

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

B E T W E E N:

CLEARFLOW COMMERCIAL FINANCE CORP.

Applicant
(Respondent in Appeal)

-and-

TRIGGER WHOLESALE, INC., THE EN CADRE GROUP INC.,
MARK GDAK, JAIMEE LYNN GDAK and JAIMAK REAL PROPERTIES INC.

Respondents
(Jaimee Lynn Gdak Appellant in Appeal)

**BOOK OF AUTHORITIES OF THE RESPONDENT, CLEARFLOW
COMMERCIAL FINANCE CORP.**

September 29, 2021

TORKIN MANES LLP
Barristers & Solicitors
151 Yonge Street, Suite 1500
Toronto ON M5C 2W7

Jeffrey J. Simpson (39663M)
jsimpson@torkinmanes.com
Tel: 416-777-5413

Lawyers for the Applicant (Respondent)
ClearFlow Commercial Finance Corp.

TO: **THE SERVICE LIST**

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

B E T W E E N:

CLEARFLOW COMMERCIAL FINANCE CORP.

Applicant
(Respondent in Appeal)

-and-

TRIGGER WHOLESALE, INC., THE EN CADRE GROUP INC.,
MARK GDAK, JAIMEE LYNN GDAK and JAIMAK REAL PROPERTIES INC.

Respondents
(Jaimee Lynn Gdak Appellant in Appeal)

INDEX

TAB	DESCRIPTION
1.	<i>Housen v. Nikolaisen</i> , 2002 SCC 33, per Iacobucci and Major JJ.
2.	<i>Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.</i> , 2014 SCC 53, per Rothstein J.
3.	<i>Corner Brook (City) v. Bailey</i> , 2021 SCC 29.
4.	<i>Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.</i> , 2016 SCC 37, per Wagner J.
5.	<i>Meridian Credit Union v 2428128 Ontario Limited</i> , 2017 ONSC 4578
6.	<i>Toronto-Dominion Bank v 1503345 Ontario Ltd.</i> , [2006] O.J. No. 1960 (Sup Ct J)
7.	<i>RBC v. 164393 Ont. Inc.</i> , 2019 ONSC 5145, per Williams J. varied on other grounds, 2021 ONCA 98, per Roberts J.A.
8.	<i>Bank of Montreal v. Featherstone</i> , [1989] O.J. No. 613 (C.A.), per curiam.
9.	<i>Aviscar Inc v Muthukumar</i> , [2009] O.J. No. 2894 (Sup. Ct.), per Matheson J.

10.	<i>Forest Hill Homes v Ou</i> , 2019 ONSC 4332, per Morgan J.
11.	<i>First City Capital Ltd. v. Hall</i> (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), per Abella J.A.
12.	<i>Royal Bank of Canada v. Samson Management & Solutions Ltd.</i> , 2013 ONCA 313, leave to appeal to the Supreme Court of Canada denied [2013] S.C.C.A. No. 301.
13.	<i>Royal Bank of Canada v. Adecon Transport Inc.</i> , [2004] O.J. No. 6249 (Sup Ct J).
14.	<i>Salah v. Timothy's Coffees of the World Inc.</i> , 2010 ONCA 673, per Winkler C.J.O.
15.	<i>Old Navy (Canada) Inc. v. Eglinton Town Centre Inc.</i> , 2019 ONSC 3740, per Quigley J., appeal dismissed on consent 2020 ONCA 679, per curiam.

Paul Housen *Appellant*

v.

Rural Municipality of Shellbrook
No. 493 *Respondent***INDEXED AS: HOUSEN v. NIKOLAISEN****Neutral citation: 2002 SCC 33.**

File No.: 27826.

2001: October 2; 2002: March 28.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN*Torts — Motor vehicles — Highways — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.**Municipal law — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.**Appeals — Courts — Standard of appellate review — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — Standard of review for questions of mixed fact and law.*

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

Paul Housen *Appelant*

c.

Municipalité rurale de Shellbrook
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'infirmier 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'infirmier 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'infirmier 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° 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.

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.

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).

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).

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.

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

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

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

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 soulever 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

17

18

19

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'infirmar 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 partageons 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 étayent 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*

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

2002 SCC 33 (CanLII)

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

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]l 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 intente 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'infirmar 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'appellant, 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'infirmar 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.

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.

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.

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.

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

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'infirmier la conclusion du juge de première instance est [TRADUCTION] « presque illimité ». En ce qui concerne les erreurs

92

2002 SCC 33 (CanLII)

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.

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.

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.

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.

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:

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 :

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.

[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. Issues

V. Les questions en litige

- 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?

- 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:

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.

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 :

[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.

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.

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.

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

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

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.

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 l[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 lookout 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.

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.

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):

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

[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 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

2002 SCC 33 (CanLII)

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 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, 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

149

150

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

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.]

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.

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.

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.

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.

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

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.

— 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.

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.

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.

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

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 tribulaire 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.

161

162

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.

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 pre-view 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

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'appellant 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'appellant. 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 conséquent 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.

**Sattva Capital Corporation (formerly
Sattva Capital Inc.)** *Appellant*

v.

**Creston Moly Corporation (formerly
Georgia Ventures Inc.)** *Respondent*

and

**Attorney General of British Columbia and
BCICAC Foundation** *Interveners*

**INDEXED AS: SATTVA CAPITAL CORP. v. CRESTON
MOLY CORP.**

2014 SCC 53

File No.: 35026.

2013: December 12; 2014: August 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Arbitration — Appeals — Commercial arbitration awards — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Leave to appeal arbitral award sought pursuant to s. 31(2) of the Arbitration Act — Leave to appeal denied but granted on appeal to Court of Appeal — Appeal of award dismissed but dismissal reversed by Court of Appeal — Whether Court of Appeal erred in granting leave to appeal — What is appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under Arbitration Act — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55, s. 31(2).

Contracts — Interpretation — Parties entering into agreement providing for payment of finder's fee in shares — Parties disagreeing as to date on which to price the shares for payment of finder's fee and entering into arbitration — Whether arbitrator reasonably construed contract

**Sattva Capital Corporation (anciennement
Sattva Capital Inc.)** *Appelante*

c.

**Creston Moly Corporation (anciennement
Georgia Ventures Inc.)** *Intimée*

et

**Procureur général de la
Colombie-Britannique et
BCICAC Foundation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SATTVA CAPITAL CORP. c. CRESTON
MOLY CORP.**

2014 CSC 53

N° du greffe : 35026.

2013 : 12 décembre; 2014 : 1^{er} août.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel,
Abella, Rothstein, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Arbitrage — Appels — Sentences arbitrales commerciales — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation et recours à l'arbitrage — Autorisation d'appel de la sentence arbitrale demandée en application de l'art. 31(2) de l'Arbitration Act — Rejet initial de la demande d'autorisation d'appel, qui est accueillie à l'issue d'un appel devant la Cour d'appel — Rejet de l'appel interjeté de la sentence infirmé par la Cour d'appel — La Cour d'appel a-t-elle accordé à tort l'autorisation d'appel? — Quelle est la norme de contrôle applicable aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l'Arbitration Act? — Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55, art. 31(2).

Contrats — Interprétation — Conclusion d'une entente entre les parties prévoyant le versement en actions des honoraires d'intermédiation — Désaccord des parties sur la date applicable à l'évaluation du cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation

as a whole — Whether contractual interpretation is question of law or of mixed fact and law.

S and C entered into an agreement that required C to pay S a finder's fee in relation to the acquisition of a molybdenum mining property by C. The parties agreed that under this agreement, S was entitled to a finder's fee of US\$1.5 million and was entitled to be paid this fee in shares of C. However, they disagreed on which date should be used to price the shares and therefore the number of shares to which S was entitled. S argued that the share price was dictated by the date set out in the Market Price definition in the agreement and therefore that it should receive approximately 11,460,000 shares priced at \$0.15. C claimed that the agreement's "maximum amount" proviso prevented S from receiving shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee was payable, and therefore that S should receive approximately 2,454,000 shares priced at \$0.70. The parties entered into arbitration pursuant to the B.C. *Arbitration Act* and the arbitrator found in favour of S. C sought leave to appeal the arbitrator's decision pursuant to s. 31(2) of the *Arbitration Act*, but leave was denied on the basis that the question on appeal was not a question of law. The Court of Appeal reversed the decision and granted C's application for leave to appeal, finding that the arbitrator's failure to address the meaning of the agreement's "maximum amount" proviso raised a question of law. The superior court judge on appeal dismissed C's appeal, holding that the arbitrator's interpretation of the agreement was correct. The Court of Appeal allowed C's appeal, finding that the arbitrator reached an absurd result. S appeals the decisions of the Court of Appeal that granted leave and that allowed the appeal.

Held: The appeal should be allowed and the arbitrator's award reinstated.

Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the *Arbitration Act*. Under s. 31(1), they are limited to questions of law, and leave to appeal is required if the parties do not consent to the appeal. Section 31(2)(a) sets out the requirements for leave at issue in the present case: the court may grant leave if it determines that the result is important to the parties and

et recours à l'arbitrage — L'arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l'entente dans son ensemble? — L'interprétation contractuelle constitue-t-elle une question de droit ou une question mixte de fait et de droit?

S et C ont conclu une entente selon laquelle C devait payer à S des honoraires d'intermédiation relative à l'acquisition d'une propriété minière de molybdène par C. Les parties reconnaissaient qu'en vertu de l'entente, S a droit à des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, versés en actions de C. Cependant, elles ne s'entendaient pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que S doit recevoir. S prétendait que la valeur de l'action était dictée par la date établie dans la définition du cours prévue dans l'entente et, par conséquent, qu'elle devait recevoir environ 11 460 000 actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. C prétendait que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l'entente, empêchait S de recevoir des actions d'une valeur supérieure à 1,5 million \$US à la date du versement des honoraires et donc que S devait obtenir environ 2 454 000 actions, à raison de 0,70 \$ l'unité. Les parties ont soumis le différend à l'arbitrage conformément à l'*Arbitration Act* de la Colombie-Britannique et l'arbitre a statué en faveur de S. C a demandé l'autorisation d'interjeter appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l'*Arbitration Act*. La demande a été rejetée au motif que la question soulevée n'était pas une question de droit. La Cour d'appel a infirmé la décision et accueilli la demande, présentée par C, en autorisation d'interjeter appel, jugeant que l'omission par l'arbitre d'examiner la signification de la stipulation de l'entente relative au « plafond » soulevait une question de droit. Le juge de la cour supérieure saisi de l'appel a rejeté l'appel de C et conclu que l'interprétation de l'entente par l'arbitre était correcte. La Cour d'appel a accueilli l'appel de C, concluant que l'interprétation de l'arbitre menait à un résultat absurde. S interjette appel des décisions de la Cour d'appel ayant accordé l'autorisation d'appel et ayant accueilli l'appel.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et la sentence arbitrale est rétablie.

L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'*Arbitration Act*. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit, et l'autorisation d'appel est requise lorsque les parties ne consentent pas à l'appel. L'alinéa 31(2)(a) énonce les critères d'autorisation sur lesquels porte le présent litige, à savoir que le tribunal peut accorder

the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice.

In the case at bar, the Court of Appeal erred in finding that the construction of the finder's fee agreement constituted a question of law. Such an exercise raises a question of mixed fact and law, and therefore, the Court of Appeal erred in granting leave to appeal.

The historical approach according to which determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix of the contract.

It may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law; however, the close relationship between the selection and application of principles of contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. The goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. Accordingly, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Legal errors made in the course of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. Concluding that C's application for leave to appeal raised no question of law is sufficient to dispose of this appeal; however, the Court found it salutary to continue with its analysis.

In order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a), an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case. According to this standard, a determination of a point of law "may prevent a miscarriage of justice" only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of "may prevent a miscarriage of justice" because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

l'autorisation s'il estime que, selon le cas, l'issue est importante pour les parties et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire.

En l'espèce, la Cour d'appel a assimilé à tort l'interprétation de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation à une question de droit. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit, et la Cour d'appel a donc commis une erreur en accueillant la demande d'autorisation d'appel.

Il faut rompre avec l'approche historique selon laquelle la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortit à une question de droit. L'interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel de ce dernier.

Il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit, mais le rapport étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. Le but de l'interprétation contractuelle — déterminer l'intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Par conséquent, le tribunal doit faire preuve de prudence avant d'isoler une question de droit dans un litige portant sur l'interprétation contractuelle. L'interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d'un critère juridique ou un facteur pertinent. Conclure que la demande d'autorisation d'appel présentée par C ne soulevait aucune question de droit suffit à trancher le présent pourvoi; toutefois, la Cour juge salutaire de poursuivre l'analyse.

Pour que l'erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire pour l'application de l'al. 31(2)(a), elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat. Suivant cette norme, le règlement d'un point de droit « peut permettre d'éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu'il existe une certaine possibilité que l'appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l'échec ne saurait « permettre d'éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l'issue d'un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law by the leave court is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case. The appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit, meaning that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law.

Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the standard of review. The leave court's assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal.

The words "may grant leave" in s. 31(2) of the *Arbitration Act* confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met. Discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) include: conduct of the parties, existence of alternative remedies, undue delay and the urgent need for a final answer. These considerations could be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria have been met. However, courts should exercise such discretion with caution.

Appellate review of commercial arbitration awards is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal, thus the standard of review framework developed for judicial review in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it, is not entirely applicable to the commercial arbitration context. Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. As a result, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

Ce n'est pas à l'étape de l'autorisation qu'il convient d'examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l'absence ou l'existence d'une erreur de droit. Cependant, le tribunal saisi de la demande d'autorisation doit procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer si l'appel a une chance d'être accueilli et, par conséquent, de modifier l'issue du litige. Ce qu'il faut démontrer, pour l'application du par. 31(2), c'est que la question de droit invoquée a un fondement défendable, à savoir que l'argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l'issue d'un examen préliminaire de la question de droit.

L'examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d'autorisation d'appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l'analyse du bien-fondé de l'appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet cette norme. Le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne procède qu'à un examen préliminaire à l'égard de la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l'appel.

Les termes « peut accorder l'autorisation » figurant au par. 31(2) de l'*Arbitration Act* confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l'autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés. Les facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) comprennent : la conduite des parties, l'existence d'autres recours, un retard indu et le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif. Ces facteurs pourraient justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères légaux. Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif, de sorte que le cadre relatif à la norme de contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Par conséquent, certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences arbitrales commerciales.

In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise. The question at issue here does not fall into one of those categories and thus the standard of review in this case is reasonableness.

In the present case, the arbitrator reasonably construed the contract as a whole in determining that S is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15. The arbitrator's decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both that definition and the "maximum amount" proviso and reconciles them in a manner that cannot be said to be unreasonable. The arbitrator's reasoning meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility.

A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case. It decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful, even where the determination of whether to grant leave involves a preliminary consideration of the question of law at issue. For this reason, comments by a leave court regarding the merits cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal.

Cases Cited

Referred to: *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945; *Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78; *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*,

En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur. La question dont nous sommes saisis n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories; la norme de la décision raisonnable s'applique donc à la présente affaire.

En l'espèce, l'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble en déterminant que S était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. La sentence arbitrale, selon laquelle l'action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond » en les conciliant d'une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable. Le raisonnement de l'arbitre satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l'intelligibilité.

Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur le fond. Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli, même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause. C'est pourquoi les remarques sur le bien-fondé de l'affaire formulées par le tribunal saisi de la demande d'autorisation ne sauraient lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945; *Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII); *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221; *Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160 (CanLII); *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309

2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1; 269893 *Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Moore Realty Inc. v. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129; *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316; *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712; *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. v. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII); *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326; *Mining Watch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012] 2 S.C.R. 509; *R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651; *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297; *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566.

Statutes and Regulations Cited

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, c. 45, ss. 58, 59.
Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 [formerly *Commercial Arbitration Act*], s. 31.
Civil Code of Québec.

Nfld. & P.E.I.R. 1; 269893 *Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d'assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744; *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69; *Moore Realty Inc. c. Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129; *Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d'Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316; *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63; *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257; *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712; *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII); *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII); *R. c. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174; *R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509; *R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297; *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii; *Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566.

Lois et règlements cités

Administrative Tribunals Act, S.B.C. 2004, ch. 45, art. 58, 59.
Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 [auparavant *Commercial Arbitration Act*], art. 31.
Code civil du Québec.

Authors Cited

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014, release 1).
- Dyzenhaus, David. “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London: Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Low and Levine JJ.A.), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, setting aside a decision of Greyell J., 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, and from a subsequent judgment of the British Columbia Court of Appeal (Kirkpatrick, Neilson and Bennett JJ.A.), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, setting aside a decision of Armstrong J., 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124. Appeal allowed.

Michael A. Feder and Tammy Shoranick, for the appellant.

Darrell W. Roberts, Q.C., and *David Mitchell*, for the respondent.

Jonathan Eades and Micah Weintraub, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

David Wotherspoon and Gavin R. Cameron, for the intervener the BCICAC Foundation.

Doctrine et autres documents cités

- Brown, Donald J. M., and John M. Evans, with the assistance of Christine E. Deacon. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto : Canvasback, 1998 (loose-leaf updated May 2014, release 1).
- Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford : Hart, 1997, 279.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2012.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 5th ed. London : Sweet & Maxwell, 2011 & Supp. 2013.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Low et Levine), 2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227, 319 D.L.R. (4th) 219, [2010] B.C.J. No. 891 (QL), 2010 CarswellBC 1210, qui a infirmé une décision du juge Greyell, 2009 BCSC 1079, [2009] B.C.J. No. 1597 (QL), 2009 CarswellBC 2096, et contre un arrêt subséquent de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (les juges Kirkpatrick, Neilson et Bennett), 2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71, 326 B.C.A.C. 114, 554 W.A.C. 114, 2 B.L.R. (5th) 1, [2012] B.C.J. No. 1631 (QL), 2012 CarswellBC 2327, qui a infirmé une décision du juge Armstrong, 2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102, [2011] B.C.J. No. 861 (QL), 2011 CarswellBC 1124. Pourvoi accueilli.

Michael A. Feder et Tammy Shoranick, pour l’appelante.

Darrell W. Roberts, c.r., et *David Mitchell*, pour l’intimée.

Jonathan Eades et Micah Weintraub, pour l’intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

David Wotherspoon et Gavin R. Cameron, pour l’intervenante BCICAC Foundation.

