the biases implicit in some applications of the “reasonable person” standard. It is essential to stress that the appropriate perspective is not solely that of a “reasonable person” – a perspective which could, through misapplication, serve as a vehicle for the imposition of community prejudices. The appropriate perspective is subjective-objective. Equality analysis under the *Charter* is concerned with the perspective of a person in circumstances similar to those of the claimant, who is informed of and rationally takes into account the various contextual factors which determine whether an impugned law infringes human dignity, as that concept is understood for the purposes of s. 15(1). [Emphasis added.]

[48] *Law* and subsequent cases, such as *Canadian Foundation for Children v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76 at para. 53, make it clear that the perspective of a reasonable person possessing the claimant’s attributes and circumstances must be considered in determining whether state action that draws a distinction based on a ground such as race constitutes discrimination for the purposes of s. 15.

[49] The equality principle drives the requirement of judicial impartiality. Judges must be, and appear to be impartial to ensure that all persons before the court are treated equally. Although equality lies at the heart of both s. 15 of the *Charter* and the requirement of judicial impartiality, it does not follow that allegations of a reasonable apprehension of bias can be analyzed in the same way as allegations of discrimination contrary to s. 15 of the *Charter*.

[50] The inquiry mandated by s. 15 looks first at state conduct to determine whether it differentiates between individuals based on one of the enumerated grounds or a ground analogous to the enumerated grounds. It is only if the court determines that state action has drawn a distinction based on one of the named or analogous grounds that the court turns to the question of whether that distinction is properly stigmatized as discriminatory. Drawing the line between benign distinctions and discriminatory state action depends in part on whether the distinction is seen as re-enforcing historical disadvantages and stereotypes or otherwise diminishing the value or dignity of those affected by the distinction. This assessment requires that the distinction be viewed from the perspective of a reasonable person possessing the attributes upon which the distinction is based. The

reasonable reaction of the target group of the distinction must be taken into account because it is the effect of the distinction on that group that largely determines whether that distinction amounts to discrimination and a violation of s. 15 of the *Charter*.

[51] The inquiry required where there is an allegation of a reasonable apprehension of bias based on racial prejudice is entirely different. In the context of this inquiry, the question is whether a reasonable informed observer would have a reasonable apprehension that the trial judge's decision was affected by racial bias. This inquiry does not look to whether the trial judge has drawn distinctions based on race and does not differentiate between appropriate and inappropriate racial distinctions. On the bias inquiry there is, therefore, no need for an analytical technique designed to distinguish between state conduct that draws appropriate race-based distinctions and state conduct that draws discriminatory race-based distinctions.

[52] The essential difference between the s. 15 equality analysis and the reasonable apprehension of bias inquiry also explains why it is appropriate to introduce a subjective component into the equality inquiry, but not into the bias inquiry. The difference between an appropriate race-based distinction and a discriminatory one for the purposes of the equality analysis lies largely in the perception of those who bear the burden of the distinction. Consequently, where state action draws a distinction based on race, it misses the point of the s. 15 equality analysis to ask how the hypothetical, reasonable, but raceless person would perceive a distinction based on race. The impact of a race-based distinction can only be meaningfully measured in human terms through the eyes of someone who is subjected to that distinction.

[53] Judicial partiality is not a matter of personal perception. The personal characteristics of a litigant, such as race, may well affect the litigant's personal view of judicial partiality, but they cannot create a reasonable apprehension of bias where one would otherwise not exist. The outcome of a bias inquiry cannot turn on the perspective of the party advancing that claim. There either is or there is not a reasonable apprehension of bias.

[54] It is not unusual that a losing litigant honestly and, from his or her perspective, reasonably perceives the proceedings as unfair and the judge as partial. To equate that personal perception of bias with a reasonable apprehension of bias is to use a subjective and inherently partial perspective to decide whether a proceeding was conducted impartially. The ACLC did not argue that the perspective of the reasonable black person should be equated with the perception of the black appellants. Although the ACLC did not equate the hypothetical, reasonable black person with the appellants, it did not indicate how the court should determine whether the hypothetical, reasonable black person would perceive the proceedings as biased. In my view, for the purposes of the reasonable apprehension of bias inquiry, there can be no meaningful distinction between

the perspective of a reasonable black person, and the perspective of a reasonable person of undefined race who is fully informed and cognizant of the relevant social context.

[55] In refusing to racialize the hypothetical, reasonable person, I do not pretend that the hypothetical, reasonable person is purely objective. The reasonable person is an analytical device that will inevitably reflect the world view of the judge applying that device: see Richard F. Devlin, “We Can’t Go On Together With Suspicious Minds: Judicial Bias and Racialized Perspective in *R. v. R.D.S.*” (1995), 18 Dal. L.J. 408 at 419-21. The realization that the hypothetical, reasonable person is to some degree reflective of the judge’s own preconceptions is what makes an appreciation of social context so important. An understanding of how others legitimately view the circumstances serves to counteract the subjectivity of the judge’s own view of the world. A proper reasonable apprehension of bias inquiry demands that the judge be aware of his or her own world view and appreciate how others may see the relevant circumstances. As difficult as it may be to blend these perspectives, it is no answer to abandon that effort in favour of an inherently subjective and one-sided inquiry.

[56] It is also difficult to see how the subjective approach could work in cases where the competing parties both come from disadvantaged groups. The losing party will presumably insist that its world view be accepted for the purpose of ascertaining whether there was a reasonable apprehension of bias. To accept that view, however, could perpetuate, if not exacerbate, the historical disadvantage of the group to which the successful party belongs.

(b) The specific submissions

[57] Counsel for the appellants contends that the reasonable apprehension of the trial judge’s bias against the appellants is apparent from comments made by the trial judge during the trial, during counsel’s closing arguments, and in the trial judge’s reasons for judgment.

[58] I can find only one reference in the appellants’ submissions to a comment made by the trial judge during the course of this long and hard fought trial. Dr. Agard, an expert called by the appellants, testified that it was reasonable for Mr. Peart to be apprehensive when he was being followed by Officer Ceballo. He indicated that the late hour was one of the factors which might cause Mr. Peart to feel threatened when he was followed and then stopped by the police. The trial judge asked whether the vulnerability might have application to anyone stopped by the police. The witness agreed. The following exchange followed:

THE COURT: To some extent, the police are more vulnerable at night?

THE WITNESS: They are.

THE COURT: You know.

THE WITNESS: There's no doubt about that.

THE COURT: I mean they may be less vulnerable than other people ---

THE WITNESS: Correct.

THE COURT: --- but relative to during the day ---

THE WITNESS: Correct.

THE COURT: --- when there are more people around and so forth?

THE WITNESS: Correct.

[59] Counsel for the appellants submits that the comment was “inappropriate and unwarranted and reflected a posture that favoured the police.” I reject this submission. The comment is nothing more than an innocuous statement of the obvious. The witness’s responses demonstrate just how innocuous the comments were. This exchange with the witness can offer evidence of an apprehension of bias only if one begins from the premise that anything said by the trial judge that does not reflect an outright acceptance of the appellants’ position demonstrates a reasonable apprehension of bias. Many of counsel for the appellants’ submissions came perilously close to this untenable position.

[60] Counsel for the appellants also submits that certain comments made during closing arguments support the bias claim. As is customary in civil proceedings, the submissions were not transcribed. The comments of the trial judge relied on in the bias argument are found in an affidavit filed on the appeal by Mr. Grant. Counsel for the respondents does not object to the court considering the affidavit and I will assume it is properly before the court. In his affidavit, Mr. Grant sets out the gist of various statements made by the trial judge during counsel’s submissions. He also describes the meaning and impressions that he and his counsel took from those comments.

[61] The appellants contend that one of the trial judge’s comments during closing submissions demonstrates his resistance to any suggestion that a black police officer

could engage in the racial profiling of black persons. That comment is referred to in para. 5 of Mr. Grant's affidavit. He asserts that the trial judge said to counsel for the appellants: "You want me to find that this Black officer [Officer Ceballo] practiced racial profiling on these two black men?"

[62] Mr. Grant further asserts that it was his impression that the trial judge's comment indicated that he saw no merit to this claim. Mr. Grant also outlines counsel's response to the comment in which he referred to the evidence supporting the contention that black police officers do engage in racial profiling of black persons.

[63] The trial judge's question captures the essence of counsel's submission on the racial profiling issue. His question cannot reasonably be interpreted as reflecting a fixed and unchangeable opinion. Indeed, I do not think the comment can reasonably be interpreted as reflecting any opinion on the racial profiling issue. At most, the trial judge's question implies that he thought that the officer's race was a relevant factor in assessing the racial profiling claim.

[64] The trial judge in his reasons, at para. 22, acknowledged and accepted the evidence that black police officers do sometimes engage in racial profiling. The trial judge gave detailed reasons firmly rooted in the evidence for his ultimate conclusion that Officer Ceballo did not practise racial profiling in his encounter with Mr. Peart and Mr. Grant. The trial judge's question during submissions offers no support for the reasonable apprehension of bias claim.

[65] In his affidavit, Mr. Grant also refers to several comments made by the trial judge that he claims were favourable to submissions made by counsel for the appellants. As I understand this aspect of the bias argument, counsel contends that despite these apparently favourable comments, the trial judge ultimately expressed conclusions in his reasons that were contrary to the appellants' position on these issues. Counsel argues that this "about face" demonstrates a reasonable apprehension of bias.

[66] Before I examine two of the comments attributed to the trial judge in detail, I must say that the logic of this submission escapes me. If the trial judge's ultimate findings are at odds with comments he made during argument, these inconsistencies could cast doubt on the reliability of the findings, or if the judge's statements curtailed argument they could give rise to fairness concerns. However, I can see no logical connection between a finding that the trial judge's reasons were inconsistent with certain comments made by him during submissions and the further conclusion that those inconsistencies reveal a reasonable apprehension of bias. Bias could only explain the alleged inconsistencies if the trial judge actually changed his mind between argument and his reasons based on something that created racial bias; or if the trial judge's comments during argument were a deliberate attempt to mislead counsel into thinking that the trial judge found favour with their position when in fact he always intended to find against them. It is unclear to me

whether counsel made either or both of these arguments. There is not a scintilla of support for either.

[67] Even if the inconsistencies between the trial judge's reasons and the comments he made during argument could somehow support a reasonable apprehension of bias claim, I am satisfied that the alleged inconsistencies have not been established by the appellants. Mr. Grant's affidavit refers to several examples of comments made by the trial judge that he claims indicated an acceptance of the appellants' position and that were later contradicted in his reasons for judgment. I will examine two of the alleged comments in some detail. My reasoning in respect of those two comments is applicable to the other examples put forward in Mr. Grant's affidavit.

[68] In para. 7(c) of his affidavit, Mr. Grant says:

The most memorable part of the judge's comments relate to the area of Officer Ceballo's denial that he saw that we were black when he came into contact with us at Dixie and Dundas. Mr. Harris [counsel for the respondents] argued that Officer Ceballo did not realize that we were black when he first saw us and the Judge in a very impatient manner rebuked Mr. Harris saying that the evidence is that officer Ceballo made the notation in his notebook and admitted under cross examination that indeed he saw that we were black when he came into contact with us at Dixie and Dundas. This indicated to me and from conversation with Mr. Barnwell, I believe that he also accepted that the Trial Judge had taken the view that Ceballo had lied that he did not observe that we were Black. As a result, Mr. Barnwell did not revisit this area of evidence in Reply oral submissions. [Emphasis added.]

[69] Mr. Grant contends that the trial judge rebuked counsel for the respondents for inaccurately summarizing the evidence of Officer Ceballo. Mr. Grant and apparently his counsel inferred from that rebuke that the trial judge had concluded that Officer Ceballo had lied when he said he did not initially observe that the appellants were black. Based on this inference, Mr. Grant's counsel elected not to make further oral submissions on this area of the evidence.

[70] Accepting that the trial judge admonished counsel for the respondents as asserted by Mr. Grant, I see no reason to infer that the trial judge had reached the conclusion that Officer Ceballo was lying. The responsibility for counsel's decision not to make further submissions on this part of the evidence cannot be laid at the feet of the trial judge. As is apparent from the relevant part of Mr. Grant's affidavit quoted above, the trial judge did

nothing more than properly summarize the evidence. Nor is there any inconsistency between the trial judge's comments as described in Mr. Grant's affidavit and the parts of his reasons, at paras. 32-33, 37, where he deals with Officer Ceballo's evidence as to when he realized the appellants were black.

[71] A second example is found in para. 7(d) of Mr. Grant's affidavit:

In dealing with the scanty notes made by the officers and the officers evidence as a whole, at one point in the submissions of Mr. Harris, the Judge referred to the argument of Mr. Barnwell that the officers did not make proper notes and thus, they could not be relied upon in their testimony. Again, in conversation with Mr. Barnwell, he advised me and I believe that he was relieved that the Judge accepted his submissions concerning the unreliability of the officer's testimony given the scare notes and which for the most part, were identical with each other's note book. As a result, in his Oral Reply submissions, he did not push this issue further. [Emphasis added.]

[72] According to Mr. Grant, his counsel took from the trial judge's reference to his argument – concerning the failure to make proper notes – that the trial judge accepted his contention that this failure rendered the officers testimony unreliable. Counsel, therefore, chose not to make further submissions on the point.

[73] I do not know why counsel would infer acceptance by the trial judge of an argument from a mere reference by the trial judge to that argument in the course of his dialogue with opposing counsel. Even if counsel was somehow misled by the trial judge's observation, it is unclear to me what additional submissions counsel could have made. As the trial judge's reasons reveal, counsel fully explored the alleged inadequacies in the officers' note taking. Some of the note taking was inadequate. The trial judge was cognizant of these inadequacies and the arguments made in respect of them and gave those arguments due consideration in his reasons.

[74] Mr. Grant's affidavit provides insight into the thought processes of Mr. Grant and his counsel during closing argument. It offers no support for the reasonable apprehension of bias claim.

[75] The submissions in support of the bias claim based on the reasons for judgment are essentially an argument that the trial judge's findings are so one-sided, patently wrong, and contrary to the weight of the evidence that they can be explained only by a reasonable apprehension of bias.

[76] I begin my consideration of this submission with the observation that if the reasons suffer from the failings attributed to them by counsel in this submission, the reasons fail on their own merits and the judgment cannot stand regardless of the merit of the reasonable apprehension of bias claim.

[77] I will address the substance of the trial judge's reasons in more detail below. It is sufficient at this juncture to say that while counsel's submissions may reflect the appellants' genuinely held beliefs as to the overwhelming nature of the case they put forward at trial, I do not agree that any of the material findings are unreasonable or otherwise demonstrate reversible error. The trial judge did not see the case the way the appellants and their counsel wanted him to see it. This is no doubt disappointing to the appellants and their counsel, but it offers no support for the contention that the reasonable observer would be left with a reasonable apprehension of bias.

[78] The bias argument based on the reasons for judgment also suffers from the failing identified in *Waxman v. Waxman*, [2004] O.J. No. 1765 at paras. 278-84 (C.A.). As explained in *Waxman*, reasons for judgment are written after the trial judge has analyzed the evidence, made the necessary credibility assessments and findings of fact, and reached his or her conclusions. If the result turns on credibility assessments, it is hardly surprising that the reasons for judgment will reflect negatively on the party who the trial judge has determined was not being truthful and forthright. A negative depiction of the losing party does not demonstrate any bias, but reflects the findings of fact and credibility made by the trial judge after he has heard and assessed the evidence.

[79] In summary, the reasonable apprehension of bias allegation is without merit. The trial judge conducted the trial in an evenhanded and exemplary way. His conduct of the trial and his reasons for judgment reveal a trial judge who was alive to and dealt sensitively with difficult issues that cut close to the bone for all involved.

V

The Alleged Unfairness in the Trial

[80] The allegations of unfairness fall into two groups. First, counsel submits that the appellants were denied a fair opportunity to address the issue by the trial judge's indication in argument that he was disposed to decide certain matters in favour of the appellants but his eventual determination of those matters was against the appellants. I have already dealt with the merits of this submission in the context of the reasonable apprehension of bias argument. Nothing said by the trial judge could reasonably be taken as indicating to the appellants that they need not advance any and all arguments as they saw fit. Nor in my view is it accurate to characterize the reasons as inconsistent with the comments allegedly made by the trial judge during argument. Finally, counsel have not pointed to any cogent arguments that went unmade at trial because of the trial judge's alleged "about face".

[81] The second group of submissions underlying the unfairness claim rests on the contention that the trial judge advanced reasons for his finding against the appellants that were not relied on by the respondents and were not put to counsel for the appellants by the trial judge at any time in the course of submissions. Counsel for the appellants submit that the trial judge became an advocate and departed from the proper role of a trial judge, and also denied them an opportunity to respond to the arguments advanced for the first time by the trial judge in his reasons.

[82] In support of this position, counsel refers to the trial judge's reference to the appellants' failure to call certain witnesses and produce certain telephone records that might have supported their evidence on certain aspects of the case. Counsel also contends that the trial judge created rationalizations for the respondents' failure to use the video recording equipment when questioning the appellants in the police station.

[83] In the course of reasons which extended over 273 paragraphs, the trial judge referred to the appellants' failure to call certain witnesses and the failure to produce certain telephone records. He was entitled to take into account the failure to call evidence that could have assisted the appellants. He did not use the failure to call this evidence as proof of the contrary, but as one of many factors to be considered in assessing the weight of the appellants' evidence. For example, when discussing the events surrounding the arrests of the appellants at Mr. Peart's home, the trial judge said at para. 105:

There was a witness to these events, Mr. Peart's landlady at 865 Riley Court, one Lisa Alleyne, who was awakened and looked out her window at the arrests. She was not called by the plaintiffs who would logically have called her if her evidence would support them.

[84] I see no error in this observation. It played a very minor role in the trial judge's assessment of the events which occurred outside Mr. Peart's home at 865 Riley Court.

[85] Counsel for the appellants take issue with the trial judge referring to the strip searching of the appellants as an explanation for the police failure to videotape their interaction with the appellants at the police station. Counsel contends that the respondents did not attempt to rely on the strip searching of the appellants as an explanation for not videotaping the interaction between the appellants and the officers. Counsel argues that it was wrong for the trial judge to create this explanation for not using the video equipment.

[86] I see little merit in this particular line of reasoning used by the trial judge. Clearly, had the videotape equipment been used, it could have been indicated on the videotape that it was being turned off for the purposes of conducting a strip search. I would not

hold, however, that one suspect line of reasoning among many resulted in any unfairness to the appellants. The trial judge's conclusions do not depend on this single observation.

[87] The trial judge refused to draw an adverse inference against the police officers from the failure to videotape the interaction with the appellants because the officers were following the established protocol of their employer, the Board. The trial judge was critical of this practice (which has since changed), but would not fault the officers for following it. This is a legitimate line of reasoning in response to the appellants' argument that the failure to videotape was significant to the officers' credibility. The appellants had every opportunity to address this issue at trial.

[88] Finally, I cannot agree with the premise of counsel's submission. Clearly, trial judges are required to give counsel an adequate opportunity to make submissions. Trial judges are not, however, required to vet each and every step in their fact finding analysis with counsel. Nor are trial judges required to invite submissions targeting each and every step of the fact finding analysis. As triers of fact, trial judges must weigh the evidence. In doing so, they must have regard to the kinds of considerations which as a matter of common sense and human experience will affect the reliability of the evidence or the credibility of the witnesses. Counsel are expected to make whatever arguments they deem appropriate directed at issues which, as a matter of common sense, arise in the evidence and could affect the trial judge's assessment of the evidence. I do not think that counsel can reasonably claim to be taken by surprise when a trial judge factors the failure to produce potentially supportive evidence into his or her consideration of the weight to be assigned to certain evidence offered at trial.

VI

The Racial Profiling Submissions

(a) What is racial profiling?

[89] In *R. v. Richards* (1999), 26 C.R. (5th) 286 at 295, Rosenberg J.A. quotes a definition of racial profiling offered by the ACLC:

Racial profiling is criminal profiling based on race. Racial or colour profiling refers to that phenomenon whereby certain criminal activity is attributed to an identified group in society on the basis of race or colour resulting in the targeting of individual members of that group. In this context, race is illegitimately used as a proxy for the criminality or general criminal propensity of an entire racial group. [Emphasis added.]

[90] A police officer who uses race (consciously or subconsciously) as an indicator of potential unlawful conduct based not on any personalized suspicion, but on negative stereotyping that attributes propensity for unlawful conduct to individuals because of race is engaged in racial profiling: see Kent Roach, “Making Progress on Understanding and Remediating Racial Profiling” (2004) 41 *Alta. L. Rev.* 895 at 896.

[91] Racial profiling is wrong. It is wrong regardless of whether the police conduct that racial profiling precipitates could be justified apart from resort to negative stereotyping based on race. For example, a police officer who sees a vehicle speeding and decides to pull the vehicle over in part because of the driver’s colour is engaged in racial profiling even though the speed of the vehicle could have justified the officer’s action: *Brown v. Durham Regional Police Force* (1998), 131 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.). Police conduct that is the product of racial profiling and interferes with the constitutional rights of the target of the profiling gives rise to a cause of action under the *Charter*.

[92] I cannot, however, accept the submission made by the ACLC that if the initial action taken by the police towards an individual is tainted by improper racial considerations, further actions taken towards that individual by the police will always be equally tainted. Often, the initial improper racial consideration will flow through to the subsequent police conduct. There will be situations, however, where despite improper racial profiling in the initial contact, the subsequent acts of the police are based on and justified by non-racial considerations. To take an extreme example, an officer may follow a person of colour on a public highway in part because that person is black. In doing so, even though the officer is not necessarily interfering with the individual’s constitutional rights, the officer is acting improperly. However, if the officer were to observe that person firing a gun at someone and proceed to arrest that person, the arrest would not necessarily be tainted by the initial improper racial profiling. It would be for the trier of fact to decide whether race played any role in the officer’s decision to arrest the person who fired the gun.

[93] Racial profiling may be the product of overt, subconscious, or institutional racial bias. An individual police officer engaged in racial profiling may be subjectively unaware that he or she is doing so: see *R. v. Brown, supra*, at para. 8. Indeed, racial profiling does not necessarily reflect any racial bias. It may reflect the officer’s legitimate perception of the reality of the world in which the officer operates: see *R. v. Singh* (2003), 15 C.R. (6th) 288 at para. 18 (Ont. S.C.J.). Regardless of the connection, if any, between racial profiling and racial bias, racial profiling cannot be tolerated. It is offensive to fundamental concepts of equality and the human dignity of those who are subject to negative stereotyping. It fuels negative and destructive racial stereotyping of those who are subjected to profiling. Racial profiling will also ultimately undermine effective policing both by misdirecting valuable and limited resources and by alienating law-abiding members of the community who are members of the targeted race: see David

M. Tanovich, “E-Racing Racial Profiling” (2004) 41 Alta. L. Rev. 905 at 916; David M. Tanovich, “Using the *Charter* to Stop Racial Profiling: The Development of an Equality-Based Conception of Arbitrary Detention” (2002) 40 Osgoode Hall L.J. 145 at 161-65.

[94] The community at large and the courts, in particular, have come, some would say belatedly, to recognize that racism operates in the criminal justice system: see e.g. *R. v. S. (R.D.)*, *supra*; *R. v. Parks* (1993), 84 C.C.C. (3d) 353 (Ont. C.A.). With this recognition has come an acceptance by the courts that racial profiling occurs and is a day-to-day reality in the lives of those minorities affected by it. Indeed, as the evidence in this case indicates, police forces, including the Board, acknowledge the existence of racial profiling and accept that it has no place in law enforcement. The Board has designated racial profiling as a prohibited practice for which officers are subject to disciplinary action.

[95] Racial profiling can seldom be proved by direct evidence. Rather, it must be inferred from the circumstances surrounding the police action that is said to be the product of racial profiling. The courts, assisted by various studies, academic writings, and expert evidence have come to recognize a variety of factual indicators that can support the inference that the police conduct was racially motivated, despite the existence of an apparent justification for that conduct: *R. v. Brown*, *supra*, at paras. 44-46.

[96] The indicators of racial profiling recognized in the literature by experts and in the caselaw can assist a trier of fact in deciding what inferences should or should not be drawn and what testimony should or should not be accepted in a particular case. Those indicators, sometimes referred to as “social” facts, however, cannot dictate the findings that a trier of fact will make in any given case. Findings of adjudicative facts, that is the “who”, “what”, “why”, “when”, and “where” of any given case, grow out of the trier of fact’s assessment of the evidence adduced in the particular case. Findings of adjudicative facts cannot be preordained by evidence that is intended to provide the appropriate social context in which to assess the evidence and make findings of the relevant adjudicative facts: see *R. v. Spence* (2005), 202 C.C.C. (3d) 1 at paras. 56-58 (S.C.C.).

[97] The reasons of the trial judge demonstrate that he was alive to the significance of the racial profiling allegation in the action. He understood the seriousness of the allegation, both from the perspective of the appellants and the police officers. He described Dr. Agard, the expert called by the appellants, at para. 9, as: “eminently qualified to give the court an insightful overview of the subject of race relations and the police.”

[98] The trial judge summarized Dr. Agard’s evidence at length. He accepted Dr. Agard’s evidence as it related to the existence and description of racial profiling. The trial judge also set out and accepted, at para. 21, the criteria that Dr. Agard testified could be indicative of racial profiling.

[99] The trial judge could not, however, cede his responsibility as a trier of fact to Dr. Agard. As the trial judge observed, at para. 23, it was not the function of a witness, even one as qualified as Dr. Agard, to make findings of fact. He also noted, at para. 21, that counsel for the appellants had not put a hypothetical question to Dr. Agard, much less a hypothetical question that mirrored the totality of the evidence. The trial judge further observed, again accurately, that Dr. Agard was unaware of the police version of the relevant events. The trial judge recognized that he had very different versions of the events before him. He appreciated that it was his and not Dr. Agard's responsibility to assess credibility and make findings of fact. Depending on the findings he made, the trial judge acknowledged that Dr. Agard's expertise could assist in determining what inference should be drawn by the trial judge from his findings of fact. He put it this way at para. 23:

If I find that the underlying "facts" upon which Dr. Agard's opinion is based actually existed on December 1, 1997, then his evidence provides me with a basis for an inference that racial profiling was being practiced that day by one or both officers. That is the classic role of the expert: to provide the court with a ready-made inference based on scientific, medical, psychiatric, engineering or similar learning, which the court can draw if certain identified underlying facts are demonstrated to exist. ... But the inference is one that the court draws. Dr. Agard's opinion is not a substitute for the court's own analysis of the evidence, taking account in so doing of the societal background and the description of the *indicia* of racial profiling which he has provided, to determine what the facts actually were on that day. Nor is the inference a mandatory one; it is available for the court to draw if the court is persuaded on the balance of probabilities that it is the more probable explanation for the events in question.
[Emphasis added.]

[100] The trial judge did not, as the appellants submitted, reject the racial profiling claim on the basis that there was no evidence to support that claim. Rather, the trial judge rejected the claim because on the facts as found by him, he could not infer that the race of the appellants accounted for the police actions. Rather, on the facts as found by the trial judge, he concluded there were legitimate explanations for the police actions.

[101] The appellants joined by the ACLC advanced essentially a three-pronged attack on the trial judge's findings that the appellants were not the victims of racial profiling. They submit first, that the factual findings underlying that conclusion were unreasonable; second, that the factual findings reflect a failure to properly appreciate and apply Dr.

Agard's evidence; and third, that the trial judge did not follow the approach dictated in *R. v. Brown, supra*, in assessing the racial profiling issue. The ACLC also argues that the trial judge erred in placing the burden of proof for the issue of racial profiling on the appellants.

(b) Were the findings unreasonable?

[102] Before I turn to the reasonableness of the trial judge's findings, I will address a standard of review argument made by the ACLC. It argues that because fundamental *Charter* rights are involved when racial profiling is alleged, appellate courts must engage in "strict evidentiary scrutiny" to prevent *Charter* violations. The ACLC contends that the usual deference owed to fact-finding cannot be shown where the fact-finding relates to fundamental *Charter* rights. No authority is cited for this proposition. There is high authority to the contrary. In *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 at para. 25, the majority said:

We conclude, therefore, by emphasizing that there is one, and only one, standard of review applicable to all factual conclusions made by the trial judge – that of palpable and overriding error.

[103] The submission made by the ACLC assumes that findings of fact relating to *Charter* rights are intrinsically more important than other kinds of factual findings. The submission also assumes that the importance of factual findings renders a non-deferential approach to appellate review of those findings appropriate. Both assumptions are wrong. Findings of fact relating to *Charter* claims are not inherently more important than all other findings of fact. The significance of a finding of fact depends on the context in which it is made. Furthermore, even if one assumes that fact-finding is hierarchical and that *Charter* facts are at the top of that hierarchy, I cannot accept that a higher level of appellate scrutiny would inevitably improve the overall reliability of the fact-finding process as it relates to the *Charter*. To the contrary, appellate deference to trial judges' findings of fact is predicated in part on the realization that close appellate scrutiny of the fact-finding process does not improve the reliability of that process, but may have the opposite effect.

[104] The trial judge's finding that the police conduct was not the product of racial profiling is at its core a finding of fact. It must stand unless the appellants can demonstrate palpable and overriding error.

[105] The appellants argue that virtually everything the police did was infected with racial profiling and that the trial judge's failure to so find demonstrates innumerable,

palpable, and overriding errors. It is difficult to isolate specific submissions in this global assault on the reasons. I see five principal complaints.

[106] The appellants argue that the trial judge committed clear and palpable error in holding that Officer Ceballo's initial decision to conduct a computer search on the appellants' licence plate number was not the product of racial profiling. In making this submission, the appellants argue that Officer Ceballo could lawfully investigate the appellants only if he had reasonable grounds for doing so. They contend that even on his evidence, he had no more than a hunch.

[107] This submission misunderstands the law. The police do not need reasonable grounds to conduct investigations as long as the police conduct does not interfere with any individual rights. Officer Ceballo's decision to run a computer check on the licence plate did not interfere with any of the appellants' rights. If, as he testified, Officer Ceballo ran the computer check essentially because he had time to do so, there was nothing wrong with doing so even if he had no grounds to suspect the appellants of anything.

[108] The essential question was not whether Officer Ceballo had reasonable grounds to suspect the appellants of any misconduct when he conducted the computer check, but whether he was motivated to do so in part, at least, because of the colour of the appellants' skin. The answer to that question turned in part on Officer Ceballo's credibility. The trial judge ultimately concluded that he was credible and believed his evidence. I cannot accept the submission that it was unreasonable for the trial judge to believe Officer Ceballo. He explained that he routinely conducted computer checks on licence plates when he had time to do so, particularly at night. He added that Honda Preludes were of particular interest because they were a target for car thieves. This evidence was not contradicted. In fact, it was confirmed to some extent by evidence from other officers of their routine practice. There is also nothing inherently improbable in Officer Ceballo's evidence. Even if I were to accept that other triers of fact may not have believed Officer Ceballo, that would offer no basis upon which to characterize the trial judge's acceptance of Officer Ceballo's evidence on this point as unreasonable.

[109] The appellants also submit that the trial judge's finding that Officer Ceballo was not engaged in racial profiling is rendered unreasonable by the trial judge's failure to conclude that the alleged speed of the appellants' vehicle was a mere pretext used by Officer Ceballo to justify following and stopping the appellants' vehicle.

[110] Speeding can be a pretext for a racially motivated stop: see *R. v. Brown, supra*, at para. 48. Whether it is a pretext will depend on the findings of fact in each case. For example, if as Mr. Peart testified he was travelling at ten to twenty kilometres over the speed limit at 3:30 in the morning when Officer Ceballo began to follow him, it would be open for a trial judge to find that Peart's excessive speed was a pretext for the officer

following his vehicle. Unfortunately for the appellants, the trial judge did not believe Mr. Peart. He accepted Officer Ceballo's evidence that the Peart vehicle pulled out of the gas station at a high rate of speed and quickly achieved speeds which Officer Ceballo estimated at well over 100 kilometres per hour. On Officer Ceballo's version of the events, it is hardly unreasonable to conclude that the speed of the appellants' vehicle was what attracted Officer Ceballo's attention and caused him to pursue the vehicle.

[111] It was open to the trial judge to accept Officer Ceballo's testimony concerning the speed of the appellants' vehicle. It was supported to some extent by Officer Ceballo's notes and by other officers who testified about their communications with Officer Ceballo when he was chasing the appellants' vehicle. Officer Ceballo's evidence was also supported by Mr. Grant's testimony. Mr. Grant testified that he was accustomed to Mr. Peart driving well above the speed limit. Mr. Grant also testified that Mr. Peart's speed sufficiently concerned him that he asked Mr. Peart why he was driving the way he was. The trial judge found that Mr. Grant's reaction to Mr. Peart's driving supported the inference that Mr. Peart was driving at a speed well above the speed at which he normally drove his vehicle. Finally, Mr. Peart's own evidence that he fled as soon as he realized he was being followed by Officer Ceballo offers some further support for Officer Ceballo's evidence concerning the speed of Mr. Peart's vehicle. Officer Ceballo's evidence describing the way the vehicle pulled away from the gas station is consistent with a vehicle that is being driven by someone who had just seen Officer Ceballo's car across the road and who had a paranoid fear of the police.

[112] It was open to the trial judge to accept Officer Ceballo's evidence concerning the speed of the vehicle. On that evidence, no one could reasonably suggest that speed was a mere pretext for pursuing the appellants' vehicle.

[113] A third factual challenge advanced by the appellants also relates to the trial judge's acceptance of Officer Ceballo's evidence. The appellants contend that the trial judge acted unreasonably in failing to reject Officer Ceballo's evidence because Officer Ceballo had resisted the suggestion that he was aware the appellants were black before they exited the vehicle at the gas station.

[114] Where racial profiling is alleged, evidence that the police officer involved attempted to mislead the court as to when he realized that the driver of the vehicle was black can support the racial profiling allegation. It may provide important insight into the truthfulness of the explanation for the stop offered by the police officer and can be construed as akin to an implied admission by the officer of the significance of race to his or her decision to stop the vehicle. However, evidence that a police officer has misled the court as to when he or she realized the individual stopped was black is not a precondition to a finding of racial profiling, and is not necessarily conclusive on the issue. Its significance in any particular case is for the trier of fact to determine.

[115] The appellants argued before the trial judge that Officer Ceballo had tried to mislead him as to when he first appreciated that the occupants of the vehicle were black. The trial judge considered this argument and accurately summarized the relevant evidence at paras. 37-40. He observed that the officer's notes, made shortly after the incident, clearly suggested that Officer Ceballo was aware that the appellants were black before they exited the vehicle at the gas station. Officer Ceballo's testimony at discovery was consistent with his notes. In his examination-in-chief, several years after the incident, Officer Ceballo testified that he was unsure whether he knew that the appellants were black before they exited the vehicle at the gas station. In cross-examination, after he was referred to his evidence on discovery, Officer Ceballo agreed that it was fair to conclude that he knew that the occupants of the car were black before they exited the vehicle.

[116] It was the trial judge's responsibility to assess the significance of any variation in Officer Ceballo's evidence given on his discovery, his examination-in-chief, and his cross-examination. Considering his testimony and the contents of his notes, it was not unreasonable for the trial judge to conclude that Officer Ceballo's professed uncertainty during examination-in-chief as to when he realized the appellants were black was genuine and not an attempt to mislead the court on that issue. Both the contents of the notes and Officer Ceballo's reaction when confronted with his discovery evidence could support the trial judge's assessment of Officer Ceballo's testimony.

[117] The fourth attack on the findings underlying the rejection of the racial profiling claim arises out of the evidence that, subsequent to the arrest of the appellants, the officers questioned the appellants about guns and drugs and caused a search for drugs or guns to be made of the area around the gas station. The appellants submit that there was no evidence that the appellants were armed or were involved in the drug trade. They contend that the officers' assumptions reflect the stereotypical thinking that underlies racial profiling.

[118] This argument was made at trial and rejected by the trial judge at paras. 112-14. The trial judge concluded that the police had reasonable cause to believe that the appellants were engaged in criminal activity because they sped away when they apparently saw Officer Ceballo's vehicle, did not stop when he activated his siren and lights, and drove in a reckless and dangerous manner in an attempt to get away from Officer Ceballo. The trial judge said at para. 114:

The police were not simply dealing with two black men out for a drive where asking such questions [*i.e.*, questions about guns and drugs] could well show stereotyping. They were dealing with two men who, for no apparent reason, fled from them. People who flee from the police usually have some

reason to do so; often a criminal reason. Inquiries, even very pointed inquiries, into the reason do not demonstrate racial prejudice or stereotyping.

[119] On the facts found by the trial judge, police concerns about the possible involvement of drugs and guns, and the decision to send someone back to the gas station to investigate, grew out of the specific circumstances confronting the police and not any preconceived notions based on race. In making the findings set out above, the trial judge did not misapprehend any of the relevant evidence. His conclusion that the circumstances warranted concerns by the officers that there may be evidence of criminal activity at the gas station was not unreasonable. Those concerns, whether they reach the level of reasonable suspicion or not, justified the police decision to return to the gas station and investigate.

[120] The fifth allegation of unreasonableness in the fact finding process that led the trial judge to reject the racial profiling claim concerns the trial judge's treatment of the evidence of Mr. Peart's flight from Officer Ceballo. The appellants submit that Mr. Peart fled because, like many young black men, his prior experiences with the police caused him to fear and mistrust them. The appellants argue that the trial judge's finding that Mr. Peart's flight justified the police pursuit and subsequent high-risk takedown and arrest is unreasonable because it failed to consider that flight from "the perspective of the racialized Black man in relation to the police."

[121] One of the crucial questions for the trial judge was why Officer Ceballo followed the appellants' vehicle when it left the gas station. If the vehicle drove as described by Officer Ceballo, there was ample reason for him to pursue. The trial judge accepted Dr. Agard's evidence that Mr. Peart's flight was caused by his fear of the police and his desire to get to his home where he felt he would be safe if stopped by the police. However, in the trial judge's assessment, this evidence did not help the appellants, but tended to confirm Officer Ceballo's description of the way Mr. Peart drove the vehicle. The trial judge found, and there was no evidence to the contrary, that Officer Ceballo had no reason to believe Mr. Peart was driving towards his home since the vehicle was registered to a place in Downsview. From Officer Ceballo's perspective, the vehicle was in flight from the police, proceeding in a dangerous manner, and headed for some unknown destination. Whatever caused Mr. Peart to drive as he did was irrelevant to the danger it posed and to Officer Ceballo's decision to pursue and stop the vehicle.

[122] The appellants' submission that the trial judge failed to consider Mr. Peart's subjective fear of the police as an explanation for his conduct does not withstand scrutiny. The trial judge considered the evidence of Mr. Peart's fear of the police. He accepted this evidence and accepted that Mr. Peart's fear played a significant role in his conduct. The trial judge further concluded, however, that far from supporting the

appellants' racial profiling claim, the evidence of Mr. Peart's mental state was consistent with Officer Ceballo's description of the manner in which Mr. Peart drove the vehicle. This line of reasoning was open to the trial judge.

(c) The assessment of Dr. Agard's evidence

[123] As outlined above, the trial judge accepted Dr. Agard's evidence as it related to the phenomenon of racial profiling, the nature of the interaction between police officers and young black men, and Mr. Peart's attitude towards the police at paras. 98-100. The appellants submit that the trial judge acted unreasonably in rejecting Dr. Agard's ultimate opinion that the appellants were the victims of racial profiling because Dr. Agard was not told that Mr. Peart was driving at an excessive speed when followed by Officer Ceballo and did not interview the police officers involved in the relevant events.

[124] I have already quoted from the trial judge's reasons where he explains how Dr. Agard's evidence could provide assistance to him in determining whether to draw the inference that the police were engaged in racial profiling, at para. 99, above. The extent to which Dr. Agard's expert evidence could assist turned in large measure on the extent to which the assumptions relied on by Dr. Agard were consistent with the findings of fact made by the trial judge.

[125] Neither Dr. Agard's report nor his testimony in-chief offer a clear statement of his understanding of the facts which culminated in the arrest of Mr. Peart and Mr. Grant. On cross-examination, Dr. Agard acknowledged that Mr. Peart was his only source of information as to the relevant events. He also testified that Mr. Peart told him that he sped up well after he left the gas station when he realized that he was being followed by a police car. Dr. Agard had no information as to the speed of Mr. Peart's vehicle either when it left the gas station or after Officer Ceballo took up pursuit.

[126] On the trial judge's analysis, the speed at which the appellants' vehicle left the gas station and the manner in which it drove were crucial to his determination of why Officer Ceballo followed, pursued, stopped, and arrested Mr. Peart and Mr. Grant. The trial judge concluded, at para. 63, that since Dr. Agard's opinions did not take into account the very high speed of the vehicle or the manner in which it was being driven, his opinion as to the reason for the police conduct lacked "a proper factual foundation."

[127] The trial judge's analysis is legally and logically sound. Dr. Agard's evidence was ultimately aimed at assisting the judge in deciding why Officer Ceballo acted as he did towards the appellants from his initial contact until their eventual release at the police station some three hours later. The probative force of Dr. Agard's evidence depended on the extent to which his understanding of the relevant facts corresponded to the trial judge's findings of fact. The trial judge's findings with respect to the speed of the vehicle and the manner in which it was driven were very different from Dr. Agard's

appreciation of those events. The significant difference between the facts as found by the trial judge and those assumed by Dr. Agard significantly diminished the probative force of his expert opinion evidence: see *R. v. Warsing* (1998), 130 C.C.C. (3d) 259 at paras. 53-54 (S.C.C.); *R. v. Charlebois* (2000), 148 C.C.C. (3d) 449 at paras. 22-23 (S.C.C.).

[128] I can find no misapprehension of the substance of Dr. Agard's evidence by the trial judge. The trial judge correctly distinguished between his fact finding role and the role of Dr. Agard as an expert witness. He correctly appreciated that Dr. Agard's evidence could assist him in his fact finding function if Dr. Agard's factual assumptions were consistent with the facts as found by the trial judge.

(d) Did the trial judge fail to properly apply *R. v. Brown*?

[129] The appellants joined by the ACLC submit that the trial judge failed to take two important lessons from this court's judgment in *R. v. Brown, supra*. They submit that the trial judge did not appreciate that racial profiling is often a subconscious act that cannot be proved by direct evidence. They also contend that *R. v. Brown, supra*, dictates that where the police purport to stop a black person ostensibly for speeding and certain indicators of racial profiling are established, the trial judge must find that the allegation of speeding was a mere pretext and that the stop was racially motivated.

[130] In *R. v. Brown, supra*, the Crown appellant argued that there was no evidence of racial profiling in the trial record. In rejecting that argument, Morden J.A. said at paras. 44-45:

A racial profiling claim could rarely be proved by direct evidence. This would involve an admission by a police officer that he or she was influenced by racial stereotypes in the exercise of his or her discretion to stop a motorist. Accordingly, if racial profiling is to be proven it must be done by inference drawn from circumstantial evidence.

The respondent submits that where the evidence shows that the circumstances relating to a detention correspond to the phenomenon of racial profiling and provide a basis for the court to infer that the police officer is lying about why he or she singled out the accused person for attention, the record is then capable of supporting a finding that the stop was based on racial profiling. I accept that this is a way in which racial profiling could be proven. [Emphasis added.]

[131] *R. v. Brown, supra*, does not break any new ground in describing the fact finding process used in litigation. *R. v. Brown* acknowledges that some facts, of which racial profiling is an example, are not generally susceptible to proof by direct evidence, but are proved by inference from established primary facts. *R. v. Brown* also recognizes that where circumstantial evidence is directed at a fact in issue, the inferences to be drawn from that circumstantial evidence can assist in assessing the credibility and reliability of direct evidence offered as proof of the same factual issue. This is also nothing new. Factual determinations are made by a consideration of the totality of the relevant evidence be it direct or circumstantial.

[132] Contrary to the submission made in this court, the trial judge, at para. 20, expressly accepted the contention that racial profiling can rarely be proved by direct evidence, but is a matter of inference from the circumstances. The trial judge also accepted Dr. Agard's evidence that certain facts could indicate that police conduct was racially motivated even if that motivation was subconscious at para. 21. The trial judge went on to hold that to the extent he found that facts were consistent with the factors described by Dr. Agard, those facts could support the inference that the police conduct was the product of racial profiling. He further held, at paras. 22-23, that whether the facts indeed supported the inference of racial profiling depended on whether he was persuaded on the balance of probabilities by the totality of the evidence.

[133] This court's reasons in *R. v. Brown, supra*, were released while the trial judge had his decision under reserve. He referred to *R. v. Brown* in footnote 8 of his reasons.

[T]he court [in *Brown*] accepts that one way of proof of racial profiling is to compare the facts with the *indicia* of racial profiling to provide a basis for an inference that the officer is untruthful as to why the plaintiff was singled out. The record is then "capable of supporting" a finding of racial profiling.

[134] The trial judge accurately summarizes the essence of *R. v. Brown, supra*. The analytical route followed by the trial judge in assessing the racial profiling claim is consistent with *R. v. Brown*.

[135] The argument that a finding of racial profiling must be made if certain primary facts are found is an argument in support of an irrebuttable presumption of racial profiling in certain circumstances. I see no reason to distort the fact finding process by introducing the artificiality of an irrebuttable presumption. The passage from *R. v. Brown, supra*, quoted in para. 130, above, describes a permissive and not a mandatory inference. The inference described in *R. v. Brown* may be drawn if certain indicators of racial profiling are present. Those indicators do not demand a finding of racial profiling.

(e) Should the burden of proof be reversed?

[136] The ACLC submits that where racial profiling is alleged against the police in a civil proceeding, the police should bear the onus of demonstrating on a balance of probabilities that improper racial considerations were not a contributing factor to the state action that resulted in the interference with the liberty of a black plaintiff. In short, the ACLC would place the burden of persuasion on the defendant/police.

[137] I do not understand the appellants to have raised the allocation of the burden of proof on the issue of racial profiling as a separate ground of appeal. Presumably, they did not do so because, as in most civil cases, the outcome of this trial did not turn on which party bore the onus of proof. As observed in John Sopinka, Sidney N. Lederman & Allan W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, 2d ed. (Toronto: Butterworths, 1999) at 58:

In civil proceedings, the legal burden does not play a part in the decision-making process if the trier of fact can come to a determinate conclusion on the evidence. If, however, the evidence leaves the trier of fact in a state of uncertainty, the legal burden is applied to determine the outcome. [Emphasis added.]

[138] This trial judge was not left in any state of uncertainty by the evidence. He made factual findings on all of the contentious issues and from those findings concluded that the officers were not motivated by racial considerations.

[139] I will, however, address the merits of the submission made by the ACLC. In civil proceedings, the burden of persuasion in respect of a fact in issue is generally on the party alleging that fact. The appellants claim that they were the victims of racial profiling at the hands of the police and demand compensation. Applying the normal rule, the appellants must bear the burden of proving racial profiling on the balance of probabilities: *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311 at 320; Kenneth S. Broun *et al.*, *McCormick on Evidence*, 6th ed. (St. Paul, Minn.: Thomson, 2006) vol. II at 473.

[140] In the criminal context, on motions brought by an accused pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, this court has followed the general rule and placed the burden on the accused to establish racial profiling on the balance of probabilities: *R. v. Brown, supra*, at para. 45; *R. v. Curry* (2005), 206 C.C.C. (3d) 100 at para. 24 (Ont. C.A.). Placing the onus on the accused to establish racial profiling on a *Charter* motion is consistent with the well established pleading principle that the onus of establishing a *Charter* breach is on the accused where the accused seeks relief under s. 24(1) of the *Charter*: see *R. v. Cobham* (1994), 92 C.C.C. (3d) 333 at 340 (S.C.C.); *R. v. Collins* (1987), 33 C.C.C. (3d) 1 at 13-14 (S.C.C.).

[141] The allocation of the legal burden of proof to the party alleging the fact in issue is not an immutable rule. For example, in some situations, the burden of persuasion will move to the Crown on a motion brought under s. 24(1) of the *Charter* if an accused establishes certain facts. This shifting of the legal burden occurs in cases where the accused alleges an unreasonable search or seizure. If the accused demonstrates that the search was not conducted pursuant to a prior judicial authorization, the burden of establishing the reasonableness of the search on the balance of probabilities moves to the Crown: *R. v. Collins, supra*.

[142] The presumption that warrantless searches are unreasonable unless the Crown establishes that they are reasonable, is a reflection of the fundamental role that prior judicial authorizations have traditionally played in maintaining the delicate balance between state interests in the effective pursuit of criminal investigations and individual rights to personal privacy. At common law and by statute, state intrusion on personal privacy by way of searches or seizures has generally been acceptable only when sanctioned by a prior judicial authorization. Absence of that authorization renders a search or seizure presumptively unreasonable unless the Crown can demonstrate circumstances that overcome that presumption: *Hunter et al. v. Southam Inc.* (1984), 14 C.C.C. (3d) 97 at 109 (S.C.C.).

[143] State interference with individual liberty whether by way of detention or arrest has never been seen as requiring prior judicial authorization. The varied and exigent circumstances in which the police must routinely resort to the use of their powers of detention or arrest defy any presumption that would require prior judicial authorization.

[144] The ACLC does not submit that the onus should fall on the police to disprove racial profiling, because police detention without prior judicial authorization is presumptively unconstitutional. The ACLC makes a very different argument. It contends that the onus should fall on the police where the party who was subjected to detention or arrest is black. In effect, the ACLC submits that any arrest or detention of a black person by the police is as constitutionally suspect as a warrantless search and, therefore, merits the same rebuttable presumption of unconstitutionality.

[145] This contention is based on the argument that racial profiling is so common that where it is alleged, placing the burden on the police to disprove racial profiling is more likely to achieve an accurate result than is leaving the onus on the party alleging racial profiling. As *McCormick, supra*, indicates at 475-76:

Perhaps a more frequently significant consideration in the fixing of the burdens of proof is the judicial estimate of the probabilities of the situation. The risk of failure of proof may be placed upon the party who contends that the more unusual event has occurred. [Emphasis added.]

[146] The reality of racial profiling cannot be denied. There is no way of knowing how common the practice is in any given community. I am not prepared to accept that racial profiling is the rule rather than the exception where the police detain black men. I do not mean to suggest that I am satisfied that it is indeed the exception, but only that I do not know.

[147] In *R. v. Brown*, *supra*, at para. 45, this court rejected the argument, which was also advanced by the ACLC as intervenor, that the Crown should bear the onus of disproving racial profiling. The court held that a properly informed consideration of the relevant circumstantial evidence – indicators of racial profiling – combined with maintaining the traditional burden of proof on the party alleging racial profiling achieved a proper balancing of the respective interests of the parties. I see no reason to depart from the analysis in *R. v. Brown*. I would add that a sensitive appreciation of the relevant social context in which racial profiling claims must be assessed provides further protection against the failure of meritorious claims as a result of the allocation of the burden of proof.

[148] The ACLC further submits that fairness considerations warrant placing the burden of disproving racial profiling on the police. The ACLC argues that the circumstances relevant to a racial profiling claim are better known to the police who also have better access to the information relevant to those claims. The ACLC submits that as the police are in a much better position to disprove racial profiling than the plaintiffs are to prove racial profiling, fairness dictates that the defendants should bear the legal burden.

[149] Fairness may dictate a reversal of the usual legal burden of persuasion. It is not enough, however, for the party seeking to reverse the burden to demonstrate that the other party is in a better position to disprove the fact in issue. In many civil proceedings where the plaintiff's claim turns on the conduct or state of mind of the defendant, the defendant will be in a better position to prove or disprove the relevant facts. Fairness can justify a reversal of the legal burden in those relatively rare cases where the party who would normally bear the burden of proof has no reasonable prospect of being able to discharge that burden, and the opposing party is in a position to prove or disprove the relevant facts: see *Snell v. Farrell*, *supra*, at 326-30; *National Trust Co. v. Wong Aviation Ltd.*, [1969] S.C.R. 481 at 489-91.

[150] A review of the caselaw demonstrates that racial profiling claims can and do succeed where the courts adhere to the traditional rule and place the onus of proof on the party alleging racial profiling: see e.g. *R. v. Peck*, [2001] O.J. No. 4581 (S.C.J.); *R. v. Kahn* (2004), 189 C.C.C. (3d) 49 (Ont. S.C.J.); *R. v. Campbell*, [2005] Q.J. No. 394 (Q. C.Q.); *R. v. Nguyen*, [2006] O.J. No. 272 (S.C.J.).

[151] I would emphasize, however, that while the ultimate burden of persuasion remains on the appellants, in any given case there may well be a significant tactical burden on the

defendant to introduce evidence negating the inference of racial profiling. In *Snell v. Farrell*, at 328-30, Sopinka J. described the tactical burden in the context of a causation issue in a medical malpractice case in these terms:

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.

...

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.]

[152] In support of its argument that the onus should fall on the respondents to disprove racial profiling, the ACLC also relies on the line of cases that recognize that a judge may take judicial notice that racism is widespread in the community and use that judicial notice to overcome the presumption that prospective jurors are impartial: see *R. v. Williams* (1998), 124 C.C.C. (3d) 481 (S.C.C.).

[153] The jury selection cases are not helpful. The challenge for cause process involves two distinct steps. At the first step, the trial judge must decide whether to permit any inquiry into the partiality of a prospective juror. A prospective juror is presumed impartial unless the parties seeking to challenge for cause can demonstrate a reasonable possibility of partiality. The Supreme Court in *R. v. Williams, supra*, at para. 32, held that in assessing whether a reasonable possibility of partiality is established, the trial judge should take a generous approach so as to avoid unduly restricting access to challenges for cause: *R. v. Williams* goes on to hold that this generous approach can include taking judicial notice of widespread racism within the community. It must be stressed, however, that at this first stage, a trial judge is not asked to make any findings of

bias or partiality. The trial judge is deciding only whether the circumstances warrant an inquiry into partiality.

[154] At the second stage of the challenge for cause process, reached only if the judge decides there is a reasonable possibility of partiality, the triers of the challenge for cause must decide whether the juror is acceptable or not acceptable. They make this decision based on the evidence adduced before them. Usually that evidence consists of the prospective juror's answers to certain agreed upon questions. At this second stage, where the prospective juror's partiality is decided, there is no presumption of impartiality based on the existence of widespread racial bias in the community: see *R. v. Hubbert* (1975), 29 C.C.C. (2d) 279 at 294 (Ont. C.A.), aff'd (1977), 33 C.C.C. (2d) 207 (S.C.C.); *R. v. Li* (2004), 183 C.C.C. (3d) 48 at paras. 26-28 (Ont. C.A.).

[155] In a civil proceeding where an allegation of racial profiling is made, there is no inquiry analogous to the first stage of the challenge for cause inquiry. The party alleging racial profiling in a civil action does not have to demonstrate a reasonable possibility of bias before proceeding to the merits of a bias allegation. In my view, it is one thing to take judicial notice of racism in the community to justify an inquiry into whether a particular individual is biased on account of race, and quite another to use judicial notice to presume that an individual is racially biased unless he or she proves otherwise.

VII

The Alleged “Palpable and Overriding” Factual Errors

[156] This is largely a fact based appeal. The appellants challenge virtually every significant finding of fact made against them at trial. As counsel for the appellants frankly acknowledged, fact centred appeals are difficult to win. Most such appeals run aground on the shoals of appellate deference to findings of fact made at trial.

[157] The appellants' attack on the findings of fact at trial is made all the more difficult because the appellants must overcome credibility findings made against them and the detailed reasons of the trial judge. Credibility findings are particularly resistant to reversal on appeal: *Waxman v. Waxman*, *supra*, at paras. 359-60, *Housen v. Nikolaisen*, *supra*, at paras. 23-24. Detailed reasons that display a strong grasp of the evidence and arguments and offer a full explanation for the findings of fact require appellants who seek to reverse those findings to point to clear and significant errors in the fact finding process articulated in those reasons: *Waxman v. Waxman*, *supra*, at paras. 307-309.

[158] Deference to fact finding at trial is a cornerstone of contemporary appellate judicial philosophy. The proper description of the level of deference to be afforded fact finding, particularly fact finding based on inferences drawn from primary facts, has been the subject of some controversy: see the majority and dissenting opinions in *Housen v.*

Nikolaisen, supra. In *Waxman v. Waxman, supra*, at paras. 301-306, this court articulated its interpretation of the majority view in *Housen v. Nikolaisen* as it related to the review of inferences drawn from primary facts. The analysis in *Waxman v. Waxman* has been overtaken by the judgment in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 101. Fish J., for the majority at para. 56, described the standard of review applicable to findings of fact in these terms:

[I]t seems to me that unreasonable findings of fact – relating to credibility, to primary or inferred “evidential” facts, or to facts in issue – are reviewable on appeal because they are “palpably” or “clearly” wrong. The same is true of findings that are unsupported by the evidence. I need hardly repeat, however, that appellate intervention will only be warranted where the court can explain why or in what respect the impugned finding is unreasonable or unsupported by the evidence. [Emphasis in original.]

[159] It is probably impossible to provide an exhaustive list of the errors in the fact finding process that could potentially produce an unreasonable finding of fact. The list would, however, include:

- the failure to consider relevant evidence;
- the misapprehension of relevant evidence;
- the consideration of irrelevant evidence;
- a finding that had no basis in the evidence; and
- a finding based on an inference that is outside of even the generous ambit within which there may be reasonable disagreement as to the inference to be drawn; that is, an inference that is speculation rather than legitimate inference.

[160] I have examined the many factual errors alleged by the appellants. None amount to a palpable and overriding error. I will not address each and every one of the alleged errors referred to in the course of the appellants’ oral and written submissions. The submissions can be grouped into various categories which I will address by category. I will also consider some of the specific submissions.

[161] Several of the submissions made in support of the factual challenges advanced by the appellants misconceive the nature of appellate review of findings of fact. In his factum, counsel for the appellants refers to the existence of ample evidence to support inferences that were favourable to the appellants. I can accept that there was ample evidence to support at least some of the factual assertions made by the appellants at trial. The existence of sufficient evidence to support the position advanced by the appellants does not, however, render a finding of fact in favour of the respondents unreasonable. The issue is not whether there was evidence to support the appellants’ position at trial,

but whether the finding in favour of the respondents was unreasonable. The two inquiries are very different.

[162] A second fundamental problem with many of the appellants' factual arguments is that they proceed from the premise that the version of events provided by the appellants at trial is reliable and accurate. The appellants argue that the findings of fact made by the trial judge are unreasonable when viewed from the perspective of the appellants' version of the relevant events. This approach ignores the trial judge's credibility assessments. He found that the appellants were not credible on most material issues. His credibility assessments must stand unless they are shown to be the product of clear and palpable error. The reasonableness of the trial judge's findings of fact must be assessed in light of his credibility assessments unless and until those determinations are set aside.

[163] Several of the appellants' submissions alleging unreasonable findings of fact are framed in terms of the trial judge's failure to consider relevant evidence. My review of the reasons satisfies me that the factors that the appellants contend the trial judge ignored were considered by him. For example, contrary to the appellants' contention the trial judge did give express consideration to the officers' failure to take detailed notes and their failure to comply with certain internal police directives. The trial judge recognized that these factors were relevant to the credibility of the officers. It was up to him to decide what weight to give to these factors. His failure to give them the weight that the appellants think he should have given them is not a clear and palpable error.

[164] Several of the appellants' submissions allege that the trial judge misapprehended the evidence on important matters. Where an unreasonable finding of fact is said to be the product of a misapprehension of evidence, the appellant must demonstrate both that the trial judge misapprehended the evidence and that the misapprehension was material to a significant finding of fact. On my review of the record, the appellants have not shown any misapprehension of the evidence by the trial judge. I will refer to four of the alleged misapprehensions of the evidence.

[165] The appellants submit that the trial judge misapprehended the evidence of the respondents' expert when he indicated, at para. 73, that a high-risk takedown was justified under police protocol where occupants of a vehicle were believed on reasonable grounds to possess weapons or were considered dangerous. I have reviewed the evidence of the expert and her report. The trial judge accurately summarized her evidence. She testified that a reasonable belief that the occupants of a vehicle possessed weapons or were considered dangerous justified a high-risk takedown. There was no misapprehension of this evidence.