TABLE OF CONTENTS

	Paragraph
I. Facts.....	2
II. Arbitral Award	11
III. Judicial History.....	19
A. <i>British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079</i>	19
B. <i>British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239</i>	21
C. <i>British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597</i>	23
D. <i>British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329</i>	28
IV. Issues	31
V. Analysis	32
A. <i>The Leave Issue Is Properly Before This Court</i>	32
B. <i>The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA</i>	38
(1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA	38
(2) The Result Is Important to the Parties	41

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphe
I. Faits	2
II. Sentence arbitrale	11
III. Historique judiciaire	19
A. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079</i>	19
B. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2010 BCCA 239</i>	21
C. <i>Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2011 BCSC 597</i>	23
D. <i>Cour d'appel de la Colombie-Britannique — décision sur l'appel, 2012 BCCA 329</i>	28
IV. Questions en litige	31
V. Analyse	32
A. <i>Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l'autorisation</i>	32
B. <i>La Cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA</i>	38
(1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA	38
(2) L'issue est importante pour les parties ...	41

(3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law42	(3) La question soulevée n'est pas une question de droit42
(a) <i>When Is Contractual Interpretation a Question of Law?</i>42	a) <i>Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question de droit?</i>42
(b) <i>The Role and Nature of the "Surrounding Circumstances"</i>56	b) <i>Le rôle et la nature des « circonstances »</i>56
(c) <i>Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule</i>59	c) <i>Tenir compte des circonstances n'est pas contraire à la règle d'exclusion de la preuve extrinsèque</i>59
(d) <i>Application to the Present Case</i>62	d) <i>Application au présent pourvoi</i>62
(4) May Prevent a Miscarriage of Justice68	(4) Le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire68
(a) <i>Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA</i>68	a) <i>L'erreur judiciaire pour l'application de l'al. 31(2)(a) de l'AA</i>68
(b) <i>Application to the Present Case</i>80	b) <i>Application au présent pourvoi</i>80
(5) Residual Discretion to Deny Leave.....85	(5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilite à refuser l'autorisation.....85
(a) <i>Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application</i>85	a) <i>Éléments à examiner dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a)</i>85
(b) <i>Application to the Present Case</i>93	b) <i>Application au présent pourvoi</i>93
C. <i>Standard of Review Under the AA</i>102	C. <i>Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA</i>102
D. <i>The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole</i>107	D. <i>L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble</i>107

E. <i>Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts</i>	120
--	-----

VI. Conclusion.....	125
---------------------	-----

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder's Fee Agreement

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1: Loans, Bonuses, Finder's Fees and Commissions

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007) (now the *Arbitration Act*)

The judgment of the Court was delivered by

[1] ROTHSTEIN J. — When is contractual interpretation to be treated as a question of mixed fact and law and when should it be treated as a question of law? How is the balance between reviewability and finality of commercial arbitration awards under the *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, c. 55 (now the *Arbitration Act*, hereinafter the “AA”), to be determined? Can findings made by a court granting leave to appeal with respect to the merits of an appeal bind the court that ultimately decides the appeal? These are three of the issues that arise in this appeal.

I. Facts

[2] The issues in this case arise out of the obligation of Creston Moly Corporation (formerly Georgia Ventures Inc.) to pay a finder's fee to Sattva Capital

E. <i>La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel</i>	120
--	-----

VI. Conclusion.....	125
---------------------	-----

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d'intermédiation et commissions

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l'*Arbitration Act*)

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LE JUGE ROTHSTEIN — Dans quelles circonstances l'interprétation contractuelle est-elle une question mixte de fait et de droit et dans quelles circonstances est-elle une question de droit? Comment établir l'équilibre entre le caractère révisable et l'irrévocabilité des sentences arbitrales commerciales prononcées sous le régime de la *Commercial Arbitration Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (maintenant l'*Arbitration Act*, ci-après l'« AA »)? Les conclusions relatives au bien-fondé de l'appel tirées par le tribunal qui autorise l'appel peuvent-elles lier celui qui est appelé à trancher l'appel? Voilà trois questions qui sont soulevées dans le présent pourvoi.

I. Faits

[2] Les questions soulevées dans le présent pourvoi découlent de l'obligation de Creston Moly Corporation (anciennement Georgia Ventures Inc.) de

Corporation (formerly Sattva Capital Inc.). The parties agree that Sattva is entitled to a finder's fee of US\$1.5 million and is entitled to be paid this fee in shares of Creston, cash or a combination thereof. They disagree on which date should be used to price the Creston shares and therefore the number of shares to which Sattva is entitled.

[3] Mr. Hai Van Le, a principal of Sattva, introduced Creston to the opportunity to acquire a molybdenum mining property in Mexico. On January 12, 2007, the parties entered into an agreement (the "Agreement") that required Creston to pay Sattva a finder's fee in relation to the acquisition of this property. The relevant provisions of the Agreement are set out in Appendix I.

[4] On January 30, 2007, Creston entered into an agreement to purchase the property for US\$30 million. On January 31, 2007, at the request of Creston, trading of Creston's shares on the TSX Venture Exchange ("TSXV") was halted to prevent speculation while Creston completed due diligence in relation to the purchase. On March 26, 2007, Creston announced it intended to complete the purchase and trading resumed the following day.

[5] The Agreement provides that Sattva was to be paid a finder's fee equal to the maximum amount that could be paid pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in the TSXV Policy Manual. Section 3.3 of Policy 5.1 is incorporated by reference into the Agreement at s. 3.1 and is set out in Appendix II of these reasons. The maximum amount pursuant to s. 3.3 of Policy 5.1 in this case is US\$1.5 million.

[6] According to the Agreement, by default, the fee would be paid in Creston shares. The fee would only be paid in cash or a combination of shares and cash if Sattva made such an election. Sattva made no such election and was therefore entitled to be paid the fee in shares. The finder's fee was to be paid no later than five working days after the closing of the transaction purchasing the molybdenum mining property.

payer des honoraires d'intermédiation à Sattva Capital Corporation (anciennement Sattva Capital Inc.). Les parties reconnaissent que Sattva a droit à des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US, qui peuvent lui être versés en argent, en actions de Creston, ou en argent et en actions. Elles ne s'entendent pas sur la date qui devrait être retenue pour évaluer le cours de l'action et, par conséquent, sur le nombre d'actions que Sattva recevra.

[3] M. Hai Van Le, un directeur de Sattva, a fait part à Creston de la possibilité d'acquérir une propriété minière de molybdène au Mexique. Le 12 janvier 2007, les parties ont conclu une entente (l'« entente »), selon laquelle Creston devait payer à Sattva des honoraires d'intermédiation relativement à l'acquisition de cette propriété. Les dispositions pertinentes de l'entente sont énoncées à l'annexe I.

[4] Le 30 janvier 2007, Creston a conclu une convention d'achat de la propriété, le prix étant fixé à 30 millions \$US. Le 31 janvier 2007, Creston a demandé que la négociation de ses actions à la Bourse de croissance TSX (la « Bourse ») soit suspendue afin d'empêcher la spéculation le temps d'achever le contrôle diligent préalable à l'achat. Le 26 mars 2007, Creston a annoncé qu'elle avait l'intention de conclure l'achat, et la négociation à la bourse a repris le lendemain.

[5] Aux termes de l'entente, Sattva doit recevoir des honoraires d'intermédiation correspondant au plafond autorisé par le point 3.3 de la politique 5.1 qui se trouve dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse. Le point 3.3 est incorporé par renvoi à l'entente, à l'art. 3.1, et il est reproduit à l'annexe II des présents motifs. Dans le cas qui nous occupe, le plafond autorisé au point 3.3 de la politique 5.1 est de 1,5 million \$US.

[6] Aux termes de l'entente, à moins d'indication contraire, les honoraires sont payés sous forme d'actions de Creston. Ils ne seraient versés en argent ou en argent et en actions que si Sattva avait indiqué avoir fait tel choix, ce qu'elle n'a pas fait. Ses honoraires devaient donc lui être versés sous forme d'actions au plus tard cinq jours ouvrables après la conclusion de l'achat de la propriété minière de molybdène.

[7] The dispute between the parties concerns which date should be used to determine the price of Creston shares and thus the number of shares to which Sattva is entitled. Sattva argues that the share price is dictated by the Market Price definition at s. 2 of the Agreement, i.e. the price of the shares “as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition”. The press release announcing the acquisition was released on March 26, 2007. Prior to the halt in trading on January 31, 2007, the last closing price of Creston shares was \$0.15. On this interpretation, Sattva would receive approximately 11,460,000 shares (based on the finder’s fee of US\$1.5 million).

[8] Creston claims that the Agreement’s “maximum amount” proviso means that Sattva cannot receive cash or shares valued at more than US\$1.5 million on the date the fee is payable. The shares were payable no later than five days after May 17, 2007, the closing date of the transaction. At that time, the shares were priced at \$0.70 per share. This valuation is based on the price an investment banking firm valued Creston at as part of underwriting a private placement of shares on April 17, 2007. On this interpretation, Sattva would receive approximately 2,454,000 shares, some 9 million fewer shares than if the shares were priced at \$0.15 per share.

[9] The parties entered into arbitration pursuant to the AA. The arbitrator found in favour of Sattva. Creston sought leave to appeal the arbitrator’s decision pursuant to s. 31(2) of the AA. Leave was denied by the British Columbia Supreme Court (2009 BCSC 1079 (CanLII) (“SC Leave Court”). Creston successfully appealed this decision and was granted leave to appeal the arbitrator’s decision by the British Columbia Court of Appeal (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 (“CA Leave Court”).

[10] The British Columbia Supreme Court judge who heard the merits of the appeal (2011 BCSC

[7] Le différend qui oppose les parties porte sur la date à retenir pour fixer le cours de l’action de Creston et, par conséquent, le nombre d’actions auquel Sattva a droit. Cette dernière prétend que la valeur de l’action est dictée par la définition du « cours », à l’art. 2 de l’entente, c.-à-d. la valeur de l’action [TRADUCTION] « le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition ». Le communiqué de presse a été publié le 26 mars 2007. Avant la suspension de la négociation des actions le 31 janvier 2007, le dernier cours de clôture de l’action de Creston s’établissait à 0,15 \$. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 11 460 000 actions (selon le calcul effectué en fonction des honoraires d’intermédiation de 1,5 million \$US).

[8] Creston prétend que la stipulation relative au « plafond », qui figure dans l’entente, a pour effet de limiter à 1,5 million \$US la somme d’argent ou la valeur des actions que peut recevoir Sattva à la date de versement des honoraires. Les actions devaient être cédées au plus tard cinq jours après le 17 mai 2007, date de conclusion de l’achat. À ce moment-là, l’action de Creston valait 0,70 \$, selon les calculs effectués par une société bancaire d’investissement en vue d’un placement privé par voie de prise ferme le 17 avril 2007. Suivant cette interprétation, Sattva recevrait environ 2 454 000 actions, soit environ 9 millions d’actions de moins que si chacune valait 0,15 \$.

[9] Les parties ont soumis le différend à l’arbitrage conformément à l’AA. L’arbitre a statué en faveur de Sattva. Creston a demandé l’autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale en vertu du par. 31(2) de l’AA. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé l’autorisation (2009 BCSC 1079 (CanLII) (« formation de la CS saisie de la demande d’autorisation »)). Creston a appelé de cette décision et obtenu l’autorisation de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique d’interjeter appel de la sentence arbitrale (2010 BCCA 239, 7 B.C.L.R. (5th) 227 (« formation de la CA saisie de la demande d’autorisation »)).

[10] Le juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique chargé de statuer sur le bien-fondé de

597, 84 B.L.R. (4th) 102 (“SC Appeal Court”)) upheld the arbitrator’s award. Creston appealed that decision to the British Columbia Court of Appeal (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 (“CA Appeal Court”)). That court overturned the SC Appeal Court and found in favour of Creston. Sattva appeals the decisions of the CA Leave Court and CA Appeal Court to this Court.

II. Arbitral Award

[11] The arbitrator, Leon Getz, Q.C., found in favour of Sattva, holding that it was entitled to receive its US\$1.5 million finder’s fee in shares priced at \$0.15 per share.

[12] The arbitrator based his decision on the Market Price definition in the Agreement:

What, then, was the “Market Price” within the meaning of the Agreement? The relevant press release is that issued on March 26 Although there was no closing price on March 25 (the shares being on that date halted), the “last closing price” within the meaning of the definition was the \$0.15 at which the [Creston] shares closed on January 30, the day before trading was halted “pending news” This conclusion requires no stretching of the words of the contractual definition; on the contrary, it falls literally within those words. [para. 22]

[13] Both the Agreement and the finder’s fee had to be approved by the TSXV. Creston was responsible for securing this approval. The arbitrator found that it was either an implied or an express term of the Agreement that Creston would use its best efforts to secure the TSXV’s approval and that Creston did not apply its best efforts to this end.

[14] As previously noted, by default, the finder’s fee would be paid in shares unless Sattva made an election otherwise. The arbitrator found that

l’appel (2011 BCSC 597, 84 B.L.R. (4th) 102 (« formation de la CS saisie de l’appel »)) a confirmé la sentence arbitrale. Creston a interjeté appel de cette décision devant la Cour d’appel de la Colombie-Britannique (2012 BCCA 329, 36 B.C.L.R. (5th) 71 (« formation de la CA saisie de l’appel »)), laquelle a infirmé la décision de la formation de la CS saisie de l’appel et a donné gain de cause à Creston. Sattva interjette appel des décisions des deux formations de la CA, soit celle saisie de la demande d’autorisation et celle saisie de l’appel, devant la Cour.

II. Sentence arbitrale

[11] L’arbitre, Leon Getz, c.r., a donné gain de cause à Sattva, concluant qu’elle était en droit de recevoir des honoraires d’intermédiation de 1,5 million \$US en actions, à raison de 0,15 \$ l’action.

[12] L’arbitre a fondé sa décision sur la définition du « cours » figurant dans l’entente :

[TRADUCTION] Qu’était donc le « cours » au sens de l’entente? Le communiqué de presse pertinent est celui qui a été publié le 26 mars [. . .] Il n’y avait pas de cours de clôture le 25 mars (la négociation des actions était suspendue à cette date). Par conséquent, le « dernier cours de clôture », au sens où cette expression est employée dans la définition, était de 0,15 \$, soit le cours de clôture des actions de [Creston] le 30 janvier, le jour précédant la suspension des opérations « jusqu’à nouvel ordre » [. . .] Cette conclusion ne nécessite aucune extension de sens des mots employés dans la définition qui figure au contrat. Au contraire, elle concorde littéralement avec la définition. [par. 22]

[13] L’entente et les honoraires d’intermédiation devaient être approuvés par la Bourse. Creston était chargée d’obtenir cette approbation. L’arbitre a conclu qu’il était implicitement ou expressément prévu dans l’entente que Creston ferait de son mieux pour obtenir l’approbation de la Bourse. Selon lui, Creston n’avait pas fait de son mieux pour y arriver.

[14] Comme nous l’avons expliqué, les honoraires d’intermédiation se payaient en actions à moins d’avis contraire de la part de Sattva. L’arbitre a

Sattva never made such an election. Despite this, Creston represented to the TSXV that the finder's fee was to be paid in cash. The TSXV conditionally approved a finder's fee of US\$1.5 million to be paid in cash. Sattva first learned that the fee had been approved as a cash payment in early June 2007. When Sattva raised this matter with Creston, Creston responded by saying that Sattva had the choice of taking the finder's fee in cash or in shares priced at \$0.70.

[15] Sattva maintained that it was entitled to have the finder's fee paid in shares priced at \$0.15. Creston asked its lawyer to contact the TSXV to clarify the minimum share price it would approve for payment of the finder's fee. The TSXV confirmed on June 7, 2007 over the phone and August 9, 2007 via email that the minimum share price that could be used to pay the finder's fee was \$0.70 per share. The arbitrator found that Creston "consistently misrepresented or at the very least failed to disclose fully the nature of the obligation it had undertaken to Sattva" (para. 56(k)) and "that in the absence of an election otherwise, Sattva is entitled under that Agreement to have that fee paid in shares at \$0.15" (para. 56(g)). The arbitrator found that the first time Sattva's position was squarely put before the TSXV was in a letter from Sattva's solicitor on October 9, 2007.

[16] The arbitrator found that had Creston used its best efforts, the TSXV could have approved the payment of the finder's fee in shares priced at \$0.15 and such a decision would have been consistent with its policies. He determined that there was "a substantial probability that [TSXV] approval would have been given" (para. 81). He assessed that probability at 85 percent.

[17] The arbitrator found that Sattva could have sold its Creston shares after a four-month holding period at between \$0.40 and \$0.44 per share, netting proceeds of between \$4,583,914 and \$5,156,934.

conclu que Sattva n'avait pas manifesté de choix. Malgré cela, Creston a déclaré à la Bourse que les honoraires d'intermédiation seraient versés en argent. La Bourse a donc approuvé conditionnellement le versement d'une somme de 1,5 million \$US en argent. Sattva a appris qu'un versement en argent de ses honoraires avait été approuvé au début du mois de juin 2007. Quand Sattva a abordé ce point avec Creston, cette dernière a répondu que Sattva avait le choix de percevoir ses honoraires en argent ou en actions, à raison de 0,70 \$ l'action.

[15] Sattva a soutenu qu'elle avait droit au versement des honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action. Creston a demandé à ses avocats de communiquer avec la Bourse afin qu'elle indique la valeur minimale de l'action qu'elle approuverait pour le versement des honoraires d'intermédiation. La Bourse a confirmé, par téléphone le 7 juin 2007 et par courriel le 9 août de la même année, qu'un cours minimal de 0,70 \$ l'action s'appliquait aux fins du calcul des honoraires d'intermédiation. Selon l'arbitre, Creston [TRADUCTION] « a constamment fait des déclarations inexactes quant à l'obligation qu'elle avait contractée envers Sattva ou, à tout le moins, omis d'en divulguer complètement la nature » (par. 56(k)) et qu'« à moins que Sattva n'en décide autrement, elle a le droit aux termes de l'entente de percevoir ces honoraires sous forme d'actions, à raison de 0,15 \$ l'action » (par. 56(g)). Selon l'arbitre, la position de Sattva a été véritablement présentée à la Bourse pour la première fois dans la lettre de l'avocat de celle-ci datée du 9 octobre 2007.

[16] L'arbitre était d'avis que si Creston avait fait de son mieux, la Bourse aurait pu approuver le versement des honoraires d'intermédiation sous forme d'actions, à 0,15 \$ l'action, et qu'une telle décision aurait été conforme à ses politiques. Il a affirmé que [TRADUCTION] « [la Bourse] aurait fort probablement donné son approbation » (par. 81) et il a évalué cette probabilité à 85 p. 100.

[17] Selon l'arbitre, Sattva aurait pu vendre ses actions de Creston après quatre mois à un prix variant entre 0,40 et 0,44 \$ l'unité, ce qui aurait représenté un produit net situé dans une fourchette de

The arbitrator took the average of those two amounts, which came to \$4,870,424, and then assessed damages at 85 percent of that number, which came to \$4,139,860, and rounded it to \$4,140,000 plus costs.

[18] After this award was made, Creston made a cash payment of US\$1.5 million (or the equivalent in Canadian dollars) to Sattva. The balance of the damages awarded by the arbitrator was placed in the trust account of Sattva's solicitors.

III. Judicial History

A. *British Columbia Supreme Court — Leave to Appeal Decision, 2009 BCSC 1079*

[19] The SC Leave Court denied leave to appeal because it found the question on appeal was not a question of law as required under s. 31 of the AA. In the judge's view, the issue was one of mixed fact and law because the arbitrator relied on the "factual matrix" in coming to his conclusion. Specifically, determining how the finder's fee was to be paid involved examining "the TSX's policies concerning the maximum amount of the finder's fee payable, as well as the discretionary powers granted to the Exchange in determining that amount" (para. 35).

[20] The judge found that even had he found a question of law was at issue he would have exercised his discretion against granting leave because of Creston's conduct in misrepresenting the status of the finder's fee to the TSXV and Sattva, and "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41).