[166] The appellants also submit that the trial judge misapprehended the evidence in refusing to draw an adverse inference from the police destruction of the tapes of the conversations between Officer Ceballo and the police dispatcher during his pursuit of the

appellants' vehicle. Counsel for the appellants rely on the legal principle that an inference may be drawn against a party who destroys potentially relevant evidence.

[167] The trial judge specifically considered this issue in his reasons at para. 64. He referred to the same legal authority relied on by the appellants on appeal. The trial judge concluded on the evidence that the police had no reason to believe that the tapes of the conversations between Officer Ceballo and the dispatcher would be relevant to the complaints initially made against them by the appellants. These initial complaints related to the police conduct after the arrest and not to the events leading to the arrest. The trial judge did not misapprehend the substance of this evidence, but rejected the appellants' submission that the police ought to have known of the relevance of the tapes when they were destroyed. It was open to the trial judge to take that view of the evidence.

[168] The appellants also allege that the trial judge misapprehended the evidence as it related to Officer Pedler's denial that he had Mr. Peart place a phone call to a drug dealer while Mr. Peart was in Officer Pedler's custody on the morning of December 1. The appellants submit that the phone records show that a call was made while Mr. Peart was in police custody at the police station. They contend that the records prove that Officer Pedler lied when he denied that he caused Mr. Peart to place a phone call while Mr. Peart was in custody.

[169] As with virtually all of the factual arguments advanced by the appellants on appeal, this argument was made to the trial judge and dealt with by him in his reasons at para. 159. The trial judge was satisfied that Mr. Peart placed the call while in custody on the morning of December 1. He reviewed Mr. Peart's evidence on the point and concluded that because of the inconsistencies in that evidence, he could not be satisfied whether it was Officer Pedler or Officer Ceballo that asked Mr. Peart to place the phone call. The trial judge's summary of Mr. Peart's evidence is accurate. It was open to him based on the inconsistencies in Mr. Peart's evidence to be left uncertain as to which officer was involved in the making of the phone call. Consequently, the appellants are wrong when they argue that the trial judge misapprehended the evidence when he failed to find that Officer Pedler's evidence on the point was proven to be false.

[170] A fourth example of an alleged misapprehension of the evidence concerns the evidence of a subsequent contact between Mr. Peart and Officer Pedler. It was common ground that some weeks after December 1, Officer Pedler stopped Mr. Peart when he was driving his motor vehicle. Mr. Peart described this stop as part of an ongoing course of harassment of him by the police after December 1. Officer Pedler described the stop as a coincidental and relatively friendly encounter.

[171] Officer Pedler testified that when he stopped Mr. Peart, he believed Mr. Peart's driver's licence was suspended and that he told Mr. Peart to leave his vehicle. Mr. Peart

complied and did not tell Officer Pedler that his licence was not under suspension. In fact, Mr. Peart's licence suspension had expired.

[172] The trial judge made reference to Officer Pedler's evidence that Mr. Peart did not tell him that his licence was no longer under suspension in the course of finding that Mr. Peart's description of his encounter with Officer Pedler was not credible, see paras. 231-32.

[173] On appeal, the appellants argue that Mr. Peart did tell Officer Pedler that his licence was no longer suspended and that the trial judge misapprehended the evidence. I have read Mr. Peart's evidence and can find no mention by him of having told Officer Pedler that his licence was no longer under suspension. I see no misapprehension of the evidence.

[174] The appellants submit that the trial judge ignored relevant evidence and "mutilated" the evidence to find that relatively minor injuries suffered by the appellants were caused by the use of reasonable force either during the high-risk takedown of Mr. Peart and Mr. Grant or during the strip search of Mr. Grant at the police station.

[175] The trial judge reviewed the evidence concerning the injuries and their possible causes at length at paras. 195-221. He accepted that the police had the onus of demonstrating that any use of force was lawful and not excessive. The trial judge concluded that the medical evidence was consistent with the injuries having been inflicted during the high-risk takedown or when Mr. Grant was pushed against the wall during the search. He further held that parts of the descriptions of the injuries provided by Mr. Grant and Mr. Peart to various doctors tended to support the respondents' version of events. The trial judge also found that Mr. Peart had significantly exaggerated the nature of his injuries during his discovery testimony.

[176] The trial judge's review of the relevant evidence is accurate. Indeed, much of it comes by way of quotes from the transcript of the evidence that was available to the trial judge and from medical reports filed as exhibits. The inferences drawn by the trial judge were reasonably open to him. Appellate review goes no further.

[177] Counsel for the appellants also submits that the trial judge's finding that Mr. Peart was strip searched despite his evidence that he was not strip searched is an unreasonable finding of fact. Counsel submits that there would be no reason for Mr. Peart to deny being strip searched by the police if he was strip searched. Counsel argues that Mr. Peart's denial of an event which could have supported his case adds credence to his denial and his overall credibility. This is a legitimate argument to advance on behalf of Mr. Peart. It was, however, for the trial judge to decide whether that argument should carry the day.

[178] It is fair to say that the trial judge found both the evidence of Mr. Peart and the evidence of the police officers as it related to the strip search of Mr. Peart somewhat perplexing. While, as counsel for Mr. Peart argued it made little sense for Mr. Peart to deny he was strip searched if in fact he was, it equally made little sense for the police to allege they strip searched Mr. Peart if in fact they did not. Ultimately, the trial judge concluded at para. 164:

Mr. Peart's motivation in denying that a strip search occurred is a mystery, unless, as defence counsel submitted, it was meant to relate his injuries to his complaints of being beaten. The officers noted strip searching him in their books, which gives some support to their version, whereas Mr. Peart must operate solely on memory. I find Mr. Peart was strip searched and that it was done peacefully.

[179] As happens from time to time, the trial judge was faced with making a finding of fact on evidence that was less than compelling. I can see nothing unreasonable in the choice this trial judge made.

VIII

Conclusion

[180] I would dismiss the appeals. Counsel for the respondents did not demand costs on the appeal and I would not make any order as to costs.

RELEASED: "DD" "NOV 08 2006"

**"Doherty J.A."
"I agree S.T. Goudge J.A."
"I agree Paul Rouleau J.A."**

TAB 6

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

DOHERTY, LASKIN and GOUDGE J.J.A.

B E T W E E N :) **C38616**
)
MORRIS WAXMAN) **Alan Lenczner, Q.C. and Lorne Silver**
and MORRISTON INVESTMENTS) for Chester Waxman et al. and Wayne
LIMITED) Linton
)
Plaintiffs (Respondents)) **Barbara Murchie**
) for Paul Ennis and
) Ennis & Associates (C38611)
) and Paul Ennis
)
- and -) **Frank Bowman, Chris Hluchan and**
) **Sandy M. DiMartino**
) for Taylor Leibow
) (C38616, C38611 and C38624)
)
CHESTER WAXMAN, CHESTER) **Robert S. Harrison and**
WAXMAN in trust, CHESTERTON) **Richard B. Swan**
INVESTMENTS LIMITED, ROBERT) for Morris Waxman et al.
WAXMAN, GARY WAXMAN,) (C38611 and C38616)
WARREN WAXMAN, I. WAXMAN &)
SONS LIMITED, THE GREYCLIFFE)
HOLDINGS LIMITED, ROBIX)
FINANCIAL CORPORATION)
LIMITED, CIRCUITAL CANADA)
INC., RKW STANDARDBRED)
ASSOCIATES INC., RKW)
STANDARDBRED MANAGEMENT)
INC., and GLOW METAL TRADING)
INC.)
Defendants (Appellants))
)
A N D B E T W E E N :)
)

**I. WAXMAN & SONS LIMITED and)
CHESTER WAXMAN)**

Plaintiffs by Counterclaim)

- and -)

**MORRIS WAXMAN, MICHAEL)
WAXMAN, SHIRLEY WAXMAN,)
DOUGLAS WAXMAN, THE)
WAXMAN HOLDING)
CORPORATION INC., MORRISTON)
INVESTMENTS LIMITED, SOLID)
WASTE RECLAMATION LIMITED,)
SOLID WASTE RECLAMATION)
INC. and GENERAL)
ENVIRONMENTAL)
TECHNOLOGIES CORPORATION)**

Defendants to Counterclaim)

B E T W E E N :)

MORRIS WAXMAN)

Plaintiff (Respondent))

- and -)

I. WAXMAN & SONS LIMITED)

Defendants (Appellant))

B E T W E E N :)

**MORRIS WAXMAN, MICHAEL)
WAXMAN and SOLID WASTE)
RECLAMATION LIMITED)**

Plaintiffs (Respondents))

- and -)
)
CHESTER WAXMAN, ROBERT)
WAXMAN, GARY WAXMAN and I.)
WAXMAN & SONS)
LIMITED)

Defendants (Appellants))

A N D B E T W E E N :)

CHESTER WAXMAN, WARREN)
WAXMAN, ROBERT WAXMAN,)
GARY WAXMAN, BRENDA)
HALBERSTADT and I. WAXMAN &)
SONS LIMITED)

Plaintiffs by Counterclaim)

- and -)

MORRIS WAXMAN, MICHAEL)
WAXMAN, DOUGLAS WAXMAN,)
SOLID WASTE RECLAMATION)
LIMITED and THE WAXMAN)
HOLDING CORPORATION INC.)

Defendants by Counterclaim)

B E T W E E N :)

MORRIS WAXMAN and)
MORRISTON INVESTMENTS)
LIMITED)

Plaintiffs (Respondents))

- and -)

TAYLOR LEIBOW, WAYNE LINTON)
and I. WAXMAN & SONS LIMITED)

)	
Defendants (Appellants))	
)	
A N D B E T W E E N :)	C38611
)	
MORRIS WAXMAN and)	
MORRISTON INVESTMENTS)	
LIMITED)	
Plaintiffs (Respondents))	
)	
- and -)	
)	
PAUL ENNIS, Q.C. and ENNIS &)	
ASSOCIATES)	
)	
Defendants (Appellants))	
)	
)	C38624
A N D B E T W E E N :)	
)	
MORRIS WAXMAN and)	
MORRISTON INVESTMENTS)	
LIMITED)	
)	
Plaintiffs (Appellants))	
)	
- and -)	
)	
TAYLOR LEIBOW, WAYNE LINTON)	
and)	
I. WAXMAN & SONS LIMITED)	
)	
Defendants (Respondents))	
)	
)	Heard: April 22, 23, 24, 25, 28, 29, 30
)	and May 1, 2, 5, 6, 7, 8, 2003

Table of Contents

I.	INTRODUCTION.....	para. 1
II.	OVERVIEW OF THE PROCEEDINGS.....	para. 7
III.	THE EVIDENCE: AN OVERVIEW.....	para. 27
IV.	THE NARRATIVE OF THE IWS CLAIMS.....	para. 30
	A. The IWS Operation up to 1979.....	para. 32
	B. The Estate Freeze.....	para. 45
	C. 1979 Bonuses to Chester’s Sons.....	para. 53
	D. The Sale of the Ferrous and Refuse Divisions.....	para. 60
	E. The 1981-82 Bonuses.....	para. 76
	F. The Greycliffe Trucking Operation	para. 95
	G. The Share Sale and Related Lease in December 1983.....	para. 122
	H. The Descent into Litigation.....	para. 181
V.	NARRATIVE OF THE SWRI CLAIMS.....	para. 225
	A. The Incorporation and Reorganization of SWRI.....	para. 227
	B. The Operation of SWRI Between 1982 – 1988.....	para. 242
	C. The Termination of the SWRI-Philip Relationship in 1989.....	para. 254
VI.	THE GROUNDS OF APPEAL.....	para. 270
	A. The Findings of Fact: The Broad Attacks	
	i. Introduction.....	para. 270
	ii. The Allegation that the Trial Judge Reasoned from a Predetermined Result.....	para. 278
	iii. Overview of the Fact-Based Arguments.....	para. 285
	iv. The Standard of Review: Palpable and Overriding Error....	para. 289
	v. The Appellants’ “Unreasonableness” Argument.....	para. 310
	vi. The Processing Error Argument.....	para. 334
	vii. Alleged Errors in Credibility Assessments.....	para. 359
	B. The Grounds of Appeal in the Main Action	
	i. Factual Issues in the Main Action.....	para. 382
	(a) Morris’s Financial Abilities.....	para. 392
	(b) The 1979 Bonuses.....	para. 394
	(c) The 1981 and 1982 Bonuses.....	para. 398
	(d) The Share Sale and Lease.....	para. 407
	(e) The Greycliffe Profit Diversions.....	para. 453
	(f) The Ancaster Property.....	para. 460
	(g) The Valuation Findings.....	para. 463
	ii. Contested Rulings in the Main Action.....	para. 472
	(a) The Pleadings Amendment Ruling.....	para. 473
	(b) The Celia Butner Ruling.....	para. 483
	iii. The Liability Issues in the Main Action.....	para. 488

(a)	The Fiduciary Duty Issue.....	para. 489
(b)	The Undue Influence and Unconscionability Issues.....	para. 516
(c)	The Oppression Issue.....	para. 517
(d)	The Knowing Receipt/Knowing Assistance Issue....	para. 540
(e)	Remedy for the Greycliffe Profit Diversions Issue...	para. 557
(f)	The Ancaster Property Claim.....	para. 568
(g)	The Constructive Trust and Tracing Issues.....	para. 571
C.	The Grounds of Appeal Relating to SWRI.....	para. 590
i.	The Inducing the Breach of Contract Claim.....	para. 593
ii.	The Share Transfer Issue.....	para. 607
iii.	The IWS Claim for Theft of Business and Corporate Opportunities.....	para. 627
D.	The Wrongful Dismissal Action.....	para. 636
E.	Ennis’s Appeal.....	para. 640
i.	Ennis’s Appeal on Liability.....	para. 644
ii.	Ennis’s Appeal on Damages.....	para. 651
iii.	Conclusion.....	para. 670
F.	Morris’s Appeal Against Taylor Leibow.....	para. 671
i.	Background.....	para. 675
ii.	The Trial Judge’s Negligence Findings.....	para. 677
(a)	Findings on the Related-Party Transactions.....	para. 678
(b)	Findings on the Bonuses.....	para. 682
(c)	Findings on Causation and Remedy.....	para. 683
iii.	Analysis	
(a)	Did the Trial Judge Err in Relying on Hercules to limit the scope of Taylor Leibow’s liability?.....	para. 686
(b)	Did the Trial Judge Err in Failing to Hold that Taylor Leibow Owed a Duty to Morris Beyond its Role as Auditor of IWS?.....	para. 706
(c)	Did the Trial Judge Err in Failing to Find that Taylor Leibow Owed a Fiduciary Duty to Morris?	para. 714
(d)	Did the Trial Judge Err in Finding that Taylor Leibow Could Rely on the Agreement and Undertaking in Defence of Morris’s Claim on the Related-Party Transactions?.....	para. 723
iv.	Conclusion on Morris’s Appeal.....	para. 734
v.	Taylor Leibow’s Cross Appeal.....	para. 735
G.	Linton’s Appeal.....	para. 736
VII.	CONCLUSION.....	para. 748

On appeal from the judgments of Justice Mary Anne Sanderson of the Superior Court of Justice dated June 27, 2002, reported at (2002) 25 B.L.R. (3d) 1.

BY THE COURT:

I

INTRODUCTION

[1] Isaac Waxman arrived in Canada from Poland in 1911. Within a few years, he was providing for his growing family by selling scrap metal and other junk he collected using a horse and wagon. By the time Isaac died in 1972, his modest enterprise had become a multi-million dollar family business operating as I. Waxman and Sons Ltd. (“IWS”).

[2] Isaac’s sons, Morris and Chester, began to work in the business in the 1940s. Blessed with strong work ethics, different and complementary skills, and a complete trust in each other, the brothers played a large role in the growth and prosperity of the business throughout the 1950s and 1960s. In the years immediately following Isaac’s death in 1972, Morris and Chester continued to run the business together. Each owned fifty per cent of the shares of IWS and for all intents and purposes, treated the business as a partnership. It continued to grow and prosper. There was every reason to believe that this remarkable family success story would continue into a third generation of Waxmans, Morris’s two sons and Chester’s three sons.

[3] By 1988, everything had changed. The love and mutual respect between Chester and Morris were gone, replaced by the powerful animosity that only a bitter lawsuit among family members can generate. The brothers and their sons have spent much of the last fifteen years and many, many millions of dollars trying to prove that each was cheated by the other. The accusations and recriminations run the full gamut from the dishonourable through the dishonest to the downright criminal. Whatever the eventual legal outcome, Isaac’s dream that his two sons should “share and share alike” in the business he started has been shattered.

[4] These appeals are the latest round in this protracted and bitter fight. Chester and those aligned with him were largely unsuccessful at trial. They challenge almost every aspect of the trial judgments. Morris and his supporters resist Chester’s appeals and appeal against the one part of the trial judgment that went against Morris and his supporters.

[5] Because of the length of the trial and the complexity of the issues, these reasons are lengthy and, on occasion, repetitive. In essence, we have concluded that:

- there is no basis upon which to interfere with any of the significant findings of fact;
- there is no basis upon which to interfere with the findings of liability;
- the quantification of damages flowing from those findings should be varied downward to a relatively minor degree; and
- Morris's appeal should fail.

II

OVERVIEW OF THE PROCEEDINGS

[6] In December 1998, some ten years after Morris Waxman first commenced legal proceedings, five actions proceeded to trial before Sanderson J. The trial lasted over two hundred court days. In June 2002, Sanderson J. delivered lengthy reasons in which she found in Morris's favour on most claims.

[7] Three of the actions involved claims by Morris against Chester, his sons Robert, Warren and Gary, and IWS. In two of those actions Chester counterclaimed against Morris and his family, including his son Michael. In addition to these three actions, Morris commenced a fourth action against Paul Ennis, his lawyer, and a fifth action against IWS's accountants, Taylor Leibow, and IWS's comptroller, Wayne Linton.

[8] The claims and counterclaims in the five actions revolve around the operations of two corporate entities, IWS and Solid Waste Reclamation Inc. ("SWRI"). The claims concerning IWS ("the IWS claims" or "the main action"), relate to the ownership of the shares in that company after December 1983, and the operation of IWS between 1979 and 1988. In essence, Morris alleged that Chester breached his fiduciary duty to Morris by cheating Morris out of his fifty per cent interest in IWS and further breached that duty by operating IWS between 1979 and 1988 to the personal advantage of Chester and his sons, and to the exclusion of the legitimate interests of Morris and his sons. Morris claimed that Chester and/or his sons:

- caused Morris unwittingly to sign documents transferring Morris's fifty per cent interest in IWS to Chester in December 1983; at the same time caused Morris, again unwittingly, to sign lease documentation purporting to lease properties jointly owned by Morris and Chester to IWS on terms that were grossly unfair to Morris's interests; (For convenience we will refer to these purported transactions as the "share sale" and the "lease".)
- after 1983, excluded Morris from his fifty per cent participation in the equity and profits of IWS;

- improperly distributed the equity of IWS to themselves by way of bonuses in 1979, 1981 and 1982;
- under the guise of providing trucking services to IWS, improperly diverted assets belonging to IWS to corporate entities owned by Chester's sons, Robert and Gary, and controlled by Robert; and
- improperly fired Morris as president of IWS in October 1988.

[9] Morris also advanced his IWS claims relying on the oppression provisions of the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (“*OBCA*”).

[10] Morris's suit against Ennis arose out of the share sale in December 1983. He contended that Ennis, who was his long-time lawyer, acted negligently and in breach of the duty that he owed to Morris in connection with the share sale and lease in December 1983.

[11] Morris claimed against Taylor Leibow and Linton in relation to both the share sale and the alleged improper diversion of the assets and equity of IWS to Chester and his sons. Morris alleged that Taylor Leibow and Linton breached the duty of care they owed to Morris in connection with those transactions.

[12] Chester denied the IWS claims. He contended that far from misappropriating IWS assets or diverting profits from the company after 1979, he and his sons led IWS to an era of unparalleled prosperity. Chester claimed that during a difficult recession in 1982, Morris decided that he wanted to sell his interest in IWS. After lengthy negotiations, Chester agreed to buy Morris's shares. Morris did not want to tell his family about the sale, so he and his brother agreed that he would keep the office of president and many of the benefits connected with that position to preserve appearances. Chester contended that Morris came to regret the sale of his shares when IWS flourished under the leadership of Chester and his sons. Instead of taking responsibility for the decision he made to sell his shares, Morris, urged on by his son Michael, falsely accused Chester, Ennis, Linton and Taylor Leibow of misleading him and taking advantage of him. Lastly, Chester argued that IWS had ample cause to fire Morris in October 1988 as by that time he was actively working against the business interests of IWS.

[13] Morris's SWRI claims arise out of events which occurred in 1988 and 1989, after the business and personal relationship between Morris and Chester had broken down. Morris and Michael ran SWRI from 1982 onward. SWRI was in the refuse business and had extensive dealings with Philip Environmental Inc. (“Philip”). Morris alleged that in 1988 Chester set out to destroy the business of SWRI as part of a strategy to impoverish Morris so that he could not pursue his IWS claims against Chester. Morris alleged that Chester and Robert, using various means, including applying economic pressure on Philip and forging documents, caused Philip to stop doing business with SWRI, thereby

leading to the breach of Philip's agreement with SWRI and ruining the business of SWRI.

[14] Chester denied the SWRI claims, and in counterclaims advanced his own SWRI claims. Chester contended that he and Robert learned of the business affairs of SWRI in 1988 and became concerned that Morris was operating his own business to the detriment of IWS. Chester testified that he became aware of the SWRI operation before Morris sued him. Chester contended that Morris issued the IWS claims as a pre-emptive strike only after Morris learned that Chester and Robert had discovered that Morris and Michael were using SWRI to steal business from IWS. In the counterclaim Chester alleged that Morris and Michael used SWRI to divert business opportunities and profits from IWS to themselves between 1982 and 1989. He also advanced several relatively minor miscellaneous claims against Morris and Michael. In a second counterclaim brought by Chester in the inducing breach of contract action, Chester alleged that his children owned fifty per cent of the SWRI shares and that Morris had attempted to falsify the books and records of SWRI to make it appear as though his two sons owned all of the shares of the company.

[15] Morris was largely successful at trial. On the IWS claims, the trial judge held that Morris had not sold his shares to Chester in December 1983 and that Chester held those shares in trust for Morris from December 1983 onward. She ordered the shares returned to Morris. In addition, she held that:

- Morris was entitled to fifty per cent of the profits generated by IWS and fifty per cent of any equity distributed by IWS to Chester and his sons between December 1983 and the release of her reasons in June 2002. She directed a reference to determine the amount of those profits and provided formulae for that determination;
- Morris was entitled to punitive damages of \$350,000 from Chester and IWS;
- Morris was entitled to recover fifty per cent (minus certain payments that had been made to him) of bonuses paid to Chester and his sons by IWS in the years 1979, 1981 and 1982;
- Morris was entitled to recover certain profits (\$1,180,073) improperly diverted from IWS to corporate entities that provided trucking services to IWS and were controlled by Robert;
- Morris was improperly dismissed as president of IWS in October 1988 and was entitled to damages from IWS equal to two years salary; and
- Morris was entitled to recover \$98,000 for Chester's breach of contract in relation to the transfer by Morris in 1986 of his property in Ancaster, Ontario to Warren, Chester's oldest son.

[16] Morris's claims against IWS under the oppression provisions of the *OBCA* also succeeded. The trial judge held that Morris could recover from IWS his share sale

damages, the damages arising from the improper bonus payments, and the damages related to the improper diversion of IWS profits to trucking companies controlled by Robert.

[17] The trial judge made tracing orders with respect to the distributions of profit from IWS between December 22, 1983 and June 27, 2000, the improper payment of bonuses, and the wrongful diversion of IWS profits to companies owed by Chester's sons. She declared that for the purposes of the tracing orders, Chester's sons were not *bona fide* purchasers for value without notice.

[18] Morris also succeeded on his IWS claim against his lawyer, Ennis. The trial judge concluded that Ennis was liable for breach of fiduciary duty, breach of contract and negligence in connection with the share sale transaction and that Morris was entitled to damages from Ennis measured in the same way as the damage assessment made against Chester in connection with the share sale.

[19] The trial judge concluded that Morris had made out his IWS claims against Linton and that Morris was entitled to recover from Linton the amounts awarded in connection with the share sale, the improper bonus payments and the improper diversion of IWS profits to corporate entities controlled by Chester's sons.

[20] Morris's claims against Taylor Leibow were dismissed.

[21] Morris also succeeded on the SWRI claims. The trial judge held that Chester, Robert and IWS had induced Philip to breach its contracts with SWRI. She awarded damages in the amount of \$2.5 million plus punitive damages of \$100,000. Chester's counterclaims were dismissed save for some limited success on the miscellaneous components of his counterclaim. He was awarded damages totalling about \$76,000.

[22] Chester appeals. He challenges most, if not all, of the critical findings of fact made by the trial judge. Chester also raises many legal issues relating to liability, the appropriateness of the non-pecuniary remedies awarded by the trial judge, and her damage assessments.

[23] Ennis appeals. He attacks the trial judge's findings of fact and further argues that even if those findings stand, the trial judge erred in awarding a "trust" level of damages against him.

[24] Linton appeals. He also challenges the trial judge's findings of fact and specifically contends that the finding that he was liable for knowing assistance or collusion with Chester and his sons in the structuring of the share sale, the improper payment of bonuses, and the diversion of profits from IWS was unfounded in fact and unavailable in law.

[25] Morris appeals the dismissal of the action against Taylor Leibow. He argues that the trial judge erred in law in holding that Taylor Leibow did not owe him a duty of care in connection with the improper diversion of IWS profits and the improper payment of bonuses by IWS. Morris also contends that the trial judge erred in law in finding that Taylor Leibow did not owe him a fiduciary duty. Lastly, Morris submits that the trial judge erred in holding that an undertaking given by Morris after the litigation started foreclosed his claim against Taylor Leibow. Taylor Leibow supports the holding of the trial judge and, in what it refers to as a cross-appeal, advances arguments rejected by the trial judge, which if successful would also lead to the dismissal of the action against Taylor Leibow.

[26] The appeals were heard over thirteen days in April and May 2003. The number and complexity of the grounds of appeal necessitated lengthy facta, multi-volume compendia, and many volumes of legal authorities. The material filled the courtroom. In the course of oral argument, which extended over some sixty hours, counsel made extensive reference to this material and filed substantial additional written material. The industry, forensic skills and civility of counsel throughout the appellate process were greatly appreciated by the court. Like the trial judge, we commend counsel for reflecting the finest tradition of the bar, in what for their clients is a very bitter dispute.

III

THE EVIDENCE: AN OVERVIEW

[27] The evidence at trial was extensive, detailed and contentious. Counsel left no evidentiary stone unturned and no forensic blow unstruck. The evidence ranged over the entire lives of Morris and Chester, but concentrated on the events between the mid-1970s and the late 1980s. It included not only detailed evidence from those involved in the events, but also copious and complex expert evidence. Some of the specific events, standing alone, would have led to a relatively complex commercial trial.

[28] The trial judge had a daunting task. She had to resolve a myriad of difficult factual and legal questions. In the main, the evidence presented dramatically opposed versions of the key events. The trial judge had to make critical credibility assessments, which often left her with no realistic choice but to choose one of the two versions of events placed before her. Whatever may be said about the correctness of the trial judge's conclusions, her reasons, which extend over 2,618 paragraphs, are a model of organization, thoroughness, and clarity. They provide a detailed examination of virtually every issue raised at trial, fully inform the parties about why she decided the issues the way she did, and afford the dissatisfied parties with a full and complete opportunity to challenge the result on appeal. The trial judge's reasons also provided valuable

assistance to this court in gaining an understanding of this factually and legally complex litigation.

[29] Many of the grounds of appeal challenged findings of fact, thereby requiring a close review of the evidence. Others, which raise legal issues, also require a clear understanding of the factual substrata underlying those issues. To facilitate our review of the evidence, we begin with a brief description of the principal individuals, corporate entities, and properties referred to repeatedly in the evidence.

The Waxmans

Morris Waxman: Born in 1925, son of Isaac and older brother of Chester. Married Shirley in 1954. Father of Michael, Douglas and Shirley.

Michael Waxman: The older son of Morris, born in 1956. After obtaining an MBA in 1981, he wanted to become involved in the business of IWS. Morris also wanted Michael to be involved. Michael operated SWRI with his father after 1982. He is the prime mover on Morris's side of the litigation and is despised by Chester and Robert, who blame him for many of the problems that developed between the families.

Douglas Waxman: Morris's second son, born in 1963. A shareholder of SWRI. Only peripherally involved in the relevant events.

Chester Waxman: Son of Isaac Waxman born in 1926, a little more than a year after his brother, Morris. Married Bailey in 1951. Father of Warren, Robert, Gary and Brenda.

Warren Waxman: Born in 1953. Oldest son of Chester. Began to work full-time at IWS in 1974 as a salesman/buyer. He was principally involved in the ferrous division (iron scrap) of the business.

Robert Waxman: Chester's middle son, born in 1955. He began to work full-time at IWS in 1975 or 1976. Soon he was running the non-ferrous division of IWS. In Morris's eyes, Robert took over many of the functions that he had previously performed. Robert also controlled various corporate entities that supplied trucking services to IWS between 1978 and 1984. Chester and Robert are the prime movers on Chester's side of the litigation.

Gary Waxman: Born in 1956. The youngest son of Chester. He began to work full-time at IWS in 1977. Worked primarily as a salesman in the ferrous division of the IWS operation.

The Lawyers and Accountants

Paul Ennis: A partner at Ennis & Associates. Lawyer for IWS, Morris and Chester from early 1970s until 1988.

Kevin Hope: An associate in the Ennis law firm. Assisted Morris in the preparation of a will in late December 1983.

Ramsay Evans and Ralph Hayman: Partners at the law firm of Evans Husband, who were involved in the incorporation of SWRI.

Taylor Leibow: Accounting firm that acted for Morris, Chester, IWS and related companies from the 1940s until at least 1989.

Sam Taylor: The accountant at Taylor Leibow responsible for IWS-related accounts until 1977. He was also a close friend of both Chester and Morris.

Steven Wiseman: Accountant at Taylor Leibow responsible for the IWS-related accounts from 1977 to 1988.

Wayne Linton: Comptroller at IWS from August 1979 to 1988.

Others

Ian Campbell: A business valuator. Prepared valuation of IWS as of December 31, 1978 and December 31, 1979.

Sheldon Kumer: Brother-in-law of Chester and Morris. Long-time employee of IWS and/or related entities.

Allen Fracassi: Principal of Philip, which had extensive business dealing with SWRI in the 1980s. In 1993, Philip purchased the IWS operation from Chester in exchange for cash and shares in Philip.

Corporate Entities

I. Waxman and Sons Ltd. (“IWS”): Initially an unincorporated proprietorship. Incorporated in 1956. As of December 1983, Chester and Morris each held half of the shares of IWS. Before 1981, IWS had three divisions: the ferrous division, which reclaimed and sold iron scrap; the non-ferrous division, which reclaimed and sold metal scrap other than iron, especially copper; and the refuse division, which collected and disposed of garbage. The ferrous and refuse divisions were sold in 1981.

Solid Waste Reclamation Inc. (“SWRI”): Originally incorporated when IWS attempted unsuccessfully to obtain the Hamilton-Wentworth garbage contract. It remained inoperative until 1982. Operated in the refuse business by Michael and Morris between 1982 and 1989.

Lasco: Owned a steel mill that smelted scrap steel. In September 1981, it purchased the assets of the IWS ferrous division and thereafter operated the division as a joint venture with IWS.

IW & S Ferrous Ltd. (“IWS Ferrous”): The joint venture company co-owned by Lasco and IWS after September 1981.

Laidlaw, Superior Sanitation Ltd. (“Laidlaw/Superior”): Purchased the assets, goodwill and customers list of the IWS refuse division in June 1981.

Morrison Investments Ltd. (“Morrison”), Chesterton Investments Ltd. (“Chesterton”): Holding companies of Morris and Chester respectively.

Windermere Investments (“Windermere”): A partnership of Morrison and Chesterton.

Greycliffe Holdings Ltd. (“Greycliffe”): A company incorporated in 1978, owned by Robert and Gary, and controlled by Robert. It provided trucking services for IWS.

Continued to do so until February 1984. Morris alleged that Greycliffe grossly overcharged IWS for its services.

Icarus Leasing Inc., Robix Financial Corp., Big Rig Trucking Services Ltd., Servetross: Related companies under the control of Robert and also involved in providing trucking and other services to IWS.

Waxman Resources Inc. (“Waxman Resources”): In September 1993, about five years after this litigation began, Chester caused IWS to transfer substantially all of its assets to Waxman Resources in exchange for shares in that company.

Philip Environmental Inc. (“Philip”): Controlled by Allen Fracassi and his brother operated as a joint venture/subcontractor with SWRI in the refuse business from 1982 until 1989. In September 1993, Philip purchased the shares of Waxman Resources for \$12 million plus shares in Philip. By 1997, Waxman Resources had sold the Philip shares for \$18.4 million.

Properties

Windermere Road: A property located near Stelco and Dofasco purchased in two separate transactions in the 1950s and put in the names of Morris and Chester. Property was transferred to Morriston and Chesterton in 1963. IWS conducted its business from this property and Morris had an office there until he was fired in 1988. In 1981 when IWS sold its ferrous division, it leased part of Windermere Road to IWS Ferrous. A building referred to as the “Blue Building” and surrounding lands, which were used for the non-ferrous operations, were not included in the lease to IWS Ferrous.

80 Glow Avenue: A property bought by Chester and Morris personally in 1972. The IWS maintenance department was located on this property and it was the operational base for the refuse division of IWS. After September 1981, IWS Ferrous leased this property.

500 Centennial Parkway: This property consisted of 13 acres purchased in 1980, referred to as the “Front 13 Acres”, and 7.7 acres purchased in 1981, referred to as the “Back 7.7 Acres”. Title in the Front 13 Acres was initially held by IWS. The IWS non-ferrous division operated out of the Front 13 Acres as did SWRI after 1982. Robert and Michael had offices at this location. Title to the Back 7.7 Acres was held in trust for Morriston and Chesterton.

Ancaster property: Property located in Ancaster, Ontario and purchased in 1956. Morris transferred the property to Warren Waxman for \$1 in 1986. According to Morris, Chester promised to “straighten out” the share transfer if Morris gave the Ancaster property to Warren so that he could build a home on it.

IV

THE NARRATIVE OF THE IWS CLAIMS

[30] For our purposes, we divide the story underlying the IWS claims into eight chapters:

- A. the IWS operation up to 1979;
- B. the proposed estate freeze;
- C. the 1979 bonuses;
- D. the sale of the IWS ferrous and refuse divisions in 1981;
- E. the 1981-82 bonuses;
- F. the Greycliffe trucking operation (1978-84);
- G. the share sale and related lease in December 1983; and
- H. the descent into litigation (1984-93).

[31] Parts of all of these chapters will be revisited when we address various grounds of appeal arising out of separate episodes. At this stage of our reasons, we provide an outline of the relevant evidence, a description of the competing positions of the parties, and a summary of the trial judge's findings of fact.

A. The IWS Operation up to 1979

[32] Morris and Chester went to work for their father in the mid-1940s. By the mid-1960s, IWS had a thriving scrap metal and refuse business servicing major clients such as Stelco. Several family members were employed in the business.

[33] Chester looked after the financial and legal affairs of IWS and also excelled at getting and keeping scrap metal accounts. Morris was in charge of the operations in the yard and was responsible for the purchase, repair and maintenance of equipment, trucking arrangements, and supervising employees working in the yard. Chester got the contracts and Morris made sure that IWS could fill them.

[34] According to Sam Taylor and others, Chester and Morris had absolute trust in each other. One never second-guessed a decision made by the other in his area of expertise. The two brothers never argued publicly. If Chester told Morris that a certain transaction was necessary for the financial well-being of IWS, Morris accepted that representation without question. Similarly, if Morris told Chester that IWS needed a particular piece of equipment, Chester accepted that representation without question. Morris's wife Shirley described their relationship as like "two coats of paint on a wall".

[35] Chester and Morris received relatively small salaries, but also drew funds from IWS on an as needed basis. If one of the brothers needed money to cover an extraordinary expense, such as the purchase of a home, he drew it from IWS. Neither

brother attempted to control or monitor the drawings of the other. At the end of the year, the drawings were calculated and the accountants attempted to describe these drawings in a manner which would minimize taxes for the brothers, while still passing muster with Revenue Canada.

[36] Morris and Chester did not separate their personal business affairs from the business affairs of IWS. Taylor Leibow and IWS accounting personnel looked after the personal investments and bank accounts of Morris and Chester. They took instructions from Chester for both brothers' investments. The brothers' income tax was calculated and paid by IWS personnel. The amount of tax paid was added to each brother's drawings from the company.

[37] In 1968, on Chester's instructions, both brothers, Morris and Chester, prepared identical wills. The wills provided that IWS would continue as a family business with each side of the family owning half of the shares for at least twenty years after the brothers died.

[38] By 1969, Isaac was no longer physically able to act as president. Morris became president of IWS and Chester became vice-president. Their relationship did not change. As president of IWS, Morris was required to sign many corporate minutes and other documents. According to him, if documents were presented to him by Chester or by the IWS lawyers or accountants for his signature, Morris would not read the documents, but would simply sign them. Morris trusted that Chester would never ask him to sign something that was to his detriment.

[39] Warren began to work full-time in 1974 and by the end of 1977 all three of Chester's sons were working full-time as salesmen. The mid-1970s were not prosperous years for IWS because of a recession in the steel industry, but by 1978, IWS began to rebound financially. Chester attributed this rebound to his and his sons' efforts and abilities. The trial judge concluded that the revival of the steel industry played a significant role in IWS's financial recovery.

[40] At the same time that Chester's sons were becoming active in the affairs of IWS, Morris was heavily involved in an ultimately unsuccessful attempt to obtain a very large garbage contract with Hamilton-Wentworth. SWRI was incorporated in anticipation of obtaining the contract. Between 1975 and 1977, Morris spent a great deal of time attempting to secure this contract and consequently spent less time working in the yard at IWS.

[41] Within about a year of Robert going to work full-time for IWS, he decided that he wanted to develop the non-ferrous division. Chester supported this initiative, which included installation of a very expensive copper chopping line in the Blue Building on Windermere Road. Although Morris had traditionally made decisions about the purchase

of new equipment, he was not consulted by Chester before IWS proceeded to install the copper chopping equipment. The decision was made by Chester and Robert.

[42] With the benefit of hindsight, it is clear that the relationship between Morris and Chester began to change in the mid-1970s when Chester's sons came into the business on a full-time basis.

[43] Linton came to work for IWS in August 1979. He took his instructions on financial matters from Chester and seldom, if ever, consulted Morris. This was consistent with the division of authority that had developed over the years at IWS.

[44] By 1979, IWS had emerged from the financial slump of the mid-1970s. Revenues had returned to the levels of the early seventies. All three of Chester's sons were hard at work for IWS. Neither of Morris's sons worked for the company. Morris had removed himself somewhat from the day-to-day activities of IWS while he pursued the garbage contract with Hamilton-Wentworth. At the same time, Chester's sons, and particularly Robert, were assuming supervisory roles that had previously fallen to Morris. The long-running tandem of Chester and Morris was being replaced by one consisting of Chester and his sons.

B. The Estate Freeze

[45] In the mid-1970s, Morris and Chester were advised by their financial advisers that they should structure an estate freeze as a means of deferring tax on the increase in the value of IWS shares. There were many discussions concerning the estate freeze in the late 1970s and further discussions in early 1982. The estate freeze never came to pass and is not the subject of a discrete claim by Morris. Morris, however, relies on the evidence concerning the estate freeze to demonstrate Chester's ascendancy in financial matters, the changing nature of their relationship in the late 1970s and early 1980s, and their very different views about how the ownership of IWS should be divided among their five sons.

[46] In the late 1970s, there were several discussions concerning the proposed estate freeze among Morris, Chester, Taylor, Ennis and Arthur Scace, a tax expert. Scace recommended that a formal valuation of IWS be prepared with a view to obtaining an advance tax ruling on the proposed estate freeze. Ian Campbell prepared two valuations of IWS. He valued the company at between \$7 and \$8.5 million as of December 31, 1978 and between \$8.5 and \$10 million as of December 31, 1979.

[47] Chester wanted to structure the estate freeze so that sixty per cent of the common shares would go to his three sons and forty per cent would go to Morris's two sons. Morris was opposed to this division and said that he made it clear to Chester in their private discussions that any division of the shares should be on a 50-50 basis between the

two families. In keeping with their practice they did not argue publicly about their differences.

[48] An advance ruling from Revenue Canada was obtained, as suggested by Scace. The material filed with Revenue Canada indicated that Chester's sons would hold sixty per cent of the common shares and Morris's sons would hold forty per cent. The trial judge found that Morris was not aware of the details of the proposal sent to Revenue Canada on Chester's instructions. The trial judge also found at para. 134 that under the voting trust arrangements described in the material sent to Revenue Canada, "Chester would have had effective control of IWS". Counsel for Chester took issue with that finding, arguing that on the proposal Chester and Morris would have had joint control over eighty per cent of the voting shares during their lives. Counsel argued that even if Chester had exclusive control over the other twenty per cent of the common shares, he would not have control over IWS. Apart entirely from the question of immediate control, the proposal sent to Revenue Canada would certainly have put Chester's sons in control of IWS after Chester and Morris died.

[49] Chester testified that in order to secure his brother's agreement to a 60-40 split in the estate freeze, Chester had agreed to transfer a single share held in the name of Isaac back to Morris in 1979. According to Chester, the share had been held by Isaac so that Chester would have one more share than Morris and would have the ability to control the affairs of IWS. Chester testified that his father had wanted him to have control of IWS in the future.

[50] The trial judge rejected Chester's evidence concerning the single share. The corporate records showed that the share had been transferred back to Isaac by Morris so that Isaac could qualify to be a director of the corporation, and that Isaac held the share in trust for Morris. The share was transferred back to Morris after Isaac died. According to Taylor, the share had always been beneficially owned by Morris. The trial judge also rejected Chester's evidence that Isaac had wanted Chester to control the company. Chester's evidence was contradicted by the terms of Isaac's will.

[51] The trial judge also found that Morris had told Chester in their private conversation that any division of IWS shares as part of an estate freeze must be on a 50-50 basis. The trial judge further found that Chester ignored Morris's wishes when he directed that a proposal based on a 60-40 split of the shares should be sent to Revenue Canada for advance approval. The trial judge concluded that Chester's conduct in relation to the estate freeze reflected his changed attitude towards Morris and ownership of IWS. In his will, written in 1968, Chester had anticipated that IWS would be owned 50-50 by each side of the family for at least twenty years. By 1978, Chester saw his family as entitled to a sixty per cent interest in IWS. Lastly, the trial judge held, relying on Chester's own evidence, that Chester was using the estate freeze to gain control of

IWS. According to Chester's evidence, there was no longer a need for an estate freeze when Morris decided to sell his shares to Chester.

[52] In February 1982, there were further discussions among Chester, Ennis and Scace concerning the estate freeze. These discussions tie into the declaration of the 1982 bonuses to be discussed below. The estate freeze contemplated in February 1982 also involved a 60-40 split of the common voting shares. Morris was unaware of these discussions.

C. 1979 Bonuses to Chester's Sons

[53] Morris alleged that bonuses totalling \$250,000 allocated to Chester's sons for the year 1979, represented payment of shareholders' equity to non-shareholders. He contended that he was unaware of and did not agree to those payments and that as a fifty per cent shareholder was entitled to the return of \$125,000 representing fifty per cent of the bonus payment.

[54] In 1979, IWS revenues increased to \$34.9 million from \$25.2 million. Chester's three sons were actively involved in the company and, according to Chester, largely responsible for the increased revenues. As noted above, a strong financial recovery by the steel industry contributed significantly to IWS's increased revenues.

[55] In late 1979 or early 1980, Linton advised Chester that IWS would show substantial profits in 1979 and that the taxable income of IWS could be reduced by the payment of bonuses. Linton dealt only with Chester in relation to the bonuses and took his instructions from Chester. Linton in turn instructed Ennis to prepare certain corporate minutes to reflect the allocation and payment of the bonuses ordered by Chester.

[56] Linton testified that initially he discussed a bonus of \$100,000 with Chester, but later the amount was increased to \$250,000. Initially, Chester told Linton to allocate \$75,000 of the bonus to Chester, \$75,000 to Morris, and the remaining \$100,000 to his sons. Chester said that he would discuss the allocation with Morris. Linton testified that shortly afterwards Chester told him that Morris and he had decided that the entire \$250,000 should go to the sons. Linton then told Ennis to prepare a minute declaring bonus payments totalling \$250,000 to Chester's sons. That minute, dated December 17, 1979 and signed by Morris, indicates that the bonuses were approved in April 1980.

[57] Chester testified that in late 1979 or early 1980, he and Morris discussed the payment of bonuses to Chester's sons in recognition of their contributions to IWS. Chester said that he and Morris agreed that bonuses totalling \$250,000 would be paid to Chester's sons.

[58] Morris testified that he had no discussions with anybody about the 1979 bonuses and was unaware of them until about 1998 when he learned of their existence in the course of this litigation. He acknowledged his signature on the minute, but testified that he signed IWS corporate documents when told to do so by Chester, Linton or Ennis. He had no knowledge of the minute allocating the \$250,000 to the sons and would not have knowingly agreed to the payment since, in his view, this amount was part of the equity of the company, half of which belonged to him and, eventually, to his sons.

[59] The trial judge did not accept Chester's testimony about the 1979 bonuses. She reached that determination based on documents from the files of Linton and Ennis that were contemporaneous with the events in issue. Based on those documents, she concluded that Chester had initially planned to allocate \$75,000 to himself, \$75,000 to Morris and \$100,000 to his sons. In April 1981, when the bonuses were actually paid, Chester unilaterally decided to give the entire bonus to his sons. He instructed Linton to redo the corporate records to reflect the allocation of the entire \$250,000 to his sons. Linton then wrote to Ennis indicating:

I enclose necessary adjustments to minutes of December 17, 1979 changing allocation of bonuses. I will obtain Taylor Leibow's copy of minutes and destroy. Could you forward to me revised copy so that I may deliver same to Taylor Leibow for their audit files.

D. The Sale of the Ferrous and Refuse Divisions

[60] In June 1981, IWS sold its refuse division to Laidlaw/Superior for a total of \$1.6 million. Three months later, in September 1981, IWS sold its ferrous division and related equipment to Lasco for approximately \$8.7 million. Neither transaction is challenged in this litigation. Both transactions are, however, closely connected to the 1981-82 bonuses and the share sale in December 1983.

[61] Morris was primarily responsible for the operation of the refuse division. He had no interest in selling that division, but was told by Chester that IWS needed an infusion of cash and that the sale of the refuse division could provide the needed cash. Morris accepted Chester's assessment because this was the kind of financial decision that fell within Chester's area of expertise.

[62] Chester told a different story. He said that he did not want to sell the refuse division, but did so only because Morris expressed little interest in keeping it and Chester knew that Michael would not do the hard work necessary to make the refuse division prosperous.

[63] Chester began to negotiate with Laidlaw/Superior for the sale of the refuse division in the summer of 1980. These negotiations were interrupted temporarily while Chester negotiated with another company, but came to fruition in June 1981. Ennis testified that Chester had wanted to sell the refuse division throughout the year-long negotiations.

[64] The sale to Laidlaw/Superior included IWS goodwill and customers list. The sale excluded certain hazardous waste accounts and other specialty refuse accounts, and allowed IWS to continue to service the refuse needs of its scrap metal customers. Morris, Chester, his sons and IWS also entered into non-competition clauses with Laidlaw. The remnants of the refuse division eventually fell under the auspices of SWRI, which was run by Morris and Michael until 1989.

[65] The trial judge did not believe Chester's evidence concerning the sale of the refuse division to Laidlaw/Superior. Chester's explanation changed in the course of his evidence when certain documents were produced to him for the first time. The trial judge found that Chester initiated the sale of the refuse division, which was of little interest to him. He was much more interested in developing the scrap metal business in which his three sons were heavily involved by 1980. The trial judge further concluded that in deciding to sell the refuse division, Chester showed little concern for Morris's interests and saw no future role for Michael in the IWS operation.

[66] In late 1980, Chester began to negotiate the possible sale of the ferrous division to Lasco. Lasco operated a steel mill and was a competitor of IWS in the ferrous scrap business. The transaction, which eventually closed in September 1981, included the following terms:

- IWS sold its ferrous division assets to IWS Ferrous, a joint venture company owned equally by IWS and Lasco, for \$6,410,000;
- IWS sold a guillotine shearing machine to Lasco for \$2,321,984.15;
- IWS Ferrous entered into employment contracts with Chester, his three sons and Sheldon Kumer, but not with Morris;
- IWS Ferrous leased the Glow Avenue property and the Windermere Road property (excluding the Blue Building and surrounding lands). The lease was a twenty year lease with rent at \$19,000 per month, with increases in rent every five years tied to the consumer price index. Rents were payable to Morrison and Chesterton;
- IWS Ferrous was to pay IWS a tonnage fee of \$4.00 for every ton of ferrous material processed.

[67] The shareholder agreement between Lasco and IWS Ferrous provided that either could buy out the other's shares for a minimum of \$4.5 million.

[68] The trial judge found that Morris was involved in the negotiations leading to the transaction with Lasco. He was responsible for equipment valuations and other operational matters. He played no role in any of the financial details. She also held that no evidence was led explaining the reason for excluding Morris from the employment contracts entered into with IWS Ferrous. He had considerable expertise in operational matters relating to the ferrous division. She also concluded at para. 216 that the rents payable by IWS Ferrous to Morrision and Chesterton were “on the high side”, but were within the range of what would be considered commercially acceptable.

[69] After the Laidlaw/Superior and Lasco transactions, the business of IWS changed. By the fall of 1981, IWS had three sources of income. It continued to operate a non-ferrous division, received tonnage fees from IWS Ferrous (anticipated to be about \$2 million a year), and operated a small refuse division.

[70] After the sale to Lasco, IWS moved from the Windermere Road property to offices at the Centennial Parkway property, which had been purchased in 1980. IWS Ferrous continued to operate out of Windermere Road. Although Morris was still the president of IWS, he stayed at the Windermere Road property. Morris had very little to do with the day-to-day operation of the non-ferrous division, which quickly fell under Robert’s control. Linton, who did move to the Centennial Parkway property, said that he had little day-to-day contact with Morris after the move and reported to Robert on matters involving the business of the non-ferrous division. An organizational chart prepared by Taylor Leibow in 1982 was consistent with Linton’s testimony. Morris was shown as having little day-to-day responsibility for the IWS operations.

[71] As Morris’s role in IWS diminished in late 1981 and the roles of Chester’s sons, especially Robert, increased at the same time, Michael, who was completing his MBA, was hoping to become involved in IWS. Michael’s abilities and interests lay in financial matters, an area that had always been under the exclusive control of Chester. As far as Morris was concerned, Michael was not given an opportunity to become involved in the day-to-day operations of IWS. From Chester’s point of view, Michael was given the same opportunity as Chester’s sons, but was not prepared to work hard enough to take advantage of that opportunity.

[72] Chester made it clear in his evidence that he had no use for Michael. He said:

Michael was the problem. Not me, not my sons. Michael. If he wanted to come in, he would have been welcomed in but if he expected to be pampered like he probably was at home, he wasn’t going to get it from me or my three sons. It’s a place to work and make money.

[73] Later in his evidence after describing Michael as “arrogant”, Chester said:

[H]e personifies baleful or malignant passion. I don't know why but that's what he's made of. I don't believe my brother made a pact with him. I think Michael dominates him.

[74] Robert and Michael disliked each other intensely.

[75] IWS was financially strong as of late 1981. However, on the trial judge's findings, it had ceased to operate as an informal 50-50 partnership between Morris and Chester.

E. The 1981-82 Bonuses

[76] In the fall of 1981, IWS had some \$6.6 million in income as a result of the Laidlaw/Superior and Lasco transactions. By February 1982, IWS had declared bonuses totalling \$6.6 million for 1981 and 1982. Of that amount, \$4.7 million was payable to Chester and his sons, \$1.4 million was payable to Morris, \$500,000 was payable to Sheldon Kumer and Harry Leibowitz, another in-law employed by IWS. Nothing was payable to Morris's sons.

[77] Chester testified that Lasco demanded non-competition agreements from Chester and his three sons as a condition to entering into the transaction with IWS. Chester's sons insisted that they should be compensated for agreeing not to compete with Lasco. Chester thought that his boys should be compensated since their efforts were largely responsible for IWS's prosperity and Lasco's interest in purchasing its ferrous division. As far as Chester was concerned, by the fall of 1981, he and his sons were the driving force behind IWS.

[78] Chester testified that before the closing of the Lasco transaction in September 1981, he and Morris had agreed that bonuses should be paid to Chester's sons and to Sheldon Kumer and to Harry Liebovitz. Kumer and Liebovitz were married to sisters of Morris and Chester and were long-time employees of IWS. Chester further testified that he and Morris agreed on the specific amount that each of Chester's sons would receive. They agreed that Robert would receive a total bonus of \$1.2 million, Warren \$1.1 million, and Gary \$1 million.

[79] The evidence of Chester's sons was consistent with that given by Chester. Kumer, who was employed by Chester at the time of the trial, also testified that he was told before the Lasco deal closed that he would be receiving a bonus of \$400,000.

[80] Morris testified that in October or November 1981, he attended a meeting at the offices on Centennial Parkway with Chester, Linton, and two of Chester's sons. Chester

told Linton that the bonuses would be declared in favour of Morris, Chester, Chester's sons and two of the brothers-in-law who worked at IWS. The bonuses totalled about \$500,000. Although Morris disagreed strongly with what Chester was saying, he followed his usual practice and did not challenge Chester in front of others. After the meeting was over, Morris told Chester that as far as he was concerned, he and Chester were 50-50 partners and that if Chester wanted to give bonuses to his sons, the bonuses would have to come out of his fifty per cent. After his private conversation with Chester, Morris understood that any bonuses that would be declared would be declared in equal amounts to Chester and Morris. They could do whatever they wished with their money.

[81] Linton's evidence concerning the genesis of the decision to pay the 1981-82 bonuses differed from Chester's. He testified that the idea of bonuses originated with him as a means of reducing or deferring the taxes that IWS would owe on the substantial profits it made in the Laidlaw/Superior and Lasco transactions. Linton testified that bonuses were first discussed in October or November 1981, well after the Lasco transaction had closed. Up until this time Chester had made no reference to payments to his sons as compensation for the non-competition agreements. As of the middle of November 1981, the bonuses were still under discussion. In these discussions, the bonuses were viewed as part of IWS's financial strategy and not as compensation for Chester's sons agreeing to sign non-competition agreements.

[82] Linton's working papers show that in November or December 1981, Chester instructed Linton to have Ennis prepare corporate minutes declaring bonuses for 1981. Ennis's notes set out the bonuses in the following amounts:

- Chester \$500,000;
- Morris \$500,000;
- Robert \$250,000;
- Gary \$250,000;
- Warren \$250,000;
- Sheldon Kumer \$200,00; and
- Harry Liebovitz \$50,000.

[83] By early January, Chester had changed his instructions to Linton, who then told Ennis to prepare minutes reflecting the following bonus payments for 1981:

- Chester \$700,000;
- Morris \$700,000;
- Warren \$550,000;
- Robert \$600,000;
- Gary \$500,000;
- Sheldon Kumer \$200,000; and
- Harry Liebovitz \$50,000.

[84] Ennis prepared a corporate minute dated December 23, 1981 reflecting the revised amounts. The minute was signed by Morris and his wife Shirley. Morris testified that he had no recollection of when or how he came to sign the minute and that he would not have agreed to the bonuses referred to in the minute had he been aware of them. There was no evidence as to how this minute came to be signed.

[85] In early 1982, Chester and Linton had further discussions concerning the bonuses. Chester told Linton that if Revenue Canada questioned the bonuses to his sons, they could be justified as compensation for the non-competition agreements. This was the first time that Chester connected the bonuses to the non-competition agreements in discussions with Linton. Linton could see nothing to justify the amounts of the bonuses declared in favour of Chester's sons. He indicated in a memo to Chester that they would be "hard pressed" to justify those bonuses either in the context of a valuation of IWS or a review by Revenue Canada. Linton indicated that, had the bonuses been paid directly to Morris and Chester, there would have been no problems with Revenue Canada, although bonuses of that size may still have raised a problem for anyone trying to prepare an accurate valuation of IWS.

[86] Despite a recession in the steel industry in 1982, the 1981 bonuses to Chester's sons were paid in full during 1982. In fact, Warren received \$40,000 more than had been allocated to him in the bonus minute of December 23, 1981.

[87] Morris had been allocated a bonus of \$700,000 for 1981. That bonus was "paid" by reducing Morris's drawings account to zero when the amount outstanding in that account combined with tax payable on that amount equalled \$700,000. Morris never received a bonus cheque or any other documentation that referred to the 1981 bonus allocated to him. The treatment of Morris's drawings account and the payment of his income tax was the same in 1981 as it was in previous years.

[88] Neither Linton nor Ennis gave any evidence about discussing bonus payments with Morris at any time before the execution of the December 23, 1981 minute. Linton testified that he reviewed the 1981 financial statements with Morris and that those statements revealed the 1981 bonuses. However, the only 1981 IWS financial statement with Morris's name on it referred to payments to directors and senior officers of some \$530,000. It did not refer, as did the final IWS financial statement for 1981, to the payment of bonuses in the amount \$3.3 million.

[89] An IWS minute signed by Morris authorizing bonuses for 1982 in the same amounts as the 1981 bonuses is dated February 22, 1982, only one month into the 1982 corporate year. It is unusual for a bonus to be declared before the end of the fiscal year.

[90] Morris acknowledged that he signed the 1982 bonus minute. He did not know how or when he came to sign it and testified that he was unaware of the bonuses until

much later. He further testified that he would not have approved the bonuses had he been aware of them. No other witness gave any evidence about how or when the February 22, 1982 minute came to be signed.

[91] Chester's sons did not get most of their 1982 bonuses. They were reallocated to Chester in 1985. Part of Morris's \$700,000 1982 bonus was also reallocated to Chester. Morris's drawings and the tax owing on those drawings totalled \$288,000 at the end of 1983. That part of his \$700,000 bonus was used to reduce the drawings to zero and pay the tax owing. The remainder, \$412,000, was reallocated to Chester. According to IWS records and Linton, this happened at the end of 1983 and the \$412,000 became part of the purchase price paid by Chester to Morris for Morris's shares. Chester testified that Morris had agreed to give up part of his 1982 bonus in February 1982 and that when Morris ceased to be a shareholder at the end of 1983, he was no longer entitled to the remainder of the bonus. Bonuses assigned to Kumer and other employees in 1982 were also reassigned to Chester.

[92] The trial judge found that Chester lied about the reasons for the 1981-82 bonuses. Relying on the evidence of Morris and Linton, Linton's working papers, and Ennis's notes (produced for the first time after Chester had testified), she concluded that the bonus payments had nothing to do with the non-competition agreements and the Lasco transaction. Rather, Chester's attempt to connect the two was an after-the-fact justification for the payment of huge bonuses to his sons, all of whom were young and quite new to the business world. The trial judge held that Chester decided to pay these bonuses well after the Lasco transaction closed and that the actual amounts of the bonuses were in a state of flux until early in 1982. The trial judge also found that Morris was not aware of the payment of these bonuses to Chester's sons and would not have agreed to them had he been made aware of them.

[93] The trial judge decided that the 1981 and 1982 bonuses were in fact a distribution of IWS shareholders' equity, realized from the Laidlaw/Superior and Lasco transactions and accumulated over the previous thirty years, to individuals who were not shareholders. She further held that there was no valid business reason for allocating millions of dollars in shareholders' equity to Chester's sons. The trial judge held that Chester's unilateral decision to pay these bonuses to his sons reflected Chester's view that by the end of 1981, neither Morris nor his sons were of any significant value to IWS. She also determined that the eventual reallocation of almost all of the 1982 bonuses to Chester demonstrated his control over the financial affairs of IWS and further put the lie to his evidence that the bonuses were compensation for the boys agreeing not to compete with Lasco.