4 583 914 \$ à 5 156 934 \$. Établissant la moyenne de ces deux sommes d'argent à 4 870 424 \$, l'arbitre a ensuite évalué les dommages-intérêts à 85 p. 100 de ce nombre, soit 4 139 860 \$, qu'il a ensuite arrondi à la hausse, pour obtenir 4 140 000 \$, plus les dépens.

[18] Après le prononcé de cette sentence arbitrale, Creston a versé 1,5 million \$US (ou l'équivalent en dollars canadiens) à Sattva. Le solde des dommages-intérêts accordés par l'arbitre a été placé dans le compte en fiducie des avocats de Sattva.

III. Historique judiciaire

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d'autorisation d'appel, 2009 BCSC 1079*

[19] La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande d'autorisation d'appel parce qu'elle était d'avis que la question soulevée n'était pas une question de droit, un critère prévu à l'art. 31 de l'AA. Selon le juge, il s'agissait d'une question mixte de fait et de droit puisque l'arbitre avait appuyé sa conclusion sur le [TRADUCTION] « fondement factuel ». Plus précisément, pour déterminer sous quelle forme les honoraires d'intermédiation devaient être versés, il fallait examiner « les politiques de la TSX se rapportant au plafond applicable aux honoraires d'intermédiation, ainsi que les pouvoirs discrétionnaires dont dispose la Bourse pour déterminer le montant des honoraires » (par. 35).

[20] Le juge a conclu que, même s'il avait été d'avis que le litige soulevait une question de droit, il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire pour refuser l'autorisation d'appel en raison des déclarations inexactes faites par Creston à propos des honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva, et par égard pour le [TRADUCTION] « principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41).

B. *British Columbia Court of Appeal — Leave to Appeal Decision, 2010 BCCA 239*

[21] The CA Leave Court reversed the SC Leave Court and granted Creston’s application for leave to appeal the arbitral award. It found the SC Leave Court “err[ed] in failing to find that the arbitrator’s failure to address the meaning of s. 3.1 of the Agreement (and in particular the ‘maximum amount’ provision) raised a question of law” (para. 23). The CA Leave Court decided that the construction of s. 3.1 of the Agreement, and in particular the “maximum amount” proviso, was a question of law because it did not involve reference to the facts of what the TSXV was told or what it decided.

[22] The CA Leave Court acknowledged that Creston was “less than forthcoming in its dealings with Mr. Le and the [TSXV]” but said that “these facts are not directly relevant to the question of law it advances on the appeal” (para. 27). With respect to the SC leave judge’s reference to the preservation of the integrity of the arbitration system, the CA Leave Court said that the parties would have known when they chose to enter arbitration under the AA that an appeal on a question of law was possible. Additionally, while the finality of arbitration is an important factor in exercising discretion, when “a question of law arises on a matter of importance and a miscarriage of justice might be perpetrated if an appeal were not available, the integrity of the process requires, at least in the circumstances of this case, that the right of appeal granted by the legislation also be respected” (para. 29).

C. *British Columbia Supreme Court — Appeal Decision, 2011 BCSC 597*

[23] Armstrong J. reviewed the arbitrator’s decision on a correctness standard. He dismissed the

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique — décision sur la demande d’autorisation d’appel, 2010 BCCA 239*

[21] La Cour d’appel a infirmé la décision de la Cour suprême et a accueilli la demande, présentée par Creston, en autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la Cour suprême avait [TRADUCTION] « commis une erreur en ne reconnaissant pas que l’omission par l’arbitre d’examiner la signification de l’art. 3.1 de l’entente (et plus particulièrement de la stipulation relative au “plafond”) soulevait une question de droit » (par. 23). La Cour d’appel a conclu que l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente, et plus particulièrement de la stipulation relative au « plafond », constituait une question de droit parce qu’elle ne reposait pas sur les faits de l’affaire, à savoir les renseignements communiqués à la Bourse et la décision de cette dernière.

[22] La Cour d’appel a reconnu que Creston s’était montrée [TRADUCTION] « moins que franche dans ses démarches auprès de M. Le et de [la Bourse] », mais a déclaré que « ces faits n’intéressent pas directement la question de droit qu’elle soulève en appel » (par. 27). Au sujet de la remarque sur la préservation de l’intégrité du système d’arbitrage formulée par la formation de la CS saisie de la demande d’autorisation d’appel, la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a dit que les parties, quand elles ont choisi de soumettre leur différend à l’arbitrage en vertu de l’AA, savaient que l’appel d’une question de droit était possible. De plus, bien que l’irrévocabilité de la sentence arbitrale constitue un facteur important dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire, lorsqu’« une question de droit importante est soulevée et qu’il y a risque d’erreur judiciaire en cas d’impossibilité d’interjeter appel, l’intégrité du processus exige, du moins dans les circonstances de l’espèce, que le droit d’appel conféré par la loi soit respecté » (par. 29).

C. *Cour suprême de la Colombie-Britannique — décision sur l’appel, 2011 BCSC 597*

[23] Le juge Armstrong a contrôlé la sentence arbitrale selon la norme de la décision correcte. Il

appeal, holding the arbitrator's interpretation of the Agreement was correct.

[24] Armstrong J. found that the plain and ordinary meaning of the Agreement required that the US\$1.5 million fee be paid in shares priced at \$0.15. He did not find the meaning to be absurd simply because the price of the shares at the date the fee became payable had increased in relation to the price determined according to the Market Price definition. He was of the view that changes in the price of shares over time are inevitable, and that the parties, as sophisticated business persons, would have reasonably understood a fluctuation in share price to be a reality when providing for a fee payable in shares. According to Armstrong J., it is indeed because of market fluctuations that it is necessary to choose a specific date to price the shares in advance of payment. He found that this was done by defining "Market Price" in the Agreement, and that the fee remained US\$1.5 million in \$0.15 shares as determined by the Market Price definition regardless of the price of the shares at the date that the fee was payable.

[25] According to Armstrong J., that the price of the shares may be more than the Market Price definition price when they became payable was foreseeable as a "natural consequence of the fee agreement" (para. 62). He was of the view that the risk was borne by Sattva, since the price of the shares could increase, but it could also decrease such that Sattva would have received shares valued at less than the agreed upon fee of US\$1.5 million.

[26] Armstrong J. held that the arbitrator's interpretation which gave effect to both the Market Price definition and the "maximum amount" proviso should be preferred to Creston's interpretation of the agreement which ignored the Market Price definition.

[27] In response to Creston's argument that the arbitrator did not consider s. 3.1 of the Agreement

a rejeté l'appel et conclu que l'interprétation de l'entente proposée par l'arbitre était correcte.

[24] Le juge Armstrong estimait que, selon le sens ordinaire de l'entente, les honoraires de 1,5 million \$US devaient être versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Il n'estimait pas une telle interprétation absurde du simple fait que le cours de l'action à la date du versement des honoraires était supérieur à celui déterminé suivant la définition du cours. Selon lui, avec le temps, la fluctuation des cours est inévitable, et dès lors qu'elles ont prévu la possibilité du versement des honoraires en actions, les parties, des entreprises averties, devaient raisonnablement s'attendre à la fluctuation du marché. De l'avis du juge Armstrong, c'est d'ailleurs à cause de cette fluctuation qu'il faut indiquer une date précise qui servira à déterminer la valeur de l'action avant le versement. Il est arrivé à la conclusion que pour ce faire, le « cours » était défini dans l'entente et que le montant des honoraires demeurait 1,5 million \$US, à payer sous forme d'actions à raison de 0,15 \$ l'unité, cette valeur étant établie suivant la définition du cours, sans égard à la valeur de l'action à la date du versement des honoraires.

[25] Selon le juge Armstrong, il était prévisible que le cours de l'action à la date du versement soit supérieur à celui établi conformément à la définition du cours et il s'agissait là d'une [TRADUCTION] « conséquence naturelle de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation » (par. 62). Il était d'avis que le risque était assumé par Sattva, puisque le prix de l'action pouvait certes augmenter, mais il pouvait aussi diminuer, de sorte que Sattva aurait alors reçu un portefeuille d'actions d'une valeur inférieure au montant des honoraires (1,5 million \$US) qui avait été convenu.

[26] Le juge Armstrong était d'avis que l'interprétation de l'arbitre, laquelle donnait effet à la définition du cours et à la stipulation relative au « plafond », était préférable à celle de Creston, qui faisait fi de la définition du cours.

[27] En réponse à l'argument de Creston selon lequel l'arbitre n'avait pas examiné l'art. 3.1 de

which contains the “maximum amount” proviso, Armstrong J. noted that the arbitrator explicitly addressed the “maximum amount” proviso at para. 23 of his decision.

D. British Columbia Court of Appeal — Appeal Decision, 2012 BCCA 329

[28] The CA Appeal Court allowed Creston’s appeal, ordering that the payment of US\$1.5 million that had been made by Creston to Sattva on account of the arbitrator’s award constituted payment in full of the finder’s fee. The court reviewed the arbitrator’s decision on a standard of correctness.

[29] The CA Appeal Court found that both it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court. There were two findings that were binding: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but shares valued at approximately \$8 million if Sattva took its fee in shares; and (2) the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement.

[30] The Court of Appeal found that it was an absurd result to find that Sattva is entitled to an \$8 million finder’s fee in light of the fact that the “maximum amount” proviso in the Agreement limits the finder’s fee to US\$1.5 million. The court was of the view that the proviso limiting the fee to US\$1.5 million “when paid” should be given paramount effect (para. 47). In its opinion, giving effect to the Market Price definition could not have been the intention of the parties, nor could it have been in accordance with good business sense.

IV. Issues

[31] The following issues arise in this appeal:

l’entente, qui contient la stipulation relative au « plafond », le juge Armstrong a souligné que l’arbitre avait fait expressément référence à cette stipulation au par. 23 de la sentence arbitrale.

D. Cour d’appel de la Colombie-Britannique — décision sur l’appel, 2012 BCCA 329

[28] La Cour d’appel a accueilli l’appel de Creston et a statué que la somme de 1,5 million \$US versée par Creston en faveur de Sattva en exécution de la sentence arbitrale constituait le paiement intégral des honoraires d’intermédiation. La cour a contrôlé la sentence arbitrale suivant la norme de la décision correcte.

[29] La formation de la CA saisie de l’appel s’estimait liée, de même que la Cour suprême, par deux conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, à savoir : 1^o il serait incongru que l’entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d’actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2^o l’arbitre n’a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l’art. 3.1 de l’entente.

[30] Selon la Cour d’appel, conclure que Sattva avait droit à des honoraires d’intermédiation de 8 millions \$ menait à un résultat absurde, étant donné la stipulation de l’entente relative au « plafond », qui limite le montant de tels honoraires à 1,5 million \$US. La cour était d’avis qu’il faudrait donner l’effet prépondérant à cette stipulation qui limite à 1,5 million \$US les honoraires [TRADUCTION] « à la date de leur versement » (par. 47). Elle était d’avis que donner effet à la définition du cours ne saurait avoir été l’intention des parties, et ce n’était pas non plus une décision sensée sur le plan commercial.

IV. Questions en litige

[31] Les questions suivantes sont soulevées dans le présent pourvoi :

- | | |
|--|--|
| <p>(a) Is the issue of whether the CA Leave Court erred in granting leave under s. 31(2) of the AA properly before this Court?</p> <p>(b) Did the CA Leave Court err in granting leave under s. 31(2) of the AA?</p> <p>(c) If leave was properly granted, what is the appropriate standard of review to be applied to commercial arbitral decisions made under the AA?</p> <p>(d) Did the arbitrator reasonably construe the Agreement as a whole?</p> <p>(e) Did the CA Appeal Court err in holding that it was bound by comments regarding the merits of the appeal made by the CA Leave Court?</p> | <p>a) La Cour a-t-elle été saisie à bon droit de la question de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en autorisant l’appel en vertu du par. 31(2) de l’AA?</p> <p>b) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en autorisant l’appel en vertu du par. 31(2) de l’AA?</p> <p>c) Si l’autorisation a été accordée à bon droit, quelle norme de contrôle convient-il d’appliquer aux sentences arbitrales commerciales rendues sous le régime de l’AA?</p> <p>d) L’arbitre a-t-il donné une interprétation raisonnable de l’entente dans son ensemble?</p> <p>e) La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en s’estimant liée par les remarques formulées par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation au sujet du bien-fondé de l’appel?</p> |
|--|--|

V. Analysis

A. *The Leave Issue Is Properly Before This Court*

[32] Sattva argues, in part, that the CA Leave Court erred in granting leave to appeal from the arbitrator’s decision. In Sattva’s view, the CA Leave Court did not identify a question of law, a requirement to obtain leave pursuant to s. 31(2) of the AA. Creston argues that this issue is not properly before this Court. Creston makes two arguments in support of this point.

[33] First, Creston argues that this issue was not advanced in Sattva’s application for leave to appeal to this Court. This argument must fail. Unless this Court places restrictions in the order granting leave, the order granting leave is “at large”. Accordingly, appellants may raise issues on appeal that were not set out in the leave application. However, the Court may exercise its discretion to refuse to deal with issues that were not addressed in the courts below, if there is prejudice to the respondent, or if for any other reason the Court considers it appropriate not to deal with a question.

V. Analyse

A. *Notre Cour est saisie à bon droit de la question de l’autorisation*

[32] Sattva prétend notamment que la Cour d’appel a commis une erreur en accordant l’autorisation d’interjeter appel de la sentence arbitrale. Selon elle, la Cour d’appel n’a cerné aucune question de droit, alors que l’autorisation est subordonnée à l’existence d’une telle question, aux termes du par. 31(2) de l’AA. Creston soutient que la Cour n’est pas saisie à bon droit de cette question et avance deux arguments à l’appui de sa position.

[33] Premièrement, Creston fait valoir que cette question n’était pas soulevée dans la demande d’autorisation d’appel que Sattva a présentée à la Cour. Cet argument ne saurait tenir. À moins que la Cour n’impose des restrictions dans l’ordonnance accordant l’autorisation, cette ordonnance est de « portée générale ». Par conséquent, l’appelant peut soulever en appel une question qui n’était pas énoncée dans la demande d’autorisation. La Cour peut toutefois exercer son pouvoir discrétionnaire et refuser de trancher une question qui n’a pas été abordée par les tribunaux d’instance inférieure, s’il en résulte un préjudice pour l’intimé, ou si, pour toute autre raison, elle juge opportun de ne pas la trancher.

[34] Here, this Court's order granting leave to appeal from both the CA Leave Court decision and the CA Appeal Court decision contained no restrictions (2013 CanLII 11315). The issue — whether the proposed appeal was on a question of law — was expressly argued before, and was dealt with in the judgments of, the SC Leave Court and the CA Leave Court. There is no reason Sattva should be precluded from raising this issue on appeal despite the fact it was not mentioned in its application for leave to appeal to this Court.

[35] Second, Creston argues that the issue of whether the CA Leave Court identified a question of law is not properly before this Court because Sattva did not contest this decision before all of the lower courts. Specifically, Creston states that Sattva did not argue that the question on appeal was one of mixed fact and law before the SC Appeal Court and that it conceded the issue on appeal was a question of law before the CA Appeal Court. This argument must also fail. At the SC Appeal Court, it was not open to Sattva to reargue the question of whether leave should have been granted. The SC Appeal Court was bound by the CA Leave Court's finding that leave should have been granted, including the determination that a question of law had been identified. Accordingly, Sattva could hardly be expected to reargue before the SC Appeal Court a question that had been determined by the CA Leave Court. There is nothing in the AA to indicate that Sattva could have appealed the leave decision made by a panel of the Court of Appeal to another panel of the same court. The fact that Sattva did not reargue the issue before the SC Appeal Court or CA Appeal Court does not prevent it from raising the issue before this Court, particularly since Sattva was also granted leave to appeal the CA Leave Court decision by this Court.

[34] En l'espèce, l'ordonnance accordant l'autorisation d'interjeter appel des deux décisions de la Cour d'appel, sur la demande d'autorisation d'appel et sur l'appel, ne comportait aucune restriction (2013 CanLII 11315). La question — à savoir si l'appel proposé soulevait une question de droit — a été expressément débattue devant les formations de la CS et de la CA saisies de la demande d'autorisation, qui l'ont tranchée. Rien n'empêche Sattva de soulever cette question en appel, même si elle ne l'a pas mentionnée dans la demande d'autorisation d'appel qu'elle a présentée à la Cour.

[35] Deuxièmement, Creston soutient que la Cour n'a pas été saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a cerné une question de droit parce que Sattva n'a pas contesté la décision rendue à ce sujet devant tous les tribunaux d'instance inférieure. Plus précisément, aux dires de Creston, Sattva n'aurait pas fait valoir devant la formation de la CS saisie de l'appel que l'appel soulevait une question mixte de fait et de droit et aurait reconnu devant la Cour d'appel que l'appel soulevait une question de droit. Un tel argument ne tient pas. Devant la formation de la CS saisie de l'appel, il n'était pas possible pour Sattva de débattre à nouveau de la question de savoir si l'autorisation aurait dû être accordée. La formation de la CS saisie de l'appel était liée par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation, à savoir que l'autorisation était opportune et qu'une question de droit avait été cernée. Ainsi, Sattva ne pouvait guère plaider devant la formation de la CS saisie de l'appel un point sur lequel la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation s'était déjà prononcée. Rien dans l'AA n'habilite Sattva à interjeter appel de la décision sur la demande d'autorisation d'appel rendue par une formation de la Cour d'appel à une autre formation de la même cour. Ce n'est pas parce que Sattva n'a pas plaidé à nouveau le point devant la formation de la CS saisie de l'appel ou devant la formation de la CA saisie de l'appel qu'elle ne peut le soulever devant notre Cour, tout particulièrement étant donné que Sattva a obtenu de notre Cour l'autorisation d'appeler de la décision rendue par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation.

[36] While this Court may decline to grant leave where an issue sought to be argued before it was not argued in the courts appealed from, that is not this case. Here, whether leave from the arbitrator's decision had been sought by Creston on a question of law or a question of mixed fact and law had been argued in the lower leave courts.

[37] Accordingly, the issue of whether the CA Leave Court erred in finding a question of law for the purposes of granting leave to appeal is properly before this Court.

B. The CA Leave Court Erred in Granting Leave Under Section 31(2) of the AA

(1) Considerations Relevant to Granting or Denying Leave to Appeal Under the AA

[38] Appeals from commercial arbitration decisions are narrowly circumscribed under the AA. Under s. 31(1), appeals are limited to either questions of law where the parties consent to the appeal or to questions of law where the parties do not consent but where leave to appeal is granted. Section 31(2) of the AA, reproduced in its entirety in Appendix III, sets out the requirements for leave:

- (2) In an application for leave under subsection (1)(b), the court may grant leave if it determines that
- (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
 - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
 - (c) the point of law is of general or public importance.

[36] Ainsi, la Cour peut certes refuser l'autorisation si la question que l'on cherche à soulever devant elle n'a pas été plaidée devant les tribunaux d'instance inférieure, mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En l'occurrence, les arguments sur le fondement de la demande d'autorisation d'appel de la sentence arbitrale présentée par Creston — à savoir si elle soulevait une question de droit ou une question mixte de fait et de droit — avaient été plaidés devant les formations saisies des demandes d'autorisation.