[94] The trial judge concluded that the decision to declare the 1982 bonuses in February 1982 was connected to the estate freeze discussions, which Chester was then

having with his tax advisers. By declaring the bonuses in February 1982, Chester hoped to lower the value of IWS for the purposes of the estate freeze, while at the same time putting the company's equity into the hands of the people he thought deserved it: himself and his sons.

F. The Greycliffe Trucking Operation

[95] Morris claimed that between 1978 and early 1984, Greycliffe and related companies controlled by Robert diverted funds from IWS, thereby diminishing his equity in the company. Morris alleged that Robert caused IWS to pay exorbitant trucking rates to Greycliffe and related companies and caused IWS to pay trucking-related expenses that should properly have been paid by Greycliffe. The Greycliffe allegations came down to three factual issues:

- Did Morris know of and approve of the trucking arrangements made with Greycliffe on behalf of IWS?
- Were the rates charged to IWS by Greycliffe exorbitant?
- Did IWS pay expenses relating to the trucking operation that should have been paid by Greycliffe?

[96] The first factual issue turned largely on the trial judge's assessment of the credibility of the various witnesses. The second required a consideration of competing expert evidence. The third turned to a large extent on Robert's credibility and the relevant documentary evidence.

[97] Up until the mid-1970s, IWS owned its own trucks and hired drivers. Morris was responsible for this aspect of the IWS operation. In 1977, after experiencing labour problems with its unionized drivers, IWS attempted to use brokers to truck its product. These attempts were not successful. According to Robert and Chester, Robert approached Chester and Morris and offered to provide reliable trucking services for IWS at competitive rates using Greycliffe, a company he owned with his brother Gary. Robert said that he saw this as a chance to solve the IWS trucking problems, while at the same time earning extra income for himself. Robert agreed that the trucking problems could equally have been solved by setting up a subsidiary of IWS to perform trucking services.

[98] The Greycliffe operation started slowly. By 1981, Greycliffe was trucking scrap iron to IWS customers in the United States. After the Laidlaw/Superior and Lasco transactions closed in 1981, Greycliffe began trucking the IWS non-ferrous product to its customers. By the fall of 1981, Robert was in charge of the day-to-day operation of Greycliffe and the day-to-day operation of the non-ferrous division of IWS. Robert effectively decided the rates that Greycliffe would demand and whether those rates were agreeable to IWS. Between 1980 and 1983, Greycliffe's business with IWS increased substantially. Its rates also increased by almost fifty per cent.

[99] Chester, Robert, and Kumer all testified that Morris was aware that Robert owned Greycliffe and that Greycliffe was hauling product for IWS. According to them, Morris, who was in the Windermere Road yard every day as Greycliffe trucks came and went, was heavily involved in trucking-related matters and regularly attended at the informal late afternoon meetings where trucking matters were often discussed. They also testified that Morris reviewed the rates charged by Greycliffe, saw Greycliffe invoices, and signed cheques payable to Greycliffe from IWS.

[100] Morris's evidence was very different. He said that he learned in late 1981 or 1982 that Greycliffe was doing some trucking for IWS. He had no knowledge of the rates charged by Greycliffe and had nothing to do with approving those rates. He did not see Greycliffe invoices and did not sign cheques payable to Greycliffe.

[101] Chester and his sons had control of IWS and Greycliffe documents after the litigation started. Chester did not produce any cheques to Greycliffe signed by Morris or any invoices bearing Morris's writing. According to Gary, most of the Greycliffe documents had been lost in a flood in the basement of the Centennial Parkway property in 1989. In Gary's cross-examination, it became clear that many documents that had been damaged in the flood were produced by Chester in the course of the trial. The documents that had apparently survived the flood, for example, certain SWRI documents, tended to help Chester's case. According to Gary, the Greycliffe documents were damaged beyond repair. Chester did not produce any of those documents to support his defence to the Greycliffe allegations. The trial judge ultimately concluded at para. 1072 that Chester's failure to produce various critical documents, including those said to have been lost in the "selective" flood, "was not accidental, but deliberate."

[102] Robert testified that, by agreement, Greycliffe charged IWS common carrier rates. He produced one rate sheet, which post-dated the Lasco transaction. That rate sheet showed common carrier rates for haulage by dump-style vehicles. Greycliffe was not a common carrier and was hauling in vans, not dump-style vehicles. According to the expert evidence, industry practice dictated that haulage by van and by non-common carrier should be at much lower rates than those charged by common carriers using dump-style vehicles.

[103] Although Robert insisted that there were many other rate sheets used by Greycliffe, he was unable to produce any of them. He suggested that Revenue Canada had been provided with the sheets in connection with a 1985 audit. Robert acknowledged in cross-examination that he had made no attempts to recover any of the documents from Revenue Canada.

[104] According to the expert evidence tendered by Morris, Greycliffe was charging almost fifty cents per mile more than it should have for the service that it was providing. According to that same evidence, Greycliffe was enjoying profit margins of between

forty-four and fifty-four per cent when normal profit margins in the industry were less than five per cent. Morris's experts opined that the profit margins enjoyed by Greycliffe could be achieved only through gross overcharging and/or the payment of Greycliffe expenses by IWS.

[105] Chester attempted to counter the expert evidence called by Morris with evidence from a trucker named Stockwell, who operated a trucking business similar to Greycliffe's during the relevant time. In his evidence, Stockwell suggested that his own levels of profitability were consistent with those enjoyed by Greycliffe. Subsequent evidence showed that Stockwell grossly overstated the revenues generated by his trucking operation. His own financial records indicated that far from making the profits he suggested he had made, his operation had lost money in 1983.

[106] There was evidence from a Greycliffe truck driver that Greycliffe drivers regularly fuelled up at the Windermere Road and Glow Avenue properties. Robert testified that IWS charged the cost of that fuel to Greycliffe. IWS records show some fuel set off charges up until September 1981. No set-off charges appear after that date.

[107] In the course of the 1983 audit, the IWS auditors referred to an expense of \$25,000-\$30,000 for "truck repairs", and indicated that those repairs should be charged to Greycliffe. Robert testified that these repairs represented the cost of replacing tires, and were properly charged to IWS because the damage had occurred when the Greycliffe trucks went through the yard at the Windermere Road property.

[108] It was common ground that Greycliffe did not have any insurance expenses. It was insured under the IWS policy. According to Robert, this was the same arrangement that had been made with the brokers who provided trucking services prior to Greycliffe.

[109] Greycliffe had no employees other than Robert, his wife, and the truck drivers. IWS employees regularly did administrative work for Greycliffe for which IWS was not compensated.

[110] The IWS financial records showed that from time to time, petty cash advances were made by IWS to Greycliffe. There was no evidence of any reimbursement.

[111] By February 1984, after Morris had purportedly sold his IWS shares and IWS was owned entirely by Chester, Greycliffe stopped providing trucking services for IWS. By then, Greycliffe had a racehorse inventory valued at \$1.2 million. This inventory was funded by the profits Greycliffe had made hauling product for IWS.

[112] For its year ending May 31, 1981, Greycliffe had revenues of \$459,000, almost all of which came from providing services to IWS. Greycliffe and IWS were reported as related parties in Greycliffe's financial statement. No such notation appeared in the IWS

financial statement for 1981. Steven Wiseman, who prepared the financial statement, indicated that he did not regard the relationship between Greycliffe and IWS as relevant to the users of the IWS financial statement. He repudiated an earlier position in which he had said that it was a mistake not to report Greycliffe as a related-party, and his evidence given on discovery in which he had indicated that he was not aware of any related-party transactions for the 1981 fiscal year.

[113] Wiseman testified at trial that he was not concerned about the competitiveness of Greycliffe's rates, even though he knew Robert controlled Greycliffe and also made trucking decisions on behalf of IWS. There was evidence, however, that in early 1982, Wiseman discussed the rates being charged with Taylor who in turn spoke to Chester. There was a concern that if Revenue Canada found the Greycliffe expenses to be unreasonable, it would not allow IWS to deduct them for tax purposes.

[114] Wiseman directed all his questions and concerns about Greycliffe and IWS to Chester and/or Robert, not Morris.

[115] Greycliffe had revenues of \$693,000 in 1982, most of which came from IWS. In the course of preparing the 1982 financial statement, Linton told Wiseman that Robert did not want payments to Greycliffe disclosed as related-party transactions in the IWS financial statement, if disclosure could be avoided. Wiseman's working papers reveal that he was made aware of Linton's request and that he was aware of the very large payments made to Greycliffe. Wiseman's notes also indicate that, by this time, Robert was signing all cheques.

[116] Wiseman met with Linton and Chester to discuss the request that Greycliffe's transactions not appear as related-party transactions. According to Wiseman, Linton said that he did not want to disclose those transactions as he did not want to "wave a red flag" for the tax department. After the meeting, Wiseman instructed his subordinates to remove the related-party note that had appeared in the 1982 draft financial statement. A related-party note did appear in the final version of the financial statement, but it made no reference to Greycliffe. The 1982 financial statement was given to Robert.

[117] The trial judge found that Wiseman knew that Robert and Linton did not want the Greycliffe related-party transactions disclosed on the IWS financial statements. She further held that this had nothing to do with concerns about attracting the attention of Revenue Canada since the transactions were revealed as related transactions in Greycliffe's financial statement.

[118] The Greycliffe transactions were revealed as related-party transactions in the IWS 1983 financial statement. This was prepared in 1984 after the purported transfer of Morris's shares to Chester.

[119] The trial judge accepted Morris's evidence that he was not aware of any of the details involving the arrangements between Greycliffe and IWS. Robert made the arrangements. Morris was aware in late 1981 or early 1982 that Robert and Gary owned Greycliffe and that Greycliffe was doing some trucking for IWS. He did not know what rates were being charged and he was not involved in the payment of Greycliffe's account. In reaching this conclusion, the trial judge relied in part on the evidence of Warren, to the effect that he had no familiarity with the operations of Greycliffe or the terms on which it carried IWS's product even though he was in the Windermere Road yard on a regular basis. On the trial judge's findings, at para. 425, Morris "received only snippets of information about Robert's Companies". She found that Morris would not have agreed to the arrangement between Greycliffe and IWS if he were aware of the details.

[120] The trial judge also determined that Greycliffe charged IWS rates well above market rates, particularly after September 1981. She found that Greycliffe was charging common carrier dump truck rates, although it was not a common carrier and it was using van-style haulage. In her view, this two-fold overcharging resulted in rates that were exorbitant, about fifty cents per mile higher than they should have been.

[121] The trial judge found that IWS was absorbing fuel expenses that should have been borne by Greycliffe. In addition, IWS was paying for truck repairs that were properly chargeable to Greycliffe, and absorbing insurance and administrative costs that should have been charged back to Greycliffe. The trial judge summed up her findings at para. 438:

I find that IWS could have provided its own trucking services. Greycliffe was incorporated only because Robert wanted to make additional income for himself. All Greycliffe profits could have been earned within IWS. Each of Robert's Companies performed services that could have been performed by IWS or its subsidiaries, and the profits therefrom could have been retained in IWS. Those profits came right off IWS' bottom line, and deprived its shareholders of equity, which should have remained in IWS.

G. The Share Sale and Related Lease in December 1983

[122] Before 1982, Morris and Chester had two very brief discussions about Morris selling his shares to Chester. The first occurred in September 1981. Morris was angry about a confrontation between Michael and Robert, and said to Chester that their sons could never work together. He suggested that Chester buy his shares. The next day Morris told Chester to forget what he had said in anger the day before. The second brief conversation occurred in late 1981 when Chester brought up the possibility of Morris

selling his shares to Chester. Morris said he had no interest in selling his shares and asked Chester not to raise the topic again.

[123] In 1982, a recession hit the steel industry and IWS fell into a business slump along with the rest of the scrap metal business. According to Chester and Linton, there were concerns about Lasco's survival. If Lasco did not survive, IWS Ferrous would fail and IWS would lose a major source of income. Chester testified that at a dinner in the summer of 1982 at the Trocadero Restaurant in Hamilton, Morris said that he was no longer interested in an estate freeze, but wanted Chester to buy his shares. Chester testified that he was upset at this request and thought that Morris was trying to get out of the business when times were difficult. Chester suggested to Morris that Morris should buy Chester's shares. Morris declined, indicating that it would make sense for Chester and his sons to continue in the business. Morris denied that this conversation took place. He said that although business was not good in the summer of 1982, he knew that IWS was financially sound and would rebound. He had no interest in selling his shares.

[124] Chester testified that he was not immediately interested in buying Morris's shares because of the difficult business conditions. He spoke to his sons who told him that he should consider buying the shares if the price was right. Chester testified that he had two or three discussions with Morris in the late summer and early fall of 1982. Morris insisted on secrecy and, according to Chester, did not want Taylor or Wiseman or anyone else to know about the possible share sale. Morris's insistence on secrecy precluded going to any outside source, such as Campbell, for a valuation of IWS. Chester indicated that Morris insisted that only Linton be told of the possible sale. Chester saw no need for outside consultation since in his view, "[w]e both had an identical interest in the Share Sale."

[125] In November 1982, at Chester's request, Linton prepared a valuation of IWS. He had never prepared a business valuation before. Linton had been told that the estate freeze would not proceed and that Chester was considering buying Morris out. Linton did not discuss the valuation with Morris and sent the valuation only to Chester. Linton valued IWS on a break-up basis, even though he acknowledged in his evidence that there was no possibility that IWS was going to be liquidated. He valued fixed assets at cost, placed no value on the IWS interest in IWS Ferrous, and concluded that because Morris did not contribute to the success of the non-ferrous division, the value of that division should not be reflected in the value of Morris's shares. Linton eventually concluded that as of October 31, 1982, IWS had a value of between \$3 and \$3.5 million. In arriving at that amount, Linton took into consideration the anticipated dividends in 1982 in the amount of \$2,288,000, half of which would go to Morris. According to these figures, Morris's fifty per cent interest in IWS was worth between \$2.6 and \$2.85 million.

[126] Chester testified that he thought that Linton's valuation was low. However, Chester gave a copy of Linton's valuation to Ennis in 1983 when Ennis was working on the share sale. No other valuation was prepared in connection with the share sale. Morris testified that he was never shown Linton's valuation. In his view, the valuation was ludicrously low.

[127] The trial judge accepted Morris's evidence that the discussion at the Trocadero did not occur. She also found that by 1982, Chester and his family were not prepared to split IWS on a 50-50 basis with Morris and his family. Instead, they were systematically "stripping IWS of much of its equity and diverting it to [Chester's] side of the family" (para. 494). Next, the trial judge found that despite the 1982 recession, IWS was financially sound. She relied on the evidence of Wiseman in coming to this conclusion. The trial judge also concluded that by the fall of 1982, an estate freeze was no longer under discussion. Chester's focus had shifted to purchasing Morris's shares.

[128] The trial judge considered Linton's valuation in some detail. She concluded that it was written for Chester and to serve Chester's purpose, which was to drive down the value of Morris's shares. In support of this conclusion, the trial judge observed that although Linton approached his valuation on a break-up basis, IWS was purchasing expensive new equipment and expanding its non-ferrous operation.

[129] Ennis's diary indicates that he met with Chester and Robert to discuss the sale of shares in February 1983. This was about one month after Chester and Michael had a serious discussion about Michael's future in the company and Michael's concern that Chester and his sons were not treating Morris properly. Michael did not think that Chester wanted him working for IWS in 1983.

[130] Ennis denied that the meeting in February 1983 related to a potential purchase of Morris's shares by Chester. He also denied having any discussion about the sale with Chester in November 1982. Ennis testified that he was first consulted about a possible share sale in April or May 1983 when he spoke to Morris at their synagogue. Morris told him that he was going to sell his shares to Chester and that he wanted Ennis to act for him. Ennis testified that he told Morris that he could not act for Morris or Chester and could not give tax or business advice. Morris assured him that he and Chester would work out all of the details and the purchase price. They needed someone they could trust to draw up a contract that would reflect their mutual wishes. Ennis said that Morris told him that he and Chester had agreed that Chester would pay \$3 million for Morris's shares.

[131] Chester testified that he received a call from Ennis in May 1983, indicating that Morris had asked Ennis to call Chester about the share sale. Chester said that he and Morris then met with Ennis. Contrary to Ennis's evidence, Chester testified that the

purchase price was not agreed on until months later. Morris denied discussing the share sale with Ennis at this time.

[132] Ennis testified that in the summer of 1983 he had discussions and meetings concerning the share sale with both Morris and Chester. He eventually drafted a share sale agreement in July 1983 showing a purchase price of \$2.65 million to be paid over several years. In addition, Morris would receive the \$700,000 1982 bonus allocated in February 1982. The draft sale agreement was accompanied by a draft lease whereby the Blue Building and the Back 7.7 Acres of Centennial Parkway were to be leased to IWS by Chesterton and Morrision for \$5,000 per month. According to Chester, this was the rent that Morrision and Chesterton had been receiving since February 1982 and took into account IWS's assumption of all environmental risks as well as Chester's agreement to take responsibility for the less fortunate members of the extended Waxman family. Ennis did not discuss the draft agreement or lease with Morris.

[133] Ennis also prepared a document referred to as the "Lasco Covenant Agreement", whereby Morris and Chester undertook to abide by the IWS Ferrous shareholders' agreement and the Lasco management agreement. The agreement was specifically said to be binding on Morris, Chester, and their heirs. Morris was experiencing heart problems in the summer of 1983. Michael loomed as his heir.

[134] The trial judge concluded that Chester and Ennis first discussed the share sale in late 1982 and were actively discussing the potential share purchase in the summer of 1983. Morris had no involvement in these discussions and was not aware of them. The Lasco Covenant Agreement was drawn on Chester's instructions exclusively for Chester's benefit in the event that something happened to Morris before Chester could complete the purchase of Morris's shares. Morris signed the Lasco Covenant Agreement at Chester's request, believing it had something to do with the Lasco transaction. He did not read it.

[135] The trial judge rejected Ennis's evidence that his first discussion about the sale of shares was with Morris at the synagogue. Relying on Ennis's own records, the trial judge found that he had had at least two previous discussions with Chester. The trial judge also accepted Morris's evidence that there was no discussion about the sale of shares at the synagogue.

[136] The trial judge found that by early 1983, after Chester had his discussion with Michael, Chester was even more concerned about Michael's potential involvement in IWS. He knew that he would not be able to dominate Michael in financial matters in the same way he had dominated Morris.

[137] As summer turned to fall in 1983, IWS's financial situation improved along with the rest of the economy. According to Chester, he and Morris continued to negotiate the

share sale. Morris wanted to retain control of the refuse division, to remain as president of IWS, and he wanted Michael, himself and Shirley to remain on the IWS payroll. Chester said that he agreed to all of these stipulations. Ennis continued to meet with Chester, but not with Morris. He said that he spoke with Morris from time to time and inquired about the course of the negotiations between Morris and Chester.

[138] Linton met with Chester four or five times in the fall of 1983 to discuss the share sale. Morris was not there. Linton never spoke to Morris about the share sale, although he saw him on a regular basis.

[139] Morris had a longstanding heart problem. In September 1983, his heart specialist scheduled him for an angiogram. Morris fainted in October and was hospitalized. His specialist advanced the scheduled angiogram and told Morris that he might have to undergo open heart surgery. Morris met with his doctor to discuss the risks inherent in the angiogram and open heart surgery. Michael, Shirley, and a business associate all testified that Morris was not himself in the last three months of 1983. Shirley described Morris as withdrawn, preoccupied, frightened, and nervous. According to Morris's doctor, this was not unusual for a person facing open heart surgery. Chester testified that Morris seemed to be his same old self.

[140] Between late November and December 22, 1983 Chester had many meetings with Ennis and Linton concerning the share sale. Ennis's notes indicate that initially Chester wanted an option to purchase Morris's shares, but that on about December 19, 1983 Chester decided to purchase the shares outright. Chester had discussed various ways of financing the purchase with Ennis and Linton. These included: reallocating part of Morris's 1982 bonus to Chester; IWS paying a dividend to Chester and Morris; and Morris gifting part of the dividend back to Chester.

[141] In these meetings, Chester and Ennis also discussed the IWS lease with Morrision and Chesterton, which had first been discussed in the summer of 1983. Chester instructed Ennis that the rent to be paid to Morrision and Chesterton was to be \$2,000 per month rather than the previously mentioned \$5,000 per month. Chester offered no explanation for this change. Morrision's proposed share of the rent, \$1,000 per month, was less than Morrision's carrying costs on the mortgage on the property. Chester also instructed Ennis that various terms were to be included in the lease. These terms effectively prevented Morrision from doing anything with the property without Chesterton's approval.

[142] In his testimony, Morris said that he was completely unaware of Chester's discussions with Ennis and Linton and played no role in any of them. He testified that Chester mentioned the possible purchase of Morris's shares to him twice in November 1983. Morris told Chester that he was not interested and later went to see Chester and

specifically asked him not to bring the topic up again. Morris, who was not feeling well, felt that Chester was “trying to wear him down”.

[143] Chester and Ennis testified that in anticipation of Chester buying Morris out, Shirley’s shares were transferred to Morris on December 8, 1983. Shirley resigned as a director on the same day. Share certificates and a resignation dated December 8, 1983 were in the IWS corporate records. Shirley had no recollection of signing the documents and Morris had no recollection of signing a related corporate minute. Ennis’s notes indicate that these documents may actually have been signed in May 1984.

[144] Chester testified that by about December 12, 1983, he and Morris had agreed on a purchase price of \$3 million. According to Chester, this was more than Morris’s shares were actually worth. But Morris was adamant that \$3 million should be the face value of the purchase price, even if he actually received something less than \$3 million and his tax liability significantly increased because of the mode of payment. Chester testified that Morris never explained his insistence on a stated purchase price of \$3 million.

[145] Linton testified that by the middle of December, it was understood that part of the purchase price would come from the reallocation of part of Morris’s 1982 bonus to Chester. Ennis’s notes also reflect this reallocation. Wiseman testified that \$412,000 of Morris’s 1982 bonus was reallocated to Chester for the purposes of the share sale.

[146] Linton testified that on Chester’s instructions, he determined the amount of Morris’s drawings account at the end of 1983 and doubled it to take into account taxation, yielding \$288,000. Linton then drew the account down to zero by attributing \$288,000 to Morris. This amount was deducted from the \$700,000 bonus attributed to Morris for 1982, leaving \$412,000. The \$412,000 was reallocated to Chester and used to purchase Morris’s shares. Linton said that the purchase price of Morris’s shares was increased from \$2.65 million to \$3 million to reflect the use of these reallocated funds.

[147] Chester denied giving Linton any of these detailed instructions. He acknowledged that \$412,000 of Morris’s 1982 bonus was reallocated to him, but insisted that the reallocation was unconnected to the purchase of Morris’s shares. Chester said that it would be “immoral” to use the reallocated funds to purchase Morris’s shares. It was Chester’s evidence that because Morris was no longer a shareholder at the end of 1983, he was no longer entitled to the bonus. The bonus was, therefore, properly reallocated to Chester.

[148] Although Ennis said that he had asked Morris from time to time about the discussions with Chester, all of his lengthy meetings were with Chester, not Morris. Ennis took all of his instructions from Chester and provided Chester with all of the documents that he produced. In cross-examination Ennis said that he saw no need to speak directly to Morris about the terms of any agreement until Chester had decided

exactly what he wanted to do and how he wanted to do it. Ennis assumed that Chester was discussing matters with Morris and providing Morris with copies of the various draft documents that Ennis prepared. Ennis summarized his role in the following words:

I am not negotiating this deal. I was only a scribe. I was to take instructions and draw a document when they worked out their agreement. I never interfered. I never insisted how they conduct themselves. They are experienced intelligent people who have made millions of dollars and know exactly how to handle themselves. They don't need me giving advice. They would not accept advice from me ... they are people who give advice.

[149] The trial judge held that by December 19, 1983, Chester's discussions with Ennis and Linton had crystallized to the point that he had decided to buy Morris's shares. The details of the transaction were in a state of flux. The trial judge rejected the evidence of Ennis and Chester and found that Morris was not involved in or aware of any of the discussions pertaining to the share sale. In coming to that conclusion, the trial judge referred to the absence of any reference to Morris's involvement in notes prepared by Ennis or Linton. The trial judge summarized her findings concerning the situation as of December 19th as follows:

- Chester wanted Morris's side of the family out of the business and had decided to purchase Morris's shares.
- Chester wanted the transaction consummated quickly because of concerns about Morris's health and Chester's desire to avoid having to deal with Michael.
- Chester did not want the IWS accountants, Taylor Leibow, or any outside valuers, lawyers, or accountants to examine the specifics of the proposed share sale. The only valuation that was prepared was done in November 1982 by Linton.
- Ennis was dealing only with Chester and Linton. He took his instructions exclusively from Chester and did not discuss the share sale with Morris.
- Morris was oblivious to the ongoing share sale discussions and consequently never sought any professional advice.

[150] Chester and Ennis testified that they met with Morris at Ennis's office on December 20th and 22nd to complete the share sale documentation. According to Chester and Ennis, both meetings were long and several documents relating to the share sale and the related lease were discussed and signed at both meetings. They testified that all of the pertinent documents were read out loud line by line by Ennis's assistant, Ms. Butner. Ennis and Chester also testified that Morris raised certain objections and questions in the course of the reading of the documentation and that changes were made in response to some of his comments. They testified that Morris raised questions about the amount of

the initial payment to him and the timing of that payment. As a result of these questions Linton was told to revise the agreement. Chester also gave evidence that the documentation could not be completed on December 20th because Morris insisted that notice of the share sale be given to Lasco to avoid any possible problems with the IWS Ferrous shareholders agreement. Consequently, the final version of the share transfer agreement was not signed on December 20th, but was signed at the second long meeting on December 22nd. Chester and Ennis testified that the same oral line by line review of the documents occurred at the second meeting.

[151] Morris denied that he ever attended a meeting where the share sale documentation and the lease were explained or discussed, much less read out loud line by line. He could recall attending one meeting, although he did not know the date, when Chester told him to sign certain documentation that Chester referred to as “the sale”. According to Morris, Chester told him to look over the papers. Morris assumed that the documents related to the day-to-day business of IWS and were the kind of corporate documents he had routinely signed without reading when asked to do so by Chester. Morris also recalled that when he was about to sign one document, Chester said to Ennis, “this is to save your ass”. Morris did not know what Chester was referring to when he made the comment. One of the documents signed by Morris was a waiver of independent legal advice.

[152] Morris testified that when he signed the documents he had complete trust in Chester. He was also very concerned about his own health, particularly his upcoming angiogram, which was scheduled for December 29th, 1983.

[153] The trial judge accepted Morris’s evidence. She found at para. 726 that the relevant documents were signed at one meeting and that they not were read aloud, discussed, or explained in any way to Morris:

Morris did not understand at the time that the documents he was being asked to sign were out of the ordinary. He thought he was signing IWS documents as its President in the usual course. He signed the documents because Chester asked him to do so and because he trusted Chester and Ennis. He did not want or intend to sell his shares. He had no idea that he was selling his shares or signing a lease....I do not accept that Morris was involved in *any* negotiations that produced this deal [emphasis in original].

[154] In rejecting the version of events offered by Chester and Ennis, the trial judge relied on several factors. She noted that although Chester testified that it was Morris who wanted Lasco advised of the transaction, it was in fact Chester and Ennis who drove to Whitby, Ontario from Hamilton to personally speak to the president of Lasco on

December 21, 1983. At this meeting, Chester and Ennis gave the president of Lasco a notification letter describing the pending share sale. The trial judge found that this trip was made at Chester's insistence and was consistent with Morris's testimony that he had no knowledge of the pending sale. The letter Chester and Ennis provided to Lasco was also inconsistent with the transaction having been completed by December 20th.

[155] The trial judge found, on the basis of the documentation, that the share sale was not in its final form on December 20th and that many of the relevant documents had not yet been prepared. The trial judge further concluded that the evidence of Chester and Ennis that they along with Morris sat in a boardroom for hours while Ms. Butner read the documents line by line did not have the ring of truth. She observed that the documentation contained many errors, which would have been spotted and corrected had the parties gone through the line by line reading of the documents as described by Chester and Ennis. Finally, the trial judge noted that in Chester's detailed statement of defence, he referred to only one meeting, which he said occurred on December 22nd.

[156] Under the terms of the share sale, Morris sold his shares to Chester for \$3 million. One million dollars was payable on January 4, 1984, and the rest was payable in installments over five years. IWS was to declare a 1983 dividend of \$1 million, \$500,000 payable to each of Chester and Morris. Morris was then to immediately gift his \$500,000 dividend to Chester. Morris was to lend IWS \$500,000 repayable on October 8, 1984.

[157] Morris's shares were to be transferred to Chester in stages beginning with a transfer of eighty-four shares in January 1984. There was a dispute over whether the share sale was structured to provide for the transfer of title of all of the shares to Chester upon the first payment or whether title was to be transferred in stages over the payment term.

[158] In addition to the share sale, Morrision and Chesterton were to enter into a fifty year lease with IWS, initially covering the front of Windermere Road (including the Blue Building) and the Back 7.7 Acres of Centennial Parkway, but eventually covering all of the Windermere Road and Centennial Parkway properties.

[159] It was Chester's evidence that in addition to the elements set out above, the share sale required him to assume full responsibility for members of the extended Waxman family who could not look after themselves and required IWS to take full responsibility for any environmental problems that might develop on the properties. IWS was also to continue to pay salaries and benefits to Morris and Michael, who would operate the refuse division.

[160] After a detailed review of the evidence, including expert evidence, the trial judge decided that virtually all aspects of the transactions described above were grossly unfair to Morris. Based on the expert evidence that she accepted, the trial judge concluded that

as of December 31, 1983, IWS was conservatively worth between \$8.73 and \$8.96 million. These figures did not include the \$1 million dividend declared in 1983 or the \$6.6 million in bonuses declared in 1981 and 1982. According to the expert evidence accepted by the trial judge, a purchase price of \$3 million was “not in the ballpark of reasonableness or fairness”.

[161] The trial judge further held that Morris did not actually receive \$3 million. She found that almost \$1 million of the purchase price was Morris’s own money (the reassigned 1982 bonus of \$412,000 and the gifted dividend of \$500,000). The trial judge also adjusted the real purchase price downward to reflect the fact that Morris was to be paid over time and without interest. She concluded that in actual 1983 dollars, Morris received the cash equivalent of \$1,594,721.

[162] The trial judge found that the loan of \$500,000 to IWS was grossly unfair to Morris. The loan was without interest and for no stated purpose. Interest rates in late 1983 were about twelve per cent.

[163] The trial judge next turned to the gifting agreement, whereby Morris received a \$500,000 dividend and immediately gave it to Chester. She found that this transaction resulted in double taxation for Morris in that he paid tax on the dividend and also paid tax when that same money came back to him as part of the purchase price. She also found that Morris was deprived of certain tax benefits that would flow to IWS from the declaration of the dividend. Finally, she found that through the gifting arrangement, Chester effectively used \$500,000 of Morris’s money to buy Morris’s shares from him.

[164] The trial judge also determined that the lease was entirely one-sided in Chester’s favour. She concluded that the lease was so one-sided that Morris would never have signed it had he been aware of the terms. The one-sided terms highlighted by the trial judge included the following:

- The lease was for fifty years with no increase in the rent during the fifty year term.
- The rent, \$2,000 per month (\$1,000 payable to Morriston), was about \$9,000 per month below fair market value according to the expert evidence accepted by the trial judge.
- The rent did not increase after 2001, when the IWS Ferrous lease expired and all of the Windermere Road and Centennial Parkway properties came under the IWS lease.
- Should IWS default on the lease, Morriston could not take any action without Chesterton’s permission. Chester controlled both Chesterton and IWS.
- Morriston could not sell or mortgage its interest in the property without the permission of Chesterton. Consequently, although the rent being paid to Morriston would be less than Morriston’s carrying costs, Morriston could not sell or assign its interest in the property without Chesterton’s permission.

[165] Having concluded that the transactions as documented were grossly unfair to Morris, the trial judge then rejected Chester's evidence that his obligations included the unstated obligations for potential environmental liabilities and family responsibilities. The trial judge found that there were no discussions about environmental liabilities and no estimates of potential clean-up costs as of the end of December 1983.

[166] Morris recalled that on the evening he signed the documentation Ennis phoned him at Chester's request. Ennis was upset and may have been drunk. He told Morris not to blame Chester, that it was all Robert's fault. Morris was distracted by his own health problems and pending angiogram and did not ask Ennis for any explanation.

[167] Morris also testified that he wanted to prepare a will before his scheduled angiogram on December 29, 1983. He arranged to meet with Wiseman and Ennis's associate, Kevin Hope, at his home on December 26th. In the course of their discussions, Hope told Morris that he did not own the Centennial Parkway property. Morris was shocked when Hope told him that he did not own Centennial Parkway. He could not understand how the property did not belong to him. Morris said that he felt as though he was "finished". Despite this, Morris did not ask Hope for any explanation because he was preoccupied with his will, concerns about his own mortality, and looking after his affairs for his family. Hope did not testify.

[168] In his testimony, Wiseman recalled that Morris was upset when he learned that Centennial Parkway belonged to IWS. Wiseman said that Morris told him that he had sold his shares in IWS. Wiseman said that he had several discussions with Morris in the next few days and reviewed the share sale documents with him and Taylor on December 28, 1983. Wiseman said that it was obvious that Morris did not understand any aspect of the agreement and was very upset with what had happened.

[169] The trial judge rejected Wiseman's evidence that Morris told him about the share sale on December 26, 1983, and reviewed the documentation with him on December 28th. In rejecting that evidence, the trial judge referred to prior inconsistent statements Wiseman had made in an earlier affidavit, and the contrary evidence of Taylor. Taylor's evidence, which was consistent with Morris's evidence, was that Morris first learned of the share sale in early January 1984. The trial judge also accepted the evidence of Shirley that Morris went into the hospital on December 28th and remained with her either in the hospital or at home until the end of the year. He did not meet with Wiseman or anyone else on these dates.

[170] Linton testified that he did not discuss the share sale transaction with Morris until January 1984. Linton further explained that pursuant to that transaction, IWS declared a 1983 dividend of \$1 million and had two \$500,000 cheques prepared, one payable to Morris and one payable to Chester. Linton said that Morris endorsed his cheque to Chester to complete the \$500,000 gift required under the share sale transaction. Linton

also testified that Chester paid Morris \$1 million by a cheque dated January 4, 1984, representing the first payment on the shares. Morris signed a \$500,000 cheque payable to IWS on the same day. That cheque represented the loan from Morris to IWS. Chester's bank records confirm that \$1 million was deposited into his account on December 30, 1983. That amount is described as a dividend. There is no documentation referring to the \$500,000 cheque said to have been given by Morris to IWS. Many of the relevant banking records, which were in the possession of IWS or Chester up to and during the litigation, were not available.

[171] The existence of the alleged \$1 million cheque dated January 4, 1984 from Chester to Morris was supported by a duplicate carbon copy of a deposit slip produced by Chester. No other bank documents, such as Morris's bank statements, were available, although according to Linton, copies of these documents had been kept in three different places under the control of Chester and IWS. Taylor testified that on January 4th, Morris received a \$500,000 cheque from IWS and that on Taylor's advice, Morris deposited that at the Continental Bank.

[172] The trial judge concluded that there never was a \$1 million cheque payable by Chester to Morris dated January 4, 1984. In coming to that conclusion, she relied on the evidence of Morris, Taylor, and the absence of relevant banking documents. She held that the carbon copy of the deposit slip was not authentic. The trial judge further held that Morris did not endorse a \$500,000 cheque over to Chester, but that \$1 million representing the total dividend had simply been deposited into Chester's account. Lastly, the trial judge held that Morris received \$500,000 on January 4th and that this money came to him by an IWS cheque.

[173] Morris testified that he first learned of the share sale on January 5, 1984 after he and Taylor deposited the \$500,000 cheque from IWS into Morris's account at the Continental Bank. Morris said that he had trouble understanding the documents and the explanations given to him by Wiseman and Taylor. He was very upset. Taylor confirmed that Morris was unhappy with the deal.

[174] Morris said that he spoke to Chester several times in January and that Chester repeatedly told him to "calm down, just take it easy". Chester assured Morris that they would talk later and that things would remain the same.

[175] Morris met with Wiseman on several occasions in January 1984. Although Wiseman and Morris disagreed on when the conversations took place – Wiseman said late December 1983 and Morris said early 1984 – they agreed that Morris was very upset about the transaction.

[176] Morris testified that Taylor arranged a meeting with Chester and Wiseman at which Morris understood that the share sale would be discussed. Immediately before the

meeting Chester told Morris not to say anything in the meeting. To Morris's surprise neither Taylor nor Wiseman raised the topic of the share sale at the meeting.

[177] In early January, Linton and Chester discussed clarifying the nature of the share transaction. In Linton's view, it was unclear whether the share sale agreement called for a completed or a staged sale. The nature of the sale had tax ramifications for Morris and a potentially significant impact on Chester's ability to direct dividends from the company exclusively to himself as the sole shareholder. Linton prepared documents instructing Ennis to revise the share sale agreement so that it more clearly reflected a sale completed in January 1984. Chester subsequently signed those amending documents. Morris refused to do so and never did sign the amended share sale documents. Chester testified that he did not know until a couple of years later that Morris had refused to sign the documents. Chester further testified that he had no reason to believe that Morris was dissatisfied with the share transaction in January 1984. He saw no change in his relationship with Morris. The trial judge rejected this evidence and found that Chester knew in January 1984 that Morris was unhappy.

[178] It was Morris's evidence that during his discussions with Chester in January, Chester assured him that nothing would change. He said that Morris would remain as president, would draw a salary, as would Michael, and would keep the same benefits. The trial judge held that these "concessions" by Chester in January gave Morris some reason to believe that Chester would in fact undo the share transaction.

[179] Morris was scheduled for open heart surgery on February 1, 1984. He testified that immediately before going into the hospital, he was afraid, concerned for his family's future, and upset at what had happened between Chester and him. He felt that everything he had worked for all his life had been taken away from him. On January 29, 1984, Morris wrote a stream of consciousness description of events addressed to Taylor and Wiseman that was to be provided to his son Michael, if Morris died in the hospital. He left a copy with Wiseman. These notes, referred to as the "notes from the grave", figured prominently in the argument of both counsel for Chester and Morris. The trial judge spent many pages analyzing the notes and considering the competing submissions. She concluded that, read in their entirety, the notes supported Morris's position that he did not know what he had signed and that he believed Chester had tricked him into signing the documents. The trial judge described the notes as being

indicative of a very troubled man trying to grapple with a growing recognition that his brother, whom he had loved and trusted implicitly since childhood, had betrayed him (para. 844).

[180] Morris gave evidence that the night before his open heart surgery, Chester promised to tear up the share sale. Wiseman also testified that Morris told him of this conversation shortly after the operation.

H. The Descent into Litigation

[181] Although to the outside world Morris still appeared to be involved in IWS, the company came under Chester's control after January 1, 1984. On Chester's instructions, Morriston and Chesterton were billed by IWS for legal costs relating to the drafting of the 1981 IWS Ferrous lease and for bookkeeping and management services. Chester instructed that any amounts owing for these services should be deducted from the rent owed by IWS to Morriston and Chesterton under the December 1983 lease agreement. This set-off meant that apart from January 1984, Morriston did not receive even the \$1,000 per month rental amount called for by the lease.

[182] Linton testified that Morriston's loss of the rent was more than made up for by the gaining of a tax deductible expense equal to the amount of the administrative and legal fees charged to Morriston by IWS. Morris testified that he did not learn that Morriston did not get any rents from IWS after January 1984 until after the litigation had started. No one ever asked Morris whether the legal and administrative fees could be set off against the rent.

[183] The trial judge found that in the absence of any documentation to support the charges to Morriston, she could not accept that the administrative and legal charges imposed by IWS were real. She found that they were invented to permit IWS to avoid paying even the modest \$1,000 per month in rent that the December 1983 lease required IWS to pay to Morriston. She also found that Linton did not seek Morris's approval of this scheme or even advise him about it. The beneficiary of the scheme was IWS or Chester.

[184] Within two months of Chester's assuming full ownership of IWS, it severed its trucking relationship with Greycliffe. Greycliffe purchased the trucks it had been leasing and immediately sold several of them to IWS. IWS resold them at a loss the following month. Robert explained that Greycliffe had stopped trucking for IWS because IWS lost many of its American contracts and high insurance costs made the trucking business less attractive. The trial judge rejected this evidence noting that although Greycliffe's insurance rates spiked briefly, they then returned to previous levels. The trial judge concluded that Greycliffe ceased its trucking operation because once Chester and his sons had total ownership and control of IWS it made no sense to continue to siphon off IWS profits to Robert's company by paying exorbitant trucking rates.

[185] During their discussions in early 1984, Morris said that Chester had assured him things at IWS would not change. Morris understood this to mean that he would continue

to receive drawings from IWS on an informal, as-needed basis. In fact, on Chester's instructions, Linton charged Morris's drawings against the \$500,000 loan purported to have been made by Morris to IWS as part of the share sale transaction. Morris knew nothing about the supposed loan and was unaware that drawings taken from him by IWS in 1984 were being charged against that loan.

[186] Morris testified that he learned in April 1984 that Chester had not ripped up the share sale as he had promised the night before Morris had open heart surgery. Chester continued to assure him that he would do so. Morris testified that in June 1984, Chester finally showed him the actual share sale documents. When Morris questioned the effect of the documents, Chester said they would talk later. Chester denied that this discussion ever took place.

[187] Ennis, Taylor and Wiseman all became concerned that the growing difficulties between Morris and Chester could lead to problems in the day-to-day operation of IWS and in the financial affairs of the company. Ennis and Chester were very concerned that Morris had not signed the amended share sale documents. Although Morris did not sign these documents, the dividend declared by IWS in 1984 went entirely to Chester. Under the terms of the share sale that had been signed by Morris, he still held shares as of the end of 1984.

[188] In the spring of 1985, Linton assembled the information needed to complete Morris's 1984 tax return, drafted it and sent it to Wiseman. Wiseman had concerns about whether the share sale as documented was a staged sale or a sale that was completed in January 1984. Linton told Wiseman that it was a completed sale. He prepared Morris's tax returns on the basis that Morris had sold all of his 250 shares in January 1984.

[189] In the spring of 1985, Wiseman met with Morris to discuss his 1984 tax return. Wiseman told Morris that the share sale transaction had to be finalized for tax purposes. Wiseman described a meeting with Morris, Chester, and Taylor where the restructuring of payments and the share transfer was discussed. According to Wiseman, Morris did not raise any concerns about the share sale. Also in the spring of 1985, Linton and Ennis met with Scafe. Morris was not at that meeting. He said that Chester told him that this meeting was to find out how to undo the deal.

[190] Morris said that he did not want to acknowledge the sale of any shares to Chester in his 1984 tax return. Wiseman told him that he should fill out the tax form on the basis that he had sold his shares, pay the taxes to avoid any penalty, but not mail the return. As had been the case for many years, Morris's personal taxes were paid by Linton through IWS. Linton delivered an IWS cheque in the amount of \$156,638 payable to Revenue Canada. Linton then deducted that amount from the outstanding amount of the loan owing to Morris by IWS. All of this was done without consulting Morris. On the trial

judge's findings, Morris was still unaware of the \$500,000 loan that had supposedly been made by him to IWS as part of the share sale transaction.

[191] Morris also testified that he met with Chester and his sons in the spring of 1985 to discuss the concerns he had about filing a tax return reflecting a share sale that Morris said had never happened. Morris prepared rather detailed notes in anticipation of the meeting. Those notes included eleven points that Morris wanted to discuss with Chester and his sons. Morris discussed those notes in some detail in his evidence and the trial judge made extensive reference to them in her reasons. Chester and his sons denied that the meeting ever occurred.

[192] In the summer of 1985, Chester told Linton to pay the taxes on his sons' as yet unadvanced 1982 bonuses and to transfer the remaining balances to him. Linton did so and transferred about \$594,000 in after-tax dollars to Chester. He had earlier transferred \$412,000 of Morris's 1982 bonus to Chester along with about \$650,000 in 1982 bonuses initially assigned to Kumer and other employees. In addition to these amounts, in 1985, Chester received a non-taxable \$250,000 dividend, a \$42,000 taxable dividend and a \$625,000 bonus. He also advised Morris by letter in November 1985 that he would be postponing the \$500,000 share sale payment due in 1985 under the terms of the share sale agreement.

[193] Morris testified that he learned about the 1981 and 1982 bonuses for the first time in the spring of 1985 when Wiseman told him. This was in the context of discussions about Morris's tax returns and a possible restructuring of the share sale. Although Wiseman said that this discussion occurred in 1984 and not 1985, he agreed with Morris's evidence that Morris was very angry when he found out about the size of these bonuses and that they were assigned to Chester and his sons. Morris spoke to Chester about the bonuses and was told they were not real, but were for tax purposes.

[194] The trial judge found that Morris first learned of the bonuses in the spring of 1985. She also found that in the spring of 1985 the restructuring of the share sale was discussed, but that Morris was not a party to these discussions. Documents prepared for those discussions grossly overstated the amount of money Morris had actually received on the share sale. She also found that Morris was not told how his 1984 taxes were paid or of the existence of the loan account from which the taxes were paid. The trial judge found that Wiseman ignored the terms of the share sale agreement in preparing Morris's taxes and in treating the share sale as completed as of January 4, 1984. She held that on a plain reading of the agreement, the sale was a staged one and Morris still held shares in IWS after January 1984. Consequently, even if the share sale was real, Chester was not entitled to take for himself all of the dividends declared that year.

[195] The trial judge rejected Chester's evidence that the reallocation of his sons' bonuses to him was not intended to be permanent, but rather was done for banking

reasons. She rejected his evidence that he was holding the money on behalf of his sons. On the trial judge's calculation, Chester ended up with over \$2.5 million of the \$3.3 million in bonuses declared for 1982. Morris received slightly less than \$300,000.

[196] The trial judge also concluded that as of the end of 1985, Morris had received some \$1,125,000 on account of the share sale. He had received \$500,000 on January 4, 1984, a \$500,000 credit with IWS represented as a loan to IWS, and a \$250,000 cheque from Chester in December 1984. The \$500,000 credit was drawn down as IWS paid various expenses (e.g. taxes) for Morris.

[197] On Morris's evidence, Chester continued to promise he would undo the share sale in 1985 and 1986. In one of those discussions, Chester promised that he would "straighten out" the share sale if Morris would transfer his Ancaster property to Chester's son Warren. Morris transferred the property to Warren for \$1 on January 1, 1986. After the transfer, Morris said he asked Chester to make good on his promise, but Chester stalled him and never did keep his promise.

[198] Chester denied any such conversation. He said that the Ancaster property was partially paid for with partnership money in the 1950s and that Morris willingly transferred the property to Warren. Warren testified that Morris was not impressed with Warren's idea of building a house on the property, but willingly gave it to Warren.

[199] By the middle of 1986, Ennis could see that Chester and Morris were not getting along. There were numerous corporate documents that Morris, as president of IWS, had not signed. Ennis assumed that the disagreement between the brothers had something to do with the 1983 share sale. In a memo to Chester dated February 10, 1986, Ennis showed Morris as the owner of 145 of the 500 IWS shares. This description was consistent, although not exactly the same, as the terms of the share sale as documented at the December 22, 1983 meeting. According to the amended share sale documents drawn in early 1984, Morris did not own any shares after January 1984. Morris had never signed the amended documents.

[200] In April 1986, following his long established practice, Morris requested that Linton look after his 1985 income taxes. Morris owed just under \$49,000 in taxes. On Chester's instructions, Linton deposited a personal cheque for \$60,000 from Chester into Morris's account and typed the reference "payment for 5 Shares" on the back of the cheque. Under the terms of the share sale \$60,000 was due to Morris in December 1986. Linton then prepared a cheque from Morris payable to the Receiver General for Morris's taxes. Morris was never told of the source of the funds for the payment of his taxes. The trial judge found that Chester knew that Morris was unhappy with the share sale and was attempting to build a "paper" record to support Chester's version of events.

[201] By late December 1986, Morris had become sufficiently concerned about the way things were being done at IWS to send the following letter to Linton:

[N]o cheques or moneys for Morris Waxman from any source can be deposited by you or withdrawn for me without my written approval. This applies to any and all documents for whatever reason.

[202] On the same day, on Chester's instructions and without Morris's authorization, Linton deposited \$440,000 into Morris's account. This represented the \$500,000 payment due to Morris under the share sale minus the \$60,000 that Chester had put in Morris's account earlier in 1986. Linton later denied making this deposit. Morris learned that the money had been deposited into his account in early 1987, but he gave instructions that it should be returned to Chester. Chester testified that he called Morris to ask him what was going on and Morris told him that he was having considerable difficulty with the situation. Morris said that he had not told his family about the share sale and that he now wanted to re-purchase forty per cent of the IWS shares. Chester told him "that's not going to happen" and deposited the \$440,000 into a trust account. All IWS dividends and bonuses for 1986 totalling \$612,000 were paid to Chester.

[203] While vacationing in early 1987, Morris came to understand that the public perceived that he had retired from IWS. This upset Morris and upon his return from vacation, he arranged a meeting with Chester and his sons. In preparation for that meeting, he wrote out in point form the topics that he wished to discuss. These included Morris's claim that Chester had "concocted a scheme to take from me what we worked for" and Chester's promise to "tear up everything". After the meeting, Morris continued to talk to Chester. Chester and his sons said there was no meeting. The trial judge accepted Morris's evidence.

[204] In April 1987, Chester instructed Linton to draw a cheque for \$90,000 to pay Morris's income tax for 1986. The cheque was to be drawn on the trust account Chester had established earlier that year when Morris returned the \$440,000 to him. Chester wrote a covering letter enclosing the payment to Revenue Canada. Morris was unaware of the cheque or the source of the funds.

[205] The trial judge found that as late as October 1987, Chester was describing IWS as a partnership between himself and Morris. He used this description in an interview given to a well-known business journal. Chester's public posture gave Morris cause to believe that Chester would keep his word and return the affairs of IWS to the way they had been in the 1970s.

[206] By April 1988, Morris was becoming frustrated in his attempts to get Chester to undo the share transaction. He told Chester that he would be prepared to go ahead with an estate freeze based on sixty per cent to Chester's family and forty per cent to his family. Chester testified that Morris made an offer in early 1988, but that he told Morris IWS was a totally different company than it had been in December 1983 when Morris sold his shares. Chester suggested that Morris was trying to get back into the company at a time when the economy was good and prices were up.

[207] Morris's 1987 taxes were paid in 1988 with a cheque drawn on the trust account that Chester had established for the share purchase funds Morris had been refusing to accept since late 1986. Linton prepared the documentation and initially testified that he discussed it with Morris. On cross-examination, he said that his instructions came from Chester. Morris continued to refuse to have anything to do with the money Chester had ordered placed in the trust account.

[208] Morris testified that by the summer of 1988, he felt alienated at IWS. It seemed to him that Robert was taking more control of the operation. Morris went to see a lawyer who wrote to Chester in July 1988 indicating that it was Morris's position that there had been "serious breaches of fiduciary duty and other matters which are fatal to the agreements." Morris's lawyer suggested an exploratory meeting. The concerns expressed in the letter were not addressed by Chester before September 1988.

[209] Morris testified that on September 7th he finally told Michael about the share sale. Michael was very upset. He confronted and threatened Chester at his Windermere Road office and then went to the Centennial Parkway office and did the same to Robert.

[210] On October 26, 1988, Linton handed Morris a letter firing him as president of IWS and removing Michael, Morris and Shirley from the IWS payroll and benefit plans effective immediately. Morris was surprised that Linton was firing the president of IWS and shocked that his health benefits were being terminated when everyone in the family knew his wife Shirley had just been diagnosed with bladder cancer and required surgery. On the same day, Ennis gave Morris an account for legal services to Morriston stretching back over many years. The next day, Chester instructed Taylor Leibow not to release any documents or information of any kind relating to any partnership or activity in which Chester had an interest. Linton refused to give Morris his personal documents or documentation belonging to Morriston.

[211] Robert acknowledged that in October and November 1988, he surreptitiously removed some documents and copied many others he found in the SWRI offices located at Centennial Parkway.

[212] Chester testified that Michael was seen burning documents at Centennial Parkway in November 1988. Michael denied this and the trial judge accepted Michael's evidence.

[213] Although Morris was fired from IWS on October 26, 1988, Michael continued to operate SWRI at the Centennial Parkway property until he received a lawyer's letter dated December 21, 1988 demanding that he leave the premises. The next day security guards prevented Michael from removing SWRI's possessions from the property. A confrontation occurred and the police were called. Michael eventually left the property but not before he wrecked the SWRI offices. By this time, Morris had started his lawsuit.

[214] On the same day that IWS fired Morris, Linton wrote him a letter demanding that he repay IWS \$51,058.02 said to be owed to the company. This was the first written notice Morris had of the loan account, which had been established to reflect the supposed \$500,000 loan made by Morris to IWS as part of the share sale agreement. All of Morris's drawings since that time had been debited against that loan account. By October 1988 the account had a negative balance of just over \$51,000. Linton acknowledged that he had never provided Morris with any statement of accounts showing the status of this loan account before October 1988. Linton took all of his instructions in relation to this account from Chester.

[215] Morris's evidence, which the trial judge accepted, was that he knew nothing about the loan account. He understood, as Chester had promised in early 1984, that his drawing privileges had stayed the same. He did not know that his drawings were being debited against the supposed loan. The trial judge rejected Linton's evidence that he reviewed the account with Morris on a regular basis.

[216] 1988 was a very good year financially for IWS. Shortly after Morris commenced the litigation, IWS, on Chester's instructions, declared bonuses of \$8,750,000 for 1988. Of those bonuses, \$3 million were allocated to Chester, \$2.5 million to Robert, \$1.7 million to Warren and \$1,550,000 to Gary.

[217] At the end of 1988, Chester put \$1 million into the trust account he had established when Morris refused to take money in payment for the purchase of his shares. Chester described this payment as "Full and final payment" of the amount owing under the share sale.

[218] The trial judge found that when Chester learned in the summer of 1988 that Morris had gone to a lawyer, Chester decided to develop a legal complaint of his own in connection with Michael's and Morris's operation of SWRI. As noted above, Chester and Robert interfered with Morris's attempts to get SWRI documents in December 1988 and in the previous weeks had surreptitiously obtained and copied SWRI documents.

[219] By January 1989, it was all-out war between Chester and Morris. Chester had launched a counterclaim and IWS was refusing to pay the medical bills arising out of Shirley's cancer treatment. Both sides were continuing to struggle over access to and

control of SWRI files and documents. The trial judge ultimately held that Chester and those acting for him had no entitlement to those documents.

[220] IWS declared bonuses of \$6,450,000 in favour of Chester and his sons for 1989 and dividends in Chester's favour of \$300,000.

[221] Between 1990 and 1992, Chester and his sons received bonuses totalling about \$4.7 million. A dividend of \$2,250,000 was declared in favour of Chester in 1993.

[222] The trial judge summarized her findings on the dividends and bonuses IWS paid to Chester and his sons between 1984 and 1993 as follows. IWS declared:

- dividends of about \$3.2 million in Chester's favour;
- bonuses of about \$11.5 million in Chester's favour;
- bonuses of about \$6.4 million in Robert's favour;
- bonuses of about \$3.3 million in Warren's favour; and
- bonuses of about \$3 million in Gary's favour.

[223] In September 1993, IWS transferred substantially all of its operating assets to Waxman Resources in exchange for shares in Waxman Resources. Philip purchased shares in Waxman Resources for \$12 million plus Philip shares. By 1997, Waxman Resources had sold the Philip shares for some \$18.4 million, thereby receiving a total of about \$30.4 million from the Philip sale. IWS retained the Front 13 Acres at Centennial Parkway, a small piece of the property at Windermere Road, the grease pit at Glow Avenue, the December 1983 lease, and the name "I. Waxman & Sons".

[224] The trial judge put her ultimate conclusion on the funds received by Chester and his sons from IWS in these words:

Therefore, between 1984 and 1993, Chester/his sons/IWS received a total of \$57,875,031 comprised of \$24,258,000 in bonuses to Chester and his sons, \$3,197,000 in dividends to Chester and \$30,420,031.24 to IWS from Philip (para. 1101).

V

NARRATIVE OF THE SWRI CLAIMS

[225] As described above, three claims relate to SWRI:

- Morris claimed that Chester induced Philip to breach its contracts with SWRI [the inducing breach of contract claim];
- Chester counterclaimed in the main action brought by Morris alleging that SWRI misappropriated business and corporate opportunities belonging to IWS; and

- Chester counterclaimed in the inducing breach of contract action alleging that fifty per cent of the common shares of SWRI were improperly transferred from Chester's children to Morris's children in 1982.

[226] For the purposes of this narrative, the SWRI claims will be divided into three parts, which correspond roughly to the three claims:

- (a) the incorporation and reorganization of SWRI;
- (b) the operation of SWRI from 1982 to 1988; and
- (c) the termination of the SWRI – Philip relationship in 1989.

A. The Incorporation and Reorganization of SWRI

[227] SWRI was incorporated in 1977 by Evans Husband. Chester and Morris intended to use the company to bid for the Hamilton-Wentworth Region garbage contract. Morris was the prime mover behind this attempt to get what was a potentially very lucrative contract. He failed.

[228] As incorporated, SWRI had both preference and common shares. IWS held the two thousand preference shares. Fifty common shares were held in trust for Chester's children and fifty common shares were held in trust for Morris's children. Morris and Chester were directors of SWRI.

[229] Up to 1977 SWRI did not conduct any business or have any assets. It remained dormant until 1980 when it was used in connection with an attempt to secure a refuse contract known as the "Sheppard's Quarry" contract. It was anticipated that IWS would be entering into a non-competition agreement with Laidlaw/Superior as part of Laidlaw's purchase of the IWS refuse division. To circumvent that agreement SWRI was used as the potential party to the Sheppard's Quarry contract.

[230] A receipt signed by Ennis's assistant indicated that Ennis & Associates received SWRI's books and records from Evans Husband on October 21, 1980. Ennis drafted a letter of intent in connection with the Sheppard's Quarry contract showing SWRI as a party to that agreement. Ennis testified that the books and records of SWRI did not arrive at his law firm until July 1982. The trial judge, relying on his office records, found that his firm received the records in October 1980. She also found that Morris pursued the Sheppard's Quarry contract with Chester's support and that Chester knew that SWRI was being used as the potential party to the contract to circumvent any possible limitations arising from the non-competition agreements required by Laidlaw/Superior in connection with the purchase of the IWS refuse division. The trial judge accepted Morris's evidence that Chester said he did not want Michael and Douglas to be required to sign any non-competition agreements with Laidlaw/Superior.

[231] Morris did not obtain the Sheppard's Quarry contract. SWRI did not carry on any business until the middle of 1982. In 1982, Allen Fracassi, a principal of Philip, came to IWS with a proposal that Philip and IWS share a contract for the transport and disposal of 100,000 containers of cement kiln dust. IWS could not pursue this opportunity as it would be in breach of its non-competition agreements with Laidlaw/Superior. Chester also had little interest in the waste aspect of IWS's business. To him it was a very small part of the IWS operation and was not "deserving of my focus."

[232] Morris and Michael testified that Chester encouraged SWRI to pursue the business opportunity presented by Fracassi. The trial judge found that the books and records of SWRI, which were now at Ennis & Associates, were then altered to remove any connection between SWRI and IWS and any connection between SWRI and Morris and Chester. This was done to avoid any potential conflict with the non-competition agreements. The two thousand preference shares initially owned by IWS were deleted from the books and records as were any references to Morris and Chester as directors. Michael and Douglas, who unlike Chester's sons were not bound by any non-competition agreement, became the owners and directors of SWRI.

[233] Chester denied any knowledge of the restructuring of SWRI. He maintained that Morris had secretly instructed Ennis to transfer the SWRI shares from Chester's children to Michael and Douglas. The trial judge rejected this evidence. She found that given the close relationship between Ennis and Chester and Chester's dominant role in that relationship, it was inconceivable that Ennis would restructure SWRI to exclude Chester's children without first consulting with and receiving instructions from Chester.