[37] Par conséquent, la Cour est saisie à bon droit de la question de savoir si la formation de la CA qui a accueilli la demande d'autorisation a conclu à tort que l'appel soulevait une question de droit.

B. La Cour d'appel a commis une erreur en autorisant l'appel en vertu du par. 31(2) de l'AA

(1) Facteurs qui entrent en ligne de compte dans l'analyse de la demande d'autorisation d'appel présentée au titre de l'AA

[38] L'appel d'une sentence arbitrale commerciale est étroitement circonscrit par l'AA. Aux termes du par. 31(1), il ne peut être interjeté appel que sur une question de droit dans le cas où les parties consentent à l'appel ou, en l'absence de consentement, dans les cas où l'autorisation d'appel est accordée. Le paragraphe 31(2) de l'AA, reproduit intégralement à l'annexe III, énonce les critères d'autorisation :

[TRADUCTION]

- (2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :
- (a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,
 - (b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
 - (c) la question de droit est d'importance publique.

[39] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA give the courts judicial discretion to deny leave even where the statutory requirements have been met (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) v. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (“*BCIT*”), at paras. 25-26). Appellate review of an arbitrator’s award will only occur where the requirements of s. 31(2) are met and where the leave court does not exercise its residual discretion to nonetheless deny leave.

[40] Although Creston’s application to the SC Leave Court sought leave pursuant to s. 31(2)(a), (b) and (c), it appears the arguments before that court and throughout focused on s. 31(2)(a). The SC Leave Court’s decision quotes a lengthy passage from *BCIT* that focuses on the requirements of s. 31(2)(a). The SC Leave Court judge noted that both parties conceded the first requirement of s. 31(2)(a): that the issue be of importance to the parties. The CA Leave Court decision expressed concern that denying leave might give rise to a miscarriage of justice — a criterion only found in s. 31(2)(a). Finally, neither the lower courts’ leave decisions nor the arguments before this Court reflected arguments about the question of law being important to some class or body of persons of which the applicant is a member (s. 31(2)(b)) or being a point of law of general or public importance (s. 31(2)(c)). Accordingly, the following analysis will focus on s. 31(2)(a).

(2) The Result Is Important to the Parties

[41] In order for leave to be granted from a commercial arbitral award, a threshold requirement must be met: leave must be sought on a question of law. However, before dealing with that issue, it will be convenient to quickly address another requirement of s. 31(2)(a) on which the parties agree: whether

[39] De l’avis des tribunaux de la C.-B., l’expression [TRADUCTION] « peut accorder l’autorisation » qui figure au par. 31(2) de l’AA confère au tribunal un pouvoir discrétionnaire qui l’habilite à refuser l’autorisation même lorsque les critères légaux sont respectés (*British Columbia Institute of Technology (Student Assn.) c. British Columbia Institute of Technology*, 2000 BCCA 496, 192 D.L.R. (4th) 122 (« *BCIT* »), par. 25-26). L’appel d’une sentence arbitrale n’est donc entendu que si les critères du par. 31(2) sont remplis et que le tribunal saisi de la demande d’autorisation ne refuse pas néanmoins l’autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[40] Bien que Creston ait présenté une demande d’autorisation à la Cour suprême sur le fondement des al. 31(2)(a), (b) et (c), il semble que les arguments invoqués devant elle et au cours des autres instances portaient sur l’al. 31(2)(a). La décision de la Cour suprême sur la demande d’autorisation reprend un long passage tiré de l’affaire *BCIT* axé sur les éléments de l’al. 31(2)(a). La Cour suprême y souligne que les deux parties reconnaissent qu’il est satisfait au premier élément de l’al. 31(2)(a), c’est-à-dire que la question est importante pour les parties. Dans sa décision sur la demande d’autorisation d’appel, la Cour d’appel a dit craindre que refuser l’autorisation ne donne lieu à une erreur judiciaire — un critère prévu seulement à l’al. 31(2)(a). Enfin, ni les décisions sur les demandes d’autorisation des tribunaux d’instance inférieure ni les arguments soulevés devant notre Cour ne traitent des autres critères, à savoir que la question de droit revêt de l’importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie (al. 31(2)(b)) ou est d’importance publique (al. 31(2)(c)). Par conséquent, l’analyse qui suit porte principalement sur l’al. 31(2)(a).

(2) L’issue est importante pour les parties

[41] L’autorisation d’interjeter appel d’une sentence arbitrale commerciale est subordonnée au respect d’un critère minimal : l’appel doit porter sur une question de droit. Toutefois, avant d’aborder ce sujet, il convient d’examiner sommairement un autre élément requis par l’al. 31(2)(a) et sur lequel

the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. Justice Saunders explained this criterion in *BCIT* as requiring that the result of the arbitration be “sufficiently important”, in terms of principle or money, to the parties to justify the expense and time of court proceedings (para. 27). The parties in this case have agreed that the result of the arbitration is of importance to each of them. In view of the relatively large monetary amount in dispute and in light of the fact that the parties have agreed that the result is important to them, I accept that the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court. This requirement of s. 31(2)(a) is satisfied.

(3) The Question Under Appeal Is Not a Question of Law

(a) *When Is Contractual Interpretation a Question of Law?*

[42] Under s. 31 of the AA, the issue upon which leave is sought must be a question of law. For the purpose of identifying the appropriate standard of review or, as is the case here, determining whether the requirements for leave to appeal are met, reviewing courts are regularly required to determine whether an issue decided at first instance is a question of law, fact, or mixed fact and law.

[43] Historically, determining the legal rights and obligations of the parties under a written contract was considered a question of law (*King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 20, per Steel J.A.; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5th ed. 2011 & Supp. 2013), at pp. 173-76; and G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at pp. 125-26). This rule originated in England at a time when there were frequent civil jury trials and widespread illiteracy. Under those circumstances, the interpretation of written documents had to be considered questions of law because only the judge could be

s’entendent les parties, à savoir que l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties doit justifier l’intervention du tribunal. Selon l’explication donnée par la juge Saunders de ce critère dans *BCIT*, il faut que l’issue de l’arbitrage soit [TRADUCTION] « suffisamment importante » aux yeux des parties, pour le principe ou les sommes d’argent en jeu, pour justifier le coût et la longueur d’une instance (par. 27). Les parties en l’espèce ont convenu que l’issue de l’arbitrage revêt de l’importance pour chacune. Étant donné la somme relativement considérable en litige et compte tenu du fait que les parties s’entendent pour dire que l’issue est importante pour elles, je conviens que l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties justifie l’intervention du tribunal. Cette condition prévue à l’al. 31(2)(a) est remplie.

(3) La question soulevée n’est pas une question de droit

a) *Dans quelles circonstances l’interprétation contractuelle est-elle une question de droit?*

[42] Aux termes de l’art. 31 de l’AA, la demande d’autorisation d’appel doit porter sur une question de droit. Pour déterminer la norme de contrôle applicable ou, comme c’est le cas en l’espèce, pour déterminer si les critères d’autorisation sont respectés, le tribunal siégeant en révision est régulièrement appelé à décider si une question tranchée en première instance est une question de droit, une question de fait ou une question mixte de fait et de droit.

[43] Autrefois, la détermination des droits et obligations juridiques des parties à un contrat écrit ressortissait à une question de droit (*King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 20, la juge Steel; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (5^e éd. 2011 et suppl. 2013), p. 173-176; G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2^e éd. 2012), p. 125-126). Cette règle a pris naissance en Angleterre, à une époque où les procès civils devant jury étaient fréquents et l’analphabétisme courant. Dans de telles circonstances, l’interprétation des documents écrits devait être assimilée à une question de droit parce que le juge était le seul dont on

assured to be literate and therefore capable of reading the contract (Hall, at p. 126; and Lewison, at pp. 173-74).

[44] This historical rationale no longer applies. Nevertheless, courts in the United Kingdom continue to treat the interpretation of a written contract as always being a question of law (*Thorner v. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, at paras. 58 and 82-83; and Lewison, at pp. 173-77). They do this despite the fact that U.K. courts consider the surrounding circumstances, a concept addressed further below, when interpreting a written contract (*Prenn v. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); and *Rear-don Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)).

[45] In Canada, there remains some support for the historical approach. See for example *Jiro Enterprises Ltd. v. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), at para. 10; *QK Investments Inc. v. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84, at para. 26; *Dow Chemical Canada Inc. v. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, at paras. 11-12; and *Minister of National Revenue v. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 FCA 160, 431 N.R. 78, at para. 34. However, some Canadian courts have abandoned the historical approach and now treat the interpretation of written contracts as an exercise involving either a question of law or a question of mixed fact and law. See for example *WCI Waste Conversion Inc. v. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, at para. 11; 269893 *Alberta Ltd. v. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, at para. 13; *Hayes Forest Services Ltd. v. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, at para. 44; *Bell Canada v. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81, at paras. 22-23 (majority reasons, *per* Blair J.A.) and paras. 133-35 (*per* Gillese J.A., in dissent, but not on this point); and *King*, at paras. 20-23.

[46] The shift away from the historical approach in Canada appears to be based on two developments. The first is the adoption of an approach to contractual interpretation which directs courts to have regard for the surrounding circumstances of the contract

pouvait être certain qu'il savait lire et écrire et, par conséquent, qu'il était en mesure de prendre connaissance du contrat (Hall, p. 126; Lewison, p. 173-174).

[44] Cette justification historique ne s'applique plus. Néanmoins, pour les tribunaux du Royaume-Uni, l'interprétation d'un contrat écrit ressortit toujours à une question de droit (*Thorner c. Major*, [2009] UKHL 18, [2009] 3 All E.R. 945, par. 58 et 82-83; Lewison, p. 173-177), et ce, même s'ils tiennent compte des circonstances — un concept que nous aborderons — dans l'interprétation du contrat écrit (*Prenn c. Simmonds*, [1971] 3 All E.R. 237 (H.L.); *Rear-don Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.)).

[45] Au Canada, l'approche historique n'a pas perdu tous ses adeptes. Voir par exemple *Jiro Enterprises Ltd. c. Spencer*, 2008 ABCA 87 (CanLII), par. 10; *QK Investments Inc. c. Crocus Investment Fund*, 2008 MBCA 21, 290 D.L.R. (4th) 84, par. 26; *Dow Chemical Canada Inc. c. Shell Chemicals Canada Ltd.*, 2010 ABCA 126, 25 Alta. L.R. (5th) 221, par. 11-12; *Canada c. Costco Wholesale Canada Ltd.*, 2012 CAF 160 (CanLII), par. 34. Or, des tribunaux canadiens ont délaissé l'approche historique au profit d'une nouvelle démarche qui conçoit l'interprétation des contrats écrits soit comme une question de droit soit comme une question mixte de fait et de droit. Voir par exemple *WCI Waste Conversion Inc. c. ADI International Inc.*, 2011 PECA 14, 309 Nfld. & P.E.I.R. 1, par. 11; 269893 *Alberta Ltd. c. Otter Bay Developments Ltd.*, 2009 BCCA 37, 266 B.C.A.C. 98, par. 13; *Hayes Forest Services Ltd. c. Weyerhaeuser Co.*, 2008 BCCA 31, 289 D.L.R. (4th) 230, par. 44; *Bell Canada c. The Plan Group*, 2009 ONCA 548, 96 O.R. (3d) 81, par. 22-23 (les juges majoritaires, sous la plume du juge Blair) et par. 133-135 (la juge Gillese, dissidente, mais pas sur ce point); *King*, par. 20-23.

[46] La tendance à délaissé l'approche historique au Canada semble s'expliquer par deux changements. Le premier est l'adoption d'une méthode d'interprétation contractuelle qui oblige le tribunal à tenir compte des circonstances — que l'on appelle

— often referred to as the factual matrix — when interpreting a written contract (Hall, at pp. 13, 21-25 and 127; and J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 749-51). The second is the explanation of the difference between questions of law and questions of mixed fact and law provided in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35, and *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at paras. 26 and 31-36.

[47] Regarding the first development, the interpretation of contracts has evolved towards a practical, common-sense approach not dominated by technical rules of construction. The overriding concern is to determine “the intent of the parties and the scope of their understanding” (*Jesuit Fathers of Upper Canada v. Guardian Insurance Co. of Canada*, 2006 SCC 21, [2006] 1 S.C.R. 744, at para. 27, *per* LeBel J.; see also *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 64-65, *per* Cromwell J.). To do so, a decision-maker must read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract. Consideration of the surrounding circumstances recognizes that ascertaining contractual intention can be difficult when looking at words on their own, because words alone do not have an immutable or absolute meaning:

No contracts are made in a vacuum; there is always a setting in which they have to be placed. . . . In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating.

(*Reardon Smith Line*, at p. 574, *per* Lord Wilberforce)

[48] The meaning of words is often derived from a number of contextual factors, including the purpose of the agreement and the nature of the relationship created by the agreement (see *Moore Realty Inc.*

souvent le fondement factuel — dans l’interprétation d’un contrat écrit (Hall, p. 13, 21-25 et 127; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 749-751). Le deuxième découle des explications formulées dans les arrêts *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35, et *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 26 et 31-36, sur ce qui distingue la question de droit de la question mixte de fait et de droit.

[47] Relativement au premier changement, l’interprétation des contrats a évolué vers une démarche pratique, axée sur le bon sens plutôt que sur des règles de forme en matière d’interprétation. La question prédominante consiste à discerner « l’intention des parties et la portée de l’entente » (*Jesuit Fathers of Upper Canada c. Cie d’assurance Guardian du Canada*, 2006 CSC 21, [2006] 1 R.C.S. 744, par. 27, le juge LeBel; voir aussi *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, par. 64-65, le juge Cromwell). Pour ce faire, le décideur doit interpréter le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat. Par l’examen des circonstances, on reconnaît qu’il peut être difficile de déterminer l’intention contractuelle à partir des seuls mots, car les mots en soi n’ont pas un sens immuable ou absolu :

[TRADUCTION] Aucun contrat n’est conclu dans l’abstrait : les contrats s’inscrivent toujours dans un contexte. [. . .] Lorsqu’un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d’autre part une connaissance de l’origine de l’opération, de l’historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

(*Reardon Smith Line*, p. 574, le lord Wilberforce)

[48] Le sens des mots est souvent déterminé par un certain nombre de facteurs contextuels, y compris l’objet de l’entente et la nature des rapports créés par celle-ci (voir *Moore Realty Inc. c. Manitoba*

v. *Manitoba Motor League*, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, at para. 15, *per* Hamilton J.A.; see also Hall, at p. 22; and McCamus, at pp. 749-50). As stated by Lord Hoffmann in *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.):

The meaning which a document (or any other utterance) would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[49] As to the second development, the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and *Southam*. Questions of law “are questions about what the correct legal test is” (*Southam*, at para. 35). Yet in contractual interpretation, the goal of the exercise is to ascertain the objective intent of the parties — a fact-specific goal — through the application of legal principles of interpretation. This appears closer to a question of mixed fact and law, defined in *Housen* as “applying a legal standard to a set of facts” (para. 26; see also *Southam*, at para. 35). However, some courts have questioned whether this definition, which was developed in the context of a negligence action, can be readily applied to questions of contractual interpretation, and suggest that contractual interpretation is primarily a legal affair (see for example *Bell Canada*, at para. 25).

[50] With respect for the contrary view, I am of the opinion that the historical approach should be abandoned. Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix.

[51] The purpose of the distinction between questions of law and those of mixed fact and law further

Motor League, 2003 MBCA 71, 173 Man. R. (2d) 300, par. 15, la juge Hamilton; voir aussi Hall, p. 22; McCamus, p. 749-750). Pour reprendre les propos du lord Hoffmann dans *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.) :

[TRADUCTION] Le sens d’un document (ou toute autre déclaration) qui est transmis à la personne raisonnable n’équivaut pas au sens des mots qui le composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu’il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[49] Relativement au deuxième changement, l’approche historique de l’interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et *Southam*. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35). Or, lorsqu’il s’agit d’interprétation contractuelle, le but de l’exercice consiste à déterminer l’intention objective des parties — un but axé sur les faits — par l’application des principes juridiques d’interprétation. Il me semble que cela se rapproche plutôt de la question mixte de fait et de droit, définie dans l’arrêt *Housen* comme supposant « l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits » (par. 26; voir aussi *Southam*, par. 35). Toutefois, certains tribunaux ont émis des doutes sur l’application directe de cette définition, qui avait été établie à l’égard d’une action intentée pour négligence, à des questions d’interprétation contractuelle et laissent entendre que cette dernière est d’abord et avant tout une affaire de droit (voir par exemple *Bell Canada*, par. 25).

[50] Avec tout le respect que je dois aux tenants de l’opinion contraire, à mon avis, il faut rompre avec l’approche historique. L’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel.

[51] Cette conclusion est étayée par les raisons qui sous-tendent la distinction établie entre la

supports this conclusion. One central purpose of drawing a distinction between questions of law and those of mixed fact and law is to limit the intervention of appellate courts to cases where the results can be expected to have an impact beyond the parties to the particular dispute. It reflects the role of courts of appeal in ensuring the consistency of the law, rather than in providing a new forum for parties to continue their private litigation. For this reason, *Southam* identified the degree of generality (or “precedential value”) as the key difference between a question of law and a question of mixed fact and law. The more narrow the rule, the less useful will be the intervention of the court of appeal:

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. [para. 37]

[52] Similarly, this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

question de droit et la question mixte de fait et de droit. En distinguant ces deux catégories, on visait principalement à restreindre l’intervention de la juridiction d’appel aux affaires qui entraîneraient probablement des répercussions qui ne seraient pas limitées aux parties au litige. Ainsi, le rôle des cours d’appel, qui consiste à assurer la cohérence du droit, et non à offrir aux parties une nouvelle tribune leur permettant de poursuivre leur litige privé, est préservé. C’est pourquoi la Cour dans l’arrêt *Southam* reconnaît le degré de généralité (ou « la valeur comme précédents ») comme la principale différence entre la question de droit et la question mixte de fait et de droit. Plus la règle est stricte, moins l’intervention de la cour d’appel sera utile :

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. [par. 37]

[52] De même, la Cour dans l’arrêt *Housen* conclut que la retenue à l’égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l’autonomie du procès et son intégrité (par. 16-17). Ces principes militent également en faveur de la déférence à l’endroit des décideurs de première instance en matière d’interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d’un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions d’application limitée que notre système judiciaire confère aux tribunaux de première instance appuie la proposition selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[53] Nonetheless, it may be possible to identify an extricable question of law from within what was initially characterized as a question of mixed fact and law (*Housen*, at paras. 31 and 34-35). Legal errors made in the course of contractual interpretation include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor” (*King*, at para. 21). Moreover, there is no question that many other issues in contract law do engage substantive rules of law: the requirements for the formation of the contract, the capacity of the parties, the requirement that certain contracts be evidenced in writing, and so on.

[54] However, courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation. Given the statutory requirement to identify a question of law in a leave application pursuant to s. 31(2) of the AA, the applicant for leave and its counsel will seek to frame any alleged errors as questions of law. The legislature has sought to restrict such appeals, however, and courts must be careful to ensure that the proposed ground of appeal has been properly characterized. The warning expressed in *Housen* to exercise caution in attempting to extricate a question of law is relevant here:

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” . . . [para. 36]

[55] Although that caution was expressed in the context of a negligence case, it applies, in my opinion, to contractual interpretation as well. As mentioned above, the goal of contractual interpretation, to ascertain the objective intentions of the parties, is inherently fact specific. The close relationship between the selection and application of principles of

[53] Néanmoins, il peut se révéler possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît au départ constituer une question mixte de fait et de droit (*Housen*, par. 31 et 34-35). L’interprétation contractuelle peut occasionner des erreurs de droit, notamment [TRADUCTION] « appliquer le mauvais principe ou négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » (*King*, par. 21). En outre, il est indubitable que nombre d’autres questions se posant en droit des contrats mettent en jeu des règles de droit substantiel : les critères de formation du contrat, la capacité des parties, l’obligation que soient constatés par écrit certains types de contrat, etc.

[54] Le tribunal doit cependant faire preuve de prudence avant d’isoler une question de droit dans un litige portant sur l’interprétation contractuelle. Compte tenu de l’obligation, prévue au par. 31(2) de l’AA, que la demande d’autorisation soulève une question de droit, le demandeur et son représentant chercheront à qualifier de question de droit toute erreur qu’ils invoquent. Toutefois, le législateur a pris des mesures visant à limiter ce genre d’appels, et les tribunaux doivent examiner soigneusement le motif d’appel proposé pour déterminer s’il est bien caractérisé. La mise en garde exprimée dans *Housen* qui appelle à la prudence lorsqu’il s’agit d’isoler une question de droit s’applique dans le cas présent :

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 » . . . [par. 36]

[55] Certes, cette mise en garde a été formulée dans le contexte d’une action pour négligence, mais elle s’applique également à mon avis à l’interprétation contractuelle. Comme je le mentionne précédemment, le but de l’interprétation contractuelle — déterminer l’intention objective des parties — est, de par sa nature même, axé sur les faits. Le rapport

contractual interpretation and the construction ultimately given to the instrument means that the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare. In the absence of a legal error of the type described above, no appeal lies under the AA from an arbitrator's interpretation of a contract.

(b) *The Role and Nature of the “Surrounding Circumstances”*

[56] I now turn to the role of the surrounding circumstances in contractual interpretation and the nature of the evidence that can be considered. The discussion here is limited to the common law approach to contractual interpretation; it does not seek to apply to or alter the law of contractual interpretation governed by the *Civil Code of Québec*.

[57] While the surrounding circumstances will be considered in interpreting the terms of a contract, they must never be allowed to overwhelm the words of that agreement (*Hayes Forest Services*, at para. 14; and Hall, at p. 30). The goal of examining such evidence is to deepen a decision-maker's understanding of the mutual and objective intentions of the parties as expressed in the words of the contract. The interpretation of a written contractual provision must always be grounded in the text and read in light of the entire contract (Hall, at pp. 15 and 30-32). While the surrounding circumstances are relied upon in the interpretive process, courts cannot use them to deviate from the text such that the court effectively creates a new agreement (*Glaswegian Enterprises Inc. v. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] The nature of the evidence that can be relied upon under the rubric of “surrounding circumstances” will necessarily vary from case to case. It does, however, have its limits. It should consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract (*King*,

étroit qui existe entre, d'une part, le choix et l'application des principes d'interprétation contractuelle et, d'autre part, l'interprétation que recevra l'instrument juridique en dernière analyse fait en sorte que rares seront les circonstances dans lesquelles il sera possible d'isoler une question de droit au cours de l'exercice d'interprétation. En l'absence d'une erreur de droit du genre de celles décrites plus haut, aucun droit d'appel de l'interprétation par un arbitre d'un contrat n'est prévu à l'AA.

b) *Le rôle et la nature des « circonstances »*

[56] Abordons le rôle des circonstances dans l'interprétation du contrat et la nature des éléments admis à l'examen. La présente analyse ne traite que de la démarche d'interprétation contractuelle fondée sur la common law; elle ne se veut ni une application ni une modification du droit relatif à l'interprétation contractuelle régi par le *Code civil du Québec*.

[57] Bien que les circonstances soient prises en considération dans l'interprétation des termes d'un contrat, elles ne doivent jamais les supplanter (*Hayes Forest Services*, par. 14; Hall, p. 30). Le décideur examine cette preuve dans le but de mieux saisir les intentions réciproques et objectives des parties exprimées dans les mots du contrat. Une disposition contractuelle doit toujours être interprétée sur le fondement de son libellé et de l'ensemble du contrat (Hall, p. 15 et 30-32). Les circonstances sous-tendent l'interprétation du contrat, mais le tribunal ne saurait fonder sur elles une lecture du texte qui s'écarte de ce dernier au point de créer dans les faits une nouvelle entente (*Glaswegian Enterprises Inc. c. B.C. Tel Mobility Cellular Inc.* (1997), 101 B.C.A.C. 62).

[58] La nature de la preuve susceptible d'appartenir aux « circonstances » variera nécessairement d'une affaire à l'autre. Il y a toutefois certaines limites. Il doit s'agir d'une preuve objective du contexte factuel au moment de la signature du contrat (*King*, par. 66 et 70), c'est-à-dire, les renseignements qui

at paras. 66 and 70), that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting. Subject to these requirements and the parol evidence rule discussed below, this includes, in the words of Lord Hoffmann, “absolutely anything which would have affected the way in which the language of the document would have been understood by a reasonable man” (*Investors Compensation Scheme*, at p. 114). Whether something was or reasonably ought to have been within the common knowledge of the parties at the time of execution of the contract is a question of fact.

(c) *Considering the Surrounding Circumstances Does Not Offend the Parol Evidence Rule*

[59] It is necessary to say a word about consideration of the surrounding circumstances and the parol evidence rule. The parol evidence rule precludes admission of evidence outside the words of the written contract that would add to, subtract from, vary, or contradict a contract that has been wholly reduced to writing (*King*, at para. 35; and *Hall*, at p. 53). To this end, the rule precludes, among other things, evidence of the subjective intentions of the parties (*Hall*, at pp. 64-65; and *Eli Lilly & Co. v. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 S.C.R. 129, at paras. 54-59, *per* Iacobucci J.). The purpose of the parol evidence rule is primarily to achieve finality and certainty in contractual obligations, and secondarily to hamper a party’s ability to use fabricated or unreliable evidence to attack a written contract (*United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 579 v. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 S.C.R. 316, at pp. 341-42, *per* Sopinka J.).

[60] The parol evidence rule does not apply to preclude evidence of the surrounding circumstances. Such evidence is consistent with the objectives of finality and certainty because it is used as an interpretive aid for determining the meaning of the written words chosen by the parties, not to change or overrule the meaning of those words. The surrounding circumstances are facts known or facts

appartenaient ou auraient raisonnablement dû appartenir aux connaissances des deux parties à la date de signature ou avant celle-ci. Compte tenu de ces exigences et de la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque que nous verrons, on entend par « circonstances », pour reprendre les propos du lord Hoffmann [TRADUCTION] « tout ce qui aurait eu une incidence sur la manière dont une personne raisonnable aurait compris les termes du document » (*Investors Compensation Scheme*, p. 114). La question de savoir si quelque chose appartenait ou aurait dû raisonnablement appartenir aux connaissances communes des parties au moment de la signature du contrat est une question de fait.

c) *Tenir compte des circonstances n’est pas contraire à la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque*

[59] Quelques mots sur l’examen des circonstances et la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque s’imposent. Cette règle empêche l’admission d’éléments de preuve autres que les termes du contrat écrit qui auraient pour effet de modifier ou de contredire un contrat qui a été entièrement consigné par écrit, ou d’y ajouter de nouvelles clauses ou d’en supprimer (*King*, par. 35; *Hall*, p. 53). À cette fin, la règle interdit notamment les éléments de preuve concernant les intentions subjectives des parties (*Hall*, p. 64-65; *Eli Lilly & Co. c. Novopharm Ltd.*, [1998] 2 R.C.S. 129, par. 54-59, le juge Iacobucci). La règle vise, premièrement, à donner un caractère définitif et certain aux obligations contractuelles et, deuxièmement, à empêcher qu’une partie puisse utiliser des éléments de preuve fabriqués ou douteux pour attaquer un contrat écrit (*Fraternité unie des charpentiers et menuisiers d’Amérique, section locale 579 c. Bradco Construction Ltd.*, [1993] 2 R.C.S. 316, p. 341-342, le juge Sopinka).

[60] La règle d’exclusion de la preuve extrinsèque n’interdit pas au tribunal de tenir compte des circonstances entourant le contrat. Cette preuve est compatible avec les objectifs relatifs au caractère définitif et certain puisqu’elle sert d’outil d’interprétation qui vient éclairer le sens des mots du contrat choisis par les parties, et non le changer ou s’y substituer. Les circonstances sont des faits connus

that reasonably ought to have been known to both parties at or before the date of contracting; therefore, the concern of unreliability does not arise.

[61] Some authorities and commentators suggest that the parol evidence rule is an anachronism, or, at the very least, of limited application in view of the myriad of exceptions to it (see for example *Gutierrez v. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.), at paras. 19-20; and Hall, at pp. 53-64). For the purposes of this appeal, it is sufficient to say that the parol evidence rule does not apply to preclude evidence of surrounding circumstances when interpreting the words of a written contract.

(d) *Application to the Present Case*

[62] In this case, the CA Leave Court granted leave on the following issue: “Whether the Arbitrator erred in law in failing to construe the whole of the Finder’s Fee Agreement . . .” (A.R., vol. I, at p. 62).

[63] As will be explained below, while the requirement to construe a contract as a whole is a question of law that could — if extricable — satisfy the threshold requirement under s. 31 of the AA, I do not think this question was properly extricated in this case.

[64] I accept that a fundamental principle of contractual interpretation is that a contract must be construed as a whole (McCamus, at pp. 761-62; and Hall, at p. 15). If the arbitrator did not take the “maximum amount” proviso into account, as alleged by Creston, then he did not construe the Agreement as a whole because he ignored a specific and relevant provision of the Agreement. This is a question of law that would be extricable from a finding of mixed fact and law.

[65] However, it appears that the arbitrator did consider the “maximum amount” proviso. Indeed,

ou qui auraient raisonnablement dû l’être des deux parties à la date de signature du contrat ou avant celle-ci; par conséquent, le risque que des éléments d’une fiabilité douteuse soient invoqués ne se pose pas.

[61] Selon une certaine jurisprudence et des auteurs, la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque serait un anachronisme ou, à tout le moins, d’application restreinte vu la myriade d’exceptions dont elle est assortie (voir par exemple *Gutierrez c. Tropic International Ltd.* (2002), 63 O.R. (3d) 63 (C.A.), par. 19-20; Hall, p. 53-64). Dans le cadre du présent pourvoi, il suffit de dire que la règle d’exclusion de la preuve extrinsèque ne s’oppose pas à la présentation d’une preuve des circonstances entourant le contrat pour l’interprétation de ce dernier.

d) *Application au présent pourvoi*

[62] En l’espèce, la Cour d’appel a accordé l’autorisation d’appel relativement à la question suivante : [TRADUCTION] « L’arbitre a-t-il commis une erreur de droit en n’interprétant pas l’entente relative aux honoraires d’intermédiation dans son ensemble . . . ? » (d.a., vol. I, p. 62)

[63] Comme nous le verrons, l’obligation d’interpréter le contrat dans son ensemble est une question de droit susceptible, si on pouvait l’isoler, de satisfaire au critère minimal exigé à l’art. 31 de l’AA. À mon avis, cette question n’a pas été isolée comme il se doit en l’espèce.

[64] Je reconnais qu’il est un principe fondamental de l’interprétation contractuelle selon lequel le contrat doit être interprété dans son ensemble (McCamus, p. 761-762; Hall, p. 15). Si l’arbitre n’a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond », comme le prétend Creston, il n’a alors pas interprété l’entente dans son ensemble, car il en a négligé une clause précise et pertinente. Voilà une question de droit qui pourrait être isolée de la conclusion mixte de fait et de droit.

[65] Or, il semble que l’arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

the CA Leave Court acknowledges that the arbitrator had considered that proviso, since it notes that he turned his mind to the US\$1.5 million maximum amount, an amount that can only be calculated by referring to the TSXV policy referenced in the “maximum amount” proviso in s. 3.1 of the Agreement. As I read its reasons, rather than being concerned with whether the arbitrator ignored the maximum amount proviso, which is what Creston alleges in this Court, the CA Leave Court decision focused on how the arbitrator construed s. 3.1 of the Agreement, which included the maximum amount proviso (paras. 25-26). For example, the CA Leave Court expressed concern that the arbitrator did not address the “incongruity” in the fact that the value of the fee would vary “hugely” depending on whether it was taken in cash or shares (para. 25).

[66] With respect, the CA Leave Court erred in finding that the construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law. As explained by Justice Armstrong in the SC Appeal Court decision, construing s. 3.1 and taking account of the proviso required relying on the relevant surrounding circumstances, including the sophistication of the parties, the fluctuation in share prices, and the nature of the risk a party assumes when deciding to accept a fee in shares as opposed to cash. Such an exercise raises a question of mixed fact and law. There being no question of law extricable from the mixed fact and law question of how s. 3.1 and the proviso should be interpreted, the CA Leave Court erred in granting leave to appeal.

[67] The conclusion that Creston’s application for leave to appeal raised no question of law would be sufficient to dispose of this appeal. However, as this Court rarely has the opportunity to address appeals of arbitral awards, it is, in my view, useful to explain that, even had the CA Leave Court been correct in finding that construction of s. 3.1 of the Agreement constituted a question of law, it should have nonetheless denied leave to appeal as the

En effet, selon la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, l’arbitre a examiné la stipulation, puisqu’elle signale qu’il a envisagé le plafond de 1,5 million \$US, un nombre auquel il ne peut être arrivé que s’il a consulté la politique de la Bourse à laquelle renvoie la stipulation relative au « plafond » à l’art. 3.1 de l’entente. À la lumière de ses motifs, j’estime que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, au lieu de se demander si l’arbitre a négligé la stipulation relative au plafond — ce que Creston prétend devant la Cour —, a axé sa décision sur l’interprétation qu’a donnée l’arbitre de l’art. 3.1 de l’entente, qui contient cette stipulation (par. 25-26). Par exemple, la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation s’est dite préoccupée que l’arbitre n’ait pas abordé l’[TRADUCTION] « absurdité » de la variation « considérable » dans la valeur des honoraires selon qu’ils étaient versés en argent ou en actions (par. 25).

[66] Avec tout le respect que je lui dois, j’estime que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a assimilé à tort l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente à une question de droit. Comme l’explique le juge Armstrong dans la décision de la CS sur l’appel, pour interpréter l’art. 3.1 et tenir compte de la stipulation, il fallait examiner les circonstances pertinentes, y compris le fait que les parties étaient des parties avisées, la fluctuation du cours de l’action et la nature du risque qu’une partie assume quand elle opte pour le versement de ses honoraires en actions plutôt qu’en argent. Un tel exercice soulève une question mixte de fait et de droit. Comme aucune question de droit ne peut être isolée de la question mixte de fait et de droit qui porte sur l’interprétation de l’art. 3.1 et de la stipulation, la Cour d’appel a commis une erreur en accueillant la demande d’autorisation d’appel.

[67] Conclure que la demande d’autorisation d’appel présentée par Creston ne soulevait aucune question de droit suffirait à trancher le présent pourvoi. Toutefois, puisque la Cour a rarement l’occasion de se pencher sur l’appel d’une sentence arbitrale, il est à mon avis utile d’expliquer que même si la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation avait conclu à bon droit que l’interprétation de l’art. 3.1 de l’entente constituait une question de

application also failed the miscarriage of justice and residual discretion stages of the leave analysis set out in s. 31(2)(a) of the AA.

(4) May Prevent a Miscarriage of Justice

(a) *Miscarriage of Justice for the Purposes of Section 31(2)(a) of the AA*

[68] Once a question of law has been identified, the court must be satisfied that the determination of that point of law on appeal “may prevent a miscarriage of justice” in order for it to grant leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a) of the AA. The first step in this analysis is defining miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a).

[69] In *BCIT*, Justice Saunders discussed the miscarriage of justice requirement under s. 31(2)(a). She affirmed the definition set out in *Domtar Inc. v. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), which required the error of law in question to be a material issue that, if decided differently, would lead to a different result: “. . . if the point of law were decided differently, the arbitrator would have been led to a different result. In other words, was the alleged error of law material to the decision; does it go to its heart?” (*BCIT*, at para. 28). See also *Quan v. Cusson*, 2009 SCC 62, [2009] 3 S.C.R. 712, which discusses the test of whether “some substantial wrong or miscarriage of justice has occurred” in the context of a civil jury trial (para. 43).

[70] Having regard to *BCIT* and *Quan*, I am of the opinion that in order to rise to the level of a miscarriage of justice for the purposes of s. 31(2)(a) of the AA, an alleged legal error must pertain to a material issue in the dispute which, if decided differently, would affect the result of the case.

droit, elle devait néanmoins rejeter la demande, car il n’était pas satisfait aux autres volets de l’analyse des demandes d’autorisation que requiert l’al. 31(2)(a) de l’AA, qui concernent l’erreur judiciaire et le pouvoir discrétionnaire résiduel.

(4) Le règlement de la question de droit peut permettre d’éviter une erreur judiciaire

a) *L’erreur judiciaire pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA*

[68] Une fois qu’il a cerné une question de droit, le tribunal doit être convaincu que le fait de statuer sur cette dernière [TRADUCTION] « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » avant d’accorder l’autorisation d’appel en vertu de l’al. 31(2)(a) de l’AA. La première étape de l’analyse consiste donc à définir l’erreur judiciaire pour l’application de cette disposition.

[69] Dans *BCIT*, la juge Saunders traite du critère concernant l’erreur judiciaire prévu à l’al. 31(2)(a). Elle confirme la définition énoncée dans l’affaire *Domtar Inc. c. Belkin Inc.* (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 257 (C.A.), selon laquelle l’erreur de droit doit toucher une question importante de sorte qu’une conclusion différente aurait abouti à un résultat différent : [TRADUCTION] « . . . si le point de droit avait été tranché différemment, l’arbitre aurait rendu une décision différente. Autrement dit, l’erreur de droit invoquée a-t-elle eu un effet déterminant sur la décision; touche-t-elle au cœur de la décision? » (*BCIT*, par. 28). Voir également l’arrêt *Quan c. Cusson*, 2009 CSC 62, [2009] 3 R.C.S. 712, où la Cour analyse le critère qui sert à déterminer s’il y a « préjudice grave ou [. . .] erreur judiciaire » dans le contexte des procès civils avec jury (par. 43).

[70] Compte tenu des arrêts *BCIT* et *Quan*, je suis d’avis que, pour que l’erreur de droit reprochée soit une erreur judiciaire au sens où il faut l’entendre pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA, elle doit se rapporter à une question importante en litige qui, si elle était tranchée différemment, aurait une incidence sur le résultat.