[234] Ennis testified that he knew nothing about the original share structure of SWRI. Morris told him that the common shares were to be transferred to Morris's sons. Ennis denied removing any material from the SWRI corporate records or altering those records. According to Ennis, he acted on Morris's instructions alone, without any supporting documentation, because SWRI was a worthless shell company. He said that when the materials arrived at his law firm from Evans Husband there were virtually no corporate records.

[235] The trial judge rejected Ennis's evidence for several reasons. A handwriting expert testified that a word on an altered share certificate stub referable to the preference shares was in all likelihood written by Irene Cook, an employee of Ennis & Associates. The Ennis & Associates accounts indicated that the restructuring of SWRI and the preparation and backdating of corporate records from 1982 to 1979 was done by the firm. Finally the trial judge observed that there were several serious inconsistencies between Ennis's trial evidence and his evidence on discovery.

[236] The trial judge concluded that in September 1982, Ms. Cook, on Ennis's instructions, prepared minutes of an SWRI directors' meeting backdated to

August 1, 1979. The minutes documented the transfer of common shares to Michael and to Ms. Cook as trustee for Douglas (who was under eighteen as of August 1979). Corporate records were also prepared to show Michael and Ms. Cook as directors. Further documentation was subsequently prepared transferring the shares from Ms. Cook, in trust, to Douglas as of May 4, 1981, the date he reached the age of majority. Corresponding documentation described Ms. Cook's resignation as a director and the appointment of Douglas as a director. On the reconstructed corporate records there was no apparent connection between IWS and SWRI or between Chester and Morris and SWRI. The preference shares were gone and the common shares were transferred to Michael and Douglas, in trust, as of August 1, 1979.

[237] There was no direct evidence that Chester gave any instructions to Ennis in connection with the restructuring. The trial judge concluded, however, that the restructuring was done on Chester's instructions. She relied on Ennis's evidence that on all "major matters" he would contact Chester before acting and seek his instructions. The trial judge concluded that the restructuring of SWRI to permit it to pursue the business venture presented by Fracassi was a "major matter".

[238] The trial judge found that initially Chester was motivated to restructure SWRI as a way of getting around the Laidlaw/Superior non-competition agreement. By 1982, however, Chester also saw SWRI as a vehicle to be used by Michael to pursue the waste business apart from IWS and to keep Michael occupied elsewhere. Chester believed that if Michael busied himself with SWRI and the remnants of the IWS refuse business he would not be likely to try and interfere in the scrap metal business. On the trial judge's finding, after the restructuring of SWRI, Chester and Morris both understood that it could be used by Michael to build an active business.

[239] The trial judge also found that documentation signed by Chester's children agreeing to the transfer of the common shares of SWRI was signed in 1982 and backdated to 1979. She found that the lawyer Hayman had arranged for the necessary consents. In coming to this conclusion, the trial judge relied on Hayman's evidence that although he had no specific recollection of obtaining these documents, it was his normal practice to obtain the beneficiary's written consent to transfers of shares. Hayman knew of no reason why he would not follow his usual practice on this occasion.

[240] The original Evans Husband SWRI file went missing during the litigation. There was evidence that after the litigation started, Robert had reviewed the file in the Evans Husband office. Robert was asked if he removed any documents from the file during that review. The trial judge interpreted Robert's answer as indicating that he could not be sure whether or not he had removed any documents. The trial judge used the evidence of Robert's opportunity to remove the documents and his ambiguous answer to find that he removed SWRI documentation from the Evans Husband file after this litigation started.

[241] The trial judge ultimately concluded that Morris, Michael and Douglas did not steal the shares of SWRI. Rather, Chester agreed that Michael could use SWRI to pursue the waste disposal business for himself and Douglas. When SWRI was “restructured” in 1982, it had no value and little attention was paid to the details of the corporate restructuring or the dates of the documents. Hayman had obtained the appropriate consents to transfer the common shares from Chester’s children, but after this litigation had started Robert had removed them from the file. The preference shares held by IWS were cancelled as of 1982. The trial judge further held that to the extent that rectification of the SWRI records was necessary to reflect the changes made in the 1982, that rectification should be ordered.

B. The Operation of SWRI Between 1982-1988

[242] SWRI started slowly. Its gross revenues for 1982 were \$39,025. Gross revenues fell to \$31,121 in 1983. Most of the revenue came from contracts with Philip for the removal of kiln dust and with Stelco for the disposal of wood. SWRI used IWS’s administrative services and IWS provided haulage on some of the contracts. According to Morris, Chester approved of SWRI’s involvement in these contracts. IWS could not have taken this business without violating its non-competition agreements with Laidlaw/Superior.

[243] In 1984, SWRI’s gross revenues increased substantially to \$835,541. It continued to do most of its work with Philip and Stelco. Morris testified that Chester knew that SWRI’s business was expanding. IWS continued to provide haulage services for SWRI in connection with some of its contracts. Many of the contracts were taken up by SWRI because either the non-competition agreements with Laidlaw/Superior or the terms of the IWS Ferrous agreement prevented IWS from being involved.

[244] In 1985, SWRI’s gross revenues dropped to \$405,895. In the course of that year, several waste accounts with IWS scrap metal clients were transferred from IWS to Philip. IWS had been allowed to keep these accounts under its contract with Laidlaw/Superior. Morris explained that the accounts were moved with the full support of Chester because new environmental regulations put a heavy onus on those involved in the disposal of this kind of waste. Some of the accounts were handled by SWRI directly and others by Philip with SWRI receiving a commission. According to Morris, Chester was fully aware of and content with these transactions. When it was suggested to Morris that he had stolen these accounts from IWS for SWRI, Morris responded:

The accounts were turned over by Chester Waxman. They couldn’t have been stolen. If he wanted them back, he had the power of an elephant compared to a flea, which Solid Waste was. All he had [to] do was walk to Stelco or any

customer and tell them the accounts were his. He didn't need me to do that. He didn't need Michael to do [that].

[245] SWRI's gross revenues for 1986 exceeded \$1.3 million. The company continued to haul refuse of various kinds that had previously been handled by IWS. It also expanded a new business that involved hauling electronic air furnace flue dust ("EAF dust") from plants and processing for use in the manufacture of cement. Lasco became a prime source of the EAF dust for SWRI. Morris testified that Chester knew about this new aspect of the business and was instrumental in obtaining the contract with Lasco. IWS could not take the Lasco business because of its partnership with Lasco in IWS Ferrous. IWS was also not in the business of processing EAF dust for use in the manufacture of cement. Chester denied knowing anything about this new aspect of SWRI's business or assisting Michael in obtaining the contract with Lasco.

[246] Laidlaw/Superior's non-competition agreements with IWS expired in 1986. Chester showed no interest in taking IWS back into the waste disposal business.

[247] 1987 was a very good year for SWRI. Gross revenues exceeded \$3.1 million. The EAF dust business thrived, particularly with Lasco. Michael testified that Chester continued to assist him in developing new business for SWRI. Michael used his uncle's name to gain an introduction to potential customers.

[248] 1988 was also a good year for SWRI. Gross revenues were just under \$3 million. Most of the revenue again came from the EAF dust business, about half of which was with Lasco. Philip continued to provide the haulage on several of the contracts and also had the necessary licences for the disposal of some of the environmentally sensitive waste products.

[249] The trial judge concluded that between 1982 and 1988, SWRI operated in an open and public way out of the offices of Centennial Parkway. She rejected outright Chester's evidence that he was unaware of the nature of SWRI's business activities until 1988. She referred to the evidence of Linton and Chester's sons who said they were aware of the nature of the SWRI business. She also referred to Ennis's evidence that he knew as early as 1983 that SWRI was an active company carrying on business. When Ennis was asked if Chester was aware of the activities of SWRI he said

of course Chester knew that. Of course he knew they were carrying on business. Why would he not? They had offices at Centennial.

[250] Linton also testified that “there was no secret” to the fact that SWRI was carrying on business in the 1980s. It participated in at least one project that attracted considerable public attention.

[251] The trial judge further concluded that SWRI was distinct from and operated separately from IWS and that Chester knew this. Linton treated SWRI as a company separate from IWS, Ennis billed SWRI separately for services and when IWS needed an arm’s length purchaser for a transaction involving a company called Intercelco, SWRI served as purchaser.

[252] After an exhaustive consideration of the various accounts that SWRI serviced between 1983 and 1988, the trial judge concluded:

- Some of the SWRI accounts were with IWS customers. The accounts were initially held by IWS. Chester had agreed SWRI could take over these refuse contracts.
- Some of the business operated by SWRI, particularly the EAF dust business, was developed by SWRI and Philip. This business had nothing to do with IWS although Chester did help Michael get some of the contracts.
- Some of the SWRI contracts were contracts that IWS could not take either because of the Laidlaw/Superior non-competition agreements or because of IWS’s involvement in the IWS Ferrous partnership.

[253] Based on these findings of fact the trial judge rejected Chester’s claim that SWRI had misappropriated IWS business and business opportunities. She dismissed this part of the counterclaim although she did allow relatively minor miscellaneous claims, which need not be detailed here.

C. The Termination of the SWRI-Philip Relationship in 1989

[254] The relationship between SWRI and Philip grew and prospered until the early part of 1989. The legal relationship between Philip and SWRI varied from contract to contract. Sometimes Philip and SWRI were joint venturers and sometimes Philip was a sub-contractor of SWRI. Generally speaking, Philip did the physical work including transportation of the product as well as providing the necessary licences from the Ministry of the Environment.

[255] Philip continued to do business with SWRI in January and February of 1989 following the commencement of Morris’s lawsuit against Chester and Chester’s counterclaim against Morris. Chester also counterclaimed against Philip. Fracassi and Robert discussed the potential settlement of Chester’s counterclaim against Philip. Robert wanted Fracassi to sign a statutory declaration, but he was not prepared to sign the draft provided to him by Robert. At one stage of the negotiations between Fracassi and

Robert, Fracassi threatened to sue IWS for intentional interference with its economic relationship with SWRI.

[256] IWS discontinued its counterclaim against Philip on March 7, 1989. On the same day, Philip terminated its relationship with SWRI. Morris claimed that Philip was induced to terminate the relationship with SWRI in part by a promise from Chester to discontinue his counterclaim against Philip. Chester and Fracassi insisted that there was no connection between the discontinuation of the lawsuit and the termination on the very same day of the six-year business relationship between SWRI and Philip.

[257] According to Fracassi, Philip terminated its business relationship with SWRI because Fracassi learned through Robert that SWRI had been cheating Philip on the Lasco contract involving the removal and treatment of EAF dust since 1986. The 1986 contract was for three years and in late 1988, Michael had negotiated a renewal of the contract.

[258] Fracassi testified that in the course of discussions with the IWS lawyers about the counterclaim against Philip, he was presented with copies of three documents relating to the Lasco contract. The first was a copy of the Lasco contract with SWRI dated October 24, 1986, the second was a settlement letter between SWRI and Lasco dated February 24, 1987 altering the rates charged by SWRI as of October 1988, and the third was a proposal from SWRI to Lasco dated November 7, 1988 setting out the terms on which Michael proposed that the contract should be renewed.

[259] According to Fracassi, he had received similar but not identical documents from Michael on or near the dates reflected in the three documents. Fracassi testified that the documents provided to him by Michael set out disposal and transportation rates that were lower than the rates set out in the copies given to him by the IWS lawyers in 1989. Philip had billed SWRI at these lower rates. Fracassi said that when he compared the documents Michael had given him with the documents the IWS lawyers had given to him in 1989 he realized that SWRI had been cheating Philip by paying it at the altered lower rates for transportation and disposal of the Lasco material. Fracassi said that as soon as he realized that his “partner” had been cheating him he immediately decided to terminate the business relationship. It was a coincidence that the termination happened on the same day that IWS discontinued its lawsuit against Philip.

[260] It was common ground at trial that there were two sets of the three Lasco documents, one real and one altered. The transportation and disposal rates had been lowered on the altered set. It was also common ground that the altered set of the documents came into existence some time in or before March 1989. The dispute centered around the identity of the forger and the purpose of the forgery.

[261] Chester maintained that Fracassi should be believed. Michael had given him the altered version of the documents in the course of their business dealings to mislead Fracassi about the amount being paid by Lasco for disposal and transportation thereby allowing SWRI to increase its profit on the contract at the expense of Philip. Morris and Michael maintained that SWRI did not give Fracassi any of the Lasco documents. Philip was not a party to the contract and there was no need to give Philip the documents. Morris contended that Robert must have found copies of the actual Lasco documents during his surreptitious search through the SWRI documents in October and November of 1988. He must have then altered copies of the three documents and presented them to Fracassi to give Fracassi an excuse for ending the relationship with SWRI. Morris argued that the forged altered documents provided a pretext for the termination of the SWRI/Philip relationship, which in turn destroyed SWRI.

[262] Fracassi and Robert told different stories about how they discovered the altered documents. According to Robert, he and Fracassi were reviewing the documents Robert had stolen from the SWRI offices and comparing them with the documents Fracassi had in his possession. They made a mutual discovery of the altered documents in the course of this comparison. Fracassi denied reviewing the documents with Robert. He said that the altered documents came, unrequested, from IWS's lawyers, with a letter which described the documents as "important and necessary in regard to this litigation". Fracassi did not know how Robert or IWS's lawyers acquired the documents but he did know that Robert had wanted him to see the documents so that he would know "what the transactions were".

[263] The trial judge found that Philip did not receive copies of the Lasco documents from Michael. She accepted the evidence that Philip was not a party to the October 1986 agreement between Lasco and SWRI and that Philip was a sub-contractor of SWRI. In its capacity as a sub-contractor there was no reason to give Philip copies of the contract between Lasco and SWRI or copies of correspondence between Lasco and SWRI.

[264] In rejecting Fracassi's evidence that Philip had been provided with the altered contracts by Michael and had relied on those documents when billing SWRI, the trial judge relied heavily on the evidence of the amounts actually charged by Philip as reflected in their invoices. Philip's charges did not coincide with the rates set out in the altered documents but rather coincided with the amounts set out in a letter from SWRI to Lasco dated November 17, 1986. That letter increased the rates that had been agreed on in October of 1986 as reflected in the October contract. There was no altered counterpart to the November 17, 1986 letter.

[265] The trial judge found that whoever had prepared the altered version of the October 1986 contract was unaware of the November letter clarifying and adjusting the terms of the October agreement. In the trial judge's view, if SWRI were cheating Philip it would

not have paid Philip at the rate described in the unaltered November 17, 1986 letter. In brief, Philip's own invoices reflected payment in accordance with the actual terms agreed upon between Lasco and SWRI as of November 1986.

[266] The trial judge's conclusion concerning the altered documents is set out at para. 1760:

I find that Robert tampered with the documents, then presented them to Fracassi through his lawyer in both real and altered form in order to induce [Philip] to terminate its contract with SWRI. On March 3, or shortly thereafter, Robert, on Chester's instructions, also made Fracassi understand that if Philip stopped doing business with SWRI, it would be able to dramatically increase its revenues because it would be able to keep 100% of the profits it had been sharing with SWRI.

[267] SWRI was virtually ruined by the termination of its business relationship with Philip. Within a year, SWRI revenues had dropped by ninety per cent. Philip acquired much of the business that it had previously shared with SWRI.

[268] The trial judge found that Chester induced Philip to breach its contract with SWRI through the combined use of economic pressure (the dropping of the lawsuit if Philip stopped doing business with SWRI), promises of future business (the assuming of the SWRI contracts), and forged documents (the altered Lasco documents). She held that had Chester not interfered with the relationship between Philip and SWRI that relationship would have continued and prospered.

[269] Morris tendered expert evidence that set out four ways in which the losses suffered by SWRI could be calculated. The trial judge chose the one most favourable to Morris. That approach assumed that the existing contracts between SWRI and Philip would be completed and renewed for an additional term. It also assumed growth in revenues from those contracts anticipated by SWRI management immediately before the breach. Using this methodology SWRI losses were about \$2.8 million. After certain adjustments the trial judge fixed the damages at \$2.5 million. She added \$100,000 in punitive damages against Chester and Robert.

THE GROUNDS OF APPEAL

A. The Findings of Fact: The Broad Attacks

i. Introduction

[270] Chester's factum begins with the assertion that the trial judge made "at least" fifty findings of fact that were "demonstrably and palpably wrong". In oral argument, Mr. Lenczner, counsel for Chester, alleged "hundreds" of factual errors. The appellants contend that virtually every facet of the fact-finding process was fatally flawed. They argue that the trial judge disbelieved the witnesses that she should have believed, believed the witnesses that she should have disbelieved, made erroneous assessments of the reliability of evidence, especially documentary evidence, ignored other relevant evidence, failed to properly weigh competing pieces of evidence, drew unwarranted inferences from primary findings of fact, failed to draw inferences that were obvious from other proven facts and gave unwarranted weight to certain expert evidence.

[271] The appellants maintain that the factual errors made by the trial judge are so numerous, so obvious, and so crucial to the central issues at trial that they necessitate not only a rejection of the trial judge's factual findings, but also compel contrary findings of fact by this court. They submit that on a proper assessment of the evidence, Morris's claims should be dismissed in their entirety and Chester's counterclaims should succeed in their entirety.

[272] Although the trial judge had to grapple with many difficult legal issues, this was first and foremost a factual dispute. The resolution of the factual disputes to a large extent determined the outcome of the trial. Not only were the facts hotly contested, the competing versions of the relevant events were diametrically opposed on most important factual issues. For example, Morris testified that apart from a few brief references, there was never any mention of him selling his IWS shares to Chester before December 1983, much less any negotiation for the sale of those shares. Chester, however, described lengthy negotiations between himself and Morris that went on for well over a year and culminated in two lengthy meetings in late December where he, Morris, and Ennis went over all of the relevant documents line by line at least twice.

[273] Although there was evidence (e.g. parts of Wiseman's testimony and the "notes from the grave") that could have supported findings of fact about the share sale that were not consistent with either the evidence of Morris or Chester, no one suggested to the trial judge, or to this court, that those findings of fact should be made. The parties chose to stand or fall on the testimony of their chief spokesmen, Morris and Chester. Practically speaking, the trial judge was left with no middle ground on most important factual questions. Her findings of fact on the many crucial factual issues reflect the stark conflict

in the versions of events presented in the evidence of Morris and Chester and in the arguments made at trial.

[274] The either/or tenor of the evidence and arguments placed a premium on the trial judge's assessment of the credibility of the key witnesses, especially Morris and Chester. It is no overstatement to say that, despite the complexity of this litigation and the mass of evidence adduced by the parties, the outcome turned in large measure on the trial judge's assessment of the credibility of Morris and Chester. She made that assessment crystal clear in her reasons: Morris was credible; Chester was not.

[275] As the trial judge's reasons demonstrate, her credibility assessments flowed from a detailed consideration of the entirety of the evidence. Her findings reflect both an overall assessment of the credibility of Morris and Chester and specific assessments of their credibility as it applied to the numerous events described by them in very different ways in their evidence. The overall credibility assessments are obviously the product of the many specific assessments. The specific credibility assessments cannot, however, be viewed in isolation from each other. For example, the trial judge rejected Chester's evidence that Morris was aware of and agreed to the payment of bonuses to Chester's sons in 1979, 1981 and 1982. Her conclusion that Chester's evidence concerning the bonuses was not credible was a product not just of a close analysis of the evidence concerning the bonuses, but also of the trial judge's negative assessment of the credibility of Chester on other matters as diverse as his father's intentions with concerning the control of IWS after his death and Chester's knowledge of the operation of SWRI between 1982 and 1988.

[276] The credibility findings made against Chester, and his sons, especially Robert, go beyond a simple rejection of their evidence as unreliable. The trial judge found that from 1988 onward, Chester and Robert engaged in a litigation strategy aimed at fabricating a case against Morris, while at the same time preventing Morris from pursuing his case against them. The trial judge held that Chester and/or Robert stole documents (e.g. the SWRI documents removed from the SWRI offices in the fall of 1988), fabricated documents (e.g. SWRI documents and the January 4, 1984 deposit slip), did not produce documents (e.g. the documents supposedly lost in the "selective" flood), and failed to produce other documents in a timely fashion.

[277] The detailed and uncompromising credibility assessments made by the trial judge raise a very high hurdle for the appellants on these appeals. At every turn in their arguments, counsel for the appellants are met with credibility findings squarely against them. They cannot escape these pervasive credibility assessments by attacking these findings where they relate to specific issues in isolation from other credibility findings. The trial judge's finding that from the outset Chester's case was spun from dishonesty and greed hangs like a shroud over the appellants' submissions in this court.

ii. The Allegation that the Trial Judge Reasoned from a Predetermined Result

[278] The appellants' attack on the trial judge's findings of fact is ambitious if not bold. Before turning directly to their arguments aimed at the findings of fact, it is necessary to dispose of an argument lurking just under the surface of the appellants' attack on the findings of fact.

[279] In his facts, and to some extent in his oral submissions, Mr. Lenczner used language suggesting something other than factual errors by the trial judge. He referred to the trial judge "deliberately ignoring" and "manipulating" evidence in the course of her fact-finding. Counsel also submitted that the trial judge did not "treat the evidence objectively", was determined "to excuse every piece of evidence" that hurt Morris's claims, "pretended" that the evidence was other than it actually was in order to further Morris's claims, and "quite cunningly" drew inferences that favoured Morris.

[280] Counsel's language strongly suggests an allegation of bias. When Mr. Lenczner was asked in oral argument whether he was alleging bias or some other form of improper judicial conduct, he disavowed any such contention and explained:

I am saying that the trial judge started from a conclusion that she wanted to start from and worked backward and made facts to fit her conclusion which is not the correct process.

[281] Despite counsel's statement, it remained unclear to the court at the end of argument whether the appellants were alleging bias or some other improper conduct by the trial judge. Nothing during the course of the trial provides a basis for such a claim, and the appellants did not suggest otherwise. Despite the length and complexity of this bitterly contested trial, the trial judge exemplified throughout the highest standards of judicial conduct.

[282] The submission that the trial judge improperly began with the conclusions "that she wanted" and worked backward in her reasons to justify those conclusions has no merit. The trial judge's observations early in her reasons provide a candid description of her thought processes as the evidence and arguments unfolded. These observations refute any suggestion that she began with a preconceived notion of the desirable result. She concluded her description of her intellectual journey in these terms at para. 24:

After a detailed analysis of all of the evidence, I eventually preferred the evidence of two witnesses over the evidence of many: specifically, that of Morris and Michael over that of Chester, his sons, Sheldon Kumer ("Kumer") and others. I concluded, given the nature of the allegations and my acceptance of the evidence of few over many, that it was

necessary to set out in some detail the basis for my factual findings.

[283] The submission that the trial judge's reasons reveal that she began with the desired conclusion and analyzed the evidence with a view to justifying that conclusion, misunderstands the nature and purpose of reasons for judgment. Reasons for judgment are written after the trial judge has analyzed the evidence, made the necessary credibility assessments and findings of fact, and reached her conclusions. Reasons for judgment are offered as an explanation for the result arrived at by the trial judge. They explain the result of the reasoning process. They are not exhaustive contemporaneous notes of the process itself: *R. v. Sheppard* (2002), 162 C.C.C. (3d) 298 at 308 (S.C.C.). They cannot be read as a travelogue of the trial judge's voyage of discovery through the evidence: *R. v. Morrissey* (1995), 97 C.C.C. (3d) 193 at 204 (Ont. C.A.).

[284] The trial judge decided that Chester and others who testified in support of his version of events had lied, fabricated documents, destroyed other relevant documents, and failed to produce still other relevant documents. It is hardly surprising that her reasons paint those individuals in a poor light. Reasons for judgment that reflect and support conclusions and evidentiary assessments already made by the trial judge are not indicative of an improper analysis of the evidence or a preconceived notion of the appropriate result of the case. To the contrary, reasons for judgment that did not accurately reflect those conclusions and assessments would be seriously flawed.

iii. Overview of the Fact-Based Arguments

[285] The appellants' attack on the fact-finding of the trial judge moves on three broad fronts. First, they contend that the findings were unreasonable. In support of this contention, the appellants ask this court to make an independent assessment of the evidence and test the trial judge's findings of fact against a reasonableness standard. For example, the appellants argue that when all of the evidence is examined, particularly the extensive documentation relating to the share sale, it is simply unreasonable to conclude that Morris did not know that he was selling his shares in IWS when he executed the various documents.

[286] The second prong of the appellants' argument is based on alleged errors in the processing of the evidence by the trial judge. The appellants argue that the trial judge misapprehended evidence, failed to consider relevant evidence, and reached factual conclusions in the absence of any evidence to support those conclusions. For example, the trial judge found that Robert removed certain SWRI documentation from Hayman's file. This finding, say the appellants, was based on her understanding that Robert had testified that he may have removed such documentation. The appellants claim that Robert gave no such evidence.

[287] The third challenge advanced by the appellants takes aim at the trial judge's credibility assessments. The appellants contend that even allowing for the high deference that this court must accord the trial judge's credibility assessments, many of those assessments are arbitrary, contrary to the overwhelming weight of the evidence, or are flawed by the various processing errors referred to above. For example, the appellants submit that the trial judge rejected Kumer's evidence concerning the 1981-82 bonuses for a reason which, even allowing for the widest deference, could not justify the rejection of that evidence.

[288] In this part of our reasons, we address the appellants' challenges to the fact-finding of the trial judge on a general level with reference to some specific submissions to clarify our approach to these submissions and our response to them. Other specific submissions challenging findings of fact will be addressed in subsequent parts of these reasons. We do not pretend to address each and every factual argument made by the appellants. We are, however, satisfied that none of the arguments can prevail. To the very limited extent that any of these submissions demonstrate factual errors in the trial judge's reasons, those errors, considered separately or cumulatively, do not justify appellate intervention.

iv. The Standard of Review: Palpable and Overriding Error

[289] As Cameron J.A. observed in *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2002] S.J. No 702 (C.A.) at para. 11:

[T]he business of appeal – the right of appeal and the jurisdiction and powers of an appellate court – is very much that of statute and hence legislative policy choice....

[290] Section 6(1)(b) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 (“*CJA*”) provides for an appeal from a final order of a judge of the Superior Court of Justice. Unlike other rights of appeal (e.g. s. 6(1)(a)), s. 6(1)(b) puts no limitation on the grounds that may be advanced on appeal from a decision by a judge of the Superior Court. Questions of fact may be raised on appeal. Section 134(1) of the *CJA* gives the appellate court wide remedial powers. Section 134(4) of the *CJA* recognizes that an appeal court can set aside findings of fact and, to a limited extent, make its own factual findings.

[291] The Legislature has chosen not to address standards of review in the *CJA*. In the absence of any legislative pronouncement, the courts must fix the appropriate scope of appellate review. In doing so, the court must balance the goal of achieving justice in the individual case with the need to preserve the overall effective administration of justice. Jurisprudence from this court, and more importantly, from the Supreme Court of Canada, has determined that in appeals on factual findings, strong deference to the findings made at trial best strikes that balance. Absent statutory direction to the contrary, appellate courts must defer to all findings of fact made at trial unless the court is satisfied that the

finding was the product of a “palpable and overriding” error. As the majority in *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 at 256 said:

We conclude, therefore, by emphasizing that there is one, and only one, standard of review applicable to all factual conclusions made by the trial judge – that of palpable and overriding error.

[292] The “palpable and overriding” standard demands strong appellate deference to findings of fact made at trial. Some regard the standard as neutering the appellate process and precluding the careful second hard look at the facts that justice sometimes demands. This viewpoint is tenable only if facts found on appeal are more likely to be accurate than those determinations made at trial. If findings of fact were to be made on appeal they might be different from those made at trial. Most cases that go through trial and onto appeal will involve evidence open to more than one interpretation. Merely because an appellate court might view the evidence differently from the trial judge and make different findings is not, however, any basis for concluding that the appellate court’s findings will be more accurate and its result more consistent with the justice of the particular case than the result achieved at trial.

[293] Whatever may be the arguments in favour of more aggressive appellate review of fact-finding, the policy reasons justifying strong appellate deference are powerful and have been repeatedly accepted by our highest court: see *Housen* at 248-51. The wisdom of the policy favouring appellate deference on questions of fact is evident in a case like this one. The evidence at trial occupied over two hundred days. The documents fill thousands of pages. The trial judge saw the witnesses and heard the evidence unfold in a narrative with a beginning, a middle, and an end. Our system of litigation is predicated on the belief that it is through the unfolding of the narrative in the testimony of witnesses that the truth will emerge. This court is not presented with a narrative, but instead with a description or summary of that narrative from the trial judge in her reasons, and from counsel in their written and oral arguments. The descriptions provided by counsel are not designed to tell a story, but rather to support an argument. Of necessity, and in keeping with their forensic role, counsel’s description of the narrative at trial is selective and focuses on parts of the narrative or on a particular interpretation of a part of the narrative.

[294] 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.

[295] 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.

[296] The “palpable and overriding” standard addresses both the nature of the factual error and its impact on the result. A “palpable” error is one that is obvious, plain to see or clear: *Housen* at 246. Examples of “palpable” factual errors include findings made in the complete absence of evidence, findings made in conflict with accepted evidence, findings based on a misapprehension of evidence and findings of fact drawn from primary facts that are the result of speculation rather than inference.

[297] An “overriding” error is an error that is sufficiently significant to vitiate the challenged finding of fact. Where the challenged finding of fact is based on a constellation of findings, the conclusion that one or more of those findings is founded on a “palpable” error does not automatically mean that the error is also “overriding”. The appellant must demonstrate that the error goes to the root of the challenged finding of fact such that the fact cannot safely stand in the face of that error: *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254 at 281.

[298] For example, the trial judge found that by the late 1970s, Chester was trying to take control of IWS and push Morris out of the company. In connection with that finding, she analyzed evidence of a proposed trust drawn on Chester’s instructions in connection with a potential estate freeze. The trial judge found that under the terms of the proposed trust, Chester would gain voting control of IWS and that Chester kept this fact from Morris. The appellants contend that the proposed trust did not give Chester voting control over IWS while Morris was alive. They submit that the trial judge misapprehended the effect of the document.

[299] We think the appellants are correct in their interpretation of the trust document. However, the trial judge’s conclusion that the relationship between Chester and Morris was changing and that Chester was forcing Morris out of the IWS operation in the late 1970s was based on many findings of fact. Her erroneous interpretation of the terms of the proposed trust cannot override all of the other relevant factual findings she made. This error may be “palpable”, but is clearly not “overriding”.

[300] *Housen* provides a detailed analysis of the “palpable and overriding” standard of review. Several specific points made in that analysis have direct application to the arguments advanced by the appellants. First and foremost, as indicated above, the

“palpable and overriding” standard applies to all factual findings whether based on credibility assessments, the weighing of competing evidence, expert evidence, or the drawing of inference from primary facts. This court cannot retry any aspect of this case.

[301] The same deference must be shown to primary findings of fact flowing directly from credibility determinations (e.g. the trial judge’s finding that Chester and Morris did not meet at the Trocadero restaurant to discuss the share sale in 1982), the interpretation of documents (e.g. the trial judge’s interpretation of Morris’s “notes from the grave”), or the weighing of expert evidence (e.g. the expert evidence concerning the valuation of IWS as of December 1983). This court must also show equal deference to findings of fact flowing from the drawing of inferences from primary findings of fact (e.g. the trial judge’s inference from the unfavourable terms of the share sale and accompanying lease that Morris did not know he entered into those agreements): *Housen* at 248-56; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377 at 426; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353 at 388-89.

[302] *Housen* is particularly important for its treatment of the standard of review as applied to the inference-drawing process at trial. The majority and dissent were divided on this issue. The dissent asserted at 296:

[T]he appeal court will verify whether it [the inference] can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached....

[303] The majority at 253 would not draw any distinction for the purposes of appellate review between “primary” findings of fact flowing directly from assessments of the credibility and reliability of evidence and secondary findings of fact based on inferences drawn from the primary facts.

[T]he standard of review is not to verify that the inference can be reasonably 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, which implies a stricter standard [emphasis added].

[304] The majority in *Housen* explained its opposition to a standard of review based on an assessment of the reasonableness of factual inferences drawn at trial at 253:

[W]e find that by drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences, the above passage [from the dissent] may lead appellate courts to involve themselves in an unjustified reweighing of the evidence.

Although we agree that it is open to an appellate court to find that an inference of fact made by the trial judge is clearly wrong, we would add the caution that where evidence exists to support this inference, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. As stated above, trial courts are in an advantageous position when it comes to assessing and weighing vast quantities of evidence. In making a factual inference, the trial judge must sift through the relevant facts, decide on their weight, and draw a factual conclusion. Thus, where evidence exists which supports this conclusion, interference with this conclusion entails interference with the weight assigned by the trial judge to the pieces of evidence [emphasis added].

[305] After *Housen*, appellate courts will not review findings of fact, either primary or those drawn by inference, by asking whether on the totality of the record, those findings are reasonable. Cases from this court such as *Keljanovic Estate v. Sanseverino* (2000), 186 D.L.R. (4th) 481 at 488-489 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [2000] S.C.C.A. No. 300 and *Equity Waste Management of Canada v. Halton Hills (Town)* (1997), 35 O.R. (3d) 321 (C.A.) must be taken as overruled to the extent that they contemplate appellate review of findings of fact based on an independent albeit limited appellate reassessment of the reasonableness of the findings of fact made at trial.¹

[306] That is not to say that the approach favoured by the majority in *Housen* will change the result of many fact-based appeals. A process which yields findings of fact that cannot pass the reasonableness standard of review will almost always be tainted by at least palpable error. For example, in *Equity Waste Management of Canada v. Halton Hills (Town)*, the court concluded that a finding of bad faith was unreasonable on the totality of the evidence. The court also found that the finding was the product of at least two palpable errors. Similarly, a finding of fact based on speculation and not logical inference will be subject to appellate correction not because the finding is unreasonable, although it clearly is, but because a process of fact-finding based on speculation is clearly wrong and, therefore, constitutes a palpable error: *Rodaro v. Royal Bank of Canada* (2002), 59 O.R. (3d) 74 at 94 (C.A.).

[307] The emphasis in *Housen* on the application of the “palpable and overriding” standard to the process by which findings of fact are made moves reasons for judgment to the centre of the appellate review stage. Reasons for judgment can be so cryptic or incomplete as to provide little or no insight into the fact-finding process. Where reasons

¹ These reasons do not address appellate review of jury verdicts. Those verdicts, which of course are not supported by reasons, are tested against a reasonableness standard: *McKinley v. B.C. Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161 at 191; *Marshall v. Watson Wyatt & Co.* (2002), 57 O.R. (3d) 813 at 819 (C.A.).

for judgment are so deficient that they effectively deny meaningful appellate review on a “palpable and overriding” standard, the inadequacy of the reasons may in and of itself justify appellate intervention: *Sheppard, supra*; *R. v. Braich* (2002), 162 C.C.C. (3d) 324 (S.C.C.).

[308] While inadequate reasons may short-circuit effective appellate review of fact-finding and thereby justify appellate intervention, detailed reasons for judgment, which fully explain findings of fact, make the case for a rigorous application of the “palpable and overriding” standard of review. Reasons for judgment which lay bare the fact-finding process at trial offer ample room for meaningful appellate review without resort to an evaluation of the reasonableness of the findings of fact made at trial.

[309] The reasons for judgment in this case are extensive, to say the least. They offer a full review of the evidence, detailed findings of fact, extensive explanations for those findings, and an insight into the evolution of the trial judge’s thought processes as this trial proceeded. The “palpable and overriding” standard of review as explained in *Housen* is made for reasons like those delivered by this trial judge. The reasons afford the appellants a meaningful right of appeal from findings of fact made at trial while at the same time demonstrating the wisdom of appellate deference to those findings of fact.

v. The Appellants’ “Unreasonableness” Argument

[310] The appellants rely heavily on the contention that this court could conduct a reasonableness review of the findings of fact made at trial. In particular, Mr. Lenczner argues that this court must consider whether specific findings were “reasonably supported by the evidence. Not unreasonably, but reasonably.” He invites the court to weigh the evidence on contested issues, submitting that in most cases the evidence of Morris stood alone against the evidence of many other witnesses and the contemporaneous documentation. For the reasons outlined above, we do not agree that it is our function to conduct an independent review of the evidence to determine whether the trial judge’s findings are reasonable. Rather, we must examine the reasons for “clear and palpable” error.

[311] In the course of his submissions, Mr. Lenczner also advocated a much broader basis for factual review. In written submissions filed in reply, he described the standard of review in these terms:

If a court has doubt whether a reasonable trier of fact, acting judicially could come to the conclusion the trial judge did, it must interfere. It cannot allow to stand a judgment it suspects as being unsafe.

[312] This “lurking doubt” standard of review has never been accepted in civil appeals. It is close to the polar opposite of the “palpable and overriding” standard of review. Indeed, the “lurking doubt” standard has even been rejected in criminal appeals from conviction where s. 686(1)(a)(i) of the *Criminal Code* mandates a reasonableness review of criminal convictions: *R. v. Biniaris*, [2000] 1 S.C.R. 381. We cannot review the findings of fact against this standard.

[313] Apart entirely from the various formulations of the standard of review articulated by counsel for the appellants, most of their fact-based arguments came down to an invitation to reweigh the evidence. As seductive as some of those arguments were, this court cannot do so.

[314] Mr. Lenczner’s submissions on the share sale are perhaps the best example of an argument that invites reweighing of the evidence. In his factum, Mr. Lenczner spent pages reviewing the evidence relevant to the alleged share sale. He went over much of the same ground in his oral argument. His review of the evidence was done without regard to the findings of fact made by the trial judge. Indeed, much of his review assumed findings of fact that were directly contrary to those made by the trial judge. For example, he referred to Morris as having admitted that he knew he signed a waiver of independent legal advice at the time of the alleged share sale. Morris testified that he knew no such thing and the trial judge believed him. Similarly, in counsel’s review of the evidence, he asserts that a meeting with a representative of Lasco on December 21, 1983 to advise him of the share sale was “suggested by Morris at the meeting on December 20”. The trial judge found, based on Morris’s evidence, that there was no meeting on December 20th and that Morris had no knowledge of the meeting with the Lasco representative.

[315] This court cannot ignore findings of fact made at trial. It must accept each and every finding of fact unless it is tainted by a palpable and overriding error. Much of the appellants’ argument on the facts ignores the requirement that appellate review take the facts as found by the trial judge unless on limited review of the facts there is cause to reject those findings.

[316] The appellants present this as a case where the evidence of Morris stood virtually alone against all of the other evidence. Although it is true, as the trial judge observed, that there was more evidence supporting Chester’s position on many of the contentious issues, we do not think that the trial judge’s crucial findings of fact rest solely on the evidence of Morris. That is not to say that if they did, they would be subject to reversal on appeal. A trial judge conducts a qualitative and not a quantitative analysis of the evidence.

[317] The trial judge’s ultimate preference for Morris’s version of events was based not on unquestioning acceptance of his evidence, but rather on a full assessment of the

competing versions of events and a careful consideration as to the appropriate inferences to be drawn from her primary findings of fact.

[318] Once again, the evidence concerning the share sale provides the best example of the complex nature of the fact-finding involved in this case. Morris testified that he had no idea that he signed documents purporting to sell his shares in IWS to Chester. Chester and Ennis testified that the sale was the product of long negotiations and that Morris knew exactly what he was signing. Clearly, the trial judge had to assess the credibility of these witnesses. In doing so, she had to look at the other evidence relating to the sale. Some of that evidence, for example Morris's signature on many documents relating to the transaction, offered potentially strong support for Chester's position. Other parts of the evidence, for example the evidence that the transaction and related lease as structured were grossly unfair to Morris, supported Morris's claim that he did not know about the sale or the lease. Still other evidence, for example Morris's conduct in the days and months following the sale, was equivocal and the inferences to be drawn from it depended very much on the trial judge's credibility assessments.

[319] As the trial judge's reasons demonstrate, she was alive to the competing versions of events and to the evidence of prior and subsequent events that could shed light on Morris's state of knowledge. She considered all of the evidence, made her credibility assessments and assigned the weight to the evidence she accepted that she deemed appropriate. In the end, she accepted Morris's version of events. Clearly, the mass of evidence did not all point that way. It was open to the trial judge on this evidence to find that Morris did know that he was signing documents referable to the share sale. Other triers of fact might, as the appellants urge this court to do, have placed reliance on the contemporaneous documents and found in Chester's favour. The acknowledgement that a finding for Chester would have been reasonable is, however, no basis upon which this court can interfere with the contrary conclusion reached by the trial judge.

[320] In the course of urging this court to redo the complex fact-finding exercise undertaken by the trial judge and to place more significance on certain parts of the evidence than did the trial judge, the appellants contend that the trial judge was obliged to make findings of credibility "in harmony with the objective contemporaneous documentation". We are unaware of any evidentiary hierarchy that requires a trier of fact to treat contemporaneous documents as the most probative form of evidence. Clearly, that kind of documentation was very important in this case. The trial judge's reasons reflect their significance. She referred at length to the mass of documentation placed before her. Sometimes she relied on contemporaneous documents to make findings of fact; sometimes she chose to make findings of fact that were not consistent with the contemporaneous documentation. For example, the trial judge relied on Linton's contemporaneous notes to reject the argument that the 1981-82 bonuses to Chester's sons

were agreed to before the Lasco transaction and were compensation for the sons giving non-competition agreements to Lasco.

[321] Where the trial judge did not give effect to contemporaneous documents, she provided detailed reasons for doing so. For example, in rejecting the argument that Morris's signature on the share sale documents demonstrated his knowledge of the sale, the trial judge referred to and accepted Morris's evidence that he habitually did not read or even look at documents presented to him for signature by Chester. The trial judge further found that Chester knew that Morris would not examine documents Chester gave him to sign and that Chester relied on Morris's usual practice when he placed the share sale documentation before him in December 1983. In view of these findings, the contents of the documents signed by Morris shed little, if any, light on what Morris knew about the share sale.

[322] The trial judge's acceptance of Morris's evidence that he did not read the share sale documents before he signed them was crucial to the outcome of the entire litigation. It is fair to say that other judges may have rejected this part of Morris's evidence and concluded that he did know, at least on some level, that he was selling his shares. A holding that a reasonable trier of fact could have relied on the documentation is, however, far from saying that the trier of fact was obliged to make findings that were consistent with the documentation. The documentation was part of the evidence and had to be considered along with the rest of the evidence.

[323] The appellants' submissions concerning the trial judge's interpretation of Morris's "notes from the grave" provide another example where this court was invited to consider the evidence afresh and draw its own conclusions rather than limit itself to a review of the trial judgment for "palpable and overriding" error.

[324] The notes were prepared by Morris in late January 1984 just before he went into the hospital for heart surgery. The notes were left with Wiseman and Taylor and were to be given to Morris's sons if he died. Morris testified that when he prepared the notes in late January, he knew that he had signed documents purporting to sell his shares in IWS. He was upset with the way Chester had treated him and was worried about his pending surgery. According to Morris, the notes reflected his confusion and distress. The appellants argued at trial that the notes clearly demonstrated that Morris knew he was selling his shares when he signed the documents and that he had come to regret doing so.

[325] Some of the notes are cryptic and ambiguous. Morris was examined and cross-examined at length on the meaning of the various items referred to in the notes. He testified that in the notes he was not distinguishing between what he knew by the end of January 1984 and what he knew when he signed the documents. He offered explanations for all of the items, none of which supported the appellants' contentions that he knew he was selling his shares. The trial judge analyzed this evidence over some sixteen pages in

her reasons. She acknowledged that parts of the notes could be read to support the contention that Morris knew he was selling his shares in December 1983. She found, however, that “read as a whole and in context” they supported Morris’s contention that he did not know what he signed and that he had been tricked by his brother and Ennis. In coming to that conclusion, the trial judge took into consideration Morris’s explanation of the notes, the vague and inarticulate nature of parts of the notes and Morris’s description of his state of mind when he prepared the notes.

[326] The appellants do not point to any error in the trial judge’s lengthy review of the evidence. Instead, they renew the positions advanced at trial. For example, Item 12 in the “notes from the grave” reads:

Paul [Ennis] did not explain the documents to me except to make sure I signed one that exonerated him.

[327] The appellants argued at trial, and again on appeal, that this note should be read as indicating that when Morris signed the document waiving independent legal advice, he knew what he was doing. The trial judge read this as indicating that by the time Morris wrote the “notes from the grave”, he appreciated that he had signed a document purporting to exonerate Ennis from any liability in connection with Morris’s signing of the documents. We see no palpable error in accepting Morris’s explanation of what he meant when he wrote the note. It is not for this court to second-guess the trial judge’s interpretation of the note.

[328] The appellants make similar submissions on the trial judge’s interpretation of Item 22 in the “notes from the grave”. It reads:

If I had known that the Centennial property was not included,
I would not have signed even under my condition.

[329] The appellants argue that this was an admission by Morris that he knew he was signing documents referable to the share sale. All parties agreed that this item, if read literally, made no sense. Centennial Parkway was included in the purported share sale in the sense that it was owned by IWS. Morris explained that in writing the note, he meant to say that he would not have signed the documents had he been given any information about their contents. Some might find this a strained interpretation of the words in Item 22. It was, however, the trial judge’s job to interpret the words. She was entitled to consider Morris’s explanation in coming to that interpretation. In assessing that explanation, she had the benefit of seeing and hearing Morris testify for many days. She could assess his facility with the English language and factor that assessment into her interpretation.

[330] The appellants have failed to demonstrate that the trial judge’s treatment of the “notes from the grave” reveals any “palpable and overriding error”.

[331] In summary, this section of our reasons makes two points: first, the trial judge’s findings of fact and credibility must be examined not against the reasonableness standard of review, but against the standard of palpable and overriding error; and second, our examination of the record reveals no such error.

[332] However, we do not want to leave the impression that the appellants’ attack on the trial judge’s findings would have succeeded had we used a reasonableness standard of review. It would not. In our view, all of the trial judge’s fundamental findings are reasonably supported – indeed, usually amply supported – by the trial record. To show this we take but one example, one we have used earlier: the trial judge’s finding that Morris did not know he was signing away his interest in IWS or signing the accompanying lease. As we have said, other trial judges might have taken a different view of the evidence, but unquestionably Morris’s evidence combined with the unfair terms of the sale transaction and the even more unfair terms of the lease, reasonably, even amply, supported the trial judge’s finding.

[333] We end this section with this observation: although “reasonableness” and “palpable and overriding error” are different standards of review they are not entirely distinct. The application of the one may inform the application of the other. So in this case, our conclusion that the trial judge’s fundamental findings are reasonably supported by the evidence confirms, to a large degree, our principal conclusion that none of these findings is tainted by a palpable and overriding error.

vi. The Processing Error Argument

[334] In addition to the all-out attack on the reasonableness of virtually all of the trial judge’s crucial findings on the central factual issues, the appellants also contend that the trial judge made innumerable processing errors in the course of her reasons. The phrase “processing errors” is borrowed from *Keljanovic Estate v. Sanseverino, supra*, at 489-90 where O’Connor J.A., for the majority, said:

The second kind of error that may warrant appellate interference is what might be called a “processing error”, that is an error in processing the evidence that leads to a finding of fact. This type of error arises when a trial judge fails to appreciate the evidence relevant to a factual issue, either by disregarding or misapprehending that evidence. When the appellate court finds such an error it must first determine the effect of that error on the trial judge’s reasoning. It may interfere with the trial judge’s finding if it concludes that the

part of the trial judge's reasoning process that was tainted by the error was essential to the challenged finding of fact.

[335] The appellants argue that there was no evidence to support various findings of fact made by the trial judge. Clearly, a finding of fact in the absence of any evidence is a processing error of a most serious kind and constitutes a palpable error. It may or may not be an overriding error: *Schwartz, supra*, at 281.

[336] Many of the "no evidence" submissions made by the appellants are, on closer examination, arguments that there was not enough evidence to support findings of fact made by the trial judge. The sufficiency of evidence is not open to review. Two examples from the many submissions made by counsel will suffice to make this point. The appellants maintain that there was no evidence that Morris's health in any way affected his cognitive functions in December 1983 when he signed the share sale documents. In the course of their submissions, the appellants, however, had to acknowledge that evidence from Shirley, Morris's wife, did support the contention that Morris was distracted and unable to concentrate in December 1983 because of his health concerns. Michael and Morris gave evidence to the same effect. The trial judge was entitled to accept the evidence of Shirley, Michael, and Morris. A finding based on that evidence cannot be characterized as a finding without evidentiary support.

[337] Similarly, the appellants argue that there was no evidence to support the trial judge's conclusion that Chester's sons signed the necessary consents to the transfer of the SWRI shares when it was reorganized. Hayman gave evidence that it was his usual practice to obtain such consents, although he had no recollection of what had happened in this case. Evidence that Hayman acted in a certain way in performing routine legal duties is evidence that he acted in accordance with that habit on a particular occasion. That evidence of practice may not be particularly strong evidence does not mean that it amounts to no evidence.

[338] Other "no evidence" submissions made by the appellants mischaracterize the nature of the challenged finding of fact made by the trial judge. For example, the appellants argue that there was no evidence to support the trial judge's finding that Morris was not financially astute and was virtually incapable of understanding complex legal and financial matters. The appellants refer to evidence of many instances where Morris was very involved in complex business dealings.

[339] As Mr. Harrison, counsel for Morris, demonstrated, however, the trial judge did not make the broad finding that Morris was generally incapable of understanding complex business negotiations and transactions. Rather, she found that insofar as the affairs of IWS were concerned, the natural abilities of Chester and Morris led to a clear division of responsibility between the two of them. This division of authority extended to

Morris's personal finances, which in his mind were not distinct from those of IWS. Chester assumed responsibility for financial and legal matters. Morris was not sophisticated in such matters and trusted Chester totally, leaving decisions in those realms entirely to Chester. Morris assumed responsibility for overseeing the physical operation of the business. The trial judge found that it was this division in authority, combined with Morris's total trust in his brother that rendered Morris vulnerable to Chester's deception. There was ample evidence from sources as diverse as Linton, Taylor and Michael to support these findings of fact.

[340] Some of the appellants' submissions that the trial judge ignored relevant evidence fail on a more basic level. Evidence that the appellants claim was ignored by the trial judge was in fact referred to, often more than once, by the trial judge in her reasons. These references demonstrate that the trial judge did not ignore the evidence. To the contrary, she considered it and rejected it as she was entitled to do.

[341] For example, Chester argued at trial that the terms of the 1983 lease included IWS's assumption of potentially very significant environmental liabilities. On appeal, the appellants argued that the trial judge ignored this evidence when considering whether the terms of the lease made good business sense for both Morris and Chester. In fact, the trial judge referred to this evidence on more than one occasion and gave reasons for rejecting Chester's evidence that IWS's assumption of potential environmental liabilities was part of the lease arrangements.

[342] On a first reading, the trial judge's reasons are impressive in both their thoroughness and lucidity. Repeated rereading of those reasons, with the benefit of thirteen days of oral argument and hundreds of pages of written argument, strengthens the initial impression. There is no basis for finding that the trial judge made important factual findings without any evidentiary support.

[343] A second "processing error" alleged by the appellants is the failure of the trial judge to consider relevant evidence. The failure to consider relevant evidence can amount to a palpable error if the evidence was potentially significant to a material finding of fact. The appellants bear the onus of demonstrating a failure to consider such evidence. The mere absence of any reference to evidence in reasons for judgment does not establish that the trial judge failed to consider that evidence. The appellants must point to something in the trial record, usually in the reasons, which justifies the conclusion that the trial judge failed to consider certain evidence.

[344] When assessing an argument that a trial judge failed to consider relevant evidence, it is helpful to begin with an overview of the reasons provided by the trial judge. If that overview demonstrates a strong command of the trial record and a careful analysis of evidence leading to detailed findings of fact, it will be difficult for an appellant to suggest that the mere failure to refer to a specific piece of evidence demonstrates a failure to

consider that evidence. The failure to refer to evidence in the course of careful and detailed reasons for judgment suggests, not that the trial judge ignored that evidence, but rather that she did not regard that evidence as significant. The reasons for judgment in this case leave no doubt that the trial judge knew this record, appreciated the contentious factual issues, and understood the positions of the parties and the evidence they relied on.

[345] The trial judge, as she acknowledged in her reasons, did not refer to all of the evidence. No one would expect her to do so. For example, in considering the fairness of the lease allegedly entered into at the same time as the share sale, the trial judge made no reference to a lease for the same property entered into between IWS and Philip some ten years later. The appellants argue that the absence of any reference to this evidence demonstrates that the trial judge ignored it. We take the absence of any reference to this evidence as an indication that it had no significance to the trial judge in her consideration of the business efficacy of 1983 lease. This sorting of the evidentiary wheat from the chaff is the essence of the trial judge's job.

[346] The appellants allege a third kind of processing error, which they describe as a failure to make consistent findings of fact. For example, they argue that the trial judge rejected outright the evidence of Linton wherever it assisted the appellants, but accepted those parts of his evidence that offered some support for Morris. As we understand this submission, the appellants argue that these inconsistent conclusions demonstrate that the trial judge treated the evidence differently depending on whether it helped or hurt the appellants.

[347] We reject the premise of this argument. Consistency is not necessarily a hallmark of sound judicial fact-finding. Triers of fact must consider the entirety of the evidence of a witness in the context of the rest of the evidence that impacts on various parts of that witness's testimony. It is quite common for triers of fact to accept some, but not all, of a witness's testimony. For example, the trial judge accepted the part of Linton's testimony concerning the 1981-82 bonuses because that testimony was supported by credible documentation produced during the trial. She rejected other parts of Linton's testimony, for example his evidence concerning Greycliffe, because it was inconsistent with other evidence that she accepted and was not supported by the documentation. The trial judge's conclusion that Linton's evidence should be accepted in some areas and rejected in others not only does not reveal any processing error, but also offers strong support for Mr. Harrison's contention that the trial judge engaged in a careful and critical analysis of the entirety of the evidence.

[348] A fourth processing error alleged by the appellants is the failure of the trial judge to make what the appellants described as "essential" findings of fact. In support of this submission, the appellants referred to the trial judge's failure to make any finding on whether the amounts of the 1982 bonuses were filled in on the minute referable to those

bonuses when it was signed by Morris. The appellants contend that the trial judge had to make a finding on this factual issue before she could properly determine whether Morris knew about the bonuses.

[349] We agree with the contention that a failure to make findings of fact that are essential to the ultimate determination of the issues in dispute amounts to a palpable and overriding error. We disagree, however, that the finding referred to above was an essential finding of fact. There was no evidence before the trial judge concerning the circumstances in which the minute was signed or the contents of the minute when it was signed. Morris, while acknowledging his signature, had no idea when and how he came to sign it. Neither Chester nor any of his witnesses gave any evidence about the circumstances surrounding the signing of the minute or its condition when it was signed. On the state of the evidence, and of course depending on her credibility assessments, it was open to the trial judge to conclude that whether or not the amounts were on the document when it was signed, Morris did not know about the bonuses. Indeed, on the evidence that she found credible, there was no basis upon which she could come to any conclusion on whether the amounts had been filled in on the minute before it was signed by Morris.

[350] A fifth processing error relied on by the appellants arises out of the trial judge's alleged misuse of her rejection of evidence given by Chester and others in support of Chester. The appellants contend that the trial judge used the rejection of that evidence as evidence of the contrary facts. For example, Ennis and Chester testified that they were unaware of any medical problems that Morris was having in the fall of 1983. The trial judge rejected this evidence, but according to the appellants went on to use the rejection of this evidence as evidence that they in fact knew that he had serious medical problems in the fall of 1983.

[351] Evidence that is rejected by the trier of fact has no evidentiary value and cannot be used as a basis for findings of fact: *R. v. Hibbert* (2002), 163 C.C.C. (3d) 129 at 148-52 (S.C.C.); *R. v. O'Connor* (2002), 170 C.C.C. (3d) 365 at 374-77 (Ont. C.A.). It would have been palpable error had the trial judge used the rejection of evidence given by Chester and Ennis as a basis for a finding that they knew Morris's health was precarious in the fall of 1983. There was, however, ample evidence from other sources to support that finding. Members of Morris's family and at least one other business associate gave evidence of Morris's obvious ill health in the fall of 1983. Morris fainted and had to be taken to the hospital in October 1983. Chester was aware of this incident. It was open to the trial judge, in the face of the evidence that Morris met and dealt with Chester and Ennis on a daily basis, to conclude that what was obvious to others concerning Morris's health would also be obvious to Ennis and Chester. This evidence provided ample support for the trial judge's finding at para. 641 that:

Morris's health problems were becoming more evident in the fall of 1983. Chester knew Morris was feeling the strain both physically and mentally.

[352] The rejection of the contrary evidence offered by Chester and Ennis, of course, made it easier for the trial judge to draw the inferences she did from the evidence she accepted.

[353] Mr. Lenczner also argues that the trial judge used her rejection of Chester's explanation for not obtaining an independent valuation of the IWS shares before the share sale as positive evidence that Chester did not obtain that valuation because it would have brought the previous bonuses and profit diversions to Morris's attention. Mr. Lenczner argues that this is another instance in which the trial judge used the rejection of evidence as the basis for a finding of fact.

[354] We do not agree with this submission. It was common ground that no independent valuation of IWS was obtained in connection with the share sale, although one had been obtained earlier in connection with the possible estate freeze. The question for the trial judge was what inference, if any, should be drawn from the absence of an independent valuation? Chester's evidence that there was no need for an independent valuation because he and Morris knew the value of IWS was rejected by the trial judge as an explanation for not obtaining an independent valuation. She was left to decide what inference should be drawn from the absence of any valuation without regard to Chester's rejected explanation. There was evidence that Linton had warned Chester as early as February 1982 that the bonuses might not survive outside scrutiny. In assessing what inference to draw from the absence of any independent valuation, the trial judge was also entitled to consider the evidence, which she accepted, that the amount paid to Morris for his shares was well below fair market value. This evidence supported the inference that an independent valuation might well bring to light matters that Chester preferred left in the dark. The inference which the trial judge drew from the absence of an independent valuation of the IWS shares flowed from the evidence she accepted, not from her rejection of Chester's evidence.

[355] Although evidence rejected as unworthy of belief has no evidentiary value, a finding that a party has fabricated evidence can be used as evidence against that party. The trier of fact cannot infer fabrication simply because evidence is rejected as untrue. There must be evidence of fabrication: *R. v. O'Connor, supra*.

[356] The trial judge found that Chester and Robert fabricated evidence. For example, Chester alleged that he gave a cheque for \$1 million to Morris in connection with the share sale on January 4, 1984. To support that evidence, he produced a carbon copy of a bank deposit slip showing a deposit of \$1 million into Morris's account. The trial judge

concluded that the deposit slip was a forgery. She gave reasons for that conclusion, which included (1) the absence of any other supporting banking documentation, although Chester, through IWS, had possession of Morris's banking records until well after the litigation began, and (2) Taylor's evidence that Morris deposited a \$500,000 cheque from IWS and not a \$1 million cheque from Chester into his account on January 4, 1984.

[357] The evidence accepted by the trial judge permitted the inference that the bank deposit slip was forged. That finding, considered in conjunction with the other relevant findings, permitted both a rejection of Chester's evidence as untrue and a finding that he did not make a \$1 million payment to Morris on January 4, 1984.

[358] No trial of this length and complexity will ever be error-free. Cloistered appellate counsel with months to pour over the trial record will find mistakes in the trial judge's processing of the evidence. We are satisfied, however, that none of those uncovered on this appeal rises to the level of "palpable and overriding" error.

vii. Alleged Errors in Credibility Assessments

[359] Although the "palpable and overriding" standard of review applies to all factual findings, *Housen*, at 254-55 recognizes that findings of fact grounded in credibility assessments will be particularly difficult to disturb on appeal. Credibility assessments are inherently partly subjective and reflect the life experience of individual judges and their own perception of how the world works. Credibility assessments are also grounded in numerous, often unstated considerations which only the trial judge can appreciate and calibrate.

[360] Deference to the findings of credibility includes giving full force and effect to those findings. An allegation that a trial judge has made a palpable and overriding error in assessing a witness's credibility can only be evaluated by examining the entirety of the record touching on that credibility assessment. Where a trial judge advances several reasons for rejecting a witness's testimony in its entirety as incredible, a demonstrated error in relation to just one of those reasons will not necessarily warrant reversal of the credibility assessment.

[361] The trial judge's assessment of Robert's credibility makes this point. The trial judge disbelieved Robert's evidence on virtually every contentious issue. On her findings, Robert's conduct from the middle of 1988 forward was thoroughly dishonest. Her rejection of his evidence reflects the cumulative assessment of his credibility.

[362] The appellants fasten on the trial judge's disbelief of Robert's evidence that he did not remove documents from Hayman's file on SWRI. In making this specific credibility finding, the trial judge relied on a single, ambiguous answer given by Robert in cross-examination as evidence that he admitted he may have removed the documents. We

think she misapprehended this evidence. We are, however, satisfied that this mistake had no effect on her overall assessment of Robert's credibility or her findings of fact. Even if she was wrong in finding that Robert removed the documents, this did not affect her findings that the documents existed and at some point had been removed from the file.

[363] In disbelieving Robert on virtually every significant fact, the trial judge relied on her finding that Robert had stolen documents, forged documents to induce Philip to breach its contract with SWRI, and had failed to produce and perhaps destroyed relevant Greycliffe documentation. We have no doubt that she would have arrived at exactly the same position on Robert's credibility had she not misunderstood his answer concerning the removal of documentation from Hayman's file. A single isolated misapprehension of one bit of the evidence does not justify interfering with the trial judge's rejection of Robert's evidence as incredible on issues as diverse as the payment of the bonuses, the operation of Greycliffe, and the operation of SWRI.

[364] Although credibility assessments, especially powerful ones such as those made in this case, are difficult to reverse on appeal, they are not immune from appellate review. For example, a credibility finding that is arbitrary in that it is based on an irrelevant consideration or tainted by a processing error can be set aside on appeal.

[365] The appellants contend that several of the trial judge's findings of credibility reflect these kinds of errors. We reject those submissions. For the most part, these arguments reflect a misapprehension of what the trial judge said or refer only to part of the basis upon which the trial judge made the challenged finding of credibility.

[366] For example, the appellants contend that Kumer's evidence was found to be unreliable based entirely on the fact that Chester had provided financial assistance to Kumer in 1979-80 when he was having trouble with the tax department. The appellants submit that the trial judge found that because Kumer received this assistance in 1979, he was prepared to lie in his testimony for Chester many years later. Counsel refer to this finding of credibility as "irresponsible" and arbitrary.

[367] Assuming that a disbelief of Kumer based entirely on the financial assistance provided some years earlier by Chester would constitute an arbitrary finding of credibility, that is not what the trial judge did. Kumer, like Chester and his sons, gave evidence that the 1981-82 bonuses to Chester's sons had their genesis before the completion of the Lasco transaction in 1980 and provided compensation for the boys in exchange for their non-competition agreements. The trial judge concluded, primarily on the basis of the evidence of Linton and certain documents produced for the first time during the trial, that the decision to pay these bonuses post-dated the Lasco transaction and had nothing to do with the non-competition clauses. This finding was open to the trial judge and was buttressed by the evidence of Morris and the common sense observation that Chester's young sons hardly seemed entitled to half of the profits

realized from the sale of two divisions of a company built by the combined lifetime efforts of Chester and Morris.

[368] Having found that Kumer lent his voice to a fabricated explanation for the 1981-82 bonuses, the trial judge rejected his evidence as unreliable. She rejected his evidence not only as it related to the 1981-82 bonuses, but also as it related to other material matters in dispute such as Morris's knowledge of the relationship between Greycliffe and IWS. Rejection of the entirety of the contentious parts of a witness's evidence based on a finding of a single material, deliberate falsehood is not arbitrary. Juries are routinely told that they may reject a witness's evidence in its entirety if they are satisfied that that witness has deliberately lied to them on a material matter.

[369] The appellants allege various other processing errors, which they say undermine all of the crucial credibility findings. Various combinations of processing errors are put forward in relation to various credibility findings. We do not propose to address each and every one of these arguments. Mr. Lenczner's detailed submissions directed at the trial judge's rejection of Wiseman's evidence concerning his alleged discussions with Morris between December 26, 1983 and the end of 1983 are typical of this category of the appellants' arguments. We will address those submissions in some detail.

[370] Wiseman testified that Morris told him on December 26th that he had sold his shares to Chester. Morris was upset. According to Wiseman, he and Morris discussed the sale on several occasions between December 26th and the end of the year. Wiseman further testified that Morris produced the share sale documents on December 28th and that he, Morris, and Taylor went over the documents.

[371] Morris denied that he had any discussions with Wiseman concerning the share sale before the end of 1983. On his evidence, he only became aware of the share sale in early 1984. He testified that he did not see the share sale documents until much later.

[372] The trial judge rejected this part of Wiseman's evidence. In doing so, she referred to:

- the inconsistencies between his trial testimony and his discovery;
- an inconsistency between his trial testimony and an affidavit he swore in October 1988; and
- the inconsistency between his trial testimony and a notation on the October 1988 affidavit.

[373] Mr. Lenczner contends that the trial judge's rejection of Wiseman's evidence has no proper foundation in the record. He argues that the inconsistencies are so trivial as to be non-existent, that the finding ignores Wiseman's status as a "professional" and finally, that the notation referred to by the trial judge on the October 1988 affidavit was not made by Wiseman and, therefore, could have no relevance to his credibility.

[374] Mr. Harrison responds that the trial judge's rejection of this part of Wiseman's evidence is not only free from any palpable and overriding error, but is also firmly rooted in the evidence. He begins with the sound proposition that one's status as a "professional" does not permit any presumption about the credibility of that person's evidence. He then submits that Wiseman testified at trial that Morris gave him the share sale on December 28, 1983. His trial testimony was very specific. At discovery, Wiseman was much less certain as to when he received these documents. In his October 1988 affidavit, he said that he had received them "in about January 1984".

[375] Mr. Harrison argues that these answers reveal inconsistencies that were potentially significant. In any event, he submits that the significance of the inconsistencies was for the trial judge and not this court.

[376] Mr. Harrison does not suggest that the notation on the October 1988 affidavit could assist in assessing Wiseman's credibility. Wiseman was not the author of the notation. To this very limited extent, the trial judge's reasons are in error, although it must be said that it is not at all clear that the trial judge relied on the notation in assessing Wiseman's credibility.

[377] Mr. Harrison further contends that in considering whether the trial judge's rejection of Wiseman's evidence reveals "palpable and overriding" error, this court must look beyond the factors specifically referred to by the trial judge in rejecting that part of Wiseman's evidence. Mr. Harrison says that the court must look to the evidence accepted by the trial judge. He refers to Taylor's evidence denying any meeting on December 28th and to the unchallenged evidence that Morris went into the hospital for an angiogram on December 28th and was indisposed for several days. Mr. Harrison submits that this evidence was accepted by the trial judge and that Wiseman's evidence concerning the events between December 26th and the end of the year simply cannot stand with that evidence.

[378] Lastly, Mr. Harrison urges the court to have regard to the trial judge's overall assessment of Wiseman's credibility in considering whether her credibility finding on one part of his evidence reveals "palpable and overriding" error. For example, based on the evidence of Ray Harris, an expert called by Taylor Leibow, the trial judge found that Wiseman was not being truthful when he attempted to explain why he had not included a related party note for Greycliffe in the 1982 IWS financial statement. Mr. Harrison submits that having found that Wiseman engaged in a deliberate falsehood on a material issue, it was entirely appropriate for the trial judge to take a negative view of his credibility on other material issues, especially where that evidence was contradicted by witnesses, like Taylor, whose overall credibility was accepted by the trial judge.

[379] The competing arguments with respect to the trial judge's finding that Wiseman's evidence was not credible as it related to the events between December 26 and December 31, 1983 demonstrate the following:

- The trial judge had a difficult credibility assessment to make. There were reasons to believe Wiseman's testimony and there were reasons to question his credibility.
- Counsel diligently and effectively presented the competing positions before the trial judge.
- The trial judge had a firm grasp of the trial record and the positions of the parties. Any deficiencies in her recollection or understanding of the evidence were insignificant.

[380] In the end, we see no reason to interfere with her assessment of Wiseman's credibility, or her many other similar assessments. There was nothing arbitrary about her assessment, it did not reflect any significant misapprehension of the evidence, and it was not the product of an unfair balancing of the relevant credibility considerations. This trial judge may have attached more or less significance to certain factors going to the witnesses's credibility than other trial judges. It was her responsibility to decide how much weight should be given to the various factors. We are being asked to recalibrate her assessment of those factors. We cannot do so.

[381] The appellants have not demonstrated any basis on which this court can interfere with the powerful credibility assessments made by the trial judge.

B. The Grounds of Appeal in the Main Action

i. Factual Issues in the Main Action

[382] We turn now from the appellants' broad attacks to their specific challenges to the core findings of fact in the main action. These arise in the five most important episodes in the relationship between Morris and Chester, which were so carefully scrutinized in the main action. We have already dealt with a number of these challenged findings in addressing the appellants' broad arguments. We do so again in order to address the specific challenges raised by the appellants.

[383] The first episode concerned the 1979 bonuses. The trial judge found Chester liable to Morris both for breach of fiduciary duty and, together with IWS, under s. 248 of the *OBCA* in connection with the 1979 bonuses. Judgment was granted against Chester and IWS for \$125,000. Morris was also granted a tracing order to determine whether any of the \$125,000 in bonuses declared in 1979 remains in the hands of persons other than a *bona fide* purchaser for value. In this connection (as with the other tracing orders made), the trial judge declared that Chester's sons, Robert, Warren, and Gary, are not *bona fide* purchasers for value.

[384] The second episode concerned the 1981 and 1982 bonuses. The trial judge found Chester liable to Morris for breach of fiduciary duty in connection with those bonuses. She found Chester and IWS liable to Morris under s. 248 of the *OBCA*. She also found Chester's sons liable to Morris under s. 248 and for knowing receipt of the bonus monies they each received for these two years.

[385] She quantified the relief against Chester and IWS at \$2,312,000, which represents Morris's fifty per cent of the bonuses declared for those two years less the amount Morris actually received as bonus monies for these years. She also ordered that Morris could trace the bonus payments and recover them by a constructive trust or personally against Chester and IWS. She ordered Chester's sons to pay to Morris the sums of \$622,000, \$936,000 and \$500,000 respectively, provided that ultimately Morris recovered no more than \$2,312,000 in connection with the bonuses for these two years.

[386] The third episode, and by far the most important, was the agreement that Chester said he made with Morris in December 1983 to buy Morris's shares in IWS. The trial judge found that Chester's actions in this connection made him liable to Morris for breach of fiduciary duty, undue influence, unconscionability and pursuant to s. 248 of the *OBCA*. She also found IWS liable to Morris pursuant to s. 248.

[387] By way of remedy, the trial judge ordered that Chester held these shares on constructive trust for Morris from December 22, 1983 onward, and she ordered that they be transferred to Morris as of June 27, 2002, the date of the trial judgment. She also ordered that Morris's lost profits during the period of constructive trust be quantified and that Morris is entitled to judgment against Chester and IWS for this amount or to trace these profits into the hands of persons other than a *bona fide* purchase for value without notice.

[388] In this episode, the trial judge also dealt with the lease to IWS signed in December 1983 as part of the share sale. She found Chester liable to Morris and Morrision for breach of fiduciary duty, undue influence, and unconscionability in connection with that lease. She also found both Chester and IWS liable to Morris and Morrision under s. 248 of the *OBCA*. However, given that the loss to Morris and Morrision from this lease constituted a gain to IWS and that she had restored Morris to his ownership position in IWS, the trial judge did not order a separate remedy based on the lease.

[389] The fourth episode addressed the profit diversions. The trial judge found Chester liable to Morris for breach of fiduciary duty, knowing assistance, and under s. 248 of the *OBCA* in connection with the profits diverted from IWS to Greycliffe and four other companies through which Robert provided trucking services to IWS. She also found IWS, Robert, and Robert's companies liable to Morris under s. 248. She quantified Morris's fifty per cent of these profit diversions at \$1,180,073 and ordered personal judgment in this amount against Chester, IWS, and Robert. She also ordered judgment

against Robert's companies in the amounts of the profits diverted to them. She granted Morris a tracing order in connection with these diversions.

[390] The final episode involves the Ancaster property. The trial judge found Chester liable to Morris for breach of contract in connection with the Ancaster property and awarded Morris damages of \$98,000.

[391] Our evaluation of the appellants' specific attack on the fact-finding by the trial judge must be made in the context of the proper role of appellate review of facts as found at trial, which we have already described. The appellants argue that the trial judge was palpably wrong in her assessment of Morris, and in determining the fundamental facts that underpinned her conclusions in each of the episodes we have just outlined. We will deal with each of these episodes in turn.

(a) Morris's Financial Abilities

[392] The appellants' attack is the finding, made in a number of different ways, that Morris had a relative lack of sophistication in financial matters. The appellants contend that the evidence compelled the opposite conclusion and that, given his financial astuteness, Morris surely knew he was agreeing to the bonus allocations, the share sale including the lease, and the profit diversions to Robert's companies.

[393] Although there was evidence from which the trial judge might have drawn the conclusion urged by the appellants, there was clearly ample evidence to sustain the conclusion that she reached. There is no doubt that Chester, not Morris, ran the financial affairs of IWS. Taylor, the company's accountant, dealt with Chester, not Morris, regarding such matters. Linton, the company comptroller, did the same and knew that Morris had no interest in or understanding of corporate tax matters. Others carried on aspects of Morris's personal banking for him. Michael testified about his father's limitations in this area. Indeed, Morris did so himself. Most importantly, the trial judge heard evidence over fifteen months that painted a picture of Morris's business abilities. She heard Morris testify over almost twenty-five days about many subjects that necessarily revealed his limited financial abilities. She was uniquely placed to draw the conclusion she did. It is not palpable error; indeed it is well-founded.

(b) The 1979 Bonuses

[394] The appellants attack the basic findings of the trial judge concerning the 1979 bonuses, namely that Chester had never discussed them with Morris, and that Morris never agreed to them and indeed was unaware of them. The appellants point to Chester's evidence (that he discussed the 1979 bonuses with Morris and they agreed by early 1980 at the latest that all \$250,000 would go to Chester's sons) and Morris's signature in three places on the 1979 bonus minute as necessitating the opposite finding.

[395] However, Chester's version of events was contradicted by contemporaneous documentation produced by Linton and Ennis, which made clear that the 1979 bonuses were the result of a reallocation of a prior allocation of those bonuses and that this reallocation was not made until April 1981.

[396] Moreover, Morris said he did not know about the 1979 bonuses until after the litigation began. His view that he and his brother should be building the company for the equal benefit of his sons and Chester's sons was entirely inconsistent with his agreeing to the 1979 bonuses going entirely to Chester's sons as Chester alleged. As to his signature on the bonus minute, there was ample evidence of Morris's practice of signing corporate documents brought to him by Chester without reading them, which is exactly what he said happened in this instance.

[397] In all the circumstances, the conclusion of the trial judge that Morris neither knew about nor agreed to the 1979 bonuses is not palpably wrong. It is eminently supportable.

(c) The 1981 and 1982 Bonuses

[398] One of the main issues in this action involves the bonuses allocated and paid by IWS for 1981 and 1982. These bonuses totaled \$6.6 million: \$3.3 million for each of the two years. For each of these two years, Morris and Chester were each to receive \$700,000 and Chester's sons, Warren, Robert and Gary were to receive \$550,000, \$600,000 and \$500,000 respectively.

[399] The appellants do not contest the trial judge's finding that this \$6.6 million represented the proceeds of two sales by IWS in which it sold its refuse division and its ferrous division. However, their fundamental challenge is to the findings that Morris did not know about these allocations, had no discussions with Chester about them and did not agree to them. The appellants argue that these findings fly in the face of the evidence of Chester, his sons, and his brother-in-law, Kumer, and most importantly the two corporate minutes recording the allocations for these years. Morris signed each minute in three places. The appellants contend that the findings are palpably wrong and must be reversed, thus sustaining the validity of the bonuses.

[400] We disagree with the appellants. There was ample evidence supporting the trial judge's findings and contradicting the story told by Chester, his sons and Kumer. That story was that the bonus allocations were all discussed with Morris and settled before the closing of the sale of the ferrous division in September 1981. However, Linton's evidence, supported by contemporaneous documentation from both himself and Ennis, made clear that the idea for the final allocation of these bonuses originated with Linton, not Chester, and was not raised until October or early November 1981. Although he discussed the idea with Chester, he never did so with Morris.

[401] Although Morris acknowledged his signatures on the corporate minutes, he could not recall signing them. His evidence was that he did not read the minutes, no one told him about the bonus allocations, and he did not agree to them. The trial judge accepted this. In our view, it was clearly open to her to do so.

[402] In addition to Morris's own evidence, there was evidence of his pattern of signing corporate documents in the appropriate place when asked to do so, but without reading their contents. There was evidence from Wiseman that when he told Morris about the 1981 and 1982 bonuses in early 1985, he believed that Morris was learning of this for the first time. Moreover, there was the fact that Morris raised no complaint about the allocations until 1985, which was completely inconsistent with his knowing about them at the time. It is inconceivable that Morris would have accepted, without protest, a distribution of the proceeds of the sale of two divisions created in large part through his own efforts where the allocation was so skewed towards Chester and his sons.

[403] The appellants rely heavily on Morris's signatures on the two corporate minutes to demonstrate that Morris must have known of these bonus allocations. However, there was no evidence from anyone about the circumstances under which Morris signed. The trial judge could not know whether he was hurried and distracted and simply followed his previous pattern of signing corporate documents or whether he had time to calmly review the corporate minutes. The corporate signatures themselves, even where the allocations are on the same page an inch or two above those signatures as in the 1981 minutes, do not compel the conclusion that Morris knew of them, let alone agreed to them.

[404] In summary, there was a clear evidentiary foundation for the trial judge's findings about Morris's lack of knowledge of these bonus allocations. She made no palpable error in making them.

[405] The appellants also quarrel with the trial judge's finding that these bonuses were a distribution of shareholder equity arising from the sale of the two divisions of the company and the further finding that there was no valid business reason for allocating millions of dollars to Chester's sons. However, here again there was significant evidence in support of these findings. Linton said exactly this in his testimony: he could see nothing to justify these bonuses to Chester's sons. The divisions that were sold had been built over forty years. Chester's sons were young men in their mid-twenties who had been with IWS for relatively short periods of time and for whom these bonuses represented exorbitant payments. The trial judge was perfectly justified in concluding that neither their services nor the non-competition agreements they signed as part of the two sales warranted these payments. She was equally justified in finding that these bonuses represented a distribution of shareholder equity.

[406] In short, we conclude that the fact-finding of the trial judge in connection with the 1981 and 1982 bonuses is well-founded and does not constitute palpable and overriding error.

(d) The Share Sale and Lease

[407] The share sale and the trial judge's findings of fact in connection with it are at the heart of this appeal.

[408] The trial judge's core conclusion is that Morris did not participate in any negotiations to sell his shares and had no idea, when he was asked to sign the documents on December 22, 1983, that he was selling his shares or signing a lease. The appellants attack these findings and argue that they must be set aside and indeed reversed.

[409] The trial judge came to these conclusions in the context of a very careful and detailed review of the evidence about the share sale and its aftermath. That evidence covered the seven years from 1982 to 1989. Her review, complete with numerous footnoted references to the evidence, encompasses some 740 paragraphs and 190 pages of her reasons for judgment as reported. In evaluating the appellants' attack on the trial judge's findings, three considerations, which we have already discussed in detail, must be kept in mind.

[410] First, as with every other major episode in this very long trial, the trial judge was presented with two starkly different versions of events.

[411] Chester, supported by Ennis, said that he and Morris negotiated the terms of the share sale over a series of meetings running from the summer of 1982 through to December of 1983. Morris then executed the agreements at two meetings on December 20 and 22, 1983 at which the documents were reviewed in detail. Thereafter, for a number of years, Morris conducted himself in a way that revealed that he was fully cognizant of the deal when he signed and that this conduct also constituted his ratification of it.

[412] On the other hand, Morris said that he had no negotiations with his brother concerning the sale of his shares. When he was asked to go to Ennis's office on December 22, 1983 he was distracted by his own health problems and his imminent angiogram. He assumed that he was simply being requested to sign routine corporate documents. Receiving no contrary explanation, he signed as he was asked, without reading the documents, just as he had done many times before. Only on January 5, 1984 did he learn what the documents contained and thereafter he consistently and vehemently told his brother that he had to straighten out what had happened and restore Morris's fifty per cent ownership of the company.

[413] The fact-finding required of the trial judge was thus necessarily shaped by the parties, presenting as they did these fundamentally contradictory scenarios. In determining the facts surrounding the share sale, any choice of a third scenario lying between these stark alternatives would have faced the practical difficulty that neither side was saying that it happened that way. Indeed, Mr. Lenczner argued that this court (and therefore presumably the trial judge) could not determine that the truth lay somewhere between the two alternatives – for example that although there had been no negotiations, at some level Morris knew on December 22nd that he was signing away his shares. He submitted that to find these to be the facts and attach legal consequences to them would deprive Chester of due process since Morris had not pleaded his case on this basis. Thus, while the trial judge was certainly not bound to choose one story or the other, the way the evidence about the share sale was presented is a relevant factor in considering whether her finding that it happened as Morris described was palpably wrong.

[414] Second, in making her fundamental findings, the trial judge was also guided by her overall credibility assessments of the major witnesses. These assessments were reached over the fifteen months of the trial and, with Morris and Chester, after seeing each of them in the witness box for a number of days. Particularly in connection with the share sale, much of her task required her to weigh Morris's word against Chester's. The trial judge was left with no doubt in her general assessment of their credibility: overall, she found that Morris was credible and Chester was not. Indeed, by the end of the trial she had concluded that Chester had fabricated much of his story.

[415] Third, it must be remembered that this trial addressed a number of episodes in the relationship between these two brothers. While the share sale was by far the most significant, other episodes preceded it, such as the 1981-82 bonuses, and episodes that followed it, such as the story of SWRI. The facts as found by the trial judge reflect a significant degree of consistency in the behaviour of the principal actors throughout all of these episodes. The overall picture that emerges is one into which each episode fits coherently. The holistic nature of fact-finding in a complex trial such as this, with its many interrelated episodes, makes more difficult the finding of a palpable error at the core of any one episode taken in isolation. The appellants implicitly recognize this in asking that we find palpable error and reverse the fundamental findings of fact not just in the share sale episode, but in all the other episodes as well.

[416] These general considerations must be kept in mind in considering the appellants' position that the trial judge's fundamental finding concerning the share sale constituted palpable and overriding error.

[417] The trial judge accepted Morris's evidence that there were no negotiations and that on December 22, 1983 he thought he was signing corporate documents in the ordinary course, not selling his shares to his brother.

[418] The appellants argue that this finding cannot stand in the face of Chester's evidence, supported by Ennis, of substantial negotiations initiated by Morris leading to the execution of the agreement at two meetings on December 20th and December 22nd, and in the face of Morris's repeated signatures on the sale documents and Morris's own statements. The appellants contend that this evidence, taken together with Morris's conduct over the ensuing five years, require the setting aside of this finding and compel the conclusion that Morris knew he was selling his shares and is bound by his signature.

[419] We do not agree. For a number of reasons, in addition to the general considerations we have just outlined, it was open to the trial judge to accept Morris's version of what happened.

[420] The trial judge's conclusion reflects her general assessment of Morris's credibility. As we have already discussed, that assessment must be respected in this court. Over the course of this very lengthy trial and with ample opportunity to form her view, she found him a truthful witness. She acknowledged that she began with an initial skepticism about Morris's professed lack of knowledge of events, but as the trial unfolded and as she listened to the appellants' version of events, this skepticism dissipated. She gave a number of examples of instances where little and seemingly unlikely details of Morris's evidence were borne out in ways he could not have predicted. In the end, her conclusion about Morris's credibility was careful and considered, and based on reasoning that withstands scrutiny. This is just the kind of finding that attracts very significant deference in this court.

[421] Beyond the general assessment of Morris's credibility, his version of events was also consistent with his clear and lifelong aspiration to pass the business on to the next generation. For his part, that meant his sons, Michael and Douglas. For Morris to negotiate and conclude the sale of his shares to his brother would have been entirely inconsistent with his fundamental objective. This reality strengthens the soundness of the trial judge's finding.

[422] Equally, the trial judge's analysis of the manifest unfairness of the share sale provides important support for her findings about what happened. The trial judge found that in December 1983 the shares of the company were conservatively worth \$8.735 to \$8.963 million, apart from the \$1 million dividend declared in 1983 to fund the share sale. The fair market value of Morris's fifty per cent interest would therefore have been about \$5 million. Yet the share sale nominally called for Morris to receive only \$3 million.

[423] However, the trial judge found that Morris only received the equivalent of \$1,594,721 for his interest, far less than its fair market value of \$5 million, and even far less than the nominal sale price of \$3 million. The trial judge gave three reasons for her finding:

- Some of the payments were in reality dividends to which Morris was entitled to in any event;
- The payments were sourced in part from the reallocation of Morris's bonus to Chester and a notional loan from Morris to Chester; and
- Other payments were made over several years and without interest.

[424] Finally, the lease signed as a part of the share sale required Morris, through his holding company, to lease to IWS the land he owned together with Chester for a term of fifty years at a rate well below market, with no inflation protection or rent adjustment. Over the life of the lease the trial judge accepted that this represented a rent that was \$2,529,607 below market.

[425] Overall, as revealed by the trial judge's analysis of the share sale, it was patently unfair, unconscionable, and manifestly disadvantageous to Morris. Had Morris understood its terms, neither he nor any reasonable person in his position would have agreed to it. This alone constitutes a powerful validation of the trial judge's conclusion that there were no negotiations and that Morris did not agree to sell his shares.

[426] Put together with the other considerations we have discussed, the trial judge had good reason to accept Morris's version of events. On the other hand, the trial judge had ample reason to reject Chester's story. She made no palpable error in doing so.

[427] Here too, her assessments of general credibility are important, since so much of the debate about whether there were any negotiations is simply Chester's word against that of his brother. And as we have said, those assessments display no reversible error. Beyond that, however, there was much to support her rejection of Chester's story.

[428] One example is the alleged meeting at the Trocadero restaurant. Chester testified that it was Morris who broached the share sale in the summer of 1982 when the brothers met over dinner at the restaurant. Chester made clear that the tone of his response to Morris's proposal was markedly negative. Morris denied that any such meeting took place. Chester's version was undermined by the fact that this allegedly seminal event is not even mentioned in his very detailed pleading. Moreover, his supposedly negative response is inconsistent with other steps he had taken to diminish Morris's voice in the company and with his desire to exclude Morris's sons from the company over the longer term.

[429] A second example is Chester's testimony that he knew by the end of July 1983 that Morris was only interested in having Chester buy all of his shares. Yet despite this knowledge, supposedly derived from the negotiations that Chester said were going on,

Ennis's notes reflect that as late as November 23, 1983 he and Chester were discussing an option to purchase the shares, not an outright purchase of shares.

[430] A third example is Chester's testimony about extensive negotiations and discussions between himself and Morris over a number of months. However, there are no notes reflecting any such negotiations or discussions with Morris, or demonstrating that any of the many draft documents prepared by Ennis made their way to Morris. As the trial judge said, there are only notes of discussions among Chester, Ennis, and Linton.

[431] A fourth example concerns Ennis's evidence. He attempted to support many aspects of Chester's story that there were ongoing negotiations, but his evidence was seriously undermined by his own documentation. Ennis said that he was first consulted about the share sale in May 1983 when Morris approached him about it at the synagogue, a conversation Morris denied. Ennis's own notes reveal that well before that, as early as September 22, 1982, he was meeting with Chester in Morris's absence to discuss share purchase alternatives. Similarly, Ennis's evidence that he met with Chester on February 7, 1983 about another subject was contradicted by his own notes, which recorded a general discussion about the sale of shares. Ennis's records showed many meetings with Chester through the fall of 1983 and many drafts of the sale documents. In cross-examination, Ennis admitted that he never discussed share sale drafts or specific terms of the deal with Morris before December 20, 1983. In the end, the trial judge had an ample basis to find that Ennis's evidence provided no support for Chester's story of negotiations with Morris, and instead supported her conclusion that Chester conceived the sale entirely without Morris's knowledge and had Ennis prepare documents for Morris to sign, without his having seen them before.

[432] A final example concerns Chester's testimony, again supported by Ennis, that the share sale documents were signed at two meetings at Ennis's office on December 20 and December 22, 1983. This testimony proved to be fraught with difficulties. Chester said that at these meetings, the documents were reviewed in detail, read aloud, and had changes made to them. This evidence was a vital part of Chester's story that Morris knew all about the share sale and agreed to it.

[433] Morris, on the other hand, said there was only one meeting, on December 22, 1983, and that without explanation he was asked to sign documents in his various capacities as owner, officer, and director. He did as he was asked as he had done many times before. He trusted his brother and his lawyer and signed without reading the documents.

[434] The trial judge rejected Chester's evidence that there were two meetings and found that the meeting of December 22nd took place as Morris described.

[435] There was good reason for her doing so. Chester's original pleading, which he reviewed and approved before it was issued, referred to only one meeting, namely, December 22nd. Chester and Ennis gave accounts of the alleged December 20th meeting with Morris that were inconsistent in a number of respects. If the chronology had unfolded as Chester described, several of the documents would not have read as they did. These include a letter prepared by Ennis and used by Chester on December 21st in a meeting to explain what was happening to Lasco. The letter referred to the share sale as having an initial closing date of December 31, 1983, whereas Chester's and Ennis's evidence was that at the December 20th meeting, a decision was made to amend the agreement to provide for a January 1984 closing date.

[436] Thus in the end, the trial judge rejected Chester's story about the negotiating and signing of the share sale and accepted Morris's story. Her fundamental finding at paras. 725-6 is as follows:

On one occasion only, on December 22, 1983, Morris was called into Ennis' office to sign Share Sale documents. I accept Morris' evidence that the meeting was brief. None of the documents were read aloud, reviewed, discussed or explained.

Morris did not understand at the time that the documents he was being asked to sign were out of the ordinary. He thought he was signing IWS documents as its President in the usual course. He signed the documents because Chester asked him to do so and because he trusted Chester and Ennis. He did not want or intend to sell his shares. He had no idea that he was selling his shares or signing a lease.

[437] In our view, this finding does not constitute palpable and overriding error.

[438] The appellants also launch a number of very specific attacks on the trial judge's fundamental finding.

[439] The appellants' most vigorous assault on her core finding is founded on the fact that Morris signed and initialed the share sale documents, some of which were highly distinctive, in more than fifty places. The appellants claim that no one doing this could have been mistaken about what these documents so clearly indicated. The appellants argue that Morris must have known that what he was signing were documents effecting the sale of his shares.

[440] We do not agree. The context in which Morris signed all these documents must be kept squarely in mind. The trial judge determined that over the months before the signing, Morris had not been involved in any negotiations with Chester to sell his shares and had no idea of the meetings between Chester and Ennis to set up this sale. Morris came to Ennis's office on December 22nd, completely trusting Chester, who was his brother and Ennis who was his lawyer. He simply followed his usual pattern in such a business circumstance, signing where he was asked to sign by two people he trusted implicitly. He was only a few days away from an angiogram, which was to be followed by open-heart surgery shortly after. He was understandably preoccupied with his own health. Moreover, given the unfairness of the deal, the trial judge was not palpably wrong in finding that Morris did not know what he was signing.

[441] The appellants also mount an attack on the trial judge's core finding based on parts of Morris's own evidence. The appellants contend that taken individually, and certainly taken collectively, these references compel the conclusion that Morris knew he was selling his shares. The appellants cite a number of examples of both what Morris said at the time and what he acknowledged had been said to him.

[442] Morris testified that on December 14, 1983, when meeting with Ennis about his will, he responded to a suggestion by Ennis that he sell his shares in the company to Chester by saying "I don't want to, but if I ever did, Chester wouldn't screw me and all the properties would have to remain 50/50." Morris also testified that on December 22nd Chester said "this is the sale" but that since he was out of sorts that day because of his health problems, he did not know what Chester meant. Morris agreed that after he signed one of the documents that day, Chester said to Ennis, "oh, this is to save your ass". Morris also said that as he was driving back to the office he stopped his car and vomited. When asked why, he said, "probably because I wasn't feeling good. I could have been anxious, I could have been nervous about what was happening to me. The possibility of subconsciously maybe knowing what happened to me, I don't know. I don't know. I can't answer it. I just don't know. And I don't remember today." That night he said that Ennis called him and seemed drunk or crying. Ennis said not to blame Chester, that it was Robert's fault. Morris did not know what he was talking about. Finally, on December 26, 1983 when Morris met with Ennis's associate, Hope, together with Wiseman to prepare his will prior to entering the hospital, Hope told him that he did not own the Centennial Parkway property. Morris acknowledged that he was very taken aback and felt that he was "finished" and "a goner". However, while he was upset at this news, he was so confused and concerned about his looming angiogram that he did not understand what Hope told him. The appellants claim that if Morris still thought he owned his shares he would not have reacted so violently because as co-owner of IWS he would still have "owned" the Centennial Parkway property.

[443] The trial judge was undoubtedly alive to all of this evidence. Indeed she referred to virtually all of it in her reasons for judgment. None of Morris's own statements is incompatible with the conclusion that Morris did not participate in any negotiations and did not understand that he was selling his shares, and simply did not comprehend the implication of the statements made to him. Moreover, contrary to the appellants' submission, this evidence does not compel the contrary conclusion to that reached by the trial judge, namely that Morris had negotiated the deal and fully understood what he was signing. Even if taken in isolation, this evidence does not provide significant support for such an inference.

[444] Although it would probably have been open to the trial judge to infer from this evidence that while Morris had not negotiated a deal with his brother, he did vaguely understand at some level what was happening on December 22nd, it was certainly not necessary that she do so. And, as we have said, the way the case was presented to her made this a less likely conclusion.

[445] In summary we cannot find that these statements by Morris render her findings about the share sale palpably wrong.

[446] The appellants also rely on Wiseman's evidence regarding events on December 26 and December 28, 1983 to attack the core finding about the share sale. As we have said at paras. 369-380 of our reasons, it was entirely open to the trial judge to reject this evidence and conclude that Morris did not discuss the share sale with Wiseman in this time period and that he first learned of the sale on January 5, 1984.

[447] The appellants also submit that Morris's conduct after January 1984 demonstrated that he knew about and affirmed the share sale. The appellants refer particularly to Morris's acceptance of share sale payments, his investment and reinvestment of some of these payments, his signing of annual tax returns, which included capital gains from the sale of his shares, and his "notes from grave" made in late January 1984.

[448] The appellants argue that in reaching her core finding on the share sale in the face of these successive acts of ratification, the trial judge committed reversible error. They urge this court to conclude that these events demonstrate Morris's complete knowledge, awareness, and acceptance of the transaction of December 1983.

[449] The trial judge considered all the post-sale evidence with care, including this evidence, and rejected the conclusion advanced by the appellants. She found that Morris did not accept the share sale but rather complained about it from the time he first learned of it. This finding was well founded in the evidence. Morris testified to this effect. Taylor, Wiseman, and Ennis each knew of Morris's dissatisfaction with the sale from very early on. The trial judge accepted that Morris's treatment of his tax returns simply reflected his view that it was business as usual and his hope that Chester would respond

to his complaint by putting it right and in the meantime he did nothing to make the dispute public, which was consistent with the strong family tradition of settling things internally. As for the “notes from the grave”, she accepted Morris’s explanation and read them as indicative of a very troubled man trying to grapple with a growing recognition that his brother, whom he had loved and trusted implicitly since childhood, had betrayed him. She did not interpret them as an admission that Morris had known of the share sale all along and agreed to it. We see no error in her interpretation.

[450] In addition to complaining about the trial judge’s failure to draw the inference from Morris’s post-sale conduct that he had agreed to the deal, the appellants argue that several of her particular findings are palpably wrong. The appellants point first to her finding that Morris did not receive a cheque from Chester for \$1 million on January 4, 1984. However, the trial judge gave clear reasons for this finding, weighed the evidence before her, and considered what banking documents would have been available had there been such a cheque. It is not the role of this court to second-guess such a finding.

[451] Second, the appellants claim that in rejecting Wiseman’s evidence about a meeting he had with Morris in April 1985, the trial judge misinterpreted an exhibit, which Wiseman said he reviewed with Morris at that meeting. The respondents concede this point, but claims that in a trial of this length and complexity absolute perfection in interpreting every piece of evidence cannot be expected and that this mistake is innocuous. We agree. The trial judge has a sound basis to accept Morris’s version of his conversation with Wiseman apart from this exhibit, particularly given her findings of general credibility. Although the trial judge’s interpretation of the exhibit is an error, it is not a palpable and overriding one.

[452] To summarize, we conclude that the trial judge committed no palpable and overriding error in her fact-finding about the share sale. She was entitled to apply the law to the factual basis that Morris had not negotiated the sale and did not understand or agree to it.

(e) The Greycliffe Profit Diversions

[453] The appellants make two major complaints about the trial judge’s fact-finding in connection with the profits diverted from IWS to Greycliffe and four other companies through which Robert provided trucking services to IWS. These services began in the late 1970s and continued until Chester ended them in February 1984, shortly after the share sale.

[454] First, the appellants argue that the trial judge was palpably wrong to find that while Morris knew Greycliffe was doing some trucking for IWS, he did not know the rates being paid by IWS and had never agreed to them. The appellants claim that this conclusion flies in the face of significant contrary evidence. Chester and Robert testified

that they discussed the entire arrangement with Morris and that he consented to it. Linton gave evidence that Morris signed cheques payable to Greycliffe. Morris was clearly interested in the trucking being done by IWS and, on a daily basis, was in the yard, which the Greycliffe trucks were constantly using. Indeed, Morris acknowledged that he was aware that Greycliffe was providing some trucking services to IWS.

[455] In our view, the trial judge's conclusion does not represent palpable and overriding error. She accepted Morris's evidence that he never discussed these trucking services with Chester or Robert and was completely unaware of the rates being charged to IWS. He said that he simply assumed that while Chester's sons were providing some trucking services, he had no idea to what extent, and he also assumed that when his own sons came into the business they would be able to take equivalent amounts out of the company. Morris said that he had no idea of the size of the actual profit diversions until after the lawsuit started and that he viewed them as "sinful." It was entirely open to the trial judge to prefer Morris's evidence over that of Chester and Robert. This preference is consistent with and reflects her general credibility assessments, which we have found to be unassailable on appellate review. Moreover, the appellants produced no documentation to support his version of events, for example, IWS cheques to Greycliffe that had been signed by Morris.

[456] Finally, the extent of the profit diversions provides solid support for Morris's evidence. The trial judge found that Greycliffe's profit ratios for these years were in the range of approaching fifty per cent of gross revenues, some twelve times the broad industry average. Given Morris's concern that Chester's side of the family not be preferred to his own, Morris would never have accepted such exorbitant profits going to companies owned by Robert. He certainly would never have agreed to this arrangement.

[457] Second, the appellants take issue with the trial judge's use of expert evidence to assist her in determining how much Greycliffe overcharged, saying that this was a matter of fact, not opinion. The appellants also argue that the trial judge ought not to have accepted the particular expert evidence called by the respondents.

[458] In our view, neither of these points has merit. The determination of what are reasonable rates charged by various sectors of the trucking industry and what reasonable profits result not information within the knowledge or experience of a trier of fact and is properly the subject of expert evidence. See *R. v. Mohan* (1994), 89 C.C.C. (3d) 402 (S.C.C.) at 413. Further, the appellants do not offer any cogent reason to undermine the trial judge's decision to prefer the respondents' experts over those of the appellants. Their opinions were reasonable and well-founded. Although one of those experts had not served a pre-trial report, he was called with leave in response to the appellants' unsuccessful challenge of bias in relation to the respondents' first expert.

[459] In all, we see no palpable error in the trial judge's fact-finding in connection with the profit diversions.

(f) The Ancaster Property

[460] The last episode dealt with by the trial judge in the main action concerned the Ancaster property. Morris acquired it in 1956 and on January 1, 1986 he conveyed it to Warren for \$1. The trial judge found that he did so in return for Chester promising him that Chester would "straighten out", meaning he would undo the share sale. Chester denied any such conversation.

[461] The trial judge accepted Morris's version, concluded that there was a contract on these terms, and found that Chester had breached it, since he had not undone the share sale. She awarded Morris damages equivalent to the market value of the property on January 2, 1986 which she found to be \$98,000.

[462] Once again the appellants submit that Chester's evidence should have been preferred to Morris's. Once again, we disagree. It was entirely open to the trial judge to accept Morris's evidence over Chester's. She found him to be a significantly more credible witness.

(g) The Valuation Findings

[463] The final focus of the appellants' attack on the trial judge's fact-finding in the main action concerned certain of her conclusions about valuation.

[464] First, the appellants challenge her determination of the value of the Centennial Parkway property owned by IWS, which was an important component of the value of its shares as of December 1983. The appellants contend that the trial judge was palpably wrong to base her conclusion on the evidence of Steven Pocrnic, an expert witness called by the respondents, because his methodology was flawed.

[465] We do not agree. The trial judge carefully reviewed and understood the two different valuation methods used by Pocrnic in reaching his conclusion. His report was prepared in accordance with the Uniform Standards of Professional Appraisal Practice. His ultimate valuation was consistent with the price paid by IWS for the property in 1980 multiplied by the average increase in sale prices in the Hamilton region between 1980 and 1983. There was no palpable error in the trial judge's acceptance of Pocrnic's expert opinion of the value of the Centennial Parkway property.

[466] Second, the appellants challenge the trial judge's acceptance of the evidence of the respondents' expert witness Frank Vettese about the value of IWS itself as of December 1983. The appellants contend that it was palpably wrong for the trial judge to accept this

valuation since it was based on the inclusion of the profits of Greycliffe in calculating the maintainable earnings of IWS.

[467] In our view, the trial judge did not err in this respect. There was no need for IWS to use a separate trucking company. It could have gone forward doing its own trucking. Indeed, Chester terminated the Greycliffe services soon after the share sale. It was therefore entirely appropriate to value IWS by including the Greycliffe enterprise.

[468] Third, the appellants argue that the trial judge erred in admitting and relying on the opinion evidence of the witness Stephen Cole, who was called by the respondents to assist in establishing the value of the IWS shares. The appellants baldly assert that his evidence was argument, not opinion and, in any event, he had not prepared a formal valuation report.

[469] We find nothing in this argument. No objection was taken to Cole's qualifications to express the opinion that he did. Although he did not prepare a formal valuation report, his evidence and his report provided an analysis of the financial aspects of the transaction reflected in the share sale documents and the fairness of it from a financial point of view. He was qualified to give this opinion and the trial judge was entitled to accept and rely on it.

[470] Finally, the appellants argue that the trial judge committed palpable and overriding errors in quantifying the unfairness of the lease that Morris signed as part of the share sale. The errors alleged are that the trial judge did not compare the rent under the lease to the rental amounts which Morris had accepted for the land before the sale and that the expert opinion of Les Robertson about fair market rent for the land, which the trial judge accepted, was based on a flawed methodology.

[471] We do not agree. The trial judge was entitled to calculate the fairness of the lease by comparing the rents it provided to fair market rents rather than to what Morris had previously received. The lease was to have effect in the context of Morris selling his interest in the company. As for the expert witness Robertson, he explained that his methodology added value for the unused lands surrounding the building covered by the lease. He did so because of the extent of these surplus lands and because scrap yard properties derive considerable economic value from open land area. The trial judge did not err in accepting Robertson's opinion of the fair market rent based on this methodology.

ii. Contested Rulings in the Main Action

[472] In addition to the appellants' attacks on the findings of fact made by the trial judge, they also challenge two rulings and all of the various legal bases on which the trial judge found liability in the main action. We will deal with each of these in turn.

(a) The Pleadings Amendment Ruling

[473] At the end of January 1999, almost two months into the trial, counsel for Morris sought leave of the court to amend three paragraphs of the statement of claim in the main action. In essence, the proposed amendment withdrew the assertion that at the December 22, 1983 meeting, Chester and Ennis presented the share sale agreement to him with no forewarning and represented that it was at fair market value, but that the Centennial Parkway property was excluded. The proposed amendment substituted the assertion that at the December meeting Morris was presented with papers to sign which he neither read nor understood. It said nothing about any representations by Chester or Ennis.

[474] In support of the motion, counsel filed an affidavit of Michael who said that he acted on his father's behalf in dealing with the lawyers in the preparation of the statement of claim and that he thought that the original paragraphs were an appropriate method of pleading representation by omission.

[475] Counsel for Chester brought a cross-motion seeking, among other things, to cross-examine Michael on his communications with his lawyers.

[476] The trial judge dismissed the cross-motion and allowed the amendments. In our view, she was correct to do so.

[477] The trial judge first dealt with a motion to amend under Rule 26, which requires that at any stage of an action leave to amend be granted absent noncompensable prejudice. Since Morris had clearly and consistently taken the position reflected in the proposed new paragraphs of the claim from the time he was first examined for discovery in 1991, the trial judge could find no prejudice to the appellants. This conclusion is unassailable, the more so because, although the motion to amend followed Morris's cross-examination, counsel offered to produce him for further cross-examination on the amendment. Once the amendment was granted, this offer was not taken up.

[478] The trial judge also dealt with this motion under Rule 51.05, which requires leave of the court to withdraw an admission. She correctly looked to *Antipas v. Coroneos* (1988), 26 C.P.C. (2d) 63 (Ont. H.C.J.) for the three-part test required by the rule: that the proposed amendment raise a triable issue; that the party provide a reasonable explanation for the change of position; and that there be no non-compensable prejudice. She found that test met here.

[479] In our view, the paragraphs Morris sought to withdraw do not constitute an admission for the purpose of the rule. They are not statements of fact relevant to the case that Chester was seeking to make. Indeed, he expressly denied the allegations in these paragraphs in his own statement of defence. Chester did not rely on the

misrepresentation alleged in those paragraphs; he did not seek to prove that he made representations to Morris that Morris was receiving fair market value.

[480] However, even if these paragraphs are treated as admissions, the trial judge was correct in finding that the test in *Antipas* was met. The proposed amendment raised a triable issue and caused no prejudice. The finding of the trial judge that the explanation for the change in position offered by Michael was reasonable was one clearly open to her and one with which we would not interfere.

[481] Moreover, that explanation – that Michael believed that the original pleading represented a proper way to plead what happened – would not have been affected by disclosure of the communications between Michael and Morris’s solicitors. The relevant fact was Michael’s belief, not where it came from. In any event, the trial judge properly ruled these communications to be privileged. She did not err in refusing to permit cross-examination on these communications.

[482] We agree with the ruling of the trial judge.

(b) The Celia Butner Ruling

[483] Counsel for Chester sought to have a signed statement of Ms. Celia Butner dated July 29, 1991 admitted into evidence for the truth of its contents.

[484] Ms. Butner had been a long-time employee of Ennis. She was present with Ennis, Morris and Chester during all or part of the meeting in December 1983 at which the share sale documents were signed. As a legal assistant to Ennis, she had known the Waxman brothers for several decades. At the time of trial she was incapable of giving evidence due to her severe cognitive deficit.

[485] The trial judge dismissed the request, finding that while necessity had been demonstrated, counsel had not shown sufficient indicia of reliability to warrant admitting the written statement for its truth. The appellants challenge that ruling in this court.

[486] We agree with the trial judge’s ruling. She properly applied the criteria of necessity and reliability required by the hearsay nature of the statement.

[487] Ms. Butner’s medical condition undoubtedly served to meet the necessity criterion. However, there was ample basis for the trial judge to conclude that the written statement lacked the threshold reliability to be admitted for its truth. Ms. Butner was a long-time employee of Ennis and the statement was elicited by Ennis’s lawyer in the context of litigation against him at a time when Ms. Butner was aware of key elements of her employer’s defence and had helped to gather documents to support it. The statement was made some seven years after the events in question. The statement was reduced to

writing by Ennis's counsel after counsel's interview with her. Neither her statements at the interview nor those as reduced to writing were made under oath or cross-examined upon. The interview was not recorded verbatim in any form. The written statement could possibly have been influenced by Ennis, as indicated by his letter to his counsel in which he sought to discuss a draft of the statement. And finally there were three drafts of the written statement. The last of these was signed by Ms. Butner, but it differed from counsel's notes of the interview giving rise to the statement. It was proper for the trial judge to conclude that the statement was not sufficiently reliable to be admissible.

iii The Liability Issues in the Main Action

[488] The trial judge began her discussion of liability in the main action by setting out the basic positions of the parties – positions which were reiterated in this court. We can do no better than to reproduce her summary at paras. 1202-04:

Counsel for the Defendants strongly urge me to take a very technical, common-law/contractual approach to the issue of liability, and without saying so directly, advocate that I should ignore equitable considerations. They submit that all or most of the evidence to which I have already referred is irrelevant to an appropriate resolution. They ask me to treat the Share Sale as if it were a commercial transaction between two equally sophisticated and knowledgeable arm's length businessmen, who should have been expected to protect their own interests. They submit that one who signs a contract, without taking the trouble to read it, is liable and cannot plead ignorance of its terms.

Submitting that this rule is a complete answer to Morris' claims, they say Chester should be allowed to enforce documents signed by Morris, as if Chester were an innocent arm's length commercial purchaser. They would have it that, having established Morris signed the Share Sale documents, he has no case. Having established that Morris signed the bonus minutes, he has no claim to a larger share of the bonuses. On their view of the law, Morris slipped up. He should have protected himself better, obtained more information, sought more advice. Morris and only Morris must bear responsibility for his own carelessness. "On all of the evidence, the only person responsible for this over-lengthy trial is the very person who participated actively and willingly in every event – Morris Waxman."

The Plaintiffs submit that Morris' signing of Share Sale documents in December 1983 must be considered in context. Chester is not an innocent outsider seeking commercial certainty. He is not trying to enforce documents signed in circumstances about which he has no personal knowledge or involvement. Chester's actions, as well as Morris', must be carefully scrutinised. These events took place in a close family context. For Morris and Chester, business and family were inseparable. Chester knew of Morris' pride of place in IWS, his perception of self-importance arising out of responsibility for defined aspects of the IWS business and his exceptional trust in Chester. Chester knew Morris could not conceive that Chester would ever attempt to cheat him or IWS. Chester abused Morris' trust. He took advantage of Morris' vulnerability resulting from his dependence in financial matters exacerbated by poor health. Relief from contractual obligations is widely and frequently given on equitable grounds including breach of fiduciary duty, undue influence, unconscionability and under s. 248 of the *Business Corporations Act* [footnotes omitted].

(a) The Fiduciary Duty Issue

[489] The trial judge primarily based her conclusion that Chester was liable to Morris on her findings that Chester had a fiduciary duty to his brother in connection with the share sale, the bonuses, and the Greycliffe profit diversions and that he breached that duty.

[490] She came to the fiduciary duty finding by two routes. First, given the history of their lives and the way IWS had always been run, the brothers were partners in the business. The incorporation of the business in 1956 did not change that reality. She found that, as partners, Morris and Chester owed each other fiduciary duties. Indeed Chester conceded as much in his evidence.

[491] Second, the trial judge applied the criteria developed in the jurisprudence to determine the existence of a fiduciary duty absent a traditionally recognized fiduciary relationship such as a partnership. She found that whether one uses the approach of the majority or that of the minority in the seminal case of *Hodgkinson, supra*, the conclusion is the same: the brothers owed each other fiduciary duties. She summarized her finding as follows at para. 1262:

I find that, in all of the circumstances here, there was a fiduciary expectation that arose from the conduct and the

relationship of the parties. Chester owed Morris fiduciary obligations in the exercise of his power and discretion over financial and legal matters, even as they affected Morris personally. They had a special and close personal relationship as brothers. They had a special and close business relationship as 50/50 partners, who had built IWS together. In the financial and legal sphere, Morris was dependent on Chester both in relation to IWS and personally. By his conduct, Chester represented to Morris that their personal and business interests were common, identical and without conflict. Morris relied absolutely and completely on Chester in legal and financial matters. Chester was fully aware of the trust and confidence that Morris reposed in him and of Morris' vulnerability.

[492] The trial judge then went on to determine the scope of the fiduciary duty owed by Chester to Morris and found that in the context of their relationship, it encompassed a duty of good faith, a duty to avoid conflict and, most importantly, a duty of disclosure.

[493] She set out her conclusion that Chester breached this duty to Morris in connection with the share sale in these words at para. 1283:

Chester breached his fiduciary duty to Morris with respect to the Share Sale, the lease and other documents signed on December 22, 1983, when he failed to adequately disclose to Morris the fact of the sale and the nature of the documents. It was not enough to simply say "this is the sale and look over the documents." Chester asked Morris to sign documents he knew Morris had not read and would not read, to transfer shares he did not want to transfer. Chester knew Morris was ill. He did not disclose the other information set out above. I have found that Chester did indeed "trick"/"hoodwink" Morris into signing documents that day. Chester stood to benefit enormously. In all of the circumstances here, Chester clearly breached his fiduciary duty to Morris.

[494] Her conclusion in respect of the bonuses was equally clear at paras. 1284-5:

Morris relied upon Chester and reasonably expected he would act in IWS' and his own personal best interest. Given his 50% ownership, Morris was entitled to assume he would receive 50% of IWS profits and equity.

Given the division of responsibility within the partnership, Chester's willing assumption of responsibility for financial matters, his cultivation of Morris' trust, and Morris' resulting total dependence and reliance on Chester in financial matters, his knowledge that Morris did not read corporate documents before he signed because corporate documents were Chester's responsibility, Chester owed Morris a duty to properly disclose the declaration of the 1979, 1981 and 1982 bonuses to Morris and obtain his consent. Chester did not do so.

[495] Turning to the Greycliffe profit diversions, the trial judge found that Chester allowed Robert to use Greycliffe and related companies to extract exorbitant amounts from IWS that should have remained with the company, and that he kept Morris in the dark about this. She concluded as follows at paras. 1292-93:

Chester knew that profit diversions to related companies were affecting IWS' profitability. He had the power to stop the improper profit diversions. He waited until shortly after the Share Sale to do so.

Chester breached his fiduciary duties to Morris in respect of the profit diversions to Greycliffe and the other related companies. He failed in his duty of good faith, his duty of disclosure, his duty to avoid a conflict.

[496] The appellants main challenge to these conclusions is to the findings of fact which underpin them. Apart from this, however, the appellants mount three legal attacks on these findings, all of which assume the facts as found by the trial judge.

[497] First, the appellants contend that fundamental to the application of the fiduciary principle is the intention to contract and that the principle can be properly resorted to only if Morris intended to sell his shares to Chester. The appellants argue that the fiduciary principle cannot be used to find liability where a person signed documents but claimed he did not know the nature and character of the documents he was signing. The appellants contend that unless Morris can demonstrate the applicability of the concepts in cases like *Marvco Color Research Ltd. v. Harris*, [1982] 2 S.C.R. 774 (concepts like fraud, misrepresentation, and *non est factum*), the principle of personal responsibility requires that he be bound by his signature. That signature cannot be touched by the principle of fiduciary breach. This argument addresses the conclusions of the trial judge both in relation to the share sale and the bonuses.

[498] Second, the appellants argue that no fiduciary duty can arise on the facts as found because they involve no more than the sale of shares by one shareholder to another and because Chester gave no express undertaking to act in Morris's best interest in connection with that transaction. This argument addresses the share sale but not the bonuses or the profit diversions.

[499] Finally, the appellants argue that, in connection with the share sale, Chester did not breach his fiduciary duty should one be found to exist. The appellants contend that he did not withhold any material facts about the condition of the company or its value from Morris.

[500] We will deal with each of these arguments in turn, but first it is important to be clear on the role of an appellate court in reviewing findings of fiduciary duty made at trial.

[501] In *Hodgkinson*, at 425-26, La Forest J. made clear that significant deference must be granted on appeal to findings at trial on whether or not there was a fiduciary duty and whether or not there was a breach of such a duty. He said that absent manifest error, such as a material and identifiable error of law or a clear and identifiable error of fact in appreciating the evidence, an appellate court should not interfere.

[502] We turn then to the appellants' first argument, namely that the fiduciary principle cannot be used to relieve Morris from the consequences of his own signature.

[503] We disagree with this proposition. As La Forest J. said in *Hodgkinson*, at 405, the fiduciary principle is an equitable doctrine designed to protect vulnerable parties in transactions with others. It focuses on the relationship between the participants to the transaction and the presence of factors such as loyalty, trust and confidence that characterize the relationship as fiduciary. In La Forest J.'s words at 406 of *Hodgkinson*, "the fiduciary principle monitors the abuse of a loyalty reposed".

[504] There is no suggestion in the jurisprudence that this principle can apply only where the fiduciary relationship and the abuse of loyalty exist in a transaction where a contract has been concluded by parties who mutually intend to do so. Quite the opposite. In *Guerin v. Canada*, [1984] 2 S.C.R. 335 at 384, Dickson J. said: "It is the nature of the relationship, not the specific category of actor involved that gives rise to the fiduciary duty. The categories of fiduciary, like those of negligence, should not be considered closed."

[505] The existence of a fiduciary duty depends on the precise circumstances of the particular relationship, not on the presence of any legal precondition such as the existence of a contract. Apt here is the phrase of Lord Scarman, repeated by La Forest J. in

Hodgkinson, at 413-14: “[t]here is no substitute in this branch of the law for a meticulous examination of the facts”.

[506] Moreover, a scan of the jurisprudence on fiduciary duty quickly demonstrates its application in many circumstances that do not require a contractual relationship: see for example the relationships of parent/child (*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6); government/foster children (*K.L.B. v. British Columbia*, [2003] 2 S.C.R. 403); custodial/non-custodial parents (*Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99); and doctor/patient (*McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138).

[507] To do as the appellants argue would dramatically limit the utility of the fiduciary principle with untenable results. Where a dishonest fiduciary has persuaded his beneficiary to sign contractual documents, the fiduciary ought not to be better off because he has ensured that the beneficiary has no understanding of the documents whatsoever. In the context of this case, the fiduciary principle does not make Chester better off for ensuring that Morris did not understand what he was signing than he would have been had he explained to Morris the contents of those documents.

[508] Nor can it be said that this application of the fiduciary principle undercuts the principle of personal responsibility reflected in cases like *Marvco*, *supra*. Unlike that case, this was not a commercial transaction done at arm’s length between two business people. Morris and Chester had a relationship that developed over a lifetime. It was one of complete loyalty and trust in connection with the business of IWS and their interests in it. The evidence of the fiduciary nature of this relationship was overwhelming.

[509] In these circumstances it was entirely appropriate for the trial judge to apply the fiduciary principle despite Morris’s signatures, given that Chester had Morris sign knowing that he had no understanding of what was really going on, either with the share sale or the bonuses. While the result might have been different if Chester had persuaded the trial judge that Morris’s signatures were indeed fully informed, Chester’s evidence to this effect was simply disbelieved. Thus we would not give effect to the appellants’ first argument.

[510] The appellants’ second argument is that the fiduciary duty does not arise on the sale of shares by one shareholder to another, particularly where there has been no express undertaking by the selling shareholder to act in the other’s interest.

[511] Again, we do not agree. There is no reason to preclude the existence of a fiduciary duty when one shareholder sells his or her interest to another. It all depends on the relationship between them: see, for example, *Tongue v. Vencap Equities Alberta Ltd.* (1994), 148 A.R. 321 (Q.B.), *aff’d* (1996), 184 A.R. 368 (C.A.); *Dusik v. Newton* (1985), 62 B.C.L.R. 1 (C.A.). Although a fiduciary relationship between parties may not always

extend to a share sale between them, the evidence that it does so in this case is again overwhelming. We repeat the trial judge's findings that make this clear:

They had a special and close personal relationship as brothers. They had a special and close business relationship as 50/50 partners, who had built IWS together. In the financial and legal sphere, Morris was dependent on Chester both in relation to IWS and personally. By his conduct, Chester represented to Morris that their personal and business interests were common, identical and without conflict. Morris relied absolutely and completely on Chester in legal and financial matters. Chester was fully aware of the trust and confidence that Morris reposed in him and of Morris' vulnerability (para. 1262).