[71] According to this standard, a determination of a point of law “may prevent a miscarriage of justice” only where the appeal itself has some possibility of succeeding. An appeal with no chance of success will not meet the threshold of “may prevent a miscarriage of justice” because there would be no chance that the outcome of the appeal would cause a change in the final result of the case.

[72] At the leave stage, it is not appropriate to consider the full merits of a case and make a final determination regarding whether an error of law was made. However, some preliminary consideration of the question of law is necessary to determine whether the appeal has the potential to succeed and thus to change the result in the case.

[73] *BCIT* sets the threshold for this preliminary assessment of the appeal as “more than an arguable point” (para. 30). With respect, once an arguable point has been made out, it is not apparent what more is required to meet the “more than an arguable point” standard. Presumably, the leave judge would have to delve more deeply into the arguments around the question of law on appeal than would be appropriate at the leave stage to find *more* than an arguable point. Requiring this closer examination of the point of law, in my respectful view, blurs the line between the function of the court considering the leave application and the court hearing the appeal.

[74] In my opinion, the appropriate threshold for assessing the legal question at issue under s. 31(2) is whether it has arguable merit. The arguable merit standard is often used to assess, on a preliminary basis, the merits of an appeal at the leave stage (see for example *Quick Auto Lease Inc. v. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, at para. 5; and *R. v. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), at para. 7). “Arguable merit” is a well-known phrase whose meaning has been expressed in a variety of ways: “a reasonable prospect of success” (*Quick Auto Lease*, at para. 5; and *Enns v. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), at para. 2); “some hope of success” and “sufficient merit” (*R. v. Hubley*, 2009 PECA 21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174, at para. 11); and “credible

[71] Suivant cette norme, le règlement d’un point de droit « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » seulement lorsqu’il existe une certaine possibilité que l’appel soit accueilli. Un appel qui est voué à l’échec ne saurait « permettre d’éviter une erreur judiciaire » puisque les possibilités que l’issue d’un tel appel joue sur le résultat final du litige sont nulles.

[72] Ce n’est pas à l’étape de l’autorisation qu’il convient d’examiner exhaustivement le fond du litige et de se prononcer définitivement sur l’absence ou l’existence d’une erreur de droit. Cependant, il faut procéder à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer si l’appel a une chance d’être accueilli et, par conséquent, de modifier le résultat du litige.

[73] Selon l’arrêt *BCIT*, le demandeur doit établir [TRADUCTION] « plus qu’un argument défendable » (par. 30) lors de cet examen préliminaire de l’appel. Pourtant, une fois un argument défendable soulevé, que faudrait-il démontrer de plus pour qu’il soit satisfait à cette norme? Vraisemblablement, le juge saisi de la demande d’autorisation devrait alors examiner les arguments se rapportant à la question de droit soulevée en appel de plus près que ce qui serait indiqué à cette étape pour trouver *plus* qu’un argument défendable. À mon humble avis, exiger un examen plus approfondi du point de droit brouille les rôles respectifs de la formation saisie de la demande d’autorisation et de celle saisie de l’appel.

[74] Selon moi, ce qu’il faut démontrer, pour l’application du par. 31(2), c’est que la question de droit invoquée a un fondement défendable. Ce critère s’applique souvent à l’étape de l’autorisation, pour établir sommairement le bien-fondé de l’appel (voir par exemple *Quick Auto Lease Inc. c. Nordin*, 2014 MBCA 32, 303 Man. R. (2d) 262, par. 5; *R. c. Fedossenko*, 2013 ABCA 164 (CanLII), par. 7). Il est bien connu et a été exprimé de diverses façons : [TRADUCTION] « une possibilité raisonnable d’être accueilli » (*a reasonable prospect of success*) (*Quick Auto Lease*, par. 5; *Enns c. Hansey*, 2013 MBCA 23 (CanLII), par. 2); une « certaine chance de succès » (*some hope of success*) et un « fondement suffisant » (*sufficient merit*) (*R. c. Hubley*, 2009 PECA

argument” (*R. v. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, at para. 8). In my view, the common thread among the various expressions used to describe arguable merit is that the issue raised by the applicant cannot be dismissed through a preliminary examination of the question of law. In order to decide whether the award should be set aside, a more thorough examination is necessary and that examination is appropriately conducted by the court hearing the appeal once leave is granted.

[75] Assessing whether the issue raised by an application for leave to appeal has arguable merit must be done in light of the standard of review on which the merits of the appeal will be judged. This requires a preliminary assessment of the applicable standard of review. As I will later explain, reasonableness will almost always apply to commercial arbitrations conducted pursuant to the AA, except in the rare circumstances where the question is one that would attract a correctness standard, such as a constitutional question or a question of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s expertise. Therefore, the leave inquiry will ordinarily ask whether there is any arguable merit to the position that the arbitrator’s decision on the question at issue is unreasonable, keeping in mind that the decision-maker is not required to refer to all the arguments, provisions or jurisprudence or to make specific findings on each constituent element, for the decision to be reasonable (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 16). Of course, the leave court’s assessment of the standard of review is only preliminary and does not bind the court which considers the merits of the appeal. As such, this should not be taken as an invitation to engage in extensive arguments or analysis about the standard of review at the leave stage.

21, 289 Nfld. & P.E.I.R. 174, par. 11); un « argument plausible » (*credible argument*) (*R. c. Will*, 2013 SKCA 4, 405 Sask. R. 270, par. 8). À mon avis, les diverses appellations qui désignent le fondement défendable présentent un élément commun : l’argument soulevé par le demandeur ne peut être rejeté à l’issue d’un examen préliminaire de la question de droit. Pour déterminer s’il faut annuler la sentence arbitrale, un examen approfondi est nécessaire, et c’est au tribunal saisi de l’appel qu’il incombe, une fois l’autorisation accordée.

[75] L’examen visant à décider si la question soulevée dans la demande d’autorisation d’appel a un fondement défendable doit se faire à la lumière de la norme de contrôle applicable à l’analyse du bien-fondé de l’appel. Il faut donc procéder à un examen préliminaire ayant pour objet la norme applicable. Comme nous le verrons, la norme de la décision raisonnable s’appliquera presque toujours aux arbitrages commerciaux régis par l’AA, sauf dans les rares circonstances où l’application de la norme de la décision correcte s’imposera, notamment lorsqu’il s’agit d’une question constitutionnelle ou d’une question de droit qui revêt une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui est étrangère au domaine d’expertise du décideur administratif. Par conséquent, dans le cadre de l’examen préalable à l’autorisation le tribunal s’interrogera ordinairement quant à savoir si la prétention — selon laquelle la sentence arbitrale sur la question en litige était déraisonnable — a un fondement défendable, compte tenu du fait que le décideur n’est pas tenu de faire référence à tous les arguments, dispositions ou précédents ni de tirer une conclusion précise sur chaque élément constitutif du raisonnement pour que sa décision soit raisonnable (*Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 16). Certes, le tribunal saisi de la demande d’autorisation ne procède qu’à un examen préliminaire ayant pour objet la norme de contrôle, qui ne lie pas celui qui se penchera sur le bien-fondé de l’appel. Ainsi, il ne faudrait pas considérer qu’il s’agit d’une invitation à se perdre en analyses ou en arguments poussés à propos de la norme de contrôle à l’étape de la demande d’autorisation.

[76] In *BCIT*, Saunders J.A. considered the stage of s. 31(2)(a) of the AA at which an examination of the merits of the appeal should occur. At the behest of one of the parties, she considered examining the merits under the miscarriage of justice criterion. However, she decided that a consideration of the merits was best done at the residual discretion stage. Her reasons indicate that this decision was motivated by the desire to take a consistent approach across s. 31(2)(a), (b) and (c):

Where, then, if anywhere, does consideration of the merits of the appeal belong? Mr. Roberts for the Student Association contends that any consideration of the merits of the appeal belongs in the determination of whether a miscarriage of justice may occur; that is, under the second criterion. I do not agree. In my view, the apparent merit or lack of merit of an appeal is part of the exercise of the residual discretion, and applies equally to all three subsections, (a) through (c). Just as an appeal woefully lacking in merit should not attract leave under (b) (of importance to a class of people including the applicant) or (c) (of general or public importance), so too it should not attract leave under (a). Consideration of the merits, for consistency in the section as a whole, should be made as part of the exercise of residual discretion. [para. 29]

[77] I acknowledge the consistency rationale. However, in my respectful opinion, the desire for a consistent approach to s. 31(2)(a), (b) and (c) cannot override the text of the legislation. Unlike s. 31(2)(b) and (c), s. 31(2)(a) requires an assessment to determine whether allowing leave to appeal “may prevent a miscarriage of justice”. It is my opinion that a preliminary assessment of the question of law is an implicit component in a determination of whether allowing leave “may prevent a miscarriage of justice”.

[78] However, in an application for leave to appeal pursuant to s. 31(2)(b) or (c), neither of which contain a miscarriage of justice requirement, I agree with Justice Saunders in *BCIT* that a preliminary

[76] Dans *BCIT*, la juge Saunders s’interroge sur l’étape à laquelle il convient d’examiner le bien-fondé de l’appel dans le cadre de l’analyse requise par l’al. 31(2)(a) de l’AA. Contrairement à ce que prétendait une partie, soit que l’évaluation du bien-fondé se rapporte au critère de l’erreur judiciaire, la juge détermine que cet examen se rattache plutôt à l’exercice du pouvoir discrétionnaire. Ses motifs révèlent que sa décision découle de sa volonté d’adopter une approche uniforme à l’égard des al. 31(2)(a), (b) et (c) :

[TRADUCTION] À quel moment, le cas échéant, faut-il alors examiner le bien-fondé de l’appel? M. Roberts, qui représente l’Association étudiante, prétend qu’il convient de procéder à cet examen lorsqu’on se demande si une erreur judiciaire risque d’être commise, c’est-à-dire, à la deuxième étape. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’appréciation du bien-fondé ou de l’absence de fondement apparent de l’appel s’inscrit dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel et s’applique également aux trois alinéas, de (a) à (c). Tout comme un appel manifestement dénué de fondement ne devrait pas être autorisé en vertu de l’al. (b) (revêt de l’importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie) ou de l’al. (c) (est d’importance publique), un tel appel ne devrait pas non plus être autorisé en vertu de l’al. (a). Dans un but d’uniformité à l’égard de l’article entier, l’appréciation du bien-fondé devrait être intégrée à l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel. [par. 29]

[77] Je reconnais la validité du raisonnement axé sur l’uniformité. Cependant, à mon humble avis, cette volonté d’adopter une démarche semblable au regard des al. 31(2)(a), (b) et (c) ne saurait l’emporter sur le libellé de la disposition. Contrairement aux al. 31(2)(b) et (c), l’al. 31(2)(a) exige que le tribunal détermine si le fait d’autoriser l’appel « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire ». J’estime qu’un examen préliminaire de la question de droit s’inscrit implicitement dans l’examen qui vise à déterminer si l’autorisation « peut permettre d’éviter une erreur judiciaire ».

[78] Cependant, lorsqu’il s’agit d’une demande d’autorisation d’appel présentée en vertu des al. 31(2)(b) ou (c) — puisque ces dispositions ne prévoient pas le risque d’erreur judiciaire comme

examination of the merits of the question of law should be assessed at the residual discretion stage of the analysis as considering the merits of the proposed appeal will always be relevant when deciding whether to grant leave to appeal under s. 31.

[79] In sum, in order to establish that “the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice” for the purposes of s. 31(2)(a) of the AA, an applicant must demonstrate that the point of law on appeal is material to the final result and has arguable merit.

(b) *Application to the Present Case*

[80] The CA Leave Court found that the arbitrator may have erred in law by not interpreting the Agreement as a whole, specifically in ignoring the “maximum amount” proviso. Accepting that this is a question of law for these purposes only, a determination of the question would be material because it could change the ultimate result arrived at by the arbitrator. The arbitrator awarded \$4.14 million in damages on the basis that there was an 85 percent chance the TSXV would approve a finder’s fee paid in \$0.15 shares. If Creston’s argument is correct and the \$0.15 share price is foreclosed by the “maximum amount” proviso, damages would be reduced to US\$1.5 million, a significant reduction from the arbitrator’s award of damages.

[81] As s. 31(2)(a) of the AA is the relevant provision in this case, a preliminary assessment of the question of law will be conducted in order to determine if a miscarriage of justice could have occurred had Creston been denied leave to appeal. Creston argues that the fact that the arbitrator’s conclusion results in Sattva receiving shares valued at considerably more than the US\$1.5 million maximum dictated by the “maximum amount” proviso is

critère —, je souscris aux commentaires formulés par la juge Saunders dans *BCIT* selon lesquels l’examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit devrait intervenir à l’étape de l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel dans l’analyse, puisque l’examen du bien-fondé de l’appel proposé demeure pertinent dans la décision d’accorder ou non l’autorisation d’appel en vertu de l’art. 31.

[79] Bref, afin d’établir que l’intervention du tribunal est justifiée [TRADUCTION] « et que le règlement de la question de droit peut permettre d’éviter une erreur judiciaire » pour l’application de l’al. 31(2)(a) de l’AA, le demandeur doit prouver que le point de droit en appel aura une incidence sur le résultat final et qu’il est défendable.

b) *Application au présent pourvoi*

[80] La formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a conclu à la possibilité d’une erreur de droit par l’arbitre qui n’aurait pas interprété l’entente dans son ensemble et, plus particulièrement, aurait fait fi de la stipulation relative au « plafond ». Admettons cette prétention comme question de droit uniquement pour les besoins de la cause. Le règlement de la question est déterminant parce qu’il pourrait avoir pour effet de modifier la sentence de l’arbitre, lequel a accordé 4,14 millions \$ en dommages-intérêts au motif qu’il évaluait à 85 p. 100 la probabilité que la Bourse approuve des honoraires d’intermédiation payés en actions, à raison de 0,15 \$ l’unité. Si l’argument invoqué par Creston est correct et que le cours de l’action ne peut s’établir à 0,15 \$ en raison de la stipulation relative au « plafond », les dommages-intérêts seraient réduits à 1,5 million \$US, une amputation considérable de la somme initiale accordée.

[81] Comme l’al. 31(2)(a) de l’AA est la disposition pertinente en l’espèce, il doit être procédé à un examen préliminaire de la question de droit pour déterminer le risque qu’une erreur judiciaire découle du rejet de la demande d’autorisation d’appel présentée par Creston. Cette dernière soutient que le fait que Sattva reçoive un portefeuille d’actions dont la valeur est très supérieure au plafond de 1,5 million \$US en exécution de la sentence arbitrale

evidence of the arbitrator's failure to consider that proviso.

[82] However, the arbitrator did refer to s. 3.1, the "maximum amount" proviso, at two points in his decision: paras. 18 and 23(a). For example, at para. 23 he stated:

In summary, then, as of March 27, 2007 it was clear and beyond argument that under the Agreement:

- (a) Sattva was entitled to a fee equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange – section 3.1. It is common ground that the quantum of this fee is US\$1,500,000.
- (b) The fee was payable in shares based on the Market Price, as defined in the Agreement, unless Sattva elected to take it in cash or a combination of cash and shares.
- (c) The Market Price, as defined in the Agreement, was \$0.15. [Emphasis added.]

[83] Although the arbitrator provided no express indication that he considered how the "maximum amount" proviso interacted with the Market Price definition, such consideration is implicit in his decision. The only place in the contract that specifies that the amount of the fee is calculated as US\$1.5 million is the "maximum amount" proviso's reference to s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1. The arbitrator acknowledged that the quantum of the fee is US\$1.5 million and awarded Sattva US\$1.5 million in shares priced at \$0.15. Contrary to Creston's argument that the arbitrator failed to consider the proviso in construing the Agreement, it is apparent on a preliminary examination of the question that the arbitrator did in fact consider the "maximum amount" proviso.

[84] Accordingly, even had the CA Leave Court properly identified a question of law, leave to appeal should have been denied. The requirement that there be arguable merit that the arbitrator's decision was unreasonable is not met and the miscarriage of justice threshold was not satisfied.

prouve que l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[82] Or, l'arbitre renvoie effectivement à l'art. 3.1, la stipulation relative au « plafond », à deux reprises dans sa décision, soit aux par. 18 et 23(a). Par exemple, il affirme ce qui suit au par. 23 :

[TRADUCTION]

Bref, à partir du 27 mars 2007, il était clair et incontestable qu'aux termes de l'entente :

- (a) Sattva avait le droit de recevoir des honoraires équivalant au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX – article 3.1. Les parties conviennent que le montant des honoraires s'établit à 1 500 000 \$US.
- (b) La commission était payable en actions, en fonction du cours, tel qu'il est défini dans l'entente, à moins que Sattva n'opte pour le versement des honoraires en argent ou en argent et en actions.
- (c) Le cours de l'action, tel qu'il est défini dans l'entente, s'établissait à 0,15 \$. [Je souligne.]

[83] Ainsi, même si l'arbitre n'indique pas explicitement avoir examiné le jeu de la stipulation relative au « plafond » et de la définition du cours, cet examen ressort implicitement de sa sentence. La seule clause de l'entente qui prévoit le montant des honoraires, soit 1,5 million \$US, est la stipulation relative au « plafond », qui renvoie au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse. Reconnaissant que le montant des honoraires s'élève à 1,5 million \$US, l'arbitre a accordé à Sattva pareille somme, payable en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité. Contrairement à l'argument avancé par Creston, selon qui l'arbitre aurait négligé la stipulation dans son interprétation de l'entente, il ressort de l'examen préliminaire de la question que l'arbitre a effectivement tenu compte de la stipulation relative au « plafond ».

[84] Par conséquent, même si la Cour d'appel avait cerné à juste titre une question de droit, elle aurait dû rejeter la demande d'autorisation. Il n'était pas satisfait au critère qui exige que le caractère déraisonnable de la sentence arbitrale ait un fondement défendable, ni à celui de l'erreur judiciaire.

(5) Residual Discretion to Deny Leave(a) *Considerations in Exercising Residual Discretion in a Section 31(2)(a) Leave Application*

[85] The B.C. courts have found that the words “may grant leave” in s. 31(2) of the AA confer on the court residual discretion to deny leave even where the requirements of s. 31(2) are met (*BCIT*, at paras. 9 and 26). In *BCIT*, Saunders J.A. sets out a non-exhaustive list of considerations that would be applicable to the exercise of discretion (para. 31):

1. “the apparent merits of the appeal”;
2. “the degree of significance of the issue to the parties, to third parties and to the community at large”;
3. “the circumstances surrounding the dispute and adjudication including the urgency of a final answer”;
4. “other temporal considerations including the opportunity for either party to address the result through other avenues”;
5. “the conduct of the parties”;
6. “the stage of the process at which the appealed decision was made”;
7. “respect for the forum of arbitration, chosen by the parties as their means of resolving disputes”; and
8. “recognition that arbitration is often intended to provide a speedy and final dispute mechanism, tailor-made for the issues which may face the parties to the arbitration agreement”.