[512] Nor is it necessary that there be an express undertaking concerning the specific transaction. The focus must be on the relationship and the mutual understanding of trust and loyalty that goes with it. As the trial judge found, the lifelong relationship between the brothers led Morris to the reasonable expectation that he could completely trust Chester to look after his interest in IWS. In effect, Chester represented this to Morris by the course of his conduct throughout their relationship. He did not need to make any express representation to Morris about this transaction in order for a fiduciary duty to be found in connection with it.

[513] The appellants' third argument is that Chester did not breach his fiduciary duty to Morris in connection with the share sale because he did not possess any information material to the value of the share sale, which Morris did not also have. In our view, this argument entirely misses the mark. Not only did the trial judge find as a fact on the basis of ample evidence that Morris was unaware of much material information relevant to the value of IWS prior to December 23, 1983, she also provided a number of other examples: see paras. 1271-72 of her reasons.

[514] Even more importantly, she found that Chester did not explain to Morris that he was being asked to sign share sale documents turning over his interest in IWS to Chester. Chester had Morris sign knowing that Morris trusted him implicitly and that Morris had no idea what was really going on. How could this be anything other than a breach of the fiduciary duty Chester owed to his brother?

[515] In short, we find that the appellants' legal arguments relating to fiduciary duty must all fail.

(b) The Undue Influence and Unconscionability Issues

[516] The trial judge used both concepts as alternative bases for the remedies she ordered against Chester in connection with the share sale. The appellants argue that she erred in doing so in the absence of a finding that the share sale was a concluded contract to which Morris, at some level, consented. We find it unnecessary to address this issue. Given our other findings, the answer to the question posed by the appellants could have no effect on the outcome of this appeal.

(c) The Oppression Issue

[517] The trial judge found that Morris was entitled to relief under s. 248 of the *OBCA* in connection with the share sale, the December 1983 lease, the 1979, 1981 and 1982 bonuses, the wrongful termination of his employment, and the profit diversions to Greycliffe and related companies. In each case she found that there was oppression warranting a remedy, although not always against the same defendants.

[518] For the share sale, the December 1983 lease, the 1979 bonuses, and Morris's wrongful termination, Chester and IWS were found liable to Morris under s. 248. For the 1981 and 1982 bonuses, Chester, IWS, and Chester's three sons were found liable to Morris under s. 248. And for the profit diversions, Chester, IWS, Robert, and Robert's companies were found liable to Morris under s. 248.

[519] Section 248 reads in part as follows:

248. (1) A complainant...may apply to the court for an order under this section.

(2) Where, upon an application under subsection (1), the court is satisfied that in respect of a corporation or any of its affiliates,

- (a) any act or omission of the corporation or any of its affiliates effects or threatens to effect a result;
- (b) the business or affairs of the corporation or any of its affiliates are, have been or are threatened to be carried on or conducted in a manner; or
- (c) the powers of the directors of the corporation or any of its affiliates are, have been or are threatened to be exercised in a manner,

that is oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer of the corporation, the court may make an order to rectify the matters complained of.

(3) In connection with an application under this section, the court may make any interim or final order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing...

(h) an order varying or setting aside a transaction or contract to which a corporation is a party and compensating the corporation or any other party to the transaction or contract;

(i) an order requiring a corporation, within a time specified by the court, to produce to the court or an interested person financial statements in the form required by section 154 or an accounting in such other form as the court may determine;

(j) an order compensating an aggrieved person;

(k) an order directing rectification of the registers or other records of a corporation under section 250...

[520] The appellants raise a number of legal arguments to challenge the trial judge's findings under this section.

[521] First, the appellants argue that Morris cannot resort to the oppression remedy where the acts he complains of, particularly the share sale (including the December 1983 lease) and the bonuses, were effected by his own signatures on various corporate documents. The appellant looks for assistance to s. 129(1) of the *OBCA*, which provides:

129. (1) A resolution in writing, signed by all the directors entitled to vote on that resolution at a meeting of directors or a committee of directors, is as valid as if it had been passed at a meeting of directors or a committee of directors.

[522] We cannot agree with this submission. Morris's signatures were procured through Chester's breach of his fiduciary duty. We do not think that the deemed validity provided by s. 129(1) extends to signatures obtained in this way, at least as against the signatories

who were owed that duty. If the Legislature had intended to eradicate such fiduciary obligations it would have done so explicitly. Moreover, nothing in s. 248 suggests that Morris's signatures on the corporate documents bar him from being a complainant under s. 248(1) or deprives the court of its broad discretion to conclude that the various actions were oppressive towards him.

[523] Finally, s. 248(3) gives the court a broad remedial authority where it finds conduct that qualifies as oppressive. It may make any order it thinks fit to rectify the matters complained of. This explicitly includes setting aside a transaction or contract to which the corporation is a party or amending unanimous shareholder agreements, corporate articles or by-laws. This statutory language is to be given a broad interpretation consistent with its remedial purpose: see *Ferguson v. IMAX Systems Corp.* (1983), 43 O.R. (2d) 128 at 137 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1983), 2 O.A.C. 158n.

[524] On the facts as found by the trial judge, Chester conducted the business and affairs of IWS – the share sale, the lease, the bonuses, and the profit diversions – in a manner that was clearly oppressive of Morris's interests. The appellants do not contest that in this appeal. It was open to the trial judge to use her remedial jurisdiction under s. 248 to rectify the acts of oppression as she did even if there were otherwise valid corporate resolutions authorizing those acts.

[525] The appellants' second argument is that only IWS can make a claim under s. 248 in respect of the bonuses since the monies paid out were from the corporation. The appellants claim that Morris cannot use s. 248 since his is a derivative claim only.

[526] The simple answer to this argument is that Morris clearly qualifies as a complainant for the purposes of s. 248 as it was he who was personally aggrieved by the distribution of bonus monies for 1979, 1981 and 1982. This distribution was done at the expense of his interest in the company. That these claims could have been the subject of a derivative action does not prevent them from also constituting a proper case of oppression: see *Jabalee v. Abalmark Inc.*, [1996] O.J. No. 2609 (C.A.).

[527] Third, the appellants contend that using s. 248 to find liability against Warren, Robert, and Gary for receipt of the 1981 and 1982 bonuses is wrong in law. None of the sons was a shareholder or director of IWS.

[528] Again there is a simple answer to this assertion. On the facts as found, there is no doubt that the payment of these bonuses was oppressive of Morris's interests. The recipients were not innocent strangers to this. As the trial judge found, the sons could not reasonably have ever thought that they deserved the bonuses or that Morris had agreed to them. Providing a remedy against them for accepting those monies properly rectifies the oppressive actions. The trial judge did not err in exercising her broad remedial authority under the statute to do so.

[529] Fourth, the appellant argues that the oppression remedy ought not to be applied to capture conduct that occurred before the remedy came into force and that the trial judge erred in doing so. The oppression provisions of the *OBCA* came into force on July 29, 1983.

[530] We do not agree. There is no doubt that the trial judge ordered relief under s. 248 for events that occurred, or at least commenced, before July 29, 1983. The 1979 bonuses preceded that date. Payments of the 1981 and 1982 bonuses began before that date but continued after it. So did the Greycliffe profit diversions.

[531] The trial judge based this application of s. 248 on the finding that the oppression provisions, although not procedural, were intended to be retrospective in application: see *Re Mason and Intercity Properties Ltd.* (1986), 32 A.C.W.S. (2d) 366 (Ont. Div. Ct.), varied on unrelated other grounds (1987), 59 O.R. (2d) 631 (C.A.).

[532] We agree that the oppression provisions of the *OBCA* are not merely procedural. They provide significant substantive rights and remedies. However, because of the facts of this case, we need not decide whether there is a sufficiently clear expression of legislative intent to require that these provisions be given full retrospective application to conduct that was completely concluded before their enactment. Rather, we think that the essence of the trial judgment is that starting at least in 1979 and continuing well beyond July 1983, the appellants conducted the business of IWS in a way that was oppressive of Morris. This pattern of conduct, although it commenced before July 1983, was ongoing well after that date. This is equally true of the subcomponents of that pattern, such as the improper payment of bonuses and the Greycliffe profit diversions. They too were going on well after July 1983. This ongoing pattern of oppression is what Professor Sullivan describes as a continuing fact situation: see R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. (Markham: Butterworths, 1994) at 514-15.

[533] In providing remedies under s. 248 for conduct that took place in part before July 1983, but that continued after this date, the trial judge was simply doing what the legislation expressly contemplates, namely making orders to rectify the pattern of oppressive conduct complained of. We do not need to decide if the legislation may be applied to a pattern of conduct that was fully concluded before the provisions became effective.

[534] Fifth, the appellants contend that the trial judge erred in applying the oppression remedy to events that occurred five or more years before the claim was made.

[535] Again, we disagree. The appellants seek assistance from *Jaska v. Jaska* (1996), 141 D.L.R. (4th) 385 (Man. C.A.). In that case the court determined that the counterpart Manitoba legislation could not reach back in time to the extent sought by the respondents. In *Jaska*, however, the result depended on a general limitation period imposed by the

Manitoba *Limitations of Actions Act*, R.S.M. 1987, c. L150, which has no counterpart in Ontario, and in part on an exercise of the court's discretion in the circumstances of that case.

[536] The trial judge understandably found the *Jaska* case of little assistance to her, because in this case there is no similar legislative provision and the oppression of Morris continued right up until the commencement of the action. The trial judge exercised her discretion to apply her broad remedial authority to the pattern of oppressive conduct that started in 1979. In doing so she neither abused her discretion nor ran afoul of any legislative limitation period.

[537] Sixth, the appellant argues that the trial judge erred in applying s. 248 to order a remedy against IWS in connection with the share sale, since IWS was not a party to the sale. In our view, the trial judge was correct to do so. A dispute over a transaction that determined shareholder control of a corporation is one "in respect of" that corporation as that phrase is used in the opening paragraph of s. 248(2). As such, it clearly engages the court's jurisdiction under this section: see *GATX Corp. v. Hawker Siddeley Canada Inc.* (1996), 27 B.L.R. (2d) 251 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), *per* Blair J.

[538] Having found such a transaction here and having concluded that it was oppressive to Morris, the trial judge found that part of the appropriate rectification of that oppression was a remedial order against IWS itself because of its deep involvement in the process. This order represents no error in the exercise of her broad remedial authority, given the very significant participation of IWS in the oppression, as the trial judge spelled out graphically at para. 1387 of her reasons:

The way in which the Share Sale was implemented deeply implicated IWS. Chester, acting as if he were already the 100% owner of IWS, put the resources of IWS at his own disposal to make his share purchase so that he would have 100% ownership of IWS. By causing the corporation to act, he engaged s. 248(2)(a). He arranged for IWS to declare a million-dollar dividend that he would use to pay for part of Morris' shares; for IWS to reallocate \$412,000 of Morris' 1982 bonus to himself to pay for Morris' shares; for IWS to borrow \$500,000 from Morris, interest-free; for Linton, the IWS comptroller, to issue an IWS cheque in the amount of \$500,000 payable to Morris, even though the Share Sale Agreement provided that payments were to be made by Chester personally. By his actions and IWS' actions,

Chester secured control of IWS. Chester made IWS a party to the December 1983 lease.

[539] In short, the appellants' oppression arguments all must fail.

(d) The Knowing Receipt/Knowing Assistance issue

[540] The trial judge employed the doctrines of knowing receipt and knowing assistance in dealing with two aspects of the main action, namely Morris's claim in connection with the 1981 and 1982 bonuses, and his claim in relation to the profit diversions from IWS to Robert's companies, primarily Greycliffe.

[541] She found Robert, Gary and, Warren liable to Morris for knowing receipt of their 1981 and 1982 bonuses. She found that they had at least constructive knowledge that these bonuses were paid to them in breach of Chester's fiduciary duty to Morris. She ordered that they pay to Morris amounts equivalent to the full payments they received. This relief duplicates the relief granted under s. 248 of the *OBCA* to Morris against his three nephews in connection with those bonuses.

[542] As to the profit diversions, the trial judge found Chester liable to Morris for knowingly assisting Robert to dishonestly divert the profits to Robert's companies in breach of his fiduciary duty to IWS (and therefore presumably to Morris as well). In the same way, she found Robert's companies liable to Morris for knowingly receiving these profits.

[543] The trial judge ordered Chester to pay Morris an amount equal to fifty per cent of the profits diverted and ordered Robert's companies to pay to Morris fifty per cent of the profits they each received. The relief ordered on this basis against Chester duplicated the relief based on s. 248 of the *OBCA* and the relief based on Chester's breach of fiduciary duty to Morris. The relief against Robert's companies duplicates that ordered against them pursuant to s. 248.

[544] The appellants argue that the trial judge made two errors of law in applying the doctrines of knowing receipt and knowing assistance.

[545] First, the appellants argue that these doctrines cannot apply where there is only a breach of fiduciary duty. Rather, they can only apply where the monies wrongly paid out are trust monies and here, the 1981 and the 1982 bonuses are simply corporate funds paid out pursuant to signed corporate resolutions.

[546] We do not agree that these two doctrines have such a narrow compass. We agree with the trial judge that both are available in the context of a breach of fiduciary duty and not simply where trust monies are involved. Thus she did not err in applying these

doctrines without concluding that either the 1981 and 1982 bonuses or the profit diversions constituted trust monies.

[547] Laskin J.A. made clear that a breach of fiduciary duty may trigger the imposition of liability on third parties in *Gold v. Rosenberg* (1995), 129 D.L.R. (4th) 152, aff'd on other grounds [1997] 3 S.C.R. 767. Speaking for this court, he said at 154:

Beginning with the judgment of Lord Selborne in *Barnes v. Addy* (1874), L.R. 9 Ch. App. 244, courts have imposed the obligations of a trustee on third parties who participate in another's breach of trust or breach of fiduciary duty. Third parties may be liable as "constructive trustees" if they knowingly receive trust property obtained in breach of trust (the "knowing receipt" cases) or if, without receiving trust property, they knowingly assist in its misapplication (the "knowing assistance" cases).

[548] Paul Perell, in his article "Intermeddlers or Strangers to the Breach of Trust or Fiduciary Duty", (1999) 21 *Advocates' Q.* 94, makes the same point, namely that these equitable doctrines apply to both breaches of trust and breaches of fiduciary duty. An example of the latter application is found in *MacMillan Bloedel Ltd. v. Binstead* (1983), 22 B.L.R. 255 (B.C.S.C.), cited with approval in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217 at 239.

[549] Moreover, in this context there is no reason in principle to differentiate between the beneficiary of a trust obligation and the beneficiary of a fiduciary obligation. Both are equally deserving of the protection of equity as against a third party who knowingly assists in the dishonest breach of that obligation or knowingly receives funds paid in breach of it.

[550] The appellants' second argument is that Robert, Warren, and Gary can be found liable in knowing receipt for no more than one-half of the bonuses they received for 1981 and 1982.

[551] We agree with this submission. The trial judge based her conclusion on the finding that Chester's sons knew that the source of the money used to pay those bonuses was the proceeds of the sale of the two divisions of IWS of which Morris owned fifty per cent. She further found that reasonable young men in their position would have known that the bonuses were a distribution of IWS equity and not the payment of reasonable compensation.

[552] Although she did not say so expressly, the trial judge clearly concluded from these findings that Chester's sons had constructive knowledge that half their bonus monies represented Morris's equity in IWS and were paid to them in breach of Chester's fiduciary duty to Morris. The trial judge did not conclude that Chester's sons had constructive knowledge that Morris had a beneficial interest in one hundred per cent of the bonus monies they received for these two years. Nor could she have done so on these facts. As a distribution of equity, Morris had a beneficial interest in only half of it.

[553] The elements of the doctrine of knowing receipt are set out in the Perell article, *supra*, at 110: a trust or fiduciary relationship; the third party receiving property from the trust or fiduciary relationship in his or her own personal capacity; and the third party having actual or constructive knowledge that the property was transferred in breach of trust or fiduciary duty. Thus liability for knowing receipt does not extend beyond the property which the third party knows (or is deemed to know) has been received in breach of trust or fiduciary duty.

[554] In this case Chester's sons knew that their bonus monies for 1981 and 1982 represented a distribution of IWS equity, half of which was Morris's. Their knowledge (either actual or constructive) that Chester was in breach of his fiduciary duty to Morris by paying these bonuses could therefore extend only to the fifty per cent in which Morris had a beneficial interest; they could be liable in knowing receipt for no more than this amount.

[555] Although the appellants do not expressly argue the point, the same logic applies to the remedy under s. 248 of the *OBCA* against Chester's sons in respect of the 1981 and 1982 bonuses. The payment of those bonuses constitutes an act of oppression against Morris in so far as the payment was made with Morris's fifty per cent share of the proceeds from the sale of the two divisions of IWS. And under s. 248(2), the order to rectify that matter must be limited to the fifty per cent of the bonuses received by Chester's sons for 1981 and 1982.

[556] In the body of her reasons, the trial judge found that an order may be made against Chester's sons in respect of the receipt of the 1981 and 1982 bonuses both under s. 248 of the *OBCA* and in knowing receipt. In her summary of liability findings, the trial judge found Chester's sons liable to Morris for these bonuses only in knowing receipt. The formal judgment orders that they pay Morris the sum equivalent to the full amount of the bonuses. Whether that order is based on only the doctrine of knowing receipt or also on s. 248 of the *OBCA*, we amend it to provide for liability in an amount equal to fifty per cent of the bonuses received by Chester's sons for 1981 and 1982.

(e) Remedy for the Greycliffe Profit Diversions Issue

[557] As we have described, the trial judge found liability on a number of different bases against Chester, IWS, Robert, Robert's companies, and Gary in relation to the profits diverted from IWS to Greycliffe and the related companies owned by Robert.

[558] Chester was found liable for breaching his fiduciary duty to Morris by knowingly allowing the improper profit diversions. He was also found liable to Morris under s. 248 of the *OBCA* and for knowingly assisting Robert in breaching his fiduciary duty to IWS (and therefore presumably to Morris as a fifty per cent owner) by charging IWS rates that far exceeded competitive rates.

[559] IWS was found liable to Morris under s. 248 of the *OBCA* as were Robert and Robert's companies. Robert's companies were also found liable to Morris in knowing receipt.

[560] The trial judge then went on to find that because all the services provided by Greycliffe and related companies could have been done by IWS itself, all the diverted profits could have been retained within IWS. She therefore ordered Chester and IWS to pay to Morris an amount equivalent to fifty per cent of all profits received from IWS by Greycliffe and related companies after allowing for a modest additional management fee of \$50,000 that IWS would have had to incur to perform these services itself. The various companies were all ordered to pay Morris fifty per cent of their individual profits from IWS.

[561] Against this backdrop, the appellants make two legal arguments. First, the claim for profit diversions is a claim for the diversion of IWS corporate revenue and can only be made by IWS or by way of a derivative claim, neither of which was made here. The simple answer to this is that the trial judge found liability against these various parties on a number of legal bases that are quite independent of whether IWS could also have made a claim itself. The fact that IWS might have done so does not in any way undermine the validity of claims based on fiduciary breach, knowing receipt, knowing assistance, or s. 248 of the *OBCA*.

[562] Second, the appellants argue that in ordering payment equivalent to fifty per cent of all the profits made by Greycliffe and Robert's other companies, the trial judge went too far. We agree with this. Morris was undoubtedly aware that Robert was providing some trucking and related services to IWS through companies like Greycliffe. His concern was that after the fact, he discovered that the level of profits received by those companies was so excessive as to be (in his own words) "a sin" rather than the reasonable rate of profit he would have anticipated. He was also candid in admitting that "reasonable" was to be assessed generously, since the profits were being earned by a

member of the family, and that he would expect the same treatment to be accorded to his sons if and when they joined the business.

[563] This reality was recognized by the trial judge when she identified just what it was that constituted Chester's breach of fiduciary duty to Morris, the oppression under s. 248 and Robert's breach of fiduciary duty: it was that Robert arranged for his companies to receive excessive profits for their services to IWS and that Chester knowingly permitted this to happen. The gravamen of the conduct was not that Robert's companies made any profit at all on these services, but that these profits were more, indeed much more, than was reasonable.

[564] Having found that excessive profits were what attracted liability, the trial judge's remedial order in Morris's favour could not properly extend beyond his share of that portion of the profits received by Robert's companies that was excessive. In basing her order on all profits received by these companies, the trial judge reached beyond the fiduciary breaches and the oppression that she had found. Her remedy also compensated for the payment of reasonable profits, which were the product of neither. She erred in so doing.

[565] If the correct remedial order for the profit diversions should reflect only those profits that were excessive or unreasonable, the question is whether this court can make that order. While all parties made it clear that a new trial was to be avoided at all costs, the state of the record before us makes the challenge of fixing a proper remedial order a less precise exercise than is desirable. Nonetheless, in the interest of finality we must attempt it.

[566] The evidence accepted by the trial judge showed that Greycliffe, the main provider of trucking services to IWS, was operating at a profit ratio of approximately fifty per cent or thereabouts, while the industry average hovered around five per cent. For this purpose we will take Greycliffe to be typical of Robert's other companies. Using this as a rough and ready tool of analysis we conclude that a profit ratio of half that or twenty-five per cent would constitute a reasonable level of profit for these companies in the circumstances. While still significantly above the industry norm, this profit ratio reflects that the profits were going to a family member and that the context here was the Waxman family.

[567] On this basis, in operating at a fifty per cent profit ratio, half of all the profits received by Robert's companies were beyond the reasonable level of twenty-five per cent, and thus excessive. The order should therefore provide Morris with his half of that half. We amend the part of the order relating to profit diversions so that the amounts to be paid by Chester, IWS, Robert, and his companies are half of those ordered by the trial judge in each case.

(f) The Ancaster Property Claim

[568] The trial judge found that Morris transferred this property to Warren because Chester promised that if he did so, Chester would “straighten out” the share sale. She found that both brothers understood that this meant returning the parties to their shareholdings prior to December 22, 1983. She concluded that since Chester breached his promise, Morris was entitled to receive damages for breach of contract equal to the value of the property at the time it was transferred to Warren.

[569] The appellants argue that the trial judge erred in failing to conclude that this contract was fatally vague. We do not agree. The trial judge had ample evidence to conclude that the brothers fully understood what Chester was obligated to do in return for Morris transferring the property to Warren.

[570] The appellants also argue that Morris is not entitled to this relief if he also succeeds in having the court return him to his shareholding position as it existed prior to December 22, 1983. We agree with this and indeed counsel for the respondents candidly conceded as much in argument. In effect, Morris will have received Chester’s performance of his promise through court order and should not receive damages as well. Thus we order that the trial judgment be amended in this respect.

(g) The Constructive Trust and Tracing Issues

[571] The trial judge’s findings of liability in the main action were based fundamentally on breach of fiduciary duty, undue influence, unconscionability, and oppression under s. 248 of the *OBCA*. While we have not found it necessary to deal with undue influence and unconscionability, the breach of fiduciary duty entitled the court to turn to equitable principles in devising appropriate remedies. So too did s. 248. The task under s. 248 is very much the same since s. 248(3) empowers the court upon a finding of oppression to make any order “it thinks fit”. It is important to keep in mind that the various remedies the trial judge ordered were made in this context.

[572] In connection with the share sale, the trial judge imposed a constructive trust. She ordered that Chester held fifty per cent of the shares of IWS on constructive trust for Morris from December 22, 1983 (the date of the share sale) to June 27, 2002 (the date of her judgment), when she ordered Chester to transfer the shares from his name to Morris’s name. She provided a remedy for the profits and the equity taken out of the company during the existence of the constructive trust by ordering that Morris could elect one of two ways, which she described in detail, for calculating his fifty per cent of those amounts. She then ordered that to recover his share of these post-sale payouts, Morris could elect between a proprietary remedy, namely a constructive trust on his portion of those amounts, or a personal remedy against both Chester and IWS for damages equivalent to his portion of those amounts.

[573] In connection with the 1979 bonuses, the trial judge ordered that both Chester and IWS were liable to pay Morris \$125,000, which was equivalent to fifty per cent of those bonuses. She ordered that Morris could elect a proprietary remedy as an alternative which would yield an order that Chester had held Morris's \$125,000 on constructive trust for Morris since December 17, 1979.

[574] For the 1981 and 1982 bonuses her remedies were much the same. Morris was entitled to a personal judgment against Chester for his fifty per cent (less what Morris in fact received) or to elect an order that these sums were subject to a constructive trust. She also held that Robert, Warren, and Gary were personally liable for the bonus amounts they received for 1981 and 1982 (which, as we explained earlier, we have reduced by one-half).

[575] The trial judge used the same approach for the profit diversions to Greycliffe and Robert's other companies. Personal remedies were ordered against Chester, IWS, and Robert for Morris's fifty per cent share of those profit diversions and against each of the companies for fifty per cent of the profits they received. She again permitted Morris to instead elect a proprietary remedy and to choose that any portion of his fifty per cent be subject to a constructive trust.

[576] The trial judge also ordered Chester to pay punitive damages of \$350,000 in connection with the share sale, the bonuses, and the profit diversions.

[577] Finally, to support the constructive trust remedy, the trial judge ordered a tracing process to permit Morris to attempt to trace the amount subject to constructive trusts into the hands of persons other than *bona fide* purchasers for value without notice. She also found that none of Robert, Warren, or Gary qualified as such persons. This process would permit Morris to make an informed election between the personal and the proprietary remedies provided for as alternatives by her judgment.

[578] The appellants argue that the trial judge erred in several respects in this exercise of her remedial jurisdiction. Before turning to the specific arguments, it is worth reiterating that the remedies ordered all flowed from the trial judge's use of (1) the equitable tools of fiduciary breach, undue influence, and unconscionability and (2) the broad remedial powers given by s. 248 of the *OBCA*. All her remedies are therefore entitled to significant deference in this court: see *McBride Metal Fabricating Corp. v. H & W Sales Co.* (2002), 59 O.R. (3d) 97 (C.A.); *Sidaplex-Plastics Suppliers Inc. v. Elta Group Inc.* (1998), 40 O.R. (3d) 563 (C.A.).

[579] The appellants first argue that the trial judge erred in the exercise of her discretion in reinstating Morris as a fifty per cent shareholder with the accompanying share of post-sale profits, since this is a business to which he has not contributed and in whose management he has not participated for twenty years. Rather, Morris should simply be

entitled to damages for lost opportunity, measured by the difference between the fair market value of IWS on December 23, 1983 and the price set in the share sale agreement.

[580] The answer to this is twofold and straightforward. First, it would effectively ignore the trial judge's finding that Morris never intended to sell his shares. Second, as La Forest J. said in *Hodgkinson*, at 440, equity's objective in a circumstance like this is restitutionary, namely to put Morris in as good a position as he would have been in had the fiduciary breaches not occurred. Moreover, particularly where the breach is found to be dishonest, equity does not permit the failed fiduciary to profit from his wrongdoing. The remedies ordered by the trial judge in relation to the share sale and the post-sale profits accomplish just that. They restore Morris to his ownership position as it was before December 23, 1983. They also recognize his entitlement as owner since that time. They permit Chester and his sons reasonable bonuses beyond their generous salaries for their contributions to IWS during the period of the constructive trust. In our view, these remedies are appropriate. They represent no error in the exercise of the trial judge's remedial discretion.

[581] The appellants also argue that the trial judge erred in making her tracing orders, saying that she used them as an additional remedy. They contend that a tracing order cannot be used as a remedy, but is merely a process. The appellants also argue that the tracing orders are too invasive of the lives of Chester and his sons to be a proper exercise of judicial discretion.

[582] We do not agree. The tracing orders here do not constitute additional remedies. They simply provide the process by which Morris can attempt to trace the property in which he has a beneficial interest through the remedy of constructive trust. If the process is successful, it is the constructive trust that will provide Morris with his remedy should he elect it. As that process unfolds, those into whose hands the property can be traced will be able to advance any defences available to them.

[583] While the trial judge has precluded Chester's sons from advancing the defence of being *bona fide* purchasers for value without notice, her finding in this regard is overwhelmingly supported by the evidence. Her order that the 1979 bonuses can be traced into their hands for the purpose of the constructive trust remedy is quite consistent with her finding that they are not personally liable in knowing receipt for these amounts. The former is simply a proprietary remedy based on Chester's breach of fiduciary duty to Morris in paying the 1979 bonuses.

[584] Nor can it be said that these tracing orders, as invasive as they may be, are so invasive of the lives of Chester and his sons as to be an erroneous exercise of the trial judge's remedial discretion. These orders are the natural corollary of the constructive trust orders made by the trial judge, which in turn are the consequence of the egregious breaches by Chester and his sons of their equitable obligations.

[585] The appellants' third submission is that the trial judge erred in ordering punitive damages both because the circumstances lacked the necessary blameworthy conduct and because there was no finding of an actionable wrong independent of the breaches of fiduciary duty found by the trial judge. This argument also fails. The trial judge concluded that Chester's conduct met or surpassed the requirement that it be sufficiently malicious, oppressive, and high-handed as to deserve public censure by the court. On the facts as found, that conclusion is unassailable.

[586] Moreover, where liability is founded on breach of fiduciary duty, an independently actionable wrong is not a precondition of punitive damages. Although that is necessary in an action based on breach of contract, where this "private law" agreed to by the parties defines the extent of their obligations to each other, the situation is different where the common law imposes an obligation on one to act as a fiduciary for another. In *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226 for example, McLachlin J., writing for herself and L'Heureux-Dubé J., found an award of punitive damages for breach of fiduciary duty to be appropriate without finding an independently actionable wrong. In doing so, she cited with approval the following passage from M.V. Ellis, *Fiduciary Duties in Canada* (Don Mills: Richard DeBoo, 1988) at 20-24:

Where the actions of the fiduciary are purposefully repugnant to the beneficiary's best interests, punitive damages are a logical award to be made by the Court. This award will be particularly applicable where the impugned activity is motivated by the fiduciary's self-interest.

[587] Finally, in her supplementary reasons, the trial judge makes clear that Robert, Warren, and Gary are personally liable in knowing receipt for the post-sale profits they received. Although the appellants have not raised it, we amend this part of her judgment by ordering that their liability is limited to one-half of the sums so received. We do so on the same basis as we did for the 1981 and 1982 bonuses, namely that they could not have had constructive knowledge that any more than one-half of these sums belonged beneficially to Morris.

[588] In summary, with the modest exceptions we have set out, we find no error in the trial judge's legal analysis in the main action.

[589] We therefore vary the judgment in the main action but only in the following respects:

- a) Robert, Warren and Gary are liable for only one half of the 1981 and 1982 bonuses that they received: see para. 556.

- b) Chester, IWS and Robert and his companies are liable for only one half of the amounts ordered by the trial judge in relation to the Greycliffe profit diversions: see para. 567.
- c) The order for damages in relation to the Ancaster property is set aside: see para. 570.
- d) Robert, Warren and Gary are liable for only one half of the post sale profits that they received: see para. 587.

C. The Grounds of Appeal Relating to SWRI

[590] Three separate claims in the litigation involved SWRI. In one action, Morris, Michael, and SWRI claimed that Chester, Robert, Gary, and IWS had induced Philip to breach its contract with SWRI. Chester and his children counterclaimed in that action, alleging that their shares in SWRI had been transferred to Michael and Douglas improperly and without their consent. The trial judge found Chester, Robert, and IWS liable to SWRI for inducing the breach of the contract with Philip and assessed damages at large at \$2.5 million and punitive damages at \$100,000. She dismissed the counterclaim, finding that Chester's children had consented to transfer their shares in SWRI to Morris's sons.

[591] In the main action, IWS counterclaimed against SWRI, Morris, Michael, Shirley, and Douglas for theft of its business and corporate opportunities. The trial judge dismissed the counterclaim, except on three minor matters, which are not in question in this appeal. In dismissing the counterclaim she found that Chester and IWS were aware of and consented to SWRI's handling of all of the business that IWS had handled.

[592] Chester, Robert, and IWS appeal all three adverse findings. Their three general submissions are:

1. The trial judge erred in finding Chester, Robert, and IWS liable to SWRI for inducing the breach of its contract with Philip; in the alternative she erred in her assessment of damages.
2. The trial judge erred in finding that Chester's children consented to the transfer of their shares in SWRI to Michael and Douglas.
3. The trial judge erred in dismissing IWS's counterclaim for theft of its business and corporate opportunities.

The factual background to these three submissions is set out at paragraphs 225 to 269 of these reasons.

i. The Inducing the Breach of Contract Claim

[593] Beginning in 1982, Morris and then Michael developed a close and valuable business relationship with Alan Fracassi, the principal of Philip. SWRI provided the customers and invoiced them and Philip supplied the trucking services to haul their waste. Morris issued his claim in the main action in 1988 and in January 1989 IWS counterclaimed not only against SWRI, Morris and Michael, but also against Philip for misappropriation of waste accounts allegedly belonging to it. On March 7, 1989, Philip wrote to SWRI terminating their six-year business relationship. That same day, IWS dropped its counterclaim against Philip. The termination of Philip's relationship with SWRI had dramatic financial consequences: SWRI was effectively put out of business, as its profits decreased by ninety per cent, while Philip's profits skyrocketed, nearly doubling in less than a year.

[594] It was in this context that the trial judge held IWS, Chester, and Robert liable to SWRI for inducing the breach of its contract with Philip. In so holding she applied the elements of the tort of inducing breach of contract to her factual findings. The appellants do not challenge her legal analysis. Instead, they attack her findings of fact and credibility. For the brief reasons that follow, we conclude that her findings are well supported by the record, disclose no palpable and overriding error and, therefore, are unassailable on appeal.

[595] To succeed in its tort action for inducing breach of contract SWRI had to prove these five elements:

1. It had a valid and enforceable contract with Philip;
2. The defendants, IWS, Chester, and Robert, were aware of the existence of this contract;
3. The defendants procured the breach of the contract;
4. The breach was effected by wrongful interference on the part of the defendants; and
5. As a result of the breach it suffered damages.

See *Posluns v. Toronto Stock Exchange and Gardiner*, [1964] 2 O.R. 547 (H.C.), aff'd [1966] 1 O.R. 285 (C.A.), aff'd [1968] S.C.R. 330. The trial judge concluded that SWRI had made out these five elements. We agree with her conclusion.

[596] Although Philip and SWRI had exchanged draft agreements, they never formalized their arrangement in a written contract. Nonetheless, the trial judge found that the parties had a valid and enforceable contract arising out of their negotiated agreements

to transport and process waste for every major SWRI customer. There is no basis to interfere with that finding. It satisfies the first element of the tort.

[597] The appellants acknowledged that they were aware of the contractual relationship between SWRI and Philip. Their awareness satisfies the second element of the tort.

[598] Both at trial and on appeal the main issue was whether SWRI had made out the third element of its cause of action: did the appellants procure the breach of the contract? Each side told a different story of why Philip terminated the contract in March 1989. The appellants, bolstered by the testimony of Fracassi, claimed that Philip ended its relationship with SWRI because it discovered that SWRI had “cheated” it on the Lasco contract. According to Fracassi, Michael gave him altered copies of the three agreements between SWRI and Lasco that we referred to earlier – the letter agreement of October 24, 1986, the settlement agreement of February 24, 1987, and the proposed letter of November 1988 – to hide the amount of profit SWRI was earning on the Lasco contract. The altered copies showed reduced transportation charges to Lasco for hauling its waste. Fracassi claimed that he first saw authentic copies of these agreements between SWRI and Lasco in reviewing documents given to his lawyer by lawyers for Robert, Chester, and IWS in March 1989. On discovering the discrepancies he severed Philip’s relationship with SWRI.

[599] Morris and Michael denied the appellants’ version of what occurred. They contended that the appellants pressured Philip to sever the relationship in order to drive SWRI out of business. According to Morris and Michael, the appellants offered two inducements: IWS would drop its counterclaim against Philip and IWS would not compete for any of the business that SWRI and Philip had developed, not even business that had originated with IWS. Morris and Michael claimed that Robert altered the Lasco documents in early 1989 and gave them to Fracassi to provide him with a pretext for ending Philip’s business relationship with SWRI.

[600] The trial judge accepted Morris and Michael’s evidence and their account of what occurred. She therefore found that the appellants had procured or caused the breach of the contractual relationship between SWRI and Philip. She wrote:

After February 20, 1989, IWS did not release Philip from its counterclaim until Philip agreed to stop doing business with SWRI. I find that Robert insisted that Philip cease doing business with SWRI as a condition of the dismissal of IWS’ counterclaim against it. Philip at first refused to do so, eventually relenting only after Robert provided them with forged documents, which suggested SWRI had defrauded Philip and when Chester/IWS offered other financial incentives (para. 1762).

She concluded that the appellants had induced the breach intentionally. At para. 1780, she wrote: “The termination of Philip’s contractual relationship with SWRI was precisely what Chester and Robert intended. They knew SWRI would be severely damaged as a result.”

[601] The evidence amply supports the trial judge’s conclusion that SWRI had proved the third element of its cause of action. This evidence includes the following:

a) **The timing of Philip’s termination of its relationship with SWRI**
Philip ended the relationship with SWRI the very day IWS dropped its counterclaim against Philip. The trial judge properly rejected Fracassi’s evidence that the timing was a coincidence.

b) **The altering of the Lasco documents**

The appellants alleged that Michael altered the documents and used them to conceal SWRI’s profits. Michael denied this allegation and the trial judge accepted his denial, as she was entitled to do. Instead, she found that Robert altered the documents in early 1989 and gave them to Fracassi, who, knowing they were false, used them as a pretext to terminate his relationship with SWRI. Her finding is supported by the invoices SWRI sent to Lasco, which show transportation charges consistent with the authentic agreements; and by the different stories Fracassi and Robert told about how each “discovered” that the Lasco agreements had been altered. According to Robert, he met Fracassi at the Centennial Parkway offices, and in the course of going through files Fracassi had brought with him, discovered that some of the Lasco documents in those files differed from those in SWRI’s files. According to Fracassi, however, no such meeting took place. Fracassi said he stopped doing business with SWRI after Robert’s lawyers sent the authentic documents to his lawyer and he compared them with the altered documents. Not surprisingly, the trial judge rejected these “confusing, inconsistent and unpersuasive” stories.

c) **Fracassi’s first exposure to the altered Lasco documents**

This point is closely related to the last point. Fracassi’s story hinged on his claim that he received copies of the altered documents at the time each was written, that is, in October 1986, February 1987, and November 1988. He said that because he was a joint venture partner with SWRI he received copies of all contracts between SWRI and its customers.

Two pieces of evidence undermine Fracassi's claim: Michael's evidence, which the trial judge accepted; and the nature of the arrangement between Philip and SWRI on the Lasco account. Although SWRI and Philip were joint venture partners for other customers, on the Lasco account they were contractor and subcontractor. As a subcontractor Philip was not entitled to receive and did not receive copies of the agreements between SWRI and Lasco.

d) **Philip's motive**

Philip obviously had a strong motive to end its contract with SWRI. Because of the appellants' promise not to compete, Philip stood to maintain all the SWRI business and to reap all the profits instead of having to share them.

e) **Philip's termination letter**

This letter made no reference to the altered Lasco documents or to Philip having been cheated as a basis for terminating its relationship with SWRI.

[602] SWRI easily established the last two elements of its cause of action. The appellants had no lawful grounds for interfering with the contract between SWRI and Philip, let alone by proffering tampered documents to justify Philip's termination of its relationship with SWRI. And SWRI sustained substantial damages because of the breach of contract: its profits fell by approximately \$2.7 million in the first year after the breach. For these reasons we uphold the trial judge's finding of liability.

[603] The appellants argue in the alternative that if they are liable for inducing breach of contract, the damages "at large" awarded by the trial judge, \$2.5 million, are excessive and should be substantially reduced. We see no merit in this submission.

[604] The trial judge largely accepted the evidence of the respondents' expert, Vettese, and relied on one of his four alternative loss calculations. She set out her key finding at para. 1800 of her reasons:

Based on Michael's evidence, I find that of the four sets of assumptions used by Vettese, the assumptions in Alternative D and damages of \$2,770,000 - \$2,840,000 are the most appropriate. However I find that those assumptions are conservative given the evidence of Michael, which I accept about expectations of growth in the business. Vettese's calculations do not include all of SWRI's customers.

After making various adjustments she arrived at a figure of \$2.5 million.

[605] The appellants challenge the assessment by challenging Vettese's assumptions. In his loss calculation, which was relied on by the trial judge, Vettese assumed that SWRI's customers at the date of breach would continue to do business with SWRI for the expiry of their contract term and an additional renewal term. The appellants submit that this assumption was not reasonable because Lasco, SWRI's most important customer, and perhaps other customers, too were dissatisfied with SWRI's rates and were looking for another waste handler. We do not accept this submission for the simple reason that after the breach Philip maintained the Lasco account and most other SWRI accounts.

[606] The appeal against the finding of inducing breach of contract and the award of damages therefore fails.

ii. The Share Transfer Issue

[607] As we have said, SWRI was incorporated in 1977 with two thousand preference shares and one hundred common shares. IWS held the preference shares. Ramsay Evans and Hayman, lawyers at the firm of Evans Husband, held the common shares in trust: fifty for Morris's three children and fifty for Chester's four children. By the time of trial, the IWS corporate records showed that the preference shares had been eliminated and that Michael and Douglas owned all of the common shares.

[608] The appellants alleged that they discovered this change in SWRI's shareholdings in the summer of 1988. They counterclaimed for misappropriation of their shares in SWRI. They pointed out that there was no board of directors resolution cancelling the preference shares; there were no consents to the transfer of the common shares; and there was no compliance with Article 9 of SWRI's letters patent, which required written evidence of a share transfer.

[609] The trial judge dismissed the counterclaim. Although troubled by the absence of corporate records documenting the restructuring, she found that the appellants had knowingly consented to the elimination of the preference shares and the transfer of the common shares. She found that the share restructuring took place in Ennis's law office in 1982 and was backdated to 1979. She also found that Chester actively directed the restructuring, largely to be able to claim that he, his sons and Morris never had anything to do with SWRI, thus permitting them to escape the scrutiny of anyone seeking to enforce the Laidlaw/Superior non-competition covenants. The trial judge ordered that, if necessary, SWRI's minute book and share registry be rectified to reflect what she found was everyone's intention: that Michael and Douglas own and run SWRI, and that IWS, Chester and his children have no further interest in it.

[610] The appellants make two arguments on appeal: first, that the trial judge's finding of consent was unsupported by the evidence and contrary to the sworn testimony of Chester's sons; and second, that the transfer of the common shares was ineffective because of non-compliance with Article 9 of SWRI's letters patent. We do not accept either argument.

[611] Ennis's account to Morris dated September 29, 1982, and his handwritten notes show that his office effected the restructuring of SWRI in 1982. The corporate records of SWRI showed that the restructuring was backdated to August 1, 1979. A minute of that date shows that Hayman,² as trustee, transferred fifty common shares to Michael Waxman and fifty common shares in trust to Cook, a legal assistant in Ennis's office. A later minute dated May 4, 1981 shows that Cook transferred the fifty shares she held in trust to Douglas Waxman.

[612] The principal question the trial judge had to resolve was whether Chester's sons consented to the transfer of their common shares to Morris's sons. The secondary question was who bore responsibility for eliminating IWS's ownership of the preference shares.

[613] In support of their claim that Morris orchestrated the restructuring of SWRI without their consent, the appellants pointed to the following evidence: the sworn

testimony of Chester's sons that they did not consent to the transfer of their shares; Ennis's evidence that he took instructions on the restructuring from Morris and Ennis's September 29, 1982 account, which was sent only to Morris; the absence of any written consent; and the absence of any corporate records reflecting the elimination of the preference shares.

[614] The trial judge, nevertheless, found that Chester directed the restructuring of SWRI, including eliminating the preference shares, and that Chester's children consented to transfer their common shares to their cousins. In our view, her findings are not tainted by any palpable and overriding error. Instead, they are supported by several important pieces of evidence.

a) The Evidence of Hayman

[615] Hayman, whose evidence the trial judge accepted, testified that though he could not recall obtaining the consent of Chester's children or signing backdated documents, his normal practice was to seek consents from the beneficiaries before signing off on their behalf or agreeing to a backdating and he could think of no reason why he would depart from his practice in this case. As we have said at para. 337 of these reasons, Hayman's

² Mr. Evans had passed away.

evidence of his normal practice may not be especially strong evidence but it is some evidence of what occurred.

b) The Timing of the Restructuring

[616] The restructuring took place in 1982. At that time SWRI was a near dormant company with revenues of less than \$40,000. It had no value to Chester or Robert.

c) The Reasons for the Restructuring

[617] The trial judge accepted Morris's evidence that the restructuring of both the common and preference shares was done for two main reasons: to ensure that IWS, Chester, Robert, and Morris had no connection to the company and, therefore, could not be found in breach of the non-competition covenants with Laidlaw/Superior; and to give Michael a business to pursue, which would keep him away from IWS. These reasons for the restructuring provided cogent support for the trial judge's key finding of consent.

d) Chester's Role in Business Decisions Affecting IWS

[618] The trial judge rejected Ennis's evidence that Chester played no role in the restructuring and instead found that he actively directed it. This finding was open to her on the evidence. Indeed, it was consistent with Ennis's acknowledgement that Chester was actively involved in all important business decisions affecting IWS.

e) The Active Operations of SWRI

[619] SWRI carried on an active business from offices at the Centennial Parkway building, as did IWS and Robert. It defies credulity that Chester did not know until the litigation started who owned and ran SWRI.

f) The Disappearance of the Written Consents and Other Records of SWRI Reflecting the Restructuring

[620] In 1988 or 1989, after the litigation started, Robert Waxman went to the Evans Husband law office and went through the original SWRI file. The trial judge found that when he did so, he removed the consents. This finding was based on the evidence of opportunity and Robert's answers on his cross-examination, referred to at para. 1902 of the trial judge's reasons:

A. There may have been a file there one day I was there with Ross Husband.

Q. Right. And I suggest to you you were allowed to look through it?

A. I don't know if I looked through it or not.

Q. Is it reasonably possible that you did?

A. Not necessarily.

Q. Do you deny looking through it?

A. No, I don't.

Q. And in fact, did you take documents out of that file?

A. No.

Q. Are you sure?

A. No [emphasis in original].

[621] The appellants urged that the trial judge misunderstood the significance of Robert's second "No". As we have said at para. 362 she may well have misapprehended this piece of evidence. But in the light of the evidence of opportunity and the trial judge's overall assessment of Robert's credibility, she committed no palpable and overriding error in inferring that Robert used his review of the SWRI files to purloin the consents.

[622] For all these reasons, the appellants' attack on the trial judge's finding of fact that they consented to the restructuring of SWRI must fail.

[623] Nor can the appellants succeed in their alternative argument that the restructuring did not comply with Article 9 of SWRI's letters patent. Article 9 provides that no share should be transferred "without the sanction of the directors of the Corporation expressed either by resolution passed by the board or by an instrument or instruments in writing signed by a majority of the directors". The records of SWRI produced at trial did not contain any documents transferring the common shares that would satisfy Article 9. Similarly, the records of SWRI did not contain a board resolution or other document cancelling IWS's preference share certificate.

[624] Still, the validity of the restructuring depended not on formal documentation, but on the consent of the shareholders. Consent is a question of fact. And as we have

already said, the trial judge's finding of consent is supported by the evidence, and reflects no palpable error.

[625] Moreover, we agree with the trial judge that s. 250 of the *OBCA* gave her the discretion to rectify SWRI's corporate records to give effect to the restructuring she found had occurred. Sections 250(1) and (2)(a) provide:

250. (1) Where the name of a person is alleged to be or have been wrongly entered or retained in, or wrongly deleted or wrongly omitted from, the registers or other records of a corporation, the corporation, a security holder of the corporation or any aggrieved person may apply to the court for an order that the registers or records be rectified.

(2) In connection with an application under this section, the court may make any order it thinks fit including, without limiting the generality of the foregoing,

(a) an order requiring the registers or other records of the corporation to be rectified;

...

The discretion vested in the court under this section is broad: see *Re Teddy Bear Valley Mines Ltd.*, [1993] O.J. No. 1588 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). This discretion supports the trial judge's rectification order.

[626] Accordingly, we do not give effect to the appellants' appeal from the dismissal of their counterclaim for misappropriation of the shares of SWRI.

iii. The IWS Claim for Theft of Business and Corporate Opportunities.

[627] The appellants did not press this submission in oral argument. In their factum, however, they contended that Morris breached his fiduciary duty to IWS by misappropriating waste accounts and other corporate opportunities belonging to it for the benefit of SWRI. They submit that the trial judge erred in failing to find a breach of fiduciary duty. They focus on four particular waste accounts: Stelco, Proctor and Gamble, Domtar, and Munroe.

[628] In advancing this submission the appellants rely on the principle exemplified in *Canadian Aero Service Ltd. v. O'Malley*, [1974] S.C.R. 592: a person owing a fiduciary duty to a company is precluded from appropriating for himself property, a business

advantage, or corporate opportunities belonging to the company. A fiduciary who does so must disgorge the misappropriated profits. This principle seeks to avoid conflicts between a fiduciary's personal interest and duty to the company.

[629] Morris Waxman was a director and then the president of IWS. He therefore owed a fiduciary duty to IWS during the period he transferred waste accounts belonging to IWS to SWRI, the company run by his sons.

[630] However, Morris has a defence to his transfer of IWS's accounts to SWRI: the informed consent of the shareholders of IWS. The only two shareholders of IWS were Morris and Chester. The trial judge found as a fact that Chester and IWS actively consented to the business activities of SWRI and the transfer of the accounts from IWS to SWRI. She specifically found that Chester and IWS consented to the transfer of the four waste accounts singled out by the appellants. The absence of a directors' or shareholders' resolution formalizing IWS's and Chester's consent was immaterial because consent is a question of fact, and in a closely-held company such as IWS, where the brothers had ongoing discussions about the company's business, a formal resolution would not be expected.

[631] Thus the appellants' submission that the trial judge erred in finding Morris did not breach his fiduciary duty to IWS is nothing more than an attack on the trial judge's finding of consent. Yet that finding is amply supported by the evidence. As the trial judge pointed out, Chester had several good reasons for consenting to the transfer of IWS's waste accounts to SWRI. Chester wanted to mollify his brother about the share sale; he considered the waste business unimportant and had no interest in it; he wanted a corporate vehicle to keep Michael away from IWS; and the non-competition covenants with Laidlaw/Superior precluded IWS from handling many of these waste accounts, one of which was Stelco.

[632] The appellants did not demonstrate that the trial judge made any reviewable error in her finding of consent. They submit, however, that to avoid liability for breach of fiduciary duty, Morris needed more than the informed consent of the shareholders. He also had to show that IWS was not in the waste business or had wholly withdrawn from it. The appellants say Morris could not do this because IWS remained in the waste business.

[633] As the trial judge accurately pointed out, the case law does not support this second requirement. Informed consent alone provides a defence even if the fiduciary is pursuing a business opportunity that conflicts with the business of the company: see *Canadian Aero Services v. O'Malley*, *supra* at p. 606.

[634] Moreover, even if Morris had to satisfy this second requirement, the trial judge found as a fact that he did so. IWS did not carry on and did not intend to carry on a

broad-ranging waste management business. It engaged in a very limited waste business for a few of its scrap metal customers. The trial judge found that the specialized industrial waste business pursued by SWRI did not overlap with the limited waste business undertaken by IWS. We have no basis to set aside this finding.

[635] For these reasons the appeal of the dismissal of the counterclaim for misappropriation of IWS's waste accounts fails.

D. The Wrongful Dismissal Appeal

[636] In Morris's action for wrongful dismissal, the trial judge found that he was dismissed by IWS without cause on October 26, 1988. She awarded Morris \$64,672 in damages based on two years' notice. She calculated this using only his basic annual salary of \$33,185 exclusive of any draws or other special payments from IWS, which he typically received prior to his discharge. She did so on the basis that the latter would be encompassed in the determination of post-sale profits described previously.

[637] We see no basis to quarrel with either the notice period or the damage calculation and indeed the appellant IWS raises neither in argument.

[638] The appellant company contests only the findings of fact that sustain the trial judge's conclusion, particularly those in relation to SWRI, which it says constitute cause. Second, it argues that Morris's conduct after his discharge should be found to constitute just cause.

[639] We have already found that there is no basis to interfere with the findings of fact by the trial judge. And there is simply no basis in law to find that his conduct after termination can constitute just cause for his earlier dismissal.

E. Ennis's Appeal

[640] As we have already noted, Ennis had been the Waxman family's lawyer for many years. On the share sale he acted for both Morris and Chester. In 1989, Morris and Morrision sued Ennis in a separate action for failing to meet his legal obligations in connection with the share sale and lease.

[641] The trial judge found Ennis liable for breach of fiduciary duty, breach of contract, and negligence. She largely rejected his explanation for his actions. She concluded that he should not have acted for either brother on the sale because of the inevitable conflict in acting for both. She found that, having decided to act, he failed to meet even his most minimal obligations to Morris, including failing to explain to him the share sale and lease documents.

[642] The trial judge concluded that had Ennis met his legal obligations, Morris would not have sold his shares and Morrision would not have signed the lease. Because of Ennis's breach of his fiduciary duty, Morris lost the profits from his one-half interest in IWS and Morrision incurred losses on the December 1983 lease. The trial judge found Ennis jointly and severally liable for those losses in the same amount that she had found Chester liable in the main action.

[643] Ennis appeals both the finding of liability against him and the damages award. His appeal on liability depends on overturning the trial judge's finding that Morris did not know that he was selling his shares. His appeal on damages seeks to limit the equitable damages ordered by the trial judge or to substitute common law damages.

i. Ennis's Appeal on Liability

[644] Ennis challenges several adverse findings of fact made by the trial judge. But his counsel fairly concedes that, if this court upholds the trial judge's finding that Morris did not know he was selling his shares, Ennis cannot succeed on his appeal against liability.

[645] We have upheld the trial judge's finding that Morris did not know that he was selling his shares. Combined with Ennis's admission that he acted for Morris and Chester on the share sale, that finding is fatal to his appeal on liability.

[646] Ennis acknowledges that he had a fiduciary duty to Morris in connection with the share sale. At the heart of the fiduciary duty lies the duty of loyalty, which includes the duty to avoid conflicting interests: see *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631 and *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1982), 37 O.R. (2d) 499n. Ordinarily a lawyer should not act on both sides of a transaction where the interests of one client potentially conflict with the interests of the other. If there are some simple or routine transactions where a lawyer can act for both parties, the share sale is not one of them. In a transaction of this magnitude Ennis simply could not act for Chester and Morris. By doing so he put himself into a hopeless conflict of interest, and, as the trial judge found, he severely compromised his representation of Morris. The trial judge was unquestionably correct in concluding that merely by acting on the sale, Ennis breached his fiduciary duty to Morris.

[647] Moreover, having decided to act, Ennis breached even the most basic obligations of a lawyer to his client. Three obligations in particular come to mind. First, Ennis did not raise with Morris the problem in acting for both him and his brother. He did not explain the potential conflict, nor did he obtain Morris's consent to act for both sides. Rather than recommend that Morris obtain independent legal advice, Ennis arranged for Morris to sign a waiver of such advice. This waiver was ineffective because it was uninformed, and, in any event, was obtained only after the share sale documents had been signed.

[648] Second, Ennis showed no commitment to Morris's cause and, correspondingly, Morris did not receive from Ennis the zealous representation to which he was entitled. Ennis did not explain to Morris the pitfalls and dangers of the share sale: see *Clarence Construction Ltd. v. Lavallee* (1980), 111 D.L.R. (3d) 582 (B.C.S.C.), aff'd (1981), 132 D.L.R. (3d) 153 (B.C.C.A.). He did not discuss the terms of the sale with Morris, much less review the share sale documents with him. He did not even discuss the clearly one-sided nature of virtually every term of the lease (see para. 164 of our reasons). Instead he sat silently at the meeting on December 22, 1983 when the documents were signed, thereby lending a false aura of normalcy to the closing, as the trial judge found.

[649] Third, Ennis showed no regard for his obligation of candour to Morris. As the trial judge accurately observed, quoting La Forest J. in *Hodgkinson*, at 452, the duty to disclose "lies at the core of the fiduciary principle." Ennis could not keep from Morris any relevant information that he received from Chester. Yet the trial judge detailed nine pieces of relevant information that Ennis did not disclose to Morris (para. 2295). These included the fact that Morris was being asked to sign documents selling his shares, the fact that the \$3 million sale price did not reflect the 1979 and 1981-2 bonus allocations, details about the terms of the lease with Morrision, and Linton's valuation memo of November 1982. The trial judge's findings on Ennis's non-disclosure are amply supported by the record.

[650] For all these reasons we decline to give effect to Ennis's appeal on liability.

ii. Ennis's Appeal on Damages

[651] The basic rule of equitable compensation is that the injured party will be reimbursed for all losses flowing directly from the breach. The trial judge applied this principle in assessing damages against Ennis for breach of his fiduciary duty. She held that from the time of the share sale onwards Morris was deprived of all the benefits of his fifty per cent ownership in IWS. The loss of these benefits flowed directly from Ennis's breach. Thus, together with Chester, Ennis was jointly and severally liable for these losses. He was also jointly and severally liable to Morris and Morrision for any losses flowing from the December 1983 lease.

[652] Ennis contends that the trial judge's award of damages should be reduced for any one of three reasons. First, he submits that the proper measure of damages is the difference (if any) between the price at which Morris sold his shares in IWS and the fair market value of those shares in December 1983. Second, he submits that the trial judge erred in failing to consider that he neither controlled nor profited from the business of IWS. Third, he submits that the trial judge erred in failing to apply the common law principles that limit damages. We do not accept the first two submissions, but we do give effect to the third.

[653] Ennis's first submission ignores the findings of the trial judge and the principles of equitable compensation. The trial judge found that had Ennis fulfilled his fiduciary duty Morris would not have sold his shares to his brother. Fixing damages at the difference between the sale price and the fair market value of the shares assumes a contrary finding: that Morris wanted to sell his shares and, but for Ennis's breach of duty, would have obtained a better price.

[654] Moreover, the trial judge found that Ennis breached his fiduciary duty, which is a duty that lies in equity. Therefore, at least as a starting point, Ennis's damages must be assessed as the trial judge assessed them: damages flowing from Morris's loss of his fifty per cent interest in IWS. Morris is entitled to be put in as good a position as he would have been in if the breach had not occurred and he had remained a half-owner of the family business. Accordingly, we see no merit in Ennis's first submission.

[655] Ennis's second submission seeks to reduce the award of damages because he had no control over IWS and did not profit from the business as Chester did. In our view, neither of these factors affords a basis in equity to reduce the award.

[656] That Ennis had no control over or interest in IWS leads to but a single difference between the award against him and the award against Chester. Chester was required to convey fifty per cent of his shares of IWS to Morris. Ennis, obviously, had no such shares to transfer, nor was he required to pay Morris the value of his fifty per cent interest. Otherwise, in our opinion, the damages Ennis is required to pay should not be reduced because he did not exert any control over IWS.

[657] Admittedly, in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, La Forest J. observed at 578 that "[t]here is a sharp divide between a situation where a person has control of property which in the view of the court belongs to another, and one where a person is under a fiduciary duty to perform an obligation where equity's concern is simply that the duty be performed honestly and in accordance with the undertaking the fiduciary has taken on". But he made this observation simply to reject the argument that the remedy for breach of fiduciary duty should automatically be the same as the remedy for breach of trust. In breach of trust cases the object of the trust must be restored to the beneficiary, or, if that is not possible, the beneficiary must be compensated for the value of the object. In breach of fiduciary duty cases the court assesses the losses flowing from the breach.

[658] Likewise, a damages award lower than that made against Chester should not be made against Ennis simply because he did not profit from the business of IWS. Lack of profit does not automatically reduce equitable compensation for breach of fiduciary duty. *Canson* itself makes this clear. In that case the defendant, a solicitor, failed to tell his clients of the secret profit earned by a third party when the solicitor acted for them in buying a piece of land. The clients were entitled to recover the secret profit. That was

not disputed. What was disputed was whether they could recover more because of the solicitor's admitted breach of fiduciary duty. The court did not bar further recovery for breach of fiduciary duty simply because the solicitor had not benefitted from the breach of fiduciary duty, though on the facts further recovery was denied. For these reasons, we decline to give effect to Ennis's second submission.

[659] That brings us to Ennis's third submission: that the amount of equitable compensation awarded by the trial judge should be reduced because of limiting common law principles such as remoteness, causation and intervening act. Based on the Supreme Court's decisions in *Canson* and *Hodgkinson*, we accept this submission.

[660] Traditionally, these common law limiting principles had no place in equity. The rationale for keeping these concerns out of equity has been the desire to enforce fiduciaries' strict standards of good faith. But as Canadian law has changed to permit plaintiffs to sue "in whatever manner they find most advantageous", correspondingly courts have recognized – as La Forest J. said in *Hodgkinson* at 444 – that "equity is flexible enough to borrow from the common law." Increasingly, courts seek to achieve similar compensation for "similar wrongs", whether the action is framed in contract or tort or as breach of fiduciary duty. Indeed, as La Forest J. commented in *Canson* at 587: "[I]t would be odd if a different result followed depending solely on the manner in which one framed an identical claim. What is required is a measure of rationalization."

[661] Our former colleague, Finlayson J.A., made the same point in *Martin v. Goldfarb* (1998), 41 O.R. (3d) 161 (C.A.) when he approved the following passage from the reasons of the trial judge in that case at 173:

Regardless of the doctrinal underpinning, plaintiffs should not be able to recover higher damage awards merely because their claim is characterized as breach of fiduciary duty, as opposed to breach of contract or tort. The objective of the expansion of the concept of fiduciary relationship was not to provide plaintiffs with the means to exact higher damages than were already available to them under contract or tort law.

[662] Thus, both the Supreme Court of Canada and this court have applied common law principles to limit equitable compensation. Their application is subject to two overriding considerations. First, the court can consider the principles of "remoteness, causation, and intervening act where necessary to reach a just and fair result": see *Hodgkinson* at 443. Second, these principles should be applied only if doing so does not raise any policy concerns: see *Canson* at 581 and *Hunt v. TD Securities Inc.* (2003), 66 O.R. (3d) 481 (C.A.) at 506.

[663] We apply these principles to the award against Ennis. We do so giving a measure of deference to the trial judge's assessment. In our view, the principle of intervening act warrants reducing the damages award. Specifically, we consider Chester's repeated assurances to Morris that the share sale would be rectified to be an intervening act that should limit the award of damages against Ennis.

[664] Morris learned the truth about what he had signed from Taylor and Wiseman in January 1984. He immediately objected to the sale and wanted it set aside. He knew then the facts grounding a cause of action against Ennis and Chester. But he did not sue them because Chester assured him that they would resolve the matter privately, consistent with the Waxman family culture. Importantly, the trial judge found at para. 1518 that "Morris was unduly influenced by Chester and was not free of that influence until approximately the time he filed suit. He did not seek legal advice because Chester led him on and because he mistakenly believed that Chester would voluntarily 'straighten out.'" The trial judge made no finding that Ennis led Morris on or that Ennis gave Morris any false assurances. Instead, Chester's conduct – and Chester's conduct alone – caused Morris to put off seeking legal advice or issuing a statement of claim. For this reason, Chester's defence based on Morris's post-sale conduct failed.

[665] Chester's assurances to Morris, his leading him on, amount to an intervening act for which Ennis should not be held responsible. Ennis had no control over Chester's conduct and he is entitled to point to that conduct to limit the award of damages against him: see *McKittericket al. v. Duco, Geist and Chodos et al.* (1994), 76 O.A.C. 310. The trial judge did not consider this intervening act and her failure to do so justifies our intervening in the award.

[666] Finally, we must fix a cut-off point for the damages award against Ennis. Any point necessarily entails a measure of arbitrariness, but we think it is fair to assess Morris's damages against Ennis in the amount of his losses from being deprived of a fifty per cent interest in IWS and from the December 1983 lease, to the end of January 1985. We choose that date for three reasons: First, less than a month after having signed the share sale and lease documents Morris knew that his brother had cheated him. From then on Morris's focus became not so much Chester's trickery but whether Chester would make good on his assurance that he would undo the sale. Ennis played no role in this.

[667] Second, even if Chester had acted on his assurance, undoing the sale would have perhaps taken up to a year. Ennis must bear responsibility for this time period.

[668] Third, after finding out that his brother would not undo the share sale, Morris was entitled to a reasonable time to consider what to do. In the light of these considerations, fixing a January 31, 1985 cut-off date for the damages award against Ennis seems to be reasonable.

[669] We see no policy concerns standing in the way of this award. Morris still recovers the full amount of his losses from Chester. Ennis must still pay a substantial amount, but is responsible only for the earlier portion of Morris's losses, not the later portion attributable to Chester's assurances. And Ennis is not penalized for his breach. Instead, the award against him is closely tied to the duty that he violated.

iii. Conclusion

[670] In the light of the findings of the trial judge and Ennis's admission that he acted for both brothers on the share sale, we dismiss Ennis's appeal against liability. We allow his appeal against damages in part. Because we consider Chester's assurances to Morris that the share sale would be undone to be an intervening act for which Ennis cannot be held accountable, we reduce the damages payable by him to all losses flowing to Morris from having been deprived of a fifty per cent interest in IWS and from the lease, to the end of January 1985. Ennis is jointly and severally liable for those losses. If the parties cannot agree on the amount we direct a reference to quantify these damages.

F. Morris's Appeal Against Taylor Leibow

[671] In a separate action Morris and Morrision, sued IWS's long-time auditor, Taylor Leibow, for negligence and breach of fiduciary duty. Morris advanced two principal claims: first, Taylor Leibow failed to ensure that IWS's financial statements properly reflected related-party transactions, especially transactions with Greycliffe, or to bring the extent of these related-party transactions to his attention; and second, Taylor Leibow failed to discuss the bonuses with Morris.

[672] The trial judge dismissed both claims. She found that if Taylor Leibow owed a duty of care to Morris, it breached that duty by failing to advise him that the related-party transactions between Greycliffe and IWS were not at fair market value, and by failing to advise him that IWS had paid out excessive bonuses, to his detriment. However, applying the Supreme Court of Canada's decision in *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, she held that though Taylor Leibow owed Morris a *prima facie* duty of care, that *prima facie* duty was ousted by policy concerns about indeterminate liability. She also held that Taylor Leibow did not owe a fiduciary duty to Morris. Additionally, she held that Morris's claim on the related-party transactions with Greycliffe was barred by an agreement and undertaking that he had signed in 1998 in order to obtain copies of Taylor Leibow's working papers.

[673] Morris appeals and Taylor Leibow cross-appeals. The overriding issue on the appeal is whether the trial judge erred in holding that Taylor Leibow did not have a duty to warn Morris about the related-party transactions with Greycliffe or about the bonuses. In contending that she erred, Morris makes four submissions:

1. The trial judge erred in relying on *Hercules* to limit the scope of Taylor Leibow's liability.
2. The trial judge erred in failing to hold that Taylor Leibow owed a duty to Morris separate and apart from its role as auditor of IWS, based on its historical relationship with Morris and Chester.
3. The trial judge erred in failing to find that Taylor Leibow owed a fiduciary duty to Morris.
4. The trial judge erred in finding that Taylor Leibow could rely on the agreement and undertaking in defence to Morris's claim on the related-party transactions.

[674] Taylor Leibow seeks to uphold the trial judge's finding that it owed no duty to Morris and her finding on the agreement and undertaking. Moreover, on its cross-appeal it seeks to set aside her findings of negligence on the ground that they are not supported by the evidence.

i. Background

[675] Taylor Leibow audited IWS's financial statements annually for over thirty years. It also audited the statements of the companies related to IWS, including Greycliffe. From the 1940s to the late 1970s, Taylor was the partner in charge of the audits. From the late 1970s on, Wiseman took over as the partner in charge, though Taylor was consulted and gave advice from time to time.

[676] Beyond auditing IWS and the related companies, Taylor Leibow was retained to give advice on special projects, for example the Lasco and Laidlaw transactions. It gave advice about the estate freeze that Chester and Morris considered in the 1970s. And it annually reviewed the individual tax returns of Morris and Chester.

ii. The Trial Judge's Negligence Findings

[677] To put Morris's submissions in context, we will briefly review the trial judge's findings of negligence. These findings assume, of course, that Taylor Leibow had a duty of care to warn him about the related-party transactions with Greycliffe and the bonuses.

(a) Findings on the Related-Party Transactions

[678] The 1981 financial statement of Greycliffe prepared by Wiseman included a related-party note, which read as follows: "The rates charged by the company are at market value for services rendered."

[679] The 1980, 1981, and 1982 financial statements of IWS, prepared by Linton and audited by Taylor Leibow, contained no related-party notes about the transactions between IWS and Greycliffe. In these transactions, according to the trial judge's findings, Robert had diverted IWS profits of over \$2.3 million to Greycliffe and his other companies by the end of 1983.

[680] In light of the note on the 1981 Greycliffe financial statement and the absence of any related-party notes on the IWS statements, the trial judge concluded that Taylor Leibow fell below the standard of a reasonably competent auditor. If Taylor Leibow owed a duty of care to Morris personally then it was liable in negligence, either for failing to include a related-party note on the IWS statements or for failing to alert Morris to its suspicions about the fairness of Greycliffe's rates. In so concluding, the trial judge rejected Wiseman's evidence that he saw no reason to discuss the fairness of Greycliffe's rates with Morris because Morris knew what was going on in both companies.

[681] The trial judge's conclusion was amply supported by the evidence. This evidence included:

- Morris's expert, Al Rosen, whose opinion evidence the trial judge accepted, testified that the 1981 Greycliffe note was a "very strong note". Under generally accepted standards of auditing, the note required Taylor Leibow to gather enough external corroborative evidence to verify its accuracy. Taylor Leibow had to verify that Greycliffe was charging and IWS was paying fair market rates. This it did not do.
- Because haulage costs amounted to over seven per cent of IWS revenues, Rosen also testified that, in his view, IWS's related-party transactions with Greycliffe were material and should have been disclosed in the 1981/1982 financial statements.
- Linton told Wiseman that Robert preferred not to include a related party note on the IWS financial statements. In Rosen's opinion, this preference for non-disclosure would have raised the suspicions of any reasonable auditor.
- In 1982 an employee of Taylor Leibow, Demers, concluded that IWS's financial statements should have reflected the company's related-party transactions with Greycliffe.
- Taylor Leibow's 1982 working papers included an organization chart for IWS, which showed Morris's diminished role in the company.

- Wiseman was concerned enough about Greycliffe's charges to IWS that he spoke to Taylor about them. Taylor then apparently spoke to Chester, but neither Taylor nor Wiseman spoke to Morris.

(b) Findings on the Bonuses

[682] Taylor Leibow was not consulted about the 1981/1982 bonuses before they were declared or about the 1983 reallocation of Morris's bonus. However, it became aware of the bonuses and the reallocation during its audits. The trial judge found that by early 1982, Wiseman knew from his audit of IWS that much of the company's equity (attributable to the proceeds of the Lasco and Laidlaw sales) had been distributed, apparently without justification, to Chester's sons. She therefore concluded that if Taylor Leibow owed a duty of care to Morris, it was negligent in failing to discuss with him both the 1981/1982 bonuses and the 1983 reallocation of Morris's own bonus.

(c) Findings on Causation and Remedy

[683] The trial judge concluded that if Taylor Leibow had voiced its concerns about the related-party transactions and the bonuses to Morris, then his trust and confidence in his brother would have been eroded. The trial judge inferred that had this happened, Morris would have obtained independent legal and financial advice or would have talked to Michael. In the trial judge's view, had Morris done either, the share sale would not have occurred.

[684] The trial judge did not assess damages against Taylor Leibow in connection with the related-party transactions and bonuses. However, in the light of her findings on causation, and assuming Taylor Leibow owed Morris a duty of care, presumably the trial judge would have awarded damages against the auditor in amounts similar to those she awarded against Chester.

[685] In this court, Mr. Harrison fairly acknowledges that the trial judge's conclusion on causation may not be supportable because of concerns about remoteness. Therefore, on appeal, Mr. Harrison limits the remedy he seeks for his client to discrete sums for the failure to warn about IWS's transactions with Greycliffe and about the bonuses. For the profits Greycliffe diverted from IWS, Morris asks for damages of \$1,180,073 and for the excessive bonus payments he seeks damages of \$2,312,000. These amounts track the amounts awarded against Chester and IWS.

iii. Analysis

(a) Did the Trial Judge Err in Relying on *Hercules* to Limit the Scope of Taylor Leibow's Liability?

[686] Morris's principal submission is that the trial judge erred in relying on the Supreme Court of Canada's decision in *Hercules* to conclude that Taylor Leibow did not have a duty of care to warn Morris about the bonuses and related-party transactions. This submission has two branches. First, *Hercules* was a negligent misrepresentation case and should not automatically be applied to a duty to warn case. Second, even if *Hercules* applies, it recognizes exceptional cases in which an auditor's *prima facie* duty of care is not ousted by policy considerations. Morris argues that his relationship with Taylor Leibow establishes one of these exceptional cases. We do not agree with either branch of Morris's submission.

[687] *Hercules* was a negligent misrepresentation case. It concerned the extent of an auditor's duty to shareholders of a company for negligently prepared financial statements. Morris's claim against Taylor Leibow is not for negligently prepared audited statements of IWS, but for failure to warn him about information Taylor Leibow uncovered or should have uncovered during the course of its audits. Morris frames his claim as a failure to warn rather than in negligent misrepresentation because the latter cause of action requires proof of actual reliance. As Morris maintains that he did not read the audited financial statements of IWS, he can hardly claim that he relied on them. But, however framed, the claim against Taylor Leibow – like the claim against the auditors in *Hercules* – arises out of its audit retainer with the company.

[688] More important, *Hercules* did no more than apply the two-stage test from *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, which has consistently been applied by the Supreme Court of Canada to determine the scope of liability for a wide array of negligence claims, especially, as this one is, claims for the recovery of pure economic loss. Under the *Anns* test the court asks first whether the parties have a sufficient relationship of proximity to establish a *prima facie* duty of care, and second, whether policy considerations negate that *prima facie* duty.

[689] Although negligent misrepresentation imports considerations of reasonable reliance not relevant to a negligent failure to warn, for either claim the general framework in *Anns* will determine whether a duty of care exists. The Supreme Court itself applied the general framework that La Forest J. set out in *Hercules* in subsequent duty to warn decisions, such as *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210. Therefore, the trial judge cannot be criticized for drawing on the analysis in *Hercules* to decide whether Taylor Leibow owed the duty of care contended for by Morris.

[690] The more important question is whether the trial judge was correct in concluding that Taylor Leibow had no duty of care to warn Morris that the bonus allocations and related-party transactions were detrimental to his interests. We think that she was.

[691] The two-stage *Anns* test recognizes that policy considerations play a significant role in determining whether a duty of care exists. In its latest formulation of the test – in *Cooper v. Hobart*, [2001] 3 S.C.R. 537, decided after the trial judgment in the present case – the Supreme Court concluded that policy infuses both stages of *Anns*. McLachlin C.J.C. wrote at 550-51:

In brief compass, we suggest that at this stage in the evolution of the law, both in Canada and abroad, the *Anns* analysis is best understood as follows. At the first stage of the *Anns* test, two questions arise: (1) was the harm that occurred the reasonably foreseeable consequence of the defendant's act? and (2) are there reasons, notwithstanding the proximity between the parties established in the first part of this test, that tort liability should not be recognized here? The proximity analysis involved at the first stage of the *Anns* test focuses on factors arising from the *relationship* between the plaintiff and the defendant. These factors include questions of policy, in the broad sense of that word. If foreseeability and proximity are established at the first stage, a *prima facie* duty of care arises. At the second stage of the *Anns* test, the question still remains whether there are residual policy considerations outside the relationship of the parties that may negative the imposition of a duty of care.

[692] At the first stage of *Anns* the trial judge found, at para. 2441 of her reasons, a sufficient relationship of proximity to establish a *prima facie* duty of care:

In all of the circumstances, I find that the auditors owed a *prima facie* duty of care to Morris. The test in *Anns v. Merton London Borough Council*, adopted by the Supreme Court of Canada in *Hercules* has been met here. A sufficient relationship of proximity or neighbourhood exists between the auditors and Morris such that carelessness on the part of the auditors would be likely to cause damage to Morris. The auditors were clearly aware that Morris was a 50% shareholder of IWS and a client. It was foreseeable that Morris would reasonably rely on the IWS financial statements [citations omitted].

[693] Nonetheless, at the second stage of *Anns*, though “troubled” by the result, she concluded at paras. 2447 and 2449 that this *prima facie* duty was ousted by policy concerns about indeterminate liability:

I agree with the submissions of counsel for Taylor Leibow that, absent a specific request by Morris for protection by the Auditors or by Taylor or by Wiseman, any duty of care arising from the audit engagement was owed to IWS.

There was no evidence here to the effect that in respect of the audit Taylor Leibow was specifically retained to provide information to Morris. While I am troubled by this aspect of the case, I find that Taylor Leibow owed no duty of care in respect of the audit to Morris personally, that policy considerations about indeterminate liability override the *prima facie* duty of care. The facts here do not fall within the exceptions discussed by the Supreme Court in *Hercules* [citations omitted].

[694] In our opinion, policy concerns at both stages of *Anns* negate any *prima facie* duty of care. We accept the trial judge’s findings on the “proximity” between the parties. Proximity here means that Morris and Taylor Leibow had a sufficiently close relationship that in doing its audit work Taylor Leibow had an obligation to be mindful of Morris’s legitimate interests: see *Hercules*, at 187-88. The evidentiary record supports this finding of proximity. For example, although IWS was Taylor Leibow’s client, Wiseman acknowledged that the “real clients” were Morris and Chester.

[695] We turn from this finding of proximity to policy considerations. In *Hercules*, La Forest J. concluded that in doing audit work for a company, in preparing reports and in reviewing a company’s financial statements, auditors normally owe no duty of care to individual shareholders. Auditors perform these functions to permit shareholders as a group to collectively oversee the administration and management of a company. Ordinarily they do not do their work to enable individual shareholders to make personal business decisions.

[696] Imposing a duty on auditors to look out for the interests of individual shareholders raises the concern first articulated by Cardozo C.J. in *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931) at 444, and often repeated since: that the defendant might be exposed to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”. The Supreme Court of Canada has fastened on this concern as a policy consideration limiting the circumstances in which a duty of care is established. In most cases this policy concern will – at the second stage of *Anns* – negate any *prima facie*

duty of care owed by auditors to individual shareholders of a company. The trial judge relied on this “residual” policy concern to negate the *prima facie* duty that Taylor Leibow owed to Morris. We agree with her reasoning on this point.

[697] Admittedly, in *Hercules* La Forest J. recognized that there might be exceptional cases in which the policy concern about indeterminate liability did not arise and, thus, the *prima facie* duty of care owed by an auditor to an individual shareholder would not be negated. The exceptional case requires the shareholder to show two things: the auditor knows the shareholder’s identity; and the shareholder uses the auditor’s work for the specific purpose for which it was undertaken. In his reasons in *Hercules*, La Forest J. discussed these two requirements several times. For example, he wrote at 198:

In other words, in cases where the defendant knows the identity of the plaintiff (or of a class of plaintiffs) and where the defendant’s statements are used for the specific purpose or transaction for which they were made, policy considerations surrounding indeterminate liability will not be of any concern since the scope of liability can readily be circumscribed. Consequently, such considerations will not override a positive finding on the first branch of the *Anns/Kamloops* test and a duty of care may quite properly be found to exist.

[698] Like the plaintiffs in *Hercules*, Morris has established the first requirement but not the second. And as in *Hercules*, Morris’s failure to establish the second requirement negates the *prima facie* duty of care.

[699] Taylor and Wiseman had known Morris for a very long time. This relationship alleviates any concerns about liability to an indeterminate class. However, Morris did not seek to use Taylor Leibow’s work for the purpose for which it was undertaken. Taylor Leibow undertook its audit work for the typical purpose of an audit engagement, to permit the controlling directors and shareholders, Morris and Chester, to better administer and manage the business of IWS. It did not perform its audit work to allow one shareholder, Morris, to make sure he was not being cheated by the other shareholder, Chester. In other words, by accepting an audit engagement for IWS, Taylor Leibow did not undertake to conduct its work with an eye to the personal interests of either of the two shareholders. To hold otherwise would expose Taylor Leibow, unknowingly, to liability in an indeterminate amount for an indeterminate time, here potentially over \$50 million over the course of more than a decade.

[700] Taylor Leibow would only have had a duty of care to look out for Morris’s personal interests, and to warn him of any actions taken by his brother that were detrimental to those interests, if it had agreed to such an expansion of its mandate. Yet

the evidence shows that Taylor Leibow never undertook or agreed to do work that it was not specifically asked to do. And the evidence shows that Morris never asked Taylor Leibow to expand its mandate to protect his interests or warn him about actions that might detrimentally affect his position in IWS: to the contrary, Morris's total reliance on Chester was central to his position in the litigation.

[701] Indeed, the evidence is to the contrary. Morris never brought any of his business concerns to the auditors even after the estate freeze discussions in the 1970s aroused his suspicions about the future operations and control of IWS. In other words, he never retained Taylor Leibow to give him personal advice about his interests in IWS. Thus, in doing its audit work for IWS, Taylor Leibow had no obligation to bring the information it discovered to Morris's attention.

[702] During its audits, Taylor Leibow did become concerned about whether the seemingly excessive bonuses to Chester's sons could be justified. It also learned about Robert's request not to include a related-party note for Greycliffe in IWS's financial statements. Wiseman spoke to Taylor about both matters, and Taylor then spoke to Linton and Chester, but not to Morris. In both instances Taylor Leibow's concerns were tax concerns. Therefore, Taylor went to the two people responsible for tax matters: Linton and Chester. Taylor Leibow had reason to be concerned about Revenue Canada; it had no reason to be concerned about one brother cheating the other.

[703] Morris's submission that Taylor Leibow owed him a duty of care raises a second problem, a problem that arises out of the relationship between the parties and, thus, at the first stage of the *Anns* test. The problem is one of potential conflict of interest. Suppose Morris had gone to Taylor Leibow and said: "I am concerned about the way my brother is running IWS. When you do the audit, let me know if you find anything suggesting that my fifty per cent interest in the company is being diluted." Most likely, Taylor Leibow would have replied: "To comply with your request would put us into a conflict of interest with your brother and our client IWS. We cannot act."

[704] During oral argument, counsel for Morris contended that the analysis in *Hercules* did not apply to a closely-held company such as IWS, which was more akin to a partnership between the two brothers. He argued that Taylor Leibow had a "whistle blower" obligation, which included telling one brother that the other was trampling on his interests. We take a different view. Especially in a closely-held company such as IWS, unless both "partners" agreed that the auditor would take on this whistle blower role, doing so would potentially put it in an untenable conflict of interest.

[705] Therefore, concerns about Morris not using Taylor Leibow's work for the purpose for which it was undertaken and about a potential conflict of interest negate the *prima facie* duty of care that Taylor Leibow may have owed to Morris Waxman. Accordingly, we decline to give effect to this ground of appeal.

(b) Did the Trial Judge Err in Failing to Hold that Taylor Leibow Owed a Duty to Morris Beyond its Role as Auditor of IWS?

[706] Morris contends that in assessing Taylor Leibow's obligation to him, the trial judge focused too narrowly on an auditor's duty to end users of audited financial statements. Morris submits that Taylor Leibow owed him a duty of care not just as the auditor of IWS, but as his long-time and trusted financial advisor and personal accountant. Morris says that this duty included the obligation to tell him of information contrary to his personal interests. Thus, if Taylor or Wiseman knew that his fifty per cent interest in IWS was being eroded, either had an obligation to tell him.

[707] In support of this submission Morris points to these considerations: his long-standing relationship with Taylor and Taylor Leibow, stretching back nearly forty years; his "notes from the grave" in which he claimed that in business matters Taylor, Wiseman, and Chester were the people he most trusted; and Taylor's own acknowledgement that Morris and Chester were as close to him as any non-family members could be. Perhaps most important, Morris relies on Wiseman's evidence that during the discussions about an estate freeze, he felt an obligation and responsibility to make sure Morris understood that Chester was contemplating a 60/40 split in the ongoing ownership interests of IWS.

[708] To us, this evidence falls short of establishing that Taylor Leibow had a general duty to warn Morris any time it discovered information suggesting his half-interest in IWS was being diminished. By themselves, neither the length of Taylor Leibow's relationship with Morris nor the closeness of that relationship can create the duty of care contended for by Morris. And Morris's "notes from the grave" – handwritten comments that were never communicated to Taylor or Wiseman – cannot create a duty of care either.

[709] Whether a duty of care existed must depend on what Taylor Leibow was retained to do, and on the reasonable expectations of the parties arising from that retainer. Here, Morris's submission contradicts the undisputed evidence. Taylor Leibow was retained from time to time for very specific tasks: to review the tax returns of the Waxman family, including Morris, and to advise Chester and Morris during the estate freeze discussions, which explains why Wiseman brought the potential 60/40 split in IWS to Morris's attention.

[710] Tellingly, Morris never retained Taylor Leibow to look out generally for his business or personal interests. He never looked on Taylor Leibow as his trusted personal or financial advisor. Indeed he never asked Taylor Leibow to provide him with financial or investment advice. And the trial judge found that, historically, Taylor Leibow never did anything for Morris that it was not asked to do.

[711] Morris and Chester made business decisions about IWS and personal investment decisions within the Waxman family. They made them separately, or together, but typically without the advice of their outside auditor. Taylor Leibow was not consulted about the bonus payments. It was not consulted about the share sale or any of the discussions leading to it.

[712] Absent a specific request to do so, Morris could not reasonably expect that Taylor Leibow would advise him of the possible erosion of his fifty per cent interest in IWS. Had Taylor Leibow been asked to accept such a retainer it may well have refused. For by accepting it, as we said earlier, the firm risked being in the middle of a conflict between two brothers and long-standing friends, who were the directors of an important corporate client.

[713] Therefore, we conclude that Taylor Leibow owed no duty of care in tort to Morris personally. It owed no duty as auditor and it owed no duty based on its historical relationship with Morris and Chester. Taylor Leibow was the auditor for IWS and it was to the company and to the shareholders collectively that it owed a duty of care.

(c) Did the Trial Judge Err in Failing to Find that Taylor Leibow Owed a Fiduciary Duty to Morris?

[714] Morris submits that the trial judge erred by failing to find that Taylor Leibow owed him a fiduciary duty, a duty that again would include advising him of information contrary to his interests. We decline to give effect to this submission for two reasons: the trial judge's express finding to the contrary; and the absence of the traditional hallmarks of a fiduciary relationship between Morris and Taylor Leibow.

[715] The trial judge found at para. 2448 of her reasons that, "[o]n the facts of this case, given the authorities cited above, I find no specific circumstances sufficient to give rise to a fiduciary duty owed to Morris personally in respect of the audit."

[716] A finding on the existence of a fiduciary duty is typically a question of mixed fact and law: the application of the well-recognized legal characteristics of a fiduciary relationship to the specific facts of any given relationship. Here, Morris does not suggest that the trial judge misapplied the law. Therefore, her finding that Taylor Leibow owed no fiduciary duty to Morris personally is largely factual and is entitled to deference on appeal: see *Hodgkinson, supra* at p. 425-6.

[717] Morris seeks to escape the consequences of this finding by two alternative arguments. He argues that although the trial judge found that Taylor Leibow owed no fiduciary duty as auditor, she did not decide whether it owed an "independent" fiduciary duty. Alternatively, he argues that the trial judge's conclusion on fiduciary duty really

just meant that Taylor Leibow owed no duty to Morris in tort. We do not agree with either argument.

[718] We acknowledge that the trial judge's finding, uncharacteristically, is not as clear as it might be. It comes in a section of her reasons dealing with a duty of care in tort, and is in the middle of a series of three paragraphs under the heading "Taylor Leibow Owed No Duty of Care to Morris in the IWS Audit" (paras. 2447-49). Moreover, the scope of the phrase "in respect of the audit" is perhaps somewhat confusing. Nonetheless, we have no reason not to take the trial judge's words at face value.

[719] Unquestionably, the trial judge knew the difference between a duty of care in tort and a fiduciary duty. No one could seriously suggest otherwise. To say that the words "in respect of the audit" limited the scope of the finding to Taylor Leibow's duty as auditor would mean that the trial judge failed to address Morris's claim of an independent fiduciary duty, a failure that would be inconsistent with the thoroughness of her reasons. Thus, we take her finding to mean that Taylor Leibow owed no independent fiduciary duty as well as no fiduciary duty as auditor to advise Morris of information contrary to his interests learned during its audits. Morris accepts that if this is our view of the scope of the trial judge's finding then, because of appellate deference to that finding, his submission must fail.

[720] However, even if we were to accept the limited scope of the finding contended for by Morris, we see no basis for an independent fiduciary duty. Simply because Taylor Leibow is a firm of professional accountants and gave advice to Morris personally from time to time does not automatically give rise to a fiduciary relationship between them: see *Brant Investments Ltd. v. Keep Rite Inc.*, (1991) 80 D.L.R. (4th) 161 at 172 (Ont. C.A.); *Roman Corp. v. Peat Marwick Thorne*, (1994) 12 B.L.R. (2d) 10 at 28 (Ont. G.D.). Nor do Morris's assertions, largely self-serving, that he "trusted" and "relied on" Taylor Leibow create a fiduciary duty. We must consider whether their relationship is characterized by the accepted badges of a fiduciary relationship: whether Taylor Leibow had scope to exercise some discretion or power; if so, whether it could exercise that discretion or power unilaterally to affect Morris's legal or practical interests; and whether Morris was vulnerable to the exercise of that discretion or power.

[721] None of these badges was present. When Morris consulted others about his own business and financial affairs, invariably he went to Chester, occasionally to Linton. He gave Taylor Leibow neither discretion nor power over his business affairs. Taylor Leibow learned about decisions taken by IWS, for example the bonuses, after they had been made. It had no power over the business interests of Morris, or indeed of IWS. Equally, Morris had no particular vulnerability to Taylor Leibow. He was the president of IWS, a director of the company and active in its significant operations. Taylor Leibow

provided very few services to Morris personally. Save for preparing his tax returns, he did not rely on Taylor Leibow.

[722] Either because of the trial judge's express finding or because the hallmarks of a fiduciary relationship are not present, we decline to give effect to Morris's submission that Taylor Leibow owed him a fiduciary duty.

(d) Did the Trial Judge Err in Finding that Taylor Leibow Could Rely on the Agreement and Undertaking in Defence of Morris's Claim on the Related-Party Transactions?

[723] Although it is unnecessary to consider this issue because of our conclusion that Taylor Leibow owed no duty to Morris personally, for the sake of completeness we will address it.

[724] In July 1998, after Morris had sued Taylor Leibow on the bonuses but before he had sued on the related-party transactions, Taylor Leibow gave him copies of its working papers. In exchange for doing so Morris signed – with legal advice – an “agreement and undertaking” in which he undertook not to sue Taylor Leibow for “any alleged negligence or other deficiency with respect to their accounting and auditing work”. The full text of Morris's undertaking provided as follows:

IN CONSIDERATION of the making available by Taylor Leibow of its working paper files for I. Waxman & Sons Limited for 1979 through 1984, Greycliffe companies for 1979, 1980, 1981 and 1983 and Icarus Leasing Inc. for 1982 and 1983, the undersigned hereby agree and undertake that they shall not commence any civil proceeding against Taylor Leibow claiming damages on the basis of any alleged negligence or other deficiency with respect to their accounting and auditing work with respect to the aforesaid companies for the fiscal years indicated above.

[725] The trial judge concluded that the undertaking was akin to a release and she held that it barred Morris's claim against Taylor Leibow for negligently failing to include a note about the related-party transactions in IWS's financial statements.

[726] Morris submits that Taylor Leibow cannot rely on the agreement and undertaking to bar his claim for three reasons: first, the undertaking releases only claims for a negligent audit, not for a failure to warn; second, the undertaking does not release Morris's claim in tort or breach of fiduciary duty against Taylor Leibow based on their long-standing relationship; and third, Taylor Leibow is precluded from relying on the

undertaking because, before Morris signed it, Wiseman gave materially false evidence on discovery.

[727] The first two reasons advanced by Morris depend on limiting the scope of the undertaking to release only claims for negligently performed audits. We do not agree that the undertaking is so limited. Its scope turns on how broadly the phrase “with respect to their accounting and auditing work” is defined.

[728] In our view, the phrase is broad enough to bar Morris’s claim of a failure to warn. If Taylor Leibow had a duty to warn Morris about IWS’s related-party transactions with Greycliffe, that duty arose from its audit work. It was during its audit work that Taylor Leibow learned of, or should have learned of, the diversion of profits from IWS to Greycliffe. Thus, we think that the undertaking Morris signed released Taylor Leibow from all future claims arising from its audit work, whether the claim was for negligent misrepresentation or for a failure to warn, and whether it was based on Taylor Leibow’s duty as auditor or on an independent duty derived from its long-standing association with Morris.

[729] Morris’s final attack on the undertaking rests on his assertion that Wiseman lied on discovery. Had Wiseman told the truth, Morris says he would have sued Taylor Leibow for failing to warn him about the related-party transactions before releasing any claims. We find Morris’s position unpersuasive.

[730] Wiseman was examined for discovery in 1997. During his examination he testified that when he conducted the 1981 and 1982 audits of IWS he was unaware of any material related-party transactions. Later, at trial, Wiseman testified that at the time of the 1981 and 1982 audits he was aware of the substantial related-party transactions with Greycliffe. The trial judge accepted Wiseman’s evidence at trial.

[731] When Wiseman gave his discovery evidence about the related-party transactions he qualified his answers by saying that he had not reviewed Taylor Leibow’s working papers before being discovered. Indeed, almost twenty years had passed since he had last seen them. Wiseman later clarified his discovery evidence in a letter from his counsel dated November 16, 1998. Morris did not complain about this clarification. If Wiseman’s original discovery evidence was inaccurate, it was not deliberately so. Indeed the trial judge did not find that Wiseman lied on his discovery.

[732] Moreover, Wiseman’s answers did not preclude Morris from suing Taylor Leibow on the related-party transactions. Before signing the undertaking Morris knew the following: he knew IWS’s transactions with Greycliffe were not noted on IWS’s financial statements; he knew Taylor Leibow had audited the statements; he had, and therefore must be taken to have known, the contents of Linton’s working papers. And he had sued

in the main action for alleged profit diversions. He could have expanded that allegation to include a claim against Taylor Leibow but chose not to do so.

[733] For all these reasons we are satisfied that the trial judge was correct in her conclusion that Morris's undertaking barred his tort claim against Taylor Leibow for failing to warn him of IWS's related-party transactions with Greycliffe.

iv. Conclusion on Morris's Appeal

[734] We conclude that the trial judge was correct in holding that Taylor Leibow owed neither a duty of care in tort nor a fiduciary duty to Morris. We also conclude that she was correct in holding that the agreement and undertaking that Morris signed barred his claim against Taylor Leibow on the related-party transactions with Greycliffe. For these reasons, we dismiss Morris's appeal against Taylor Leibow.

v. Taylor Leibow's Cross Appeal

[735] Taylor Leibow cross-appealed against the trial judge's findings of negligence. However, counsel for Taylor Leibow did not press us to consider the cross-appeal if we dismissed Morris's appeal. As we have done so, apart from what we have already said, we think it unnecessary to further consider the cross-appeal.

G. Linton's Appeal

[736] Wayne Linton has appealed the judgment against him in the Taylor Leibow action. The trial judge found him liable for knowingly assisting Chester in his dishonest breaches of fiduciary duty toward Morris. In some parts of her reasons she also appears to have found Linton liable on the basis of oppression. We need not consider whether in law Linton could be liable under s. 248 of the OBCA, because we have determined that she properly found him liable for knowing assistance, and liability under s. 248 would add nothing to her remedy

[737] In concluding that he was liable for knowing assistance, the trial judge underlined a number of the findings of fact involving Linton that she made in the main action. She found that he was aware of all the reasons that made Morris vulnerable to Chester's breaches of trust, including Morris's poor health in late 1983, and his complete trust in Chester in the conduct of the financial affairs of IWS.

[738] The trial judge then went on to highlight various actions of Linton throughout the 1980s that demonstrate how faithfully he followed Chester's directions in complete disregard of Morris's best interests. She provided a lengthy list of these actions at para. 2565 of her reasons.

[739] The trial judge concluded that Linton was actively involved in helping Chester to effect the 1979, 1981, and 1982 bonuses and to structure and implement the share sale. She found that he did so knowing that these transactions were dishonest breaches of fiduciary duty by Chester.

[740] Turning to the profit diversions to Robert's companies, the trial judge found that Linton was aware of the nature and extent of those related-party transactions, but did not reflect them in his drafts of the IWS financial statements between 1980 and 1982. Indeed, he relayed to the auditors Robert's desire that there be no such disclosure. In general, she found that Linton did Chester's bidding in allowing Robert to improperly divert unreasonable profits to his companies. The trial judge concluded that by doing these things, Linton participated in Chester's dishonest breach of fiduciary duty to Morris.

[741] She ordered that Linton pay damages to Morris in the same amounts as ordered against Chester for the consequences of the share sale during the period of constructive trust; for the 1979, 1981 and 1982 bonuses; and for the profit diversions before the share sale. She found IWS vicariously responsible for Linton's conduct and therefore held it liable in like measure. However, because in most instances Linton acted at Chester's behest and did not personally benefit, she did not assess punitive damages against him.

[742] In this court, counsel argued that Linton cannot be liable in knowing assistance in relation to the bonuses or the consequences of the share sale because no trust monies were involved. However, as we have explained earlier, this doctrine applies equally where the knowing assistance is of a dishonest breach of fiduciary duty. The findings of the trial judge make graphically clear that this was such a case, both concerning the bonuses for 1979, 1981 and 1982 and concerning the share sale.

[743] Counsel also argues that the trial judge found Linton liable for the bonuses based on "collusion and knowing assistance of oppression", neither of which are pleaded nor viable in law. Although both phrases appear in her reasons, we think a fair reading is that neither served as a basis for liability. Rather, liability is squarely and expressly founded on Linton's knowing assistance of Chester's breaches of fiduciary duty. The trial judge's findings of fact amply sustain this conclusion.

[744] Counsel's final argument in relation to Linton's liability for the bonuses and the share sale challenges the trial judge's findings of fact. In dealing with the appeal in the main action we have addressed the broad and detailed factual picture painted by the trial judge of the sorry history of IWS from 1979 to the time of trial and her detailed description of the roles of the various players in it. We have found no reason to interfere with her factual findings.

[745] Counsel also says that the trial judge erred in finding Linton liable for the profit diversions based only on Linton's conveyance to the auditors of Robert's wish that the 1982 IWS financial statement not disclose related-party transactions. He argues that the real fault is that of the auditors, who made the final decision not to disclose, and since Morris did not read the statements, Linton's acts had no adverse effect in argument.

[746] We do not read the reasons of the trial judge that way. We see her conclusion concerning Linton's role in the profit diversions to be based on her finding that he was actively involved in this particular dishonest breach of fiduciary duty by Chester. Although not expressly stated in her reasons, the trial judge's findings throughout concerning Chester, Morris and Linton make this conclusion inevitable.

[747] We therefore dismiss Linton's appeal from the finding of liability against him. However, just as we did in the main action (and for the same reasons) we vary the judgment against Linton to provide for half the amount of profit diversions ordered by the trial judge. Otherwise Linton's appeal is dismissed.

VII

CONCLUSION

[748] As indicated at the outset, we agree with the trial judge's disposition except in minor ways. For convenience we repeat these minor variations here.

- Robert, Warren and Gary are liable for only one half of the 1981 and 1982 bonuses that they received: see para. 556.
- Chester, IWS and Robert and his companies are liable for only one half of the amounts ordered by the trial judge in relation to the Greycliffe profit diversions: see para. 567.
- The order for damages in relation to the Ancaster property is set aside: see para. 570.
- Robert, Warren and Gary are liable for only one half of the post sale profits that they received: see para. 587.
- Ennis is liable for all losses flowing to Morris from having been deprived of a fifty per cent interest in IWS and from the lease, only to the end of January 1985: see para. 670.
- Linton is liable for only one half of the amounts ordered in relation to the Greycliffe profit diversions: see para. 747.

[749] Despite these minor variations, overall we have found the trial judge's reasons thorough, lucid and fully reasoned. Our repeating reading of them in the course of preparing our own reasons have amply enhanced this view. The trial reasons represent a significant achievement at the end of a long and complex proceeding.

[750] The parties have not yet addressed the issue of costs. We invite counsel to do so by written submissions. Before filing those submissions, counsel are to meet with Goudge J.A., who will determine the appropriate procedure.

[751] The appeals are dismissed save in the limited respects we have indicated.

[752] As we leave this case two impressions linger: the tragedy of a family shattered and the service accorded to the administration of justice by counsel and a trial judge who, in difficult circumstances, performed their roles in exemplary fashion.

RELEASED: April 30, 2004

“DD”

“D. Doherty J.A.”
“John Laskin J.A.”
“S.T. Goudge J.A.”

TAB 7

Ivandaeva Total Image Salon Inc. et al. v. Hlembizky
c.o.b. as Dermocare; Ivandaeva, Third Party

Ivandaev v. Ivandaeva

[Indexed as: Ivandaeva Total Image Salon Inc. v.
Hlembizky]

63 O.R. (3d) 769
[2003] O.J. No. 949
Docket No. C38289

Court of Appeal for Ontario
O'Connor A.C.J.O., Laskin and Borins JJ.A.
March 18, 2003

Civil procedure -- Orders -- Motion to set aside -- Sealing order made in matrimonial litigation -- Petitioner in that litigation was plaintiff in commercial litigation -- Defendants in commercial litigation not "persons affected" by sealing order -- Defendants not having right to notice of motion for sealing order under rule 37.07(1) of Rules of Civil Procedure as no proprietary or economic interest of theirs was affected by sealing order -- Defendants not having standing to bring motion under rule 37.14(1) to set aside or vary sealing order -- Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rules 37.07(1), 37.14(1).

The defendants entered into three commercial agreements with the plaintiff and his wife for the purchase of the defendants' business. Before the closing of the agreements, the marriage of the plaintiff and his wife failed. The plaintiff and his company brought three proceedings against the defendants claiming that they were entitled to terminate the agreements and asking for the return of all deposits paid under the agreements. Around the same time, the plaintiff commenced a

petition for divorce and obtained an order in that proceeding sealing the court file pursuant to s. 137(2) of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43. Counsel for the defendants in the commercial litigation became aware of the sealing order, obtained access to the file, which had not been sealed due to an administrative oversight, and made copies of 15 documents. The defendants filed a supplementary affidavit of documents in the commercial litigation stating that they had come into possession of the documents which their lawyer had copied. Counsel for the defendants ultimately returned the documents but took the position that the sealing order was not directed at himself or his clients and that they were not required to comply with it in the absence of an order of a Superior Court judge. The plaintiff moved for an order compelling compliance with the sealing order. The defendants brought a cross-motion under rule 37.14(1)(a) of the Rules of Civil Procedure to set aside the sealing order to the extent that it covered those documents listed in their supplementary affidavit of documents. The cross-motion was dismissed. The motions judge held that the defendants had failed to satisfy her that there had been any change in circumstances since the sealing order was made that would justify setting it aside. She further held that the defendants did not have any right to notice of the motion to seal the matrimonial files. The plaintiff's motion was granted. The defendants appealed both of those orders. [page770]

Held, the appeals should be dismissed.

Rule 37.14(1) of the Rules of Civil Procedure provides that a person who is affected by an order obtained on motion without notice may move to set aside or vary the order. The defendants failed to establish that they were persons "affected by" the sealing order within the meaning of rules 37.07(1) and 37.14(1). Rule 37.14(1) is designed to enable an order to be set aside or varied by those who have, or can acquire, standing under the rule. It does not give standing to non-parties to the proceeding in which the order was obtained, such as the defendants, or possibly to parties to the proceeding who are unable to satisfy the two conditions contained in the rule. Thus, a non-party who desires to set aside or vary an order must show that he or she has a direct interest in doing so, in

the sense of establishing that he or she is affected by the order and that the order was obtained without notice to him or her. The starting point for determining whether the defendants were affected by the sealing order was rule 37.07(1), which provides that a notice of motion "shall be served on any person or party who will be affected by the order sought". The term "affected by" in rule 37.07(1) necessarily includes the same meaning of the term in rule 37.14(1). If the defendants should have received notice of the sealing order motion as persons who would be affected by it, it follows that they had standing under rule 37.14(1)(a) to set it aside. That would be the case if their proprietary or economic interests were affected by the order. The possibility that financial information about the plaintiff, or his companies, contained in the matrimonial court file might have assisted the defendants in their defence of the commercial litigation did not amount to the direct effect on their proprietary or financial interests contemplated by rule 37.07(1) and rule 37.14(1). Moreover, while standing has been found to exist in cases in which the media have complained that their right to freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms has been compromised and in which the principle of open and accessible court proceedings has been invoked, no Charter right of the defendants was infringed by the sealing order. As the defendants were not affected by the sealing order, they did not have standing under rule 37.14(1) to move to set aside or vary it.

Beattie v. Ladouceur (1995), 23 O.R. (3d) 225, 13 R.F.L. (4th) 435 (Gen. Div.); Canada Lumber Co. v. Whatmough (1923), 23 O.W.N. 584 (C.A.); Howland v. Dominion Bank (1893), 22 S.C.R. 130, affg (1892), 15 P.R. 56 (Ont. C.A.); McLean v. Allen (1898), 18 P.R. 255 (Ont. H.C.J.); Palmateer v. Back (1976), 9 O.R. (2d) 693, [1975] I.L.R. 1-677 (H.C.J.); Stanley Canada Inc. v. 683481 Ontario Ltd. (1990), 74 D.L.R. (4th) 528 (Ont. Gen. Div.); Unical Properties v. 784688 Ontario Ltd., [1993] O.J. No. 2039 (Quicklaw) (Gen. Div.); Weinstein v. Weinstein (Litigation Guardian of) (1997), 35 O.R. (3d) 229, 19 E.T.R. (2d) 52, 30 R.F.L. (4th) 116 (Gen. Div.),
consd

Other cases referred to

Avery (Re), [1952] O.R. 192, [1952] 2 D.L.R. 413 (C.A.);
Broom v. Pepall (1911), 23 O.L.R. 630, 19 O.W.R. 262 (Div.
Ct.); National Bank of Canada v. Melnitzer (1991), 5 O.R. (3d)
234, 84 D.L.R. (4th) 315, 2 C.P.C. (3d) 106 (Gen. Div.); Sierra
Club of Canada v. Canada (Minister of Finance), 2002 SCC 41,
211 D.L.R. (4th) 193, 287 N.R. 203, 93 C.R.R. (2d) 219, 18
C.P.R. (4th) 1, 20 C.P.C. (5th) 1 (sub nom. Atomic Energy of
Canada Ltd. v. Sierra Club of Canada); Strazisar v. Canadian
Universal Insurance Co. (1981), 21 C.P.C. 51 (Ont. Co. Ct.)

Statutes referred to

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b)
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 137(2)
Judicature Act, 37 Vict., c. 7, s. 536 [page771]

Rules and regulations referred to

Rules of Civil Practice, rules 215, 219
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rules 7, 16,
37.07(1), 37.14(1)(a), 38.11(1), 42, 44.01(1)

Authorities referred to

Morden, "An Overview of the Rules of Civil Procedure of
Ontario" (1984) 5 Adv. Q. 257
Watson, G.D., and C. Perkins, Holmsted and Watson: Ontario
Civil Procedure, looseleaf (Toronto: Carswell, 2002)
Williston, W.B. and R.J. Rolls, The Law of Civil Procedure,
Vol. 1 (Toronto: Butterworths, 1970)

APPEAL by defendants from orders dismissing a motion to set
aside an order sealing a file and granting a motion by a
plaintiff for an order that the defendants comply with a
sealing order.

Mark H. Arnold, for appellants Walter Hlembizky and Audrey

Hlembizky.

M. Michael Title, for respondent Denis Ivandaev.
Michael Krylov, for third party Elena Ivandaeva.

The judgment of the court was delivered by

[1] BORINS J.A.: -- Walter and Audrey Hlembizky ("the Hlembizkys") moved under rule 37.14(1)(a) of the Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194 to set aside an order of Caswell J. issued under s. 137(2) of the Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43 sealing the "court file" in Ivandaev v. Ivandaeva, which is a family law proceeding in the Family Law Division of the Superior Court of Justice. In response to the Hlembizkys' motion, Denis Ivandaev moved for an order, inter alia, that the Hlembizkys and their solicitor, Mark Arnold, comply with the order of Caswell J. The motion judge dismissed the Hlembizkys' motion and granted Mr. Ivandaev's motion. The Hlembizkys appeal both of these orders. For the reasons that follow, I would dismiss both appeals.

Background

[2] There is no serious dispute surrounding the events that led up to the motions under appeal. However, they are quite complicated. For the purpose of my reasons, I will limit my review of the background events to those that are required to decide the appeal.

[3] Denis Ivandaev and Elena Ivandaeva ("the Ivandaevs") entered into three commercial agreements with the Hlembizkys. One agreement was for the purchase of the Hlembizkys' spa and [page772] beauty salon business. Another required Mr. Hlembizky to provide consulting services to Mr. Ivandaev. The third required Mrs. Hlembizky to train the Ivandaevs in conducting the businesses. Before the closing of the agreements, the Ivandaevs' marriage failed. As a result, on September 26, 1999, Mr. Ivandaev and his company commenced three separate proceedings against [the] Hlembizkys (the "commercial litigation") claiming that they were entitled to terminate the agreements and asking for the return of all

deposits paid under the agreements.

[4] In addition, sometime in September 1999, a petition for divorce was commenced by Mr. Ivandaev which, as well as claiming a divorce, raised issues of support and child custody. In the course of that proceeding, Mr. Ivandaev moved for certain interim relief, including an order sealing the court file on the ground that it contained "sensitive information" concerning the child and financial information about himself and his company. On the consent of all the parties to the petition, on December 16, 1999, Caswell J. granted an order that contained the following paragraph that is relevant to this appeal:

1. This court orders on consent of the parties, that:

.

(d) without prejudice to either party, this court file shall be sealed, and the previous divorce action 39403/99 at Brampton shall also be sealed, until further order of the court;

[5] The commercial litigation, which appears to have spawned a multitude of motions, has been case managed by Master Albert. On November 28, 2000, in the course of arguing a motion before Master Albert, Mr. Ivandaev's lawyer, Mr. Title, disclosed the existence of Caswell J.'s sealing order. The Hlembizkys' lawyer, Mr. Arnold, was present at this time.

[6] In November 2001, Mr. Arnold attended the Family Law Division registry. He obtained access to the court file in Ivandaev v. Ivandaeva that was the subject of the sealing order. As a result of an administrative oversight, the file had not been sealed. However, a copy of Caswell J.'s order was in the file. Even though Mr. Arnold had been made aware of the sealing order during the argument of the motion before Master Albert, and notwithstanding that a copy of the order was in the file, Mr. Arnold searched the contents of the file and made copies of 15 documents. On November 22, 2001, the Hlembizkys filed a supplementary affidavit of documents in the commercial

litigation stating that they had come into possession of the documents which Mr. Arnold had copied, which they listed in their affidavit. [page773]

[7] On December 5, 2001, Master Albert ordered that by December 10, 2001 Mr. Arnold was to "provide" Mr. Ivandaev's lawyers with the copies of the documents he had removed from the file. In her endorsement, she noted that Mr. Arnold intended to use these documents "only for purposes of impeaching a witness if inconsistent answers were given at [the commercial] trial". As she did not have jurisdiction to enforce compliance with Caswell J.'s sealing order, she stated that any motion seeking a compliance order was to be made before a Superior Court judge.

[8] In an effort to avoid the necessity of a compliance motion, Mr. Ivandaev's lawyer wrote to Mr. Arnold seeking his voluntary compliance with the sealing order. In his reply, Mr. Arnold returned the documents referred to in the supplementary affidavit of documents. However, he took the position that the sealing order was not "directed at either [himself] or [his] clients". Consequently, he wrote that neither he, nor his clients, were required to comply with it in the absence of an order of a Superior Court judge.

The Motions and the Reasons of the Motion Court Judge

[9] As a result of Mr. Arnold's position, Mr. Ivandaev moved for an order, inter alia: (1) compelling compliance with the sealing order; (2) that the information contained in the supplementary affidavit of documents "not be communicated in any way or referred to in any way by" Mr. Arnold; (3) that Mr. Arnold deliver up all copies of documents referred to in the supplementary affidavit of documents and all copies of any additional documents obtained from the court file; (4) removing Mr. Arnold as solicitor of record for the Hlembizkys.

[10] The motion judge's endorsement in respect to this motion reads as follows:

The documents obtained by Mr. Arnold solicitor for the

defendants from court files 99 FP252918 FIS and 39403/99 after these files were sealed by the Order of Caswell J. dated December 16, 1999 shall be destroyed. The Supplementary Affidavit of Documents containing these documents shall be struck. No use of any of the information contained in those documents shall be made by either the defendants or their counsel. There is no basis to remove Mr. Arnold as counsel for the defendants.

[11] In response to the Ivandaev's motion, the Hlembizkys brought a cross-motion for an order to strike out para. 1(d) of Caswell J.'s order "to the extent that the Order covers those documents listed in the Supplementary Affidavit of Documents". The cross-motion was brought pursuant to rule 37.14(1)(a), which reads, in part, as follows: [page774]

37.14(1) A person who,

(a) is affected by an order obtained on motion without notice;

.

may move to set aside or vary the order . . .

[12] The motion judge dismissed the cross-motion for the following reasons:

Motion dismissed. Mr. Arnold has not been able to satisfy me that there has been any change in circumstances since Caswell J. made her Order which would justify setting aside her order. I do not accept that the defendants had any right to notice of the motion to seal the matrimonial files. Costs of this motion and the plaintiffs' motion heard today to the plaintiffs fixed in the amount of \$2,500.00 payable forthwith.

Positions of the Parties

[13] The appellants' position is that the motion judge erred in failing to set aside Caswell J.'s sealing order and in

ordering compliance with that order. They offer a number of grounds in support of their position.

[14] As for the dismissal of their motion to set aside the sealing order, they submit that the motion judge erred:

(a) by applying an incorrect test in holding that there was an onus on the Hlembizkys to demonstrate a change in circumstances since the making of the order, whereas the onus rested on the Ivandaevs to demonstrate the necessity of a sealing order.

(b) in holding that the Hlembizkys were not entitled to receive notice of Mr. Ivandaev's motion to seal the matrimonial file.

[15] In addition, the appellants offer a number of reasons why they are persons "affected by" the sealing order within the meaning of rule 37.14(1)(a). For example, they point to a number of examples of information that they extracted from financial data contained in documents found in the matrimonial file that they say contradicts allegations in the Ivandaevs' pleadings in the commercial litigation and in the testimony of Mr. Ivandaev on his examination for discovery. They assert, therefore, that the information obtained from the matrimonial file is relevant to their defence in the commercial litigation. What I understand from these submissions is that the appellants say that they are affected by the sealing order because without the information contained in the sealed file, their defence in the commercial litigation would, or could, somehow be compromised. [page775]

[16] The appellants attack the motion judge's compliance order by asserting that because the court administration had neglected to seal the file as required by the sealing order, the "court file remained accessible to the public". They add that there was no reason that required the Hlembizkys to comply with the order because it was "a direction to the court's administration", and, as such, was not binding on them, "particularly where they had no notice of the order prior to obtaining the documents" that they listed in their

supplementary affidavit of documents.

[17] The respondents' position can be stated briefly. They submit that there is no basis on which this court can interfere with either order made by the motion judge. As the Hlembizkys are strangers to the matrimonial proceeding, they were not persons who were required to be served with Mr. Ivandaev's notice of motion to seal the court file in that proceeding and, therefore, lack locus standi, or standing, to move to have the sealing order set aside. Moreover, as this order applied to any person who sought access to the court file, neither the Hlembizkys, nor their solicitor, are exempt from it.

Analysis

[18] My analysis is focused on the appeal from the motion judge's order dismissing the appellants' appeal from her refusal to set aside or vary the sealing order. This is because the result of this appeal will determine the result of the appeal from the motion judge's compliance order. The resolution of the first appeal depends on the interpretation of rule 37.07(1), which stipulates the persons who must be served with a notice of motion, and rule 37.14(1), which governs the conditions that must prevail before a person has standing to bring a motion under that rule to set aside or vary an order. Therefore, to be successful in their appeal, the appellants must establish that:

- (1) They are persons affected by Caswell J.'s sealing order.
- (2) The order was obtained on a motion without notice.
- (3) The motion judge erred in declining to set aside or vary the order.

[19] As I will explain, it is my opinion that the Hlembizkys have failed to establish that they were persons "affected by" the sealing order within the meaning of rules 37.07(1) and 37.14(1), with the result that the motion judge correctly dismissed their motion to set aside or vary the sealing order. It follows that she was also correct in granting the Ivandaevs'

cross-motion requiring compliance with that order. [page776]

[20] Before commencing my analysis, it will be helpful to reproduce the former Rules of Civil Practice and the current Rules of Civil Procedure relevant to this appeal.

Rules of Practice

215. An application in an action shall be made by motion, and, unless the nature of the application or the circumstances of the case render it impracticable, notice of the motion shall be given to all parties affected by the order sought.

.

219. A party affected by an ex parte order, or any party who has failed to appear on an application through accident or mistake, or insufficient notice of the application, may move to rescind or vary the order by notice within seven days and returnable before the judge or officer who made the order, or any judge or officer having jurisdiction, within ten days after the order came to his notice.

(Emphasis added)

Rules of Civil Procedure

37.07(1) The notice of motion shall be served on any person or party who will be affected by the order sought, unless these rules provide otherwise.

.

37.14(1) A person who,

- (a) is affected by an order obtained on motion without notice;
- (b) fails to appear on a motion through accident, mistake or insufficient notice; or

(c) is affected by an order of a registrar,

may move to set aside or vary the order, by a notice of motion that is served forthwith after the order comes to the person's attention and names the first available hearing date that is at least three days after service of the notice of motion.

.

38.11(1) A person who is affected by a judgment on an application made without notice or who fails to appear at the hearing of an application through accident, mistake or insufficient notice may move to set aside or vary the judgment, by a notice of motion that is served forthwith after the judgment comes to the person's attention and names the first available hearing date that is at least three days after service of the notice of motion.

(Emphasis added)

The nature and purpose of rule 37.14(1)

[21] Virtually every common law system contains a code of procedural law that regulates the procedure that governs civil [page777] proceedings from inception to appeal. Among the many functions of a procedural code, the notice-giving function introduces an essential ingredient of due process as a proceeding moves from commencement to appeal. In the context of the Rules of Civil Procedure, for example, Rule 16 requires personal service of every originating process, while providing for an alternative to personal service in appropriate circumstances. Similarly, the requirement of rule 37.07(1) that "any person or party who will be affected by the order" be given notice of the motion seeking the order, introduces an essential ingredient of due process. In this manner, rule 37.07(1) both informs, and defines, the due process purpose of rule 37.14(1) that provides the mechanism for any person, able to satisfy the conditions stipulated by the rule, to obtain an order to set aside or vary an order.

[22] Rule 37.14(1) has a long history. Its predecessor was part of Ontario's procedural rules long before the major revision of 1913. In 1881, rules of court were annexed to the Judicature Act, 37 Vict., c. 7 (Ont.), that made sweeping changes to the administration of justice. Thus, the original precursor to rule 37.14(1) read:

536. Any party affected by an ex parte order, except the party issuing the same, may move to rescind or vary the same before the Judge or officer who made the order, or any Judge or officer having jurisdiction, within four days from the time of its coming to his notice, or within such further time as the Court or Judge may allow, and whether it has been acted upon by the party issuing the order or not.