(5) Le pouvoir discrétionnaire résiduel qui habilité à refuser l’autorisationa) *Éléments à examiner dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel à l’égard d’une demande d’autorisation présentée en vertu de l’al. 31(2)(a)*

[85] Les tribunaux de la C.-B. ont conclu que les termes [TRADUCTION] « peut accorder l’autorisation » figurant au par. 31(2) de l’AA confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire résiduel qui lui permet de refuser l’autorisation même quand les critères prévus par la disposition sont respectés (*BCIT*, par. 9 et 26). Dans *BCIT*, la juge Saunders énumère des facteurs à considérer dans l’exercice de ce pouvoir discrétionnaire (par. 31) :

1. [TRADUCTION] « le bien-fondé apparent de l’appel »;
2. « l’importance de la question pour les parties, les tiers et la société en général »;
3. « les circonstances qui sont à l’origine du différend et de l’arbitrage, y compris le besoin urgent d’obtenir un règlement définitif »;
4. « d’autres considérations temporelles, y compris la possibilité pour l’une ou l’autre des parties de remédier autrement aux conséquences »;
5. « la conduite des parties »;
6. « l’étape à laquelle la décision qui a été portée en appel avait été prise »;
7. « le respect du choix des parties d’avoir recours à l’arbitrage pour résoudre leurs différends »;
8. « la reconnaissance du fait que l’arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends, spécialement conçu pour traiter les enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d’arbitrage ».

[86] I agree with Justice Saunders that it is not appropriate to create what she refers to as an “immutable checklist” of factors to consider in exercising discretion under s. 31(2) (*BCIT*, at para. 32). However, I am unable to agree that all the listed considerations are applicable at this stage of the analysis.

[87] In exercising its statutorily conferred discretion to deny leave to appeal pursuant to s. 31(2)(a), a court should have regard to the traditional bases for refusing discretionary relief: the parties’ conduct, the existence of alternative remedies, and any undue delay (*Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326, at pp. 364-67). Balance of convenience considerations are also involved in determining whether to deny discretionary relief (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 52). This would include the urgent need for a final answer.

[88] With respect to the other listed considerations and addressed in turn below, it is my opinion that they have already been considered elsewhere in the s. 31(2)(a) analysis or are more appropriately considered elsewhere under s. 31(2). Once considered, these matters should not be assessed again under the court’s residual discretion.

[89] As discussed above, in s. 31(2)(a), a preliminary assessment of the merits of the question of law at issue in the leave application is to be considered in determining the miscarriage of justice question. The degree of significance of the issue to the parties is covered by the “importance of the result of the arbitration to the parties” criterion in s. 31(2)(a). The degree of significance of the issue to third parties and to the community at large should not be considered under s. 31(2)(a) as the AA sets these out as separate grounds for granting leave to appeal under s. 31(2)(b) and (c). Furthermore, respect for the forum of arbitration chosen by the parties is a consideration that animates the legislation itself and

[86] Je conviens avec la juge Saunders pour dire qu’il n’est pas opportun de dresser ce qu’elle appelle une [TRADUCTION] « liste immuable » de facteurs à considérer dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu au par. 31(2) (*BCIT*, par. 32). Cependant, je ne peux convenir que tous les facteurs qui figurent sur la liste qu’elle a dressée sont applicables à cette étape de l’analyse.

[87] Dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l’al. 31(2)(a) et qui l’habilite à rejeter la demande d’autorisation, le tribunal devrait examiner les motifs traditionnels justifiant le refus d’une réparation discrétionnaire : la conduite des parties, l’existence d’autres recours et tout retard indu (*Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326, p. 364-367). L’exercice du pouvoir discrétionnaire qui permet de refuser une réparation fait intervenir des considérations relatives à la prépondérance des inconvénients (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 52). Parmi celles-ci se trouve le besoin urgent d’obtenir un règlement définitif.

[88] Quant aux autres facteurs mentionnés dans la liste et dont je traite successivement ci-après, j’estime qu’ils ont déjà été examinés dans le cadre de l’analyse fondée sur l’al. 31(2)(a) ou qu’il conviendrait mieux de les examiner à un autre volet du critère énoncé au par. 31(2). Une fois examinés, ces facteurs ne devraient pas être réexaminés par le tribunal au moment de l’exercice de son pouvoir discrétionnaire résiduel.

[89] Je le rappelle, dans l’analyse fondée sur l’al. 31(2)(a), il faut procéder à l’examen préliminaire du bien-fondé de la question de droit soulevée dans la demande d’autorisation pour déterminer s’il y a risque d’erreur judiciaire. La question de l’importance pour les parties se règle à l’al. 31(2)(a) : [TRADUCTION] « l’importance de l’issue de l’arbitrage pour les parties ». L’importance de la question pour les tiers et pour la société en général ne doit pas être examinée à l’al. 31(2)(a), car l’AA prévoit ces motifs à des dispositions distinctes, soit les al. 31(2)(b) et (c). En outre, le respect du choix des parties d’avoir recours à l’arbitrage sous-tend la loi elle-même, ce dont témoigne le seuil élevé auquel l’autorisation

can be seen in the high threshold to obtain leave under s. 31(2)(a). Recognition that arbitration is often chosen as a means to obtain a fast and final resolution tailor-made for the issues is already reflected in the urgent need for a final answer.

[90] As for the stage of the process at which the decision sought to be appealed was made, it is not a consideration relevant to the exercise of the court's residual discretion to deny leave under s. 31(2)(a). This factor seeks to address the concern that granting leave to appeal an interlocutory decision may be premature and result in unnecessary fragmentation and delay of the legal process (D. J. M. Brown and J. M. Evans, with the assistance of C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at pp. 3-67 to 3-76). However, any such concern will have been previously addressed by the leave court in its analysis of whether a miscarriage of justice may arise; more specifically, whether the interlocutory issue has the potential to affect the final result. As such, the above-mentioned concerns should not be considered anew.

[91] In sum, a non-exhaustive list of discretionary factors to consider in a leave application under s. 31(2)(a) of the AA would include:

- conduct of the parties;
- existence of alternative remedies;
- undue delay; and
- the urgent need for a final answer.

[92] These considerations could, where applicable, be a sound basis for declining leave to appeal an arbitral award even where the statutory criteria of s. 31(2)(a) have been met. However, courts should

est subordonnée aux termes de l'al. 31(2)(a). La reconnaissance du fait que l'arbitrage constitue souvent un moyen expéditif et définitif de régler les différends et spécialement conçu pour traiter les enjeux susceptibles de toucher les parties à la convention d'arbitrage s'inscrit dans le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[90] Quant à l'étape du processus à laquelle la décision dont on veut faire appel a été rendue, ce n'est pas un facteur pertinent pour l'exercice par le tribunal du pouvoir discrétionnaire résiduel conféré par l'al. 31(2)(a) qui lui permet de refuser l'autorisation. Ce facteur a été défini en réponse à des préoccupations selon lesquelles l'autorisation d'appeler d'une décision interlocutoire risque d'être prématurée et d'entraîner des retards indus ainsi qu'une fragmentation inutile du processus judiciaire (D. J. M. Brown et J. M. Evans, avec la collaboration de C. E. Deacon, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), p. 3-67 à 3-76). Or, ces préoccupations auront été dissipées par la formation saisie de la demande d'autorisation lorsqu'elle se sera penchée sur le risque d'erreur judiciaire, et, plus précisément, sur la possibilité que la question interlocutoire ait une incidence sur le résultat final. Ainsi, les préoccupations mentionnées précédemment ne devraient donc pas être réexaminées.

[91] En résumé, une liste non exhaustive des facteurs à prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire à l'égard d'une demande d'autorisation présentée en vertu de l'al. 31(2)(a) de l'AA comprendrait :

- la conduite des parties;
- l'existence d'autres recours;
- un retard indu;
- le besoin urgent d'obtenir un règlement définitif.

[92] Ces facteurs pourraient, le cas échéant, justifier le rejet de la demande sollicitant l'autorisation d'interjeter appel d'une sentence arbitrale même dans le cas où il est satisfait aux critères prévus à

exercise such discretion with caution. Having found an error of law and, at least with respect to s. 31(2)(a), a potential miscarriage of justice, these discretionary factors must be weighed carefully before an otherwise eligible appeal is rejected on discretionary grounds.

(b) *Application to the Present Case*

[93] The SC Leave Court judge denied leave on the basis that there was no question of law. Even had he found a question of law, the SC Leave Court judge stated that he would have exercised his residual discretion to deny leave for two reasons: first, because of Creston's conduct in misrepresenting the status of the finder's fee issue to the TSXV and Sattva; and second, "on the principle that one of the objectives of the [AA] is to foster and preserve the integrity of the arbitration system" (para. 41). The CA Leave Court overruled the SC Leave Court on both of these discretionary grounds.

[94] For the reasons discussed above, fostering and preserving the integrity of the arbitral system should not be a discrete discretionary consideration under s. 31(2)(a). While the scheme of s. 31(2) recognizes this objective, the exercise of discretion must pertain to the facts and circumstances of a particular case. This general objective is not a discretionary matter for the purposes of denying leave.

[95] However, conduct of the parties is a valid consideration in the exercise of the court's residual discretion under s. 31(2)(a). A discretionary decision to deny leave is to be reviewed with deference by an appellate court. A discretionary decision should not be interfered with merely because an appellate court would have exercised the discretion differently (*R. v. Bellusci*, 2012 SCC 44, [2012]

l'al. 31(2)(a). Cependant, les tribunaux devraient faire preuve de prudence dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Après avoir conclu à l'existence d'une erreur de droit et, au moins en ce qui concerne l'al. 31(2)(a), d'un risque d'erreur judiciaire, le tribunal doit soupeser ces facteurs avec soin avant de décider s'il va rejeter ou non pour des motifs discrétionnaires une demande par ailleurs admissible.

b) *Application au présent pourvoi*

[93] Le juge de la CS saisi de la demande d'autorisation a rejeté cette dernière au motif qu'elle ne soulevait aucune question de droit. Il a indiqué que, même s'il avait conclu à l'existence d'une telle question, il aurait refusé l'autorisation en vertu de son pouvoir discrétionnaire résiduel, et ce, pour deux raisons : premièrement, à cause de la conduite de Creston qui a présenté inexactement les faits relatifs aux honoraires d'intermédiation à la Bourse et à Sattva; deuxièmement, [TRADUCTION] « par égard pour le principe selon lequel l'[AA] a notamment pour objectif de favoriser et de préserver l'intégrité du système d'arbitrage » (par. 41). La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a écarté la décision de la CS pour ces deux raisons discrétionnaires.

[94] Pour les motifs énoncés précédemment, l'objectif qui vise à favoriser et à préserver l'intégrité du système d'arbitrage ne devrait pas constituer une considération distincte dans l'analyse que requiert l'al. 31(2)(a) préalable à l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Bien que le régime instauré par le par. 31(2) reconnaît cet objectif, l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit se rapporter aux faits et aux circonstances de l'affaire. Cet objectif général ne fait pas partie des considérations susceptibles de justifier le refus discrétionnaire de l'autorisation.

[95] Toutefois, la conduite des parties est un facteur que le tribunal peut prendre en considération dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire résiduel que lui confère l'al. 31(2)(a). La cour d'appel doit faire preuve de déférence lorsqu'elle contrôle la décision discrétionnaire de refuser l'autorisation d'interjeter appel. Elle doit se garder d'intervenir seulement parce qu'elle aurait exercé son pouvoir

2 S.C.R. 509, at paras. 18 and 30). An appellate court is only justified in interfering with a lower court judge's exercise of discretion if that judge misdirected himself or if his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice (*R. v. Bjelland*, 2009 SCC 38, [2009] 2 S.C.R. 651, at para. 15; and *R. v. Regan*, 2002 SCC 12, [2002] 1 S.C.R. 297, at para. 117).

[96] Here, the SC Leave Court relied upon a well-accepted consideration in deciding to deny discretionary relief: the misconduct of Creston. The CA Leave Court overturned this decision on the grounds that Creston's conduct was "not directly relevant to the question of law" advanced on appeal (at para. 27).

[97] The CA Leave Court did not explain why misconduct need be directly relevant to a question of law for the purpose of denying leave. I see nothing in s. 31(2) of the AA that would limit a leave judge's exercise of discretion in the manner suggested by the CA Leave Court. My reading of the jurisprudence does not support the view that misconduct must be directly relevant to the question to be decided by the court.

[98] In *Homex Realty and Development Co. v. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 S.C.R. 1011, at pp. 1037-38, misconduct by a party not directly relevant to the question at issue before the court resulted in denial of a remedy. The litigation in *Homex* arose out of a disagreement regarding whether the purchaser of lots in a subdivision, Homex, had assumed the obligations of the vendor under a subdivision agreement to provide "all the requirements, financial and otherwise" for the installation of municipal services on a parcel of land that had been subdivided (pp. 1015-16). This Court determined that Homex had not been accorded procedural fairness when the municipality passed a by-law related to the dispute (p. 1032). Nevertheless, discretionary relief to quash the by-law was denied because, among other things, Homex had sought "throughout all these proceedings to

discretionnaire différemment (*R. c. Bellusci*, 2012 CSC 44, [2012] 2 R.C.S. 509, par. 18 et 30). La cour d'appel ne saurait intervenir à l'égard de l'exercice du pouvoir discrétionnaire par le juge de l'instance inférieure que si celui-ci s'est fondé sur des considérations erronées en droit ou si sa décision est erronée au point de créer une injustice (*R. c. Bjelland*, 2009 CSC 38, [2009] 2 R.C.S. 651, par. 15; *R. c. Regan*, 2002 CSC 12, [2002] 1 R.C.S. 297, par. 117).

[96] En l'espèce, la formation de la CS saisie de la demande d'autorisation a fondé sur un facteur reconnu sa décision de refuser la réparation discrétionnaire : l'inconduite de Creston. La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a infirmé cette décision au motif que [TRADUCTION] « ces faits [la conduite de Creston] n'intéressent pas directement la question de droit » soulevée en appel (par. 27).

[97] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation n'a pas expliqué pourquoi l'inconduite doit se rapporter directement à une question de droit pour que l'autorisation soit refusée. Rien dans le par. 31(2) de l'AA ne limite l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi de la demande d'autorisation de la façon avancée par la Cour d'appel. Mon interprétation de la jurisprudence ne cadre pas avec le point de vue selon lequel l'inconduite d'une partie doit se rapporter directement à la question devant être tranchée par la cour.

[98] Dans l'arrêt *Homex Realty and Development Co. c. Corporation of the Village of Wyoming*, [1980] 2 R.C.S. 1011, p. 1037-1038, l'inconduite d'une partie ne se rapportait pas directement à la question en cause devant la Cour, mais cette dernière a néanmoins refusé d'accorder la réparation. Le litige tirait son origine d'un désaccord sur la question de savoir si l'acheteur de lots sur un lotissement, Homex, avait assumé les obligations du vendeur prévues à la convention de lotissement, c'est-à-dire de satisfaire à « toutes les exigences, financières ou autres » relativement à l'installation des services d'utilité publique sur un lotissement (p. 1015-1016). La Cour décide qu'Homex n'a pas bénéficié de l'équité procédurale lorsque la municipalité avait adopté un règlement se rapportant au litige (p. 1032). Néanmoins, la demande visant à obtenir l'annulation discrétionnaire du règlement a été rejetée notamment

avoid the burden associated with the subdivision of the lands” that it owned (p. 1037), even though the Court held that Homex knew this obligation was its responsibility (pp. 1017-19). This conduct was related to the dispute that gave rise to the litigation, but not to the question of whether the by-law was enacted in a procedurally fair manner. Accordingly, I read *Homex* as authority for the proposition that misconduct related to the dispute that gave rise to the proceedings may justify the exercise of discretion to refuse the relief sought, in this case refusing to grant leave to appeal.

[99] Here, the arbitrator found as a fact that Creston misled the TSXV and Sattva regarding “the nature of the obligation it had undertaken to Sattva by representing that the finder’s fee was payable in cash” (para. 56(k)). While this conduct is not tied to the question of law found by the CA Leave Court, it is tied to the arbitration proceeding convened to determine which share price should be used to pay Sattva’s finder’s fee. The SC Leave Court was entitled to rely upon such conduct as a basis for denying leave pursuant to its residual discretion.

[100] In the result, in my respectful opinion, even if the CA Leave Court had identified a question of law and the miscarriage of justice test had been met, it should have upheld the SC Leave Court’s denial of leave to appeal in deference to that court’s exercise of judicial discretion.

[101] Although the CA Leave Court erred in granting leave, these protracted proceedings have nonetheless now reached this Court. In light of the fact that the true concern between the parties is the merits of the appeal — that is, how much the Agreement requires Creston to pay Sattva — and that the courts below differed significantly in their interpretation of the Agreement, it would be

parce que « [t]out au long de ces procédures, Homex a cherché à éviter les obligations qui se rattachent au lotissement des terrains » qu’elle détenait (p. 1037), même si Homex savait, de l’avis de la Cour, qu’elle devait assumer cette obligation (p. 1017-1019). Cette conduite se rapportait, non pas à la question de savoir si le règlement avait été adopté d’une manière équitable sur le plan de la procédure, mais au désaccord à l’origine du litige. Par conséquent, je crois que l’arrêt *Homex* étaye la proposition selon laquelle une conduite répréhensible se rapportant au différend à l’origine du litige peut justifier le refus de la réparation discrétionnaire sollicitée, en l’occurrence l’autorisation d’interjeter appel.

[99] En l’espèce, l’arbitre a tiré la conclusion de fait suivante : Creston a induit la Bourse et Sattva en erreur en ce qui concerne [TRADUCTION] « la nature de l’obligation qu’elle avait contractée envers Sattva en affirmant que les honoraires d’intermédiation étaient payables en argent » (par. 56(k)). Bien que cette conduite ne soit pas reliée à la question de droit énoncée par la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation, elle est reliée à l’arbitrage visant à déterminer le cours de l’action applicable aux fins du versement des honoraires d’intermédiation de Sattva. La Cour suprême pouvait à bon droit fonder sur une telle conduite sa décision de refuser l’autorisation, en vertu de son pouvoir discrétionnaire.

[100] Par conséquent, à mon humble avis, même si la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation avait défini une question de droit et qu’il avait été satisfait au critère du risque d’erreur judiciaire, elle aurait dû confirmer la décision de la formation de la CS saisie de la demande d’autorisation de rejeter cette demande, par égard pour l’exercice du pouvoir discrétionnaire de cette cour.

[101] S’il est vrai que la formation de la CA saisie de la demande d’autorisation a commis une erreur en autorisant l’appel, ces interminables procédures ne s’en trouvent pas moins à l’heure actuelle devant nous. Puisque, par ailleurs, c’est la question de fond de l’appel — soit celle de savoir combien l’entente exige que Creston paie à Sattva — qui intéresse réellement les parties, et que les tribunaux d’instance

unsatisfactory not to address the very dispute that has given rise to these proceedings. I will therefore proceed to consider the three remaining questions on appeal as if leave to appeal had been properly granted.

C. *Standard of Review Under the AA*

[102] I now turn to consideration of the decisions of the appeal courts. It is first necessary to determine the standard of review of the arbitrator's decision in respect of the question on which the CA Leave Court granted leave: whether the arbitrator construed the finder's fee provision in light of the Agreement as a whole, particularly, whether the finder's fee provision was interpreted having regard for the "maximum amount" proviso.

[103] At the outset, it is important to note that the *Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, c. 45, which sets out standards of review of the decisions of many statutory tribunals in British Columbia (see ss. 58 and 59), does not apply in the case of arbitrations under the AA.

[104] Appellate review of commercial arbitration awards takes place under a tightly defined regime specifically tailored to the objectives of commercial arbitrations and is different from judicial review of a decision of a statutory tribunal. For example, for the most part, parties engage in arbitration by mutual choice, not by way of a statutory process. Additionally, unlike statutory tribunals, the parties to the arbitration select the number and identity of the arbitrators. These differences mean that the judicial review framework developed in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, and the cases that followed it, is not entirely applicable to the commercial arbitration context. For example, the AA forbids review of an arbitrator's factual findings. In the context of commercial arbitration, such a provision is absolute. Under the

inférieure ont considérablement divergé d'opinion quant à l'interprétation qu'il faut donner à l'entente, il serait bien peu satisfaisant que le véritable litige à l'origine de cette instance ne soit pas réglé. Je vais donc examiner les trois autres questions soulevées en appel comme si l'autorisation d'interjeter appel avait été accordée à bon droit.

C. *Norme de contrôle applicable aux affaires régies par l'AA*

[102] Abordons les décisions des tribunaux siégeant en appel. Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer la norme applicable au contrôle de la sentence arbitrale en fonction de la question à l'égard de laquelle la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a accordé cette dernière : l'arbitre a-t-il interprété la disposition sur les honoraires d'intermédiation à la lumière de l'entente dans son ensemble? Plus particulièrement, l'a-t-il interprétée en tenant compte de la stipulation relative au « plafond »?

[103] D'entrée de jeu, il convient de souligner que l'*Administrative Tribunals Act*, S.B.C. 2004, ch. 45, laquelle prévoit les normes de contrôle applicables aux décisions rendues par de nombreux tribunaux administratifs de la Colombie-Britannique (art. 58 et 59), ne s'applique pas aux arbitrages régis par l'AA.

[104] L'examen en appel des sentences arbitrales commerciales s'inscrit dans un régime, strictement défini et adapté aux objectifs de l'arbitrage commercial, qui diffère du contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif. Par exemple, la plupart du temps, les parties décident d'un commun accord de soumettre leur différend à l'arbitrage. Il ne s'agit pas d'un processus imposé par la loi. De plus, contrairement à la procédure devant un tribunal administratif, dans le cas d'un arbitrage les parties à la convention choisissent le nombre d'arbitres et l'identité de chacun. Ces différences révèlent que le cadre relatif au contrôle judiciaire établi dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, et les arrêts rendus depuis, ne peut être tout à fait transposé dans le contexte de l'arbitrage commercial. Par exemple, l'AA interdit

Dunsmuir judicial review framework, a privative clause does not prevent a court from reviewing a decision, it simply signals deference (*Dunsmuir*, at para. 31).

[105] Nevertheless, judicial review of administrative tribunal decisions and appeals of arbitration awards are analogous in some respects. Both involve a court reviewing the decision of a non-judicial decision-maker. Additionally, as expertise is a factor in judicial review, it is a factor in commercial arbitrations: where parties choose their own decision-maker, it may be presumed that such decision-makers are chosen either based on their expertise in the area which is the subject of dispute or are otherwise qualified in a manner that is acceptable to the parties. For these reasons, aspects of the *Dunsmuir* framework are helpful in determining the appropriate standard of review to apply in the case of commercial arbitration awards.

[106] *Dunsmuir* and the post-*Dunsmuir* jurisprudence confirm that it will often be possible to determine the standard of review by focusing on the nature of the question at issue (see for example *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 44). In the context of commercial arbitration, where appeals are restricted to questions of law, the standard of review will be reasonableness unless the question is one that would attract the correctness standard, such as constitutional questions or questions of law of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator's expertise (*Alberta Teachers' Association*, at para. 30). The question at issue here, whether the arbitrator interpreted the Agreement as a whole, does not fall into one of those categories. The relevant portions of the *Dunsmuir* analysis point to a standard of review of reasonableness in this case.

le contrôle des conclusions de fait tirées par l'arbitre. En matière d'arbitrage commercial, une telle disposition est absolue. Suivant le cadre établi dans *Dunsmuir*, l'existence d'une disposition d'inattaquabilité (aussi appelée clause privative) n'empêche pas le tribunal judiciaire de procéder au contrôle d'une décision administrative, elle signale simplement que la déférence est de mise (*Dunsmuir*, par. 31).

[105] Il demeure que le contrôle judiciaire d'une décision rendue par un tribunal administratif et l'appel d'une sentence arbitrale se ressemblent dans une certaine mesure. Dans les deux cas, le tribunal examine la décision rendue par un décideur administratif. En outre, l'expertise constitue un facteur tant en matière de contrôle judiciaire qu'en matière d'arbitrage commercial : quand les parties choisissent leur propre décideur, on peut présumer qu'elles fondent leur choix sur l'expertise de l'arbitre dans le domaine faisant l'objet du litige ou jugent sa compétence acceptable. Pour ces raisons, j'estime que certains éléments du cadre établi dans l'arrêt *Dunsmuir* aident à déterminer le degré de déférence qu'il convient d'accorder aux sentences rendues en matière d'arbitrage commercial.

[106] La jurisprudence depuis l'arrêt *Dunsmuir* vient confirmer qu'il est souvent possible de déterminer la norme de contrôle applicable suivant la nature de la question en litige (voir par exemple *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 44). En matière d'arbitrage commercial, la possibilité d'interjeter appel étant subordonnée à l'existence d'une question de droit, la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable, à moins que la question n'appartienne à celles qui entraînent l'application de la norme de la décision correcte, comme les questions constitutionnelles ou les questions de droit qui revêtent une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et qui sont étrangères au domaine d'expertise du décideur (*Alberta Teachers' Association*, par. 30). La question dont nous sommes saisis, à savoir si l'arbitre a interprété l'entente dans son ensemble, n'appartient pas à l'une ou l'autre de ces catégories. Compte tenu des éléments pertinents de l'analyse établie dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de la décision raisonnable s'applique en l'espèce.

D. *The Arbitrator Reasonably Construed the Agreement as a Whole*

[107] For largely the reasons outlined by Justice Armstrong in paras. 57-75 of the SC Appeal Court decision, in my respectful opinion, in determining that Sattva is entitled to be paid its finder's fee in shares priced at \$0.15 per share, the arbitrator reasonably construed the Agreement as a whole. Although Justice Armstrong conducted a correctness review of the arbitrator's decision, his reasons amply demonstrate the reasonableness of that decision. The following analysis is largely based upon his reasoning.

[108] The question that the arbitrator had to decide was which date should be used to determine the price of the shares used to pay the finder's fee: the date specified in the Market Price definition in the Agreement or the date the finder's fee was to be paid?

[109] The arbitrator concluded that the price determined by the Market Price definition prevailed, i.e. \$0.15 per share. In his view, this conclusion followed from the words of the Agreement and was "clear and beyond argument" (para. 23). Apparently, because he considered this issue clear, he did not offer extensive reasons in support of his conclusion.

[110] In *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, Abella J. cites Professor David Dyzenhaus to explain that, when conducting a reasonableness review, it is permissible for reviewing courts to supplement the reasons of the original decision-maker as part of the reasonableness analysis:

"Reasonable" means here that the reasons do in fact or in principle support the conclusion reached. That is, even if the reasons in fact given do not seem wholly adequate to support the decision, the court must first seek to supplement them before it seeks to subvert them. For if it is right that among the reasons for deference are the appointment of the tribunal and not the court as the front line adjudicator, the tribunal's proximity to the dispute, its expertise, etc., then it is also the case that its decision should be presumed to be correct even if its reasons are in

D. *L'arbitre a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble*

[107] Essentiellement pour les mêmes motifs que ceux exprimés par le juge Armstrong aux par. 57-75 de la décision de la CS sur l'appel, je suis d'avis que l'arbitre, en déterminant que Sattva était en droit de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions, à raison de 0,15 \$ l'action, a donné une interprétation raisonnable de l'entente considérée dans son ensemble. Le juge Armstrong a contrôlé la décision de l'arbitre selon la norme de la décision correcte, mais ses motifs démontrent amplement le caractère raisonnable de cette décision. L'analyse qui suit est largement fondée sur son raisonnement.

[108] La question que devait trancher l'arbitre portait sur la date qui doit être retenue pour évaluer le cours de l'action aux fins du versement des honoraires d'intermédiation : la date établie selon la définition du cours qui figure dans l'entente ou la date du versement des honoraires d'intermédiation.

[109] L'arbitre a conclu que la valeur calculée selon la définition du cours l'emportait, soit 0,15 \$ l'action. Selon lui, tel constat découlait des termes de l'entente et était [TRADUCTION] « clair et incontestable » (par. 23). Apparemment, comme il estimait que ce point était clair, il ne l'a pas motivé abondamment.

[110] Dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses' Union*, la juge Abella cite le professeur David Dyzenhaus pour expliquer que les tribunaux siégeant en révision peuvent compléter les motifs du décideur de première ligne dans le cadre de l'analyse du caractère raisonnable :

[TRADUCTION] Le « caractère raisonnable » s'entend ici du fait que les motifs étaient, effectivement ou en principe, la conclusion. Autrement dit, même si les motifs qui ont en fait été donnés ne semblent pas tout à fait convenables pour étayer la décision, la cour de justice doit d'abord chercher à les compléter avant de tenter de les contrecarrer. Car s'il est vrai que parmi les motifs pour lesquels il y a lieu de faire preuve de retenue on compte le fait que c'est le tribunal, et non la cour de justice, qui a été désigné comme décideur de

some respects defective. [Emphasis added by Abella J.; para. 12.]

(Quotation from D. Dyzenhaus, “The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy”, in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 304)

Accordingly, Justice Armstrong’s explanation of the interaction between the Market Price definition and the “maximum amount” proviso can be considered a supplement to the arbitrator’s reasons.

[111] The two provisions at issue here are the Market Price definition and the “maximum amount” proviso:

2. DEFINITIONS

“**Market Price**” for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the Company’s stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

And:

3. FINDER’S FEE

3.1 . . . the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder’s fee (the “Finder’s Fee”) based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder’s fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder’s Fee Limitations. [Emphasis added.]

première ligne, la connaissance directe qu’a le tribunal du différend, son expertise, etc., il est aussi vrai qu’on doit présumer du bien-fondé de sa décision même si ses motifs sont lacunaires à certains égards. [Soulignement ajouté par la juge Abella; par. 12.]

(Citation de D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 304)

Par conséquent, on peut supposer que l’explication donnée par le juge Armstrong du jeu de la définition du cours et de la stipulation relative au « plafond » complète les motifs de l’arbitre.

[111] Les deux clauses en cause sont la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c’est-à-dire qu’il s’entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s’entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l’acquisition.

Et :

3. HONORAIRES D’INTERMÉDIATION

3.1 . . . la société convient qu’à la conclusion d’une acquisition qui lui a été présentée par l’intermédiaire, elle verse à l’intermédiaire des honoraires (des « honoraires d’intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d’intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l’intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n’excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d’intermédiation. [Je souligne.]

[112] Section 3.1 entitles Sattva to be paid a finder's fee in shares based on the "Market Price". Section 2 of the Agreement states that Market Price for companies listed on the TSXV should be "calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition". In this case, shares priced on the basis of the Market Price definition would be \$0.15 per share. The words "provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder's Fee Limitations" in s. 3.1 of the Agreement constitute the "maximum amount" proviso. This proviso limits the amount of the finder's fee. The maximum finder's fee in this case is US\$1.5 million (see s. 3.3 of the TSXV Policy 5.1 in Appendix II).

[113] While the "maximum amount" proviso limits the amount of the finder's fee, it does not affect the Market Price definition. As Justice Armstrong explained, the Market Price definition acts to fix the date at which one medium of payment (US\$) is transferred into another (shares):

The medium for payment of the finder's fee is clearly established by the fee agreement. The market value of those shares at the time that the parties entered into the fee agreement was unknown. The respondent analogizes between payment of the \$1.5 million US finder's fee in shares and a hypothetical agreement permitting payment of \$1.5 million US in Canadian dollars. Both agreements would contemplate a fee paid in different currencies. The exchange rate of the US and Canadian dollar would be fixed to a particulate date, as is the value of the shares by way of the Market Price in the fee agreement. That exchange rate would determine the number of Canadian dollars paid in order to satisfy the \$1.5 million US fee, as the Market Price does for the number of shares paid in relation to the fee. The Canadian dollar is the form of the fee payment, as are the shares. Whether the Canadian dollar increased or decreased in value after the date on which the exchange rate is based is irrelevant. The amount of the fee paid remains \$1.5 million US, payable in the number of Canadian dollars (or shares) equal to the

[112] L'article 3.1 de l'entente permet à Sattva de recevoir ses honoraires d'intermédiation en actions en fonction du « cours ». Aux termes de l'art. 2 de l'entente, le cours des titres des sociétés cotées à la Bourse de croissance TSX est égal au « cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition ». En l'espèce, compte tenu de la définition du cours, l'action vaudrait 0,15 \$. Le passage « dans la mesure où le montant des honoraires n'excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d'intermédiation » tiré de l'art. 3.1 de l'entente constitue la stipulation relative au « plafond ». Cette stipulation limite le montant des honoraires d'intermédiation. Le plafond correspond dans le cas qui nous occupe à 1,5 million \$US (voir le point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse à l'annexe II).

[113] La stipulation relative au « plafond » limite le montant des honoraires d'intermédiation, mais elle ne change rien à la définition du cours. Comme l'explique le juge Armstrong, la définition du cours fixe la date à laquelle un moyen de paiement (dollars américains) est converti en un autre (actions) :

[TRADUCTION] Le moyen de paiement des honoraires d'intermédiation est clairement établi par l'entente conclue en ce sens. La valeur marchande de ces actions au moment où les parties ont conclu cette entente était inconnue. L'intimée établit une analogie entre le paiement en actions des honoraires d'intermédiation de 1,5 million \$US et une entente hypothétique en vertu de laquelle la somme de 1,5 million \$US serait convertie en dollars canadiens. Dans les deux cas, les honoraires seraient payés en devises différentes. Le taux de change d'une à l'autre serait fixé à une date précise, tout comme l'est le cours de l'action dans l'entente relative aux honoraires. Ce taux de change permettrait de calculer la somme à verser en dollars canadiens en règlement des honoraires de 1,5 million \$US, tout comme le cours permet de déterminer le nombre d'actions cédées en règlement des honoraires. Le dollar canadien est une forme de paiement, au même titre que l'action. Il importe peu que la valeur du dollar canadien augmente ou diminue après la date fixée pour établir le taux de change. Le

amount of the fee based on the value of that currency on the date that the value is determined.

montant des honoraires payé est toujours égal à 1,5 million \$US. Il est converti en un certain nombre de dollars canadiens (ou d'actions) équivalant au montant des honoraires en fonction de la valeur de la devise à la date à laquelle cette valeur est déterminée.

(SC Appeal Court decision, at para. 71)

(Décision de la CS sur l'appel, par. 71)

[114] Justice Armstrong explained that Creston's position requires the Market Price definition to be ignored and for the shares to be priced based on the valuation done in anticipation of a private placement.

[114] Comme l'explique le juge Armstrong, accepter la position de Creston revient à ne pas tenir compte de la définition du cours et à fixer le cours de l'action en fonction de l'évaluation faite en prévision d'un placement privé.

[115] However, nothing in the Agreement expresses or implies that compliance with the "maximum amount" proviso should be reassessed at a date closer to the payment of the finder's fee. Nor is the basis for the new valuation, in this case a private placement, mentioned or implied in the Agreement. To accept Creston's interpretation would be to ignore the words of the Agreement which provide that the "finder's fee is to be paid in shares of the Company based on Market Price".

[115] Cependant, rien dans l'entente n'indique, expressément ou implicitement, qu'il faille réévaluer avant la date du versement des honoraires d'intermédiation la conformité à la stipulation relative au « plafond ». L'entente ne précise pas non plus — ni expressément, ni implicitement — la base sur laquelle il faudrait procéder à une telle réévaluation — en l'occurrence un placement privé. Accepter l'interprétation de Creston reviendrait à faire fi du libellé de l'entente selon lequel les « honoraires d'intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ».

[116] The arbitrator's decision that the shares should be priced according to the Market Price definition gives effect to both the Market Price definition and the "maximum amount" proviso. The arbitrator's interpretation of the Agreement, as explained by Justice Armstrong, achieves this goal by reconciling the Market Price definition and the "maximum amount" proviso in a manner that cannot be said to be unreasonable.

[116] La sentence arbitrale, selon laquelle l'action devrait être évaluée en fonction de la définition du cours, donne effet à cette dernière et à la stipulation relative au « plafond ». Comme l'explique le juge Armstrong, l'interprétation par l'arbitre de l'entente atteint cet objectif en conciliant la définition du cours et la stipulation relative au « plafond » d'une manière qui ne peut être considérée comme déraisonnable.

[117] As Justice Armstrong explained, setting the share price in advance creates a risk that makes selecting payment in shares qualitatively different from choosing payment in cash. There is an inherent risk in accepting a fee paid in shares that is not present when accepting a fee paid in cash. A fee paid in cash has a specific predetermined value. By contrast, when a fee is paid in shares, the price of the shares (or mechanism to determine the price of the shares) is set in advance. However, the price of those shares on the market will change over time. The recipient

[117] Comme l'explique le juge Armstrong, fixer le cours de l'action en avance engendre un risque qui rend le paiement en actions qualitativement différent du paiement en argent. Le versement des honoraires sous forme d'actions présente un risque inhérent, qui ne se pose pas dans le cas du versement en argent. Les honoraires payés en argent ont une valeur prédéterminée. Par contre, quand les honoraires sont versés en actions, le cours de l'action (ou le mécanisme permettant de le déterminer) est fixé à l'avance. Cependant, le cours de l'action

of a fee paid in shares hopes the share price will rise resulting in shares with a market value greater than the value of the shares at the predetermined price. However, if the share price falls, the recipient will receive shares worth less than the value of the shares at the predetermined price. This risk is well known to those operating in the business sphere and both Creston and Sattva would have been aware of this as sophisticated business parties.

[118] By accepting payment in shares, Sattva was accepting that it was subject to the volatility of the market. If Creston's share price had fallen, Sattva would still have been bound by the share price determined according to the Market Price definition resulting in it receiving a fee paid in shares with a market value of less than the maximum amount of US\$1.5 million. It would make little sense to accept the risk of the share price decreasing without the possibility of benefitting from the share price increasing. As Justice Armstrong stated:

It would be inconsistent with sound commercial principles to insulate the appellant from a rise in share prices that benefitted the respondent at the date that the fee became payable, when such a rise was foreseeable and ought to have been addressed by the appellant, just as it would be inconsistent with sound commercial principles, and the terms of the fee agreement, to increase the number of shares allocated to the respondent had their value decreased relative to the Market Price by the date that the fee became payable. Both parties accepted the possibility of a change in the value of the shares after the Market Price was determined when entering into the fee agreement.

(SC Appeal Court decision, at para. 70)

[119] For these reasons, the arbitrator did not ignore the "maximum amount" proviso. The arbitrator's reasoning, as