(Emphasis added)

[23] Rule 536 was considered by this court in *Howland v. Dominion Bank* (1892), 15 P.R. 56 (Ont. C.A.), *affd* (1893), 22 S.C.R. 130. In the context of a motion under Rule 536 to set aside an ex parte order extending the time for service of a writ of summons, at pp. 63-64 Maclellan J.A. considered both the nature of a Rule 536 motion and the standard of review on appeal from the decision of the court on the motion:

It was not contended that the orders had been made inadvertently, or that the learned Master had been induced to make them by the use of any improper means, and, but for the recent Rule No. 536, I should have been of the opinion that there was no jurisdiction to do what was done. That Rule, however, enables any party affected by an ex parte order to move against it before the same Judge or officer who made it, within four days after it comes to his notice, or such further time as the Court or Judge may allow. It is confined to ex parte orders, and is silent as to the grounds of the motion. It follows, I think, that the party moving may support his motion by matter which was not before the Judge or officer when the order was made, and that it must be determined, not as a mere appeal from the former order, but as an original substantive application. I think, however,

that the question on such a motion is not alone whether the order ought or ought not to have been made, but also whether, having been made, it should be rescinded or varied. Taking [page778] that to be so, any change in the state of affairs or the position of the parties between the making of the order and the motion against it, is proper to be taken into consideration; and I think I would hardly have rescinded the orders in question, seeing that it was then too late to commence another action.

It is a different question, however, whether we should reverse the action of the learned Master, after it has been, twice affirmed before coming here. After the most careful consideration, I cannot see that the learned Master was so clearly wrong that his order cannot stand, and I therefore agree that the appeal should be dismissed.

(Emphasis added)

[24] A similar view of the nature of a motion to rescind or vary an ex parte order was stated by this court in *Re Avery*, [1952] O.R. 192, [1952] 2 D.L.R. 413 (C.A.) at p. 201 O.R.:

However, it has been decided that the question open for consideration upon a motion under the provisions of Rule 217 [subsequently, Rule 219] is not alone whether the order ought or ought not to have been made, but also whether, having been made, it should be rescinded or varied.

[25] More recently, former Rule 219 was considered in *Strazisar v. Canadian Universal Insurance Co.* (1981), 21 C.P.C. 51 at p. 58 (Ont. Co. Ct.), where the court said:

The nature of an application pursuant to R. 219 is stated in *Holmested's Judicature Act*, 4th ed., at p. 681, and is quoted with approval by Masten J.A. in *Fretz v. Lafay*, [1939] O.R. 273 at 275 (C.A.):

The motion to rescind or vary may be supported, or opposed, by matter not before the Judge or officer when the order was made. The motion is not an appeal, but is a substantive

motion, and the question is not alone whether the order should have been made, but whether, having been made, it should, in view of any change in the state of affairs, or positions of the parties, be rescinded: *Howland v. Dominion Bank* (1892), 15 P.R. 56, at p. 63; *Cairns v. Airth* (1894), 16 P.R. 100, and *Cousins v. Cronk* (1897), 17 P.R. 348; *Allison v. Breen* (1900), 19 P.R. 119, 143.

See, also, W.B. Williston and R.J. Rolls, *The Law of Civil Procedure*, Vol. 1 (Toronto: Butterworths, 1970), at pp. 470-71.

A person affected by an order

[26] Since the inception of the rule in 1881, access to it has been available to one "affected by" the order which it is sought to rescind, set aside or vary. From 1881 to the introduction of the Rules of Civil Procedure in 1985, the rule provided that it was available to a "party affected by an ex parte order". However, in 1985 "person" replaced "party" in rule 37.14(1). In this regard, I note that in the complementary rule, rule 37.07(1), a notice of motion must be served "on any person or party who will be affected by the order sought" (emphasis added). This raises the [page779] question of whether a party may bring a motion under rule 37.14(1), or whether it is available only to a "person", or whether a person includes a party.

[27] Other than *Stanley Canada Inc. v. 683481 Ontario Ltd.* (1990), 74 D.L.R. (4th) 528 (Ont. Gen. Div.), the cases that have considered the rule in its different forms do not discuss the meaning of "affected by". However, a review of the cases in which a successful motion has been brought under rule 37.14(1) and rule 38.11(1), which applies to applications, or their predecessors, to set aside or vary an order suggests that the order must be one that directly affects the rights of the moving party in respect to the proprietary or economic interests of the party. In addition, there is another broad group of cases, usually arising from the sealing of a court file, in which the media has complained that its right to freedom of expression as guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms has been compromised and in

which the principle of open and accessible court proceedings has been invoked. See, e.g., *Sierra Club of Canada v. Canada (Minister of Finance)*, 2002 SCC 41, 211 D.L.R. (4th) 193.

[28] In *Stanley*, the issue was whether a union and its members had standing under rule 37.14(1)(a) as persons "affected by an order obtained on motion made without notice", to move for an order setting aside an order obtained under rule 44.01(1) by the employer of the union members, *Stanley*, directing the sheriff to enter the defendant company's premises and to recover a quantity of steel owned by *Stanley*. At the time of the order, the union was on a legal strike against *Stelco Inc.*, which had manufactured the steel for *Stanley*, that was stored for *Stanley* by the corporate defendant.

[29] The union contended that it had standing because the economic impact on *Stelco* of its picketing had been, and would be, diminished as a result of the rule 44.01(1) order. The union's picketing of the company precluded *Stanley* from removing its steel from the company's warehouse. The union contended that this represented an economic advantage to it in its strike against *Stelco Inc.*

[30] *McKeown J.*, at p. 537 D.L.R., held "that the substantial economic advantage to the union members in keeping the steel in the warehouse makes them persons 'affected by an order' under rule 37.14". He also found at p. 539 D.L.R., that the "potential infringement" of its freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms "qualifies the union members as 'affected by' . . . the master's order".

[31] *Stanley* was applied in *Weinstein v. Weinstein (Litigation Guardian of)* (1997), 35 O.R. (3d) 229, 30 R.F.L. (4th) 116 (Gen. Div.). [page780] In that case a wife had settled a trust and provided that on her death the trust assets were to go to her estate, the residue of which had been bequeathed to her grandchildren under her will. Subsequently, her husband applied without notice to the grandchildren for a judgment equalizing the net family assets of himself and his

wife. The application was granted and a judgment was given transferring \$2.5 million from the wife's trust to the husband. The grandchildren moved under rule 38.11(1) to set aside the judgment on the ground that they were persons "affected by a judgment on an application made without notice". In setting aside the judgment, Sheard J. held that the grandchildren were "manifestly" persons affected by the judgment and that they should have received notice of the application. Citing Stanley, he rejected the argument that an economic interest in the outcome of a proceeding does not confer standing under rule 38.11(1).

[32] The following cases which have considered whether a stranger to a proceeding was a person affected by an ex parte order, or an order made without notice to him or her, within the meaning of rule 37.14(1) or rule 38.11(1), all determine standing on the ground that the order sought to be set aside or varied affected the moving party's propriety or economic interests:

- (1) The administrator of an estate of a deceased person had standing to move to set aside an order appointing an administrator ad litem to represent the estate of the deceased in an action against him commenced before his death: *McLean v. Allen* (1898), 18 P.R. 255 (Ont. H.C.J.).
- (2) A person claiming to be entitled to moneys attached pursuant to a garnishee order obtained with notice to her, was a person affected by the order: *Canada Lumber Co. v. Whatmough* (1923), 23 O.W.N. 584 (C.A.).
- (3) The defendant's motor vehicle insurer was affected by an order renewing a writ of summons because it could be liable to indemnify the plaintiff for any damages recovered from the defendant: *Palmateer v. Back* (1976), 9 O.R. (2d) 693, [1975] I.L.R. 1-677 (H.C.J.).
- (4) A mortgagee's interests as a secured creditor were affected by an order expediting the sale of condominium units and requiring it to discharge its mortgage: *Unical Properties v. 784688 Ontario Ltd.*, [1993] O.J. No. 2039 (Quicklaw)

Gen. Div.).

(5) The Government of Canada was affected by an order in a garnishee proceeding that contemplated that it would [page781] exceed its statutory authority and pay out money in a manner other than as authorized by statute: *Beattie v. Ladouceur* (1995), 23 O.R. (3d) 225, 13 R.F.L. (4th) 435 (Gen. Div.).

Order obtained on a motion without notice

[33] As I have explained, I have decided this appeal on the ground that the appellants were not "persons" affected by the sealing order. Strictly speaking, therefore, it is unnecessary to consider the other elements of rule 37.14(1). However, to complete my analysis I find it helpful to consider a further element of the rule, even though it does not enter into my decision.

[34] As I have observed, prior to the introduction of the present Rules of Civil Procedure in 1985 the relevant rules contained the term "ex parte order". That term was replaced by "motion without notice" upon the introduction of the present rules. This raises the question of whether the two terms have the same meaning.

[35] The meaning of an ex parte motion was considered in *Broom v. Pepall* (1911), 23 O.L.R. 630, 19 O.W.R. 262 (Div. Ct.) at p. 634 O.L.R. in the oft-quoted passage from the reasons of Riddell J.:

The order made in the first instance was not an ex parte order. That term is applied only to such orders as the party obtains without the attendance of the other, without his consent, and solely on his (the applicant's) own shewing. Interim orders for injunction, orders of ne exeat, for production, and the like, may be mentioned -- and many different kinds are well known to the practitioner: some of them are to be found referred to in *Muir Mackenzie* (1911), pp. 754-755. But an order obtained by one party upon the written consent of another is not an ex parte order, in the

true sense or in the sense of the Rule.

[36] One of the changes to the rules made by the Rules of Civil Procedure was that of style. As pointed out by Mr. Justice Morden, the Chairman of the Special Sub-Committee that prepared the Rules of Civil Procedure, in his seminal article "An Overview of the Rules of Civil Procedure of Ontario" (1984) 5 Adv. Q. 257 at p. 261:

Style. The general approach is to use the clearest and most direct words and expressions in carrying out the intended policy. One example of this approach is the replacement of Latin terms, such as *ad litem*, *lis pendens*, and *fieri facias*, with plain English. This feature of the rules may be of greater benefit to the neophyte than a member of the *cognoscenti*.

[37] Thus, in the same way that the term "certificate of pending litigation" (Rule 42) replaced "*lis pendens*" and the term "litigation guardian" (Rule 7) replaced "*guardian ad litem*", it would follow that "motion without notice" replaced "*ex parte motion*". If this is so, it appears that rule 37.14(1)(a) and rule 38.11(1) may [page782] not serve their intended due process function. I say this because both rules would not accord standing to a stranger to a proceeding who is affected by an order obtained by motion or application brought without notice to the stranger, but would grant standing only to a party where an order was obtained without notice to the party, on the reasoning that "motion without notice" has the same meaning as "*ex parte motion*".

[38] This problem is highlighted when the former rules are compared to the present rules. Both former rules 536 and 219 confer standing on a party affected by an *ex parte* order. Similarly, former rule 215 requires service of a notice of motion on "all parties affected by the order sought". On the other hand, both rules 37.14(1) and 38.11(1) confer standing on a person affected by an order or judgment obtained without notice, while rule 37.07(1) requires service of a motion on "any person or party who will be affected by the order sought" (emphasis added). In my view, in regard to rules

37.14(1) and 38.11(1) this gives rise to the question: Without notice to whom? To a stranger, being a "person"? To the other party, or parties, in the proceeding in which the order was obtained, which would be the result if an order without notice has the same meaning as ex parte order? Or, to both? From my reading of the cases, courts have not been troubled by this concern as they appear to have read rules 37.14(1) and 38.11(1) as if they read "an order or judgment obtained without notice to the non-party" seeking to set aside or vary the order or judgment impugned. For example, it is apparent from the media cases that the courts have read "an order obtained without notice" to mean without notice to the newspaper, or other media non-party, seeking to set aside a sealing order. See, e.g., *National Bank of Canada v. Melnitzer* (1991), 5 O.R. (3d) 234, 84 D.L.R. (4th) 315 (Gen. Div.).

[39] Because of the view that I hold with respect to the outcome of this appeal, it is unnecessary to resolve these questions. The better approach may be to refer the relevant rules to the Civil Rules Committee for its review. However, for the assistance of the Committee I would add the following observations.

[40] When the Civil Rules Committee introduced rule 37.14(1) in 1985 and substituted "person" for "party" in former Rule 219, it is reasonable to infer that the Committee intended to broaden the scope of Rule 219 to enable non-parties, as well as parties, to move to set aside or vary an order affecting them. The same may be said about rule 38.11(1). In addition, it is likely that the Committee intended "person" in rule 37.14(1) to include "party", to maintain parity with rule 37.07(1), where the expression "any person or party" is used. If these inferences are correct, the meaning of rule 37.14(1)(a) would confer standing upon any person or party affected [page783] by an order obtained on motion without notice to him or to her. In my view, to read the rule differently would result in an absurdity.

[41] The absurdity can be illustrated in this way. If "person" is read as meaning only a non-party, then a party to [a] proceeding who is affected by an order obtained without

notice to him or to her, or who fails to appear on a motion through accident, mistake or insufficient notice, has no standing under rule 37.14(1). If "motion without notice" is read as "ex parte motion", then a non-party's standing under rule 37.14(1) would be limited to a motion brought without notice to one of the parties to a proceeding.

[42] I doubt that these were the intended results when rule 37.14(1) was introduced in 1985. In this regard, it is helpful to note that in *G.D. Watson and C. Perkins, Holmsted & Watson: Ontario Civil Procedure*, looseleaf (Toronto: Carswell, 2002) at pp. 37-55, in their discussion of rule 37.14(1)(a), the authors consider that its purpose is to permit "a person affected by an order obtained without notice to him or her" to seek to set aside or vary the order. As I observed earlier, the giving of notice to those whose rights may be affected by the result of the motion and affording them the opportunity to participate in the motion, is an essential ingredient of due process. As I have illustrated, as worded the rule does not clearly fulfill its purpose. Of course, it is for the Civil Rules Committee, and not for the court, to rewrite the rule if necessary.

[43] A similar analysis applies to rule 38.11(1), which the Civil Rules Committee may also wish to review.

Conclusion

[44] In summary, rule 37.14(1)(a), under which the appellants moved to set aside Caswell J.'s sealing order, is designed to enable an order to be set aside or varied by those who have, or can acquire, standing under the rule. It does not give standing to non-parties to the proceeding in which the order was obtained, such as the appellants, or possibly to parties to the proceeding, who are unable to satisfy the two conditions contained in the rule. Thus, a non-party who desires to set aside or vary an order must show that he or she has a direct interest in doing so, in the sense of establishing that he or she is affected by the order, and that the order was obtained without notice to him or her. As I have indicated, in the view that I hold of the merits of this appeal, it is sufficient to consider only whether the appellants are affected by the

sealing order.

[45] In my view, the starting point in determining whether the appellants are affected by the sealing order is rule 37.07(1), which provides that a notice of motion "shall be served on any person or party who will be affected by the order sought". I say [page784] this because the term "affected by" in rule 37.07(1) necessarily includes the same meaning of the term in rule 37.14(1). If the appellants should have received notice of the sealing order motion as persons who would be affected by it, it would follow that they have standing under rule 37.14(1) (a) to set it aside.

[46] I am satisfied that the possibility that financial information about Mr. Ivandaev, or his companies, contained in the matrimonial court file might have assisted the appellants in their defence of the commercial litigation, thus requiring service of the notice of motion on the appellants, is far removed from the direct effects on the proprietary or economic interests of a non-party considered in the cases that I have reviewed that have been found sufficient to constitute the non-party a person affected by an order or judgment within the meaning of rules 37.07(1), 37.14(1) and 38.11(1). Although I acknowledge that "affected" is capable of a very large meaning, and it may be said that the information which the appellants' counsel obtained from the sealed file may be of assistance to the appellants in their defence of the commercial litigation, that is not the effect contemplated by the rule. Moreover, it is to be remembered that the broad discovery and production mechanism of the Rules of Civil Procedure is available to the appellants to enable them to obtain from Mr. Ivandaeva information relevant to the commercial litigation.

[47] Nor can it be said that any Charter right of the appellants has been infringed by the sealing order, similar to the Charter rights affected by the sealing orders considered in the media cases.

[48] It follows, therefore, that as the appellants are not affected by the sealing order they did not have standing under rule 37.14(1) to move to set aside or vary the order.

Consequently, the motion judge was correct in her finding that the appellants were not persons upon whom it was necessary to serve the notice of motion requesting an order to seal the court file in *Ivandaev v. Ivandaeva*.

[49] Having reached this conclusion, it is unnecessary to decide whether the motion judge applied the correct standard of review of Caswell J.'s sealing order under rule 37.14(1)(2), nor is it necessary to interpret "an order obtained on motion without notice".

[50] In addition, I would add that there is a very different category of interest that does not fall within the category of proprietary or economic interest that would constitute a non-party a person affected by an order, thereby requiring that a notice of motion be served upon him or her. I refer, for example, to essentially procedural motions to add a person as a party to a proceeding, to obtain discovery or production from a non-party or to obtain leave to commence a third party claim out of time. Clearly, the appellants do not fall into this category. [page785]

[51] From the foregoing discussion, it also follows that the motion judge was correct in ordering compliance with the sealing order.

Result

[52] For all the above reasons, I would dismiss the appeals with costs. The parties are invited to make written submissions about the scale and amount of costs. The respondents are to file their submissions no later than 15 days after the release of these reasons, and the appellants' submissions are to be filed no later than ten days thereafter.

Appeal dismissed.

TAB 8

CITATION: YG Limited Partnership and YSL Residences (Re), 2021 ONSC 4178
COURT FILE NOS.: CV-21-00655373-00CL/BK-21-02734090-0031,
CV-21-00661386-00CL & CV-21-00661530-00CL
DATE: 20210629

**SUPERIOR COURT OF JUSTICE – ONTARIO
(COMMERCIAL LIST)**

RE: 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

APPLICATION UNDER THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT*,
R.S.C. 1985, C. B-3, AS AMENDED

AND RE: 2504670 CANADA INC., 8451761 CANADA INC. and CHI LONG INC.,
Applicants

AND

CRESFORD CAPITAL CORPORATION, YSL RESIDENCES INC,
9615334 CANADA INC., YG LIMITED PARTNERSHIP and DANIEL
CASEY, Respondents

AND RE: 2583019 ONTARIO INCORPORATED AS GENERAL PARTNER OF
YONGESL INVESTMENT LIMITED PARTNERSHIP, 2124093 ONTARIO
INC., SIXONE INVESTMENT LTD., E&B INVESTMENT CORPORATION
and TAIHE INTERNATIONAL GROUP INC., Applicants

AND

9615334 CANADA INC. AS GENERAL PARTNER OF YG LIMITED
PARTNERSHIP and YSL RESIDENCES INC., Respondents

BEFORE: S.F. Dunphy J.

COUNSEL: *Harry Fogul and Miranda Spence*, for YG Limited Partnership and YSL
Residences Inc.

Shaun Laubman and Sapna Thakker, for 2504670 Canada Inc., 8451761
Canada Inc., and Chi Long Inc.

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

David Gruber, Jesse Mighton, and Benjamin Reedijk, for Concord Properties Developments Corp. and its affiliates

Jane Dietrich and Michael Wunder, for 2292912 Ontario Inc. and Timbercreek Mortgage Servicing Inc.

Robin B. Schwill, for KSV Restructuring Inc. in its capacity as the proposal trustee

Roger Gillot and Justin Kanji, for Kohn Pedersen Fox Associates PC

Reuben S. Botnick, for Royal Excavating & Grading Limited COB as Michael Bros. Excavation

Daniel Naymark and Jamie Gibson, for Sarven Cicekian, Mike Catsiliras, Ryan Millar and Marco Mancuso

Brendan Bowles and John Paul Ventrella, for GFL Infrastructure Group Inc.

Mark Dunn and Carlie Fox, for Maria Athanasoulis

George Benchetrit, for 2576725 Ontario Inc.

Joshua B. Sugar, for R. Avis Surveying Inc.

Paul Conrod, for Restoration Hardware Inc.

James MacLellan and Jonathan Rosenstein, for Westmount Guarantee Services Inc.

Albert Engle, for Priestly Demolition Inc.

HEARD at Toronto: June 23, 2021

AMENDED REASONS FOR INTERIM DECISION

Note: these reasons were amended on July 2, 2021 as more fully described in the in the concluding paragraphs hereof.

[1] The debtors are seeking approval of a bankruptcy proposal that has obtained the near unanimous approval of those affected creditors who cast a vote. Two groups of limited partnership unitholders have challenged the actions of the General Partner of the debtor YG Limited Partnership for much of the past year and urge me to annul the bankruptcy entirely or to reject the proposal and, if need be, to allow a Receiver or Trustee in bankruptcy to canvass the market fairly and objectively. Another unsecured creditor urges me to disregard much of the appraisal evidence tendered because she has been excluded from examining it and the result is a record that casts grave doubt as to whether fair value for stakeholders is being realized by this process.

[2] For the reasons that follow, I have decided that I will not approve the Proposal in the form it has been presented to me. The Proposal is yet able to be amended pursuant to art. 3.01 thereof and it is possible that an amendment may be formulated to address the concerns raised by the findings I outline below before a final decision on the fate of the Proposal is made.

Background facts

[3] A central issue in this case is the value of the “YSL Project” – the property owned by the debtor YSL as bare trustee for the limited partnership (the debtor YG LP) charged with developing it. Valuation is an area on which I must tread lightly in terms of what I can record in writing so as not to impact adversely any potential sale process that may be necessary in future.

[4] What follows is a general description of the capital structure of the debtors and the project sufficient to permit an understanding of the issues. For comparison purposes, it is relevant to consider the size of the project. There is no dispute that the “as if completed” value of the project is above \$1 billion. How much above and based on which assumptions is an issue, but I provide the round figure solely for comparison purposes relative to the debt and equity interests discussed.

[5] The project is fully zoned and permitted for construction of an 85-story retail and condominium complex planned for the corner of Yonge St. and Gerard in downtown Toronto. Substantial pre-sales have been made. Demolition of the old structures and shoring up of the excavation have been largely completed. Unfortunately, things ground to halt in March of 2020 and the project has been stuck in the “hole in the ground” stage ever since.

The project ownership structure

[6] YP GP has a General Partner with nominal capital and a nominal interest in the limited partnership. The “equity” in the partnership effectively resides in the “A” units with approximately \$14.8 million in capital but a capped right to return on that capital equivalent

to interest (12.25% per year rate of return) and the “B” units who alone receive all of the residual profits from the project without limit.

[7] The owner of the “B” units and the General Partner are under common control within the Cresford group of companies as are the parties recorded as payees of the \$38.3 million related party debt to which I shall refer.

The project debt structure

[8] The secured debt – including registered mortgages and construction liens – stands at about \$160 million. The figure for secured debt is slightly misleading. There is just over \$100 million in deposits from condominium pre-sales made for the most part prior to 2019. These are insured by the second secured creditor whose claim would increase dollar for dollar if the relevant purchase agreements were repudiated and the deposits had to be returned. For this reason and to have an “apples to apples” idea of the debt structure, a figure of about \$260 million in secured debt is appropriate.

[9] The third-party unsecured debt that has been identified by the Trustee is in the range of approximately \$20 million plus or minus a few million dollars depending upon reserves allowed for claims yet to be filed or finalized. There are also various litigation claims outstanding the largest of which is from a former officer claiming that the limited partnership was a common employer and seeking, among other things, to enforce oral profit-sharing agreements. I have reviewed the Trustee’s report and in particular the Trustee’s reasoned conclusion that these claims are too contingent to be considered valid for voting purposes. I concur in that assessment. A conservative and prudent assessment of potential total unsecured claims is thus in the range of about \$25 million – a figure advanced with full knowledge that the total of all contingent claims identified could be in the same order of magnitude again. For the purposes of this motion, I find the figures estimated by me above are reasonable – those findings are, of course, without prejudice to the creditors holding such claims proving them in due course.

[10] There is also \$38.3 million in outstanding advances to YG LP recorded on its books from related parties. I have found those claims to be equity claims for all purposes relevant to this hearing for reasons I shall expand upon below.

[11] In round figures, one can thus consider there to be approximately \$260 million of secured debt and about \$20-\$25 million of unsecured debt outstanding. The Proposal assumes all of the former and would pay 58% of the latter when finalized. The “fulcrum” stakeholders in this case are thus the unsecured creditors to the extent of the 42% of their claims that are compromised (\$8.4 to \$10.5 million) plus the “A” limited partners in YG LP (\$14.8 million plus accrued “interest” entitlements) – such figures based upon the estimates and rulings that I have made and explained herein.

Summary of nine findings made

[12] The process of sifting through the mountains of evidence presented to me by the parties has been made exceptionally time-consuming and tedious by reason of the lack of usable electronic indexing in much of the materials filed. Tabs or electronic hyperlinks within compilations of electronically filed documents are non-existent in all but the most recently filed documents and there are many, many thousands of pages of documents presented. The profession is going to need to get on top of this problem as judges cannot and will not in future undertake such gargantuan efforts to sift through a case when a few moments of care and attention at the front end could simplify it to such a great degree.

[13] Time does not permit me to set forth in writing a complete account of my review of the evidence and my conclusions – a written summary of which I was about 75% through before the impossibility of completing it in the form intended within the time available became obvious. I shall instead present below nine conclusions which encapsulate my reasons for finding that the Proposal as it currently stands has failed to satisfy me of the matters required by s. 59(2) of the BIA or the common law test of good faith.

(i) *The McCracken Affidavit is inadmissible*

[14] As is often the case in Commercial Court matters, this case proceeded on a “real time” schedule. In addition to the bankruptcy case that was commenced with an NOI filed on behalf of the debtors on April 30, 2021, there were two applications commenced the day before by two groups of YG LP limited partners seeking, among other things, the removal of the General Partner and various declarations challenging the authority of the General Partner to act on behalf of the partnership in any capacity and alleging breaches of fiduciary duty by the General Partner. The Proposal itself was filed on May 27, 2021 working towards a scheduled June 10, 2021 creditor meeting. On June 1, 2021 I issued directions for the conduct of all three proceedings with a view to having the sanction hearing ready to proceed on June 23, 2021.

[15] The Proposal Sponsor is Concord Properties. Concord is not a party to any of these proceedings although it is central to all three. Concord sponsored the Proposal and is bearing all the costs of it under a Proposal Sponsor Agreement dated April 30, 2021.

[16] The limited partner applicants issued subpoenas to Mr. McCracken – apparently the officer of Concord responsible for this Proposal. On the advice of counsel, Mr. McCracken declined to appear absent an order compelling him to do so. Counsel took the position that leave was required under the Bankruptcy Rules to compel him to appear in the bankruptcy proceeding and declined to produce him.

[17] The position taken was a curious one given my specific direction on June 1 that I was *not* applying the BIA stay to the two applications and that specific aspects of both

applications would be heard and decided together on June 23, 2021 when the fairness hearing was conducted. The case timetable made specific allowances for responding records with respect to the limited partner applications and facts in relation to them. My ruling on June 1, 2021 was in both the civil and bankruptcy proceedings and bore the style of cause of both.

[18] Whether leave was or was not formally required to *compel* Mr. McCracken to appear, his failure has consequences in terms of the fairness of the process leading to the approval motion in front of me. The opponents of the Proposal were deprived of the opportunity to explore aspects of the unfairness or unreasonableness of the Proposal that they had raised. There was insufficient time available in the tight timetable to drop everything and bring a leave application. The position taken ran utterly contrary to the spirit and intent of my ruling on June 1, 2021 at which Concord's counsel appeared *and made submissions*. This is the sort of issue that counsel applying the "three C's" of the Commercial List ought to have agreed to disagree upon and produced the witness without prejudice to objections that might be raised.

[19] It is against the foregoing backdrop that the affidavit of Mr. McCracken – delivered the day prior to the fairness hearing – must be considered.

[20] The affidavit was filed far too late to permit any interested party to respond to it effectively or to cross-examine upon it. None of the subject-matter of the affidavit was new information. The affidavit was entirely devoted to providing responses to various issues seen in written arguments or that arose on the cross-examination of other witnesses.

[21] Concord appeared to consider itself sufficiently at interest to appear through counsel on June 1, 2021 while declining to submit to examination because of its non-party status when preparations for this hearing were in full swing a few days later. Permitting the admission of this affidavit at this juncture would be to sanction unfairness of the highest order. A timetable was worked out for the hearing of this motion – worked out, I might add, at a motion that Concord was present at through counsel. Whether or not Concord had the *right* to insist upon a further motion to compel its attendance during the pre-hearing procedures, it certainly knew that taking that position when there was no time available to challenge it in court would have the practical effect that it did.

[22] Lying in the weeds is a strategy, but it does not confer the right to spring out of them at will. I find the McCracken affidavit to be inadmissible and attach no weight to it.

(ii) *No weight can be attached to the CBR April 2021 Appraisal*

[23] The parties have very hotly debated the valuation evidence that is on the record before me. A portion of that valuation evidence has been sealed. My reason for doing so is straightforward: the approval of the Proposal cannot be taken for granted and it is thus

reasonably foreseeable that the project may have to be sold by a Trustee or Receiver in the near future and the ability of whichever court officer is charged with undertaking that sale to achieve the highest and best price available ought not to be impaired more than the circumstances already have by the disclosure of appraisals that may serve to skew market expectations. A significant portion of such evidence is part of the public record and between the public information and the use of carefully-framed circumlocutions I believe that I can convey my conclusions and reasons for them regarding the valuation evidence with reasonable clarity.

[24] Two of the appraisals before me, both from CBRE, are the most central to the questions I must determine. The first in time is dated August 8, 2019 providing CBRE's opinion of value as at July 30, 2019. This appraisal was prepared for the parent company of the debtors within the Cresford group and is based on the particular assumptions set out therein, including some supplied by Cresford. The second in time, also by CBRE, is dated April 30, 2021 as of March 16, 2021. This latter appraisal was prepared for Concord based on the assumptions set out therein, including some supplied by Concord. I shall not discuss in a public document the actual appraisal amounts in either, focusing instead on the differences between them.

[25] For present purposes, it is sufficient for me to observe that the 2021 CBRE appraisal is lower than the 2019 CBRE appraisal and lower by an amount that is significantly higher than the sum of the compromised amount of unsecured claims under the Proposal plus the total capital of the "B" unitholders in YG LP.

[26] I find that I can attach little weight to the 2021 CBRE appraisal in these circumstances because:

- a. The assumptions given to CBRE by Concord were materially different than those used in the 2019 CBRE appraisal including as to such things as leasable square footage of residential and retail space;
- b. When it formulated the instructions to CBRE, Concord was in the process of attempting to negotiate a Proposal to acquire the property through the bankruptcy process given lack of limited partner consents and was being commissioned at a time when Concord had a clear and obvious interest in having appraisal evidence suggesting that the project was at least partly underwater;
- c. The downward alterations made by Concord to the square footage assumptions used by CBRE are unexplained, untested and appear to be admitted as having been quite preliminary at all events;

- d. Concord did not submit Mr. McCracken to cross-examination to examine in depth the reasons for the significant negative difference between the two instructions given to CBRE on the conflicting appraisals;
- e. The differences between the two have not been reasonably or adequately reconciled. There has been no general downward correction to residential real estate in Toronto that has been brought to the court's attention nor can the difference between the two appraisals reasonably be attributed solely to pandemic-induced alterations to the retail environment.

(iii) *ALL Construction Lien Claims are Unaffected Creditors under the Proposal*

[27] Under the Proposal, Construction Lien Claims are defined as “Unaffected Creditors”. The Trustee indicates that the total amount of such claims is \$11.865 million. Of this total, fifteen lien claimants with \$9.19 million in lien claims outstanding entered into assignment agreements with the Proposal Sponsor. As these are non-voting Unaffected Creditors under the Proposal, Concord required them to file claims as Affected Creditors in order to acquire the right to vote and to name a proxy designated by Concord.

[28] There was some controversy about what precisely the lien claimants received in return for agreeing to convert claims that were to be paid \$1.00 per \$1.00 of valid claims under the Proposal into claims receiving no more than \$0.58 per dollar of claim value. The Trustee-reported second-hand information from Concord denying any “side” deals does little to address this concern. Assurances as to the lack of a side deal do not serve the purpose of permitting a reasonable understanding of the main deal. None of them have been disclosed beyond a skeletal summary and Concord declined to permit a representative to be examined prior to the hearing.

[29] It is of course open to the Proposal Sponsor to make any proposal that satisfies the formal requirements of the BIA if the debtor is prepared to adopt it and submit it to the creditors and the creditors are willing to accept it with their eyes open. In this case however the Proposal Sponsor has induced \$9.19 million of otherwise Unaffected Creditors to file claims as something they are not by definition (i.e. Affected Creditors) thereby effectively reducing the size of the cap from \$65 million to \$55.8 million and the maximum pool of funds available to the actual Affected Creditors described by the Proposal from \$37.7 million to \$32.4 million. These are material changes impacting all Affected Creditors that follow from arrangements made by the Proposal Sponsor outside the terms of the Proposal.

[30] The Proposal makes no provision for creditors “downshifting” their claims voluntarily. Lien claims are defined as “Unaffected Claims” and I see no basis for them to be accepted under the Proposal on any other basis particularly where doing so operates to the obvious detriment of the affected class members. This is not a case of a

secured creditor valuing its security and filing an unsecured claim for the shortfall. There are consequences to such a valuation exercise that are absent here.

[31] The “electing” lien claimants have little in common with the actual Affected Creditors who had no election to make. Despite having made the election, assuming there was any basis in the Proposal to make such an election (and it appears to me that there was not), such creditors retained their security intact. Pursuant to art. 9.01 of the Proposal, the Proposal would have “no effect upon Unsecured Creditors” which definition does not cease to apply to them by virtue of a make-shift “election” for which the Proposal makes no provision. They did not agree to surrender their security nor even to value it in the bankruptcy process. They agreed to sell their claims on whatever terms they chose to accept from the Proposal Sponsor secure in the knowledge that if, for any reason, the Proposal does not move forward, their security remains intact and unaffected.

[32] This is an element of unfairness in this that I find particularly disturbing. It is all the more disturbing when I am not at all persuaded that the unsecured creditors face the spectre of near certain annihilation in the event of a bankruptcy or receivership but face the very real prospect of additional and illegitimate dilution of their claim value were I to approve the Proposal as presented with the presence of lien claimants in the Affected Creditor pool.

(iv) *The related party claims must be treated as equity*

[33] A fundamental principle of the BIA is that equity claims are subordinate to debt claims. This principle is voiced in s. 60(1.7) of the BIA that provides quite simply that “[n]o proposal that provides for the payment of an equity claim is to be approved by the court unless the proposal provides that all claims that are not equity claims are to be paid in full before the equity claim is to be paid”. Section 140.1 expresses a similar requirement in respect of dividends more generally. While there is some similarity behind the concept of “equity claims” in Canadian insolvency law and that of “equitable subordination” the two are separate and one and must not be confused with the other: *U.S. Steel Canada Inc. (Re)*, 2016 ONCA 662 (CanLII) at para. 101.

[34] The limited partner applicants submit that the intercompany advances appearing in the general ledger of YG LP should be treated as equity claims within the meaning of the BIA. The debtors on the other hand urge me to pass over this issue entirely arguing that approval of the proposal does not entail approval of any payment of intercompany claims. Such claims will ultimately be determined by the Trustee and if disallowed for any reason will receive no distribution.

[35] I cannot accept the debtors’ argument that I should sweep the equity claims under the carpet to be dealt with another day in another forum. This is so for the following reasons:

- a. The applicant limited partners have no standing to challenge the proof of the related party claims within the bankruptcy process even if their claims against related parties are not themselves released by the Proposal.
- b. On June 1, 2021 I directed that issues raised in the two applications would be dealt with on June 23. A theme in those applications was, among others, the allegation that the General Partner had been seeking to divert substantial payments to Cresford from various investor proposals negotiated by the Cresford group ahead of limited partners, the allegations that representations had been made in the Subscription Documents and elsewhere that Cresford entities would be paid out of distribution after the “A” unit limited partners, that counsel for Cresford had confirmed that the intercompany loans were subordinated to the limited partners, that the General Partner had acted in breach of its fiduciary duties and that the Proposal was not being advanced in good faith; and
- c. The timetable I approved on June 1 specifically contemplated the foregoing aspects of those applications being dealt with on June 23, 2021.

[36] If the related party claims are equity claims under the BIA, then it is also highly likely that the notional purchase price for the project being paid by the Proposal Sponsor under the Proposal must be viewed as being \$22 million less than it might otherwise appear, a fact that is also material to the matters I must consider on this motion.

[37] The allegations of the applicant limited partners in the two outstanding applications challenge the good faith with which the Proposal has been advanced by the General Partner in part on the theory that the Proposal has in fact been advanced to secure payment of the related party claims in priority to the “A” unitholders and without securing their consent.

[38] For the foregoing reasons, I cannot avoid a consideration of whether the related party claims are equity claims. My conclusions on that subject are an integral part of any conclusion I must make on the subject of good faith or the criteria to be considered under s. 59(2) of the BIA.

[39] Are the related party claims identified by the Trustee in this case “equity claims”?

[40] The BIA contains a definition of “equity claims” that is deliberately non-exhaustive. In *Sino-Forest Corporation (Re)*, 2012 ONCA 816 (CanLII) (at para. 44) the Court of Appeal found that the term should be given an expansive meaning to best secure the remedial intentions of Parliament.

[41] Subsequent cases have explored the concept of “equity claim” with a view to fleshing out its parameters. Some of the guidelines that can be distilled from that jurisprudence include the following:

- a. Neither the “intention of the parties” as between non-arm’s length parties nor the formal characterization they apply is conclusive as to the true nature of the transaction: *Tudor Sales Ltd. (Re)*, 2017 BCSC 119 (CanLII) at para. 35 and *Alberta Energy Regulator v Lexin Resources Ltd*, 2018 ABQB 590 (CanLII) at para. 37.
- b. The manner in which the transaction was implemented, and the economic reality of the surrounding circumstances must be examined to determine the true nature of the transaction with the form selected being merely the “point of departure” of the examination: *Lexin* at para. 37.
- c. It is helpful to consider whether the parties to the transaction had a subjective intent to repay principal or interest on the alleged loan from the cash flows of the alleged borrower and, if so, was that expectation reasonable: *Lexin* at para. 41.
- d. It is also helpful to consider the “list of factors” that courts have looked at in such cases – being careful not to apply them in a mechanical way or as a definitive checklist: *Lexin* at paras. 42-43.
- e. Among the factors to examine are:
 - i. the presence or absence of a fixed maturity date and schedule of payments (absence of such terms being a potential indicator of equity);
 - ii. the presence or absence of a fixed rate of interest and interest payments. Again, it is suggested that the absence of a fixed rate of interest and interest payments is a strong indication that the advances were capital contributions rather than loans;
 - iii. the source of repayments. If the expectation of repayment depends solely on the success of the borrower’s business, the cases suggest that the transaction has the appearance of a capital contribution;
 - iv. the security, if any, for advances; and
 - v. the extent to which the advances were used to acquire capital assets. The use of the advance to meet the daily operating needs for the corporation, rather than to purchase capital assets, is arguably indicative of bona fide indebtedness: *Lexin* at paras. 42-43.

[42] The related party claims may be broken down into different buckets for the purposes of this analysis. The first one consists of payments that were made to retire loans taken out for the specific purpose of financing equity interests in YG LP. This

involved loans used to buy out the \$15 million investment of a former limited partner, loans used to finance the Cresford group of companies' \$15 million equity investment in Class B units as well as interest paid on both of these loans some or all of which has been recorded as obligations of YG LP on its books.

[43] Clearly advances made or charged to YG LP for the direct or indirect purpose of financing the purchase of an equity interest in YG LP are likely to the point of certainly to be characterized as equity claims of YG LP for the purposes of insolvency law. The evidence to this point supports the reasonable inference that a very substantial portion of the advances charged to YG LP by non-arm's length parties can be so characterized.

[44] A second category of advances made can only be described as "miscellaneous" comprised of various sporadic payments made by members of the Cresford group of companies that were recorded in the ledger of the limited partnership net of other payments made by the limited partnership to the Cresford group.

[45] The terms of the intercompany advances recorded on the general ledger of the limited partnership share the following characteristics:

- a. They were all non-interest bearing without any defined term or maturity date; and
- b. There are no loan documents evidencing any of them.

[46] Such payments as there were from YG LP on account of these advances were sporadic. The nature of the YG LP project is such that there is no cash flow nor any expectation of cash flow being available to repay the intercompany advances recorded until project completion when deposits and sales proceeds become available. The evidence does not suggest that intercompany advances were primarily short-term bridge advances pending the receipt of project financing that was to be used to repay them.

[47] There is substantial evidence that the related party advances were intended to be subordinated to holders of "A" units of YG LP and are thus equity claims. In the interest of time, I shall only summarize this evidence:

- a. Direct written representations were made to the investors in YG LP "A" units as part of the subscription process that after payment of "project expenses" only "external lenders" debt would be repaid ahead of them and that distributions to "Cresford" – unambiguously referencing the group of companies rather than one entity – would come after repayment of invested capital and the agreed return on investment to the limited partner investors;
- b. Cresford's communications to the limited partners never disclosed the existence of any "debt" owed to Cresford even when portraying "current debt" in various discussions with or disclosures made to them until very

recently (and long after the advances in question were recorded on YG LP's books);

- c. Other Cresford group projects with similar capital structures also made representations that intercompany advances were treated as equity;
- d. There was a direct, written representations made by prior counsel to the General Partner in October 2020 that such intercompany advances were "subsequent in priority" to the YG LP "A" unit investors – that admission has since been retracted without an adequate explanation for why it was an alleged error; and
- e. Cresford's CFO also advised that the YG LP "A" unitholders would be paid in priority to "Cresford" a term used to describe the related group of Cresford companies under common control.

[48] A review of the foregoing factors in light of the jurisprudence leads me to the conclusion that the related party advances must be considered as equity claims for the purposes of this motion at least. Virtually all indicators reviewed point towards equity and there is little to no evidence leaning the other way.

(v) *The implied value of the Proposal is \$22 million less than assumed*

[49] The Proposal operates to reduce the payments made to unsecured creditors if claims are lower than the \$65 million cap. The converse is not the case. Absent the lien claims and the intercompany claims there is no mathematical prospect of the \$65 million cap being operative unless the contingent and late-filed claims are resolved at levels far in excess of any reasonable estimate. This means that the consideration paid by Concord under the Proposal must be considered to be worth \$22 million less than it might have been had the related party claims not been equity claims.

(vi) *The general partner had authority to file the NOI*

[50] The two groups of limited partners have raised three broad categories of objections to the capacity of the general partner to have filed the NOI and sought approval of the Revised Proposal: (i) as a matter of law, all partners including limited partners, must approve filing for bankruptcy; (ii) pursuant to the Limited Partnership Agreement, the general partner lacked the authority to file for bankruptcy; and (iii) the general partner ceased to be general partner prior to the filing. I shall consider each of these in turn.

S. 85(1) of the BIA

[51] Section 85(1) of the BIA provides that it "applies to limited partnerships in like manner as if limited partnerships were ordinary partnerships, and, on all the general

partners of a limited partnership becoming bankrupt, the property of the limited partnership vests in the trustee.”.

[52] The limited partners’ position was that since all partners of a general partnership must authorize a bankruptcy filing and since s. 85(1) of the BIA applies the law in relation to general partnerships to limited partnerships in “like manner”, it follows that an NOI must be authorized by all limited partners in addition to the general partner. In support of this interpretation they cite the case of *Aquaculture component Plant V Limited Partnership (Re)*, 1995 CanLII 9324 (NS SC) where two NOI’s filed on behalf of limited partnerships were annulled on this basis.

[53] While the decision of Hamilton J. in the *Aquaculture* case is entitled to deference, it is not binding upon me. I find that I am unable to agree with its reasoning.

[54] The *Aquaculture* case stands quite alone in the jurisprudence on this topic – alone in the sense that none appear to have followed or disagreed with it as far as the research conducted by the parties has been able to determine. In the 26 years since it was decided, a significant number of limited partnerships have passed through our bankruptcy courts either for proposals or liquidations without apparent objection on this score. That practice of course does not have the effect of altering the law but it is at least a factor to consider given the number of times since then that Parliament has examined the BIA including with the addition of s. 59(4) that authorized changes to the constating documents of a debtor including a limited partnership.

[55] I reach a different conclusion than was reached in *Aquaculture* for the following reasons:

- a. The use of general “in like manner” language in s. 85(1) of the BIA is intended to ensure that the provision is interpreted consistent with the objects of the BIA and not in a manner as to defeat those objects or render the benefits of the BIA largely inaccessible to limited partnerships. The procedure for filing an NOI was intended to offer debtors a swift and relatively low cost means of seeking creditor protection after a secured creditor gives the required ten-day notice of its intention to enforce. Requiring unanimous consent for filing of an NOI would have the practical effect of making the benefits of bankruptcy law unavailable to limited partnerships in practice in a large number of cases. Limited partnerships often have large numbers of limited partners and the time required to convene a meeting and obtain unanimous consent would require more time than secured creditors are required by law to give in the way of notice.
- b. Provincial law generally provides that only general partners may bind a limited partnership (in Manitoba, s. 54(1) of the *The Partnership Act*, CCSM c P30) and the BIA treats partnerships and limited partnerships as a full

“debtor”. The policy behind requiring all *general* partners to authorize a bankruptcy filing is obvious – all are liable without limit for the liabilities of the partnership. The same is not the case with a limited partnership.

- c. Section 59 of *The Partnership Act* also provides that actions or suits in relation to the limited partnership may be brought and conducted by and against the general partners as if there were no limited partners. This too supports the proposition that the consent of limited partners is not required for the filing of an NOI on behalf of the partnership.

[56] I find that s. 85(1) of the BIA did not require the asset of each limited partner to the filing of an NOI.

[57] The limited partners also pointed to provisions of the Limited Partnership Agreement to allege that the General Partner had automatically ceased to be general partner of the partnership by reason of certain actions or that that it lacked the authority to file on behalf of the partnership.

Did the General Partner cease to be a general partner of YG LP at any time?

[58] The Proposal Sponsor Agreement is dated April 30, 2021 and was entered into between Concord as Proposal Sponsor and YG LP acting through the General Partner. It was executed prior to filing the NOI but *after* the two limited partner groups had filed their separate applications seeking, among other things, to remove the General Partner. To the extent it is relevant, there can be no question but that Concord was aware of the terms of the Limited Partnership Agreement at all relevant times when negotiating and entering into the Proposal Sponsor Agreement.

[59] Pursuant to s. 1.1 of the Proposal Sponsor Agreement, YG LP agreed to “use commercially reasonable efforts to effect a financial restructuring of [YG LP] that will result in the acquisition of the Property by the Proposal Sponsor together with [YG LP’s] rights, title and interests in and to such Project-related contracts as may be stipulated”. A draft of a proposal, substantially similar to the Proposal before this court for approval, was appended as a schedule to the Proposal Sponsor Agreement. The agreement was signed by Mr. Daniel Casey on behalf of each of the Cresford companies named as parties including YG LP.

[60] Section 10.14 of the YG LP Limited Partnership Agreement provides that “None of the following actions shall be taken unless it has *first* been approved by Special Resolution: (a) approving or disapproving the sale or exchange of all or substantially all of the business or assets of the Partnership”(emphasis added).

[61] The Proposal contemplated by the Proposal Sponsor Agreement clearly provides for the sale or exchange of all or substantially all of the business or assets of the Partnership. Section 1.1 of the Proposal Sponsor Agreement obliged YG LP to “use

commercially reasonable efforts” to cause this to occur, including by filing the NOI and to requesting court approval of the Proposal. As obliged by the Proposal Sponsor Agreement, YG LP filed an NOI, filed the Proposal and subsequently sought court approval of the Proposal.

[62] Entering into the Proposal Sponsor Agreement constituted the “approval” of YG LP to the sale or exchange of all or substantially all of the business or assets of the Partnership” even if approvals of other parties were also required in order to *complete* the transaction. The prohibition in art. 10.14(a) attaches to the approval of the action and not its completion.

[63] Section 7.1(c) of the Limited Partnership Agreement creates an Event of Default if the General Partner “becomes insolvent ... consents to or acquiesces in the benefit of [the BIA]”. By filing the NOI as a general partner of YG LP, the General Partner necessarily admitted to being insolvent at the time the NOI was filled out. There is no evidence that such state of insolvency arrived suddenly that day. The General Partner has accordingly admitted to the existence of an insolvency default under s. 7.1(c) of the Limited Partnership Agreement at some time prior to filing the NOI failing which no NOI would have been possible. By signing the Proposal Sponsor Agreement and agreeing to file the NOI to advance the Proposal, the General Partner also consented to the receiving the benefit of the BIA proposal provisions.

[64] For all of the foregoing reasons, the signing of the Proposal Sponsor Agreement amounts to an admission of further breaches of the Limited Partnership Agreement.

[65] Do such breaches entail the automatic removal of the authority of the General Partner to act as such at the time the NOI was actually filed? The answer in my view is that none of them have that effect.

[66] Section 11.2 of the Limited Partnership Agreement concerns the removal of the General Partner. Pursuant to s. 11.2(a), the General Partner “may be removed” by a court of competent jurisdiction on certain named grounds. That has not occurred. Section 11.2(b) provides that the General Partner “shall cease to be general partner” if any of the named events occurs. None of the agreement to file an NOI, the state of being insolvent or the signing of the Proposal Sponsor Agreement can be read to be included in the list of events listed in s. 11.2(b). The *aftermath* of the filing of the NOI may well be such a trigger but the answer to that question would require me to contend with the effects of the automatic stay which has not been raised before me.

[67] Accordingly, I find that the NOI filed by the General Partner was not void or subject to any similar infirmity. The foregoing conclusion refers only to the actual filing of the NOI and specifically does not apply to the breaches of the Limited Partnership Agreement consequent upon entering into the Proposal Sponsorship Agreement discussed above.

(vii) *The Proposal was the product of a flawed process and breaches of fiduciary duty by the General Partner*

[68] There are two aspects to this part of the objections raised by the objecting limited partners. First, it is alleged that during the year leading up to the Proposal Sponsor Agreement, the General Partner breached its fiduciary duty to act in the best interests of the partnership by seeking to advance the interests of non-arm's length parties to the detriment of the limited partners while simultaneously frustrating every effort of the limited partners to access the information that the Limited Partnership Agreement and the Manitoba *Partnership Act* gave them the rights to see. Second, it is alleged that negotiating and entering into the Proposal Sponsor Agreement was a breach of fiduciary duties of the General Partner in that this was nothing less than deliberately negotiating and entering into an agreement to breach the Limited Partnership Agreement.

[69] As the sole general partner of YG LP, the General Partner was responsible for the management of the affairs of the limited partnership and was the only one able to bind the partnership. The General Partner owed a fiduciary duty to all of the partners of the firm in discharging that role and pursuant to s. 64 of *The Partnership Act*, is liable to account, both at law and in equity to the limited partners for its management of the firm.

[70] As I have outlined above, entering into the Proposal Sponsor Agreement was a clear violation of s. 10.14 of the Limited Partnership Agreement as it agreed to a process whereby substantially all of the property of the firm would be conveyed to a third party without the assent of the limited partners. The fact that the BIA stay of proceeding may impede or prevent the limited partners from seeking a direct remedy for that breach when the agreement was subsequently put into action by filing the NOI does not detract from the existence of a present breach the moment pen was put to paper. Further, whether the negotiations of the Proposal Sponsor Agreement consumed two weeks or two months, it was a breach of fiduciary duty to plan and then put into execution a deliberate breach of the Limited Partnership Agreement and doing so in the teeth of a pending application to stop the General Partner adds further weight to that conclusion.

[71] The debtors suggested that being in the proximity of insolvency dissolved or altered the fiduciary duties of the general partner owed to the limited partners. It is true that the law recognizes that the interests of creditors assume a greater weight the closer to insolvency the enterprise approaches. None of this dissolves the fiduciary obligations of the General Partner so much as it adds to them. It is at this point that the other aspect of the complaint of the limited partners enters the analysis.

[72] Nothing in what I have written suggests that a general partner cannot file an NOI where doing so appears on all of the facts and in the good faith exercise of the best business judgment of the general partner to be in the best interests of the enterprise as a whole to do so – a judgment that necessarily accounts for the obligations of the firm owed to its creditors.

[73] This filing was different because it came with strings attached: a binding Proposal Sponsor Agreement that granted exclusivity to a single party and obliged the General Partner to pursue one path and one path only to emerge from the process. Those strings did not get attached as a result of a process which itself discharged faithfully the fiduciary duties of the General Partner. Rather they were attached as the culmination of almost a year of battling to keep information away from limited partners that they had a right to access (in most cases at least) and the squandering of an expensively purchased window of restructuring breathing room looking not for the solution best able to discharge all of the obligations of the partnership but rather looking for the investor best able to secure the optimal outcome for the Cresford group of companies generally. In that process the limited partners were an obstacle to be circumvented and bankruptcy provided a possible key.

[74] Good faith in such circumstances is not assumed but must be shown. The evidence presented to me has rather persuasively convinced me that good faith took a back seat to self-interest.

[75] The parties have expended considerable effort in outlining the details of what occurred in that time frame. In the interests of time, I shall summarize the important take-aways from those events:

- a. Until the Proposal Sponsor Agreement and the April 2021 CBRE report prepared for Concord, *all* appraisal evidence showed a profitable project likely to result in full coverage for all of the outstanding third-party debt obligations plus all of the obligations owed to limited partners;
- b. The General Partner presented two potential transactions to the “A” unit limited partners in the second half of 2020 that provided for the full payment of all debt, the payment of approximately \$38 million to non-arm’s length parties related to the General Partner and payment of obligations owed to the limited partners at a discount – the latter of the two proposals emanated from Concord;
- c. The two proposals failed to proceed primarily because the General Partner was unable to provide a satisfactory explanation as to why Cresford related parties were to receive a substantial payment when limited partners were asked to accept a compromise the obligations due to them and limited partners had been assured that Cresford group obligations ranked behind them both when they made their investment and as late as October 2020 in a letter from counsel the debtors; and
- d. The limited partners were in a continual tug-of-war trying to pry information out of the General Partner having had to resort to a court order at the

beginning of this year to obtain access to information that should have been available to them as of right.

[76] Few things are more precious in the restructuring business than time. YG LP was able to “purchase” more than a year of time with the forbearance arrangements that it worked out. That precious time appears to have been devoted solely to finding transactions that offered the greatest level of benefits for the Cresford group of companies. There is no evidence that any canvassing of the market – however constrained the market of developers capable of undertaking the completion of an 85-story mixed use tower in downtown Toronto may be – took place that was not indelibly tainted by the imperative of finding value for the Cresford group of companies rather than for the partnership itself.

(viii) The Affected Creditor vote was unanimous

[77] Despite the fact that I have found that fifteen of the forty-six votes cast in favour of the Proposal ought not to have been considered because they came from Unaffected Creditors, that determination does not impact the conclusion of the Trustee that the required statutory majorities voted in favour of the Proposal. There was but one negative vote cast and the Trustee disallowed that vote as being contingent. I have reviewed the Trustee’s reasons for so ruling and find no fault with them. The removal of fifteen creditors and just over \$9 million in claims does not detract from the fact that thirty-one creditors holding approximately \$9 million in other claims cast votes in favour.

[78] While I am prepared to consider to some degree the impact of the assignment agreements negotiated by Concord (see below), I do not view such agreements as impacting the formal validity of the votes cast.

[79] I find that the Proposal received the required majority of two-thirds in value and over 50% in number of creditors voting in person or by proxy.

(ix) The probative value of most of the Affected Creditor vote is attenuated

[80] In the normal course, the agreement of a broad group of creditors to accept less than 100% of what they are owed is cogent evidence of the fairness and reasonable nature of a proposal. This is so as a matter of common sense and by a very long tradition in our law. It is not an indicator lightly to be ignored.

[81] I must also recognize that whatever doubts the evidence may raise as to the insolvency of the debtors in terms of the realizable value of their assets, there can be little doubt that the liquidity test for insolvency is met. The lien claimants have been unpaid for a year or more without any formal forbearance agreement. The first mortgagee has entered into a forbearance agreements but this expires on June 30, 2021.

[82] There was a window of time to find an out-of-court solution, but it would appear that the debtors have squandered it.

[83] The vote of the Affected Creditors *is* probative of fairness, but I find that its weight is attenuated in this case by the following circumstances:

- a. Only a relatively small minority voted who did not also enter into assignment agreements;
- b. The evidence is equivocal about precisely what consideration was received by those who entered into such assignment agreements – a relayed denial of “side-deals” without more adds little to the equation particularly when the deal itself is not disclosed;
- c. Clearly if assigning creditors received or stand to receive more than the value allocated to them under the Proposal, their positive vote says little about the business judgment of the creditors at large to accept the value offered to satisfy their claims but says more about the willingness of the Proposal Sponsor to pay more than has been reflected in the Proposal itself.
- d. This last-in-line class of creditors did not have available to it the range of information produced in connection with this approval motion.

Disposition

[84] I will not approve the Proposal in its present form. I have concluded that, as presented, the Proposal is not reasonable, it is not calculated to benefit the general body of creditors and there are serious issues regarding the good faith with which it has been prepared and presented by the debtors. The debtors and the Proposal Sponsor have the authority under art. 3.06 of the Proposal to amend the Proposal to address the concerns I have raised. It is up to them – with the approval of the Trustee – to do so if they are so inclined.

[85] I am directing the parties to return on Wednesday June 30 at 2:15 pm either to propose amendments to the Proposal that address the concerns I have raised in a substantive way or to address next steps.

[86] These written reasons expand upon the summary reasons I presented orally in a hearing on June 29, 2021. I have released these reasons with relatively little opportunity to proof them and correct typographical errors or minor nits or stylistic glitches. I shall do so over the next week when I have more time available to me and the capacity to call upon my able assistant Ms. Daisy Ng to assist in that effort. Accordingly, I shall be releasing an amended version of these reasons over the course of the next week with such minor and non-substantive corrections.

S.F. Dunphy J.

Date: June 29, 2021

The foregoing is the corrected text of my reasons. Orphaned words have been removed or obvious missing words restored along with corrections of minor errors only. The parties have received a blackline version to compare the changes. Since releasing these reasons, I have adjourned the hearing scheduled for June 30, 2021 at 2:15 until July 9, 2021 at 10:00am. In so doing, I issued the following additional directions:

As KSV Restructuring Inc. (“KSV”) will become the bankruptcy trustee and court-appointed receiver on July 9, 2021 if no satisfactory amended proposal is approved at that time, this Court hereby authorizes and directs KSV to undertake the steps towards formulating a sales process that it would be undertaking if it had been appointed the receiver today.

KSV’s costs of doing so from July 1, 2021 shall be deemed costs of the receiver upon the granting of a receivership order on July 9, 2021 failing which all such costs will be deemed to be costs of the Proposal Trustee in the proposal proceeding.

Issued: July 2,2021

S.F. Dunphy J.

IN THE MATTER OF THE NOTICES OF INTENTION
TO MAKE A PROPOSAL OF
YG LIMITED PARTNERSHIP AND YSL RESIDENCES INC.

Consolidated Court File No.31-2734090
Court of Appeal File No. COA-22-CV-0451

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

PROCEEDING COMMENCED AT
TORONTO

BOOK OF AUTHORTIES OF THE RESPONDENT, CBRE

GOWLING WLG (CANADA) LLP

Barristers & Solicitors
100 King Street West, Suite 1600
Toronto ON M5X 1G5

C. Haddon Murray (#61640P)

Tel: 416-862-3604

Haddon.murray@gowlingwlg.com

Emails for parties served:

rschwill@dwpv.com; hfogul@airdberlis.com; bkofman@ksvadvisory.com;
mvininsky@ksvadvisory.com; mgottlieb@lolg.ca; jmaclellan@blg.com; slaubman@lolg.ca;
cli@lolg.ca; djmiller@tgf.ca; asoutter@tgf.ca; dnaymark@naymarklaw.com;
jgibson@naymarklaw.com; mdunn@goodmans.ca; sstothart@goodmans.ca;
hbborlack@mccagueborlack.com; jdietrich@cassels.com; jmaclellan@blg.com; sroy@litigate.com;
george@chaitons.com; carmstrong@goodmans.ca; jbsugar@sugarlawgroup.com;
pcho@weirfoulds.com; rsb@botnicklaw.com; duvernet@gsnh.com; jkanji@osler.com;
brendanbowles@glaholt.com; Christopher.statham@devrylaw.ca; mightonj@bennettjones.com;
gruberd@bennettjones.com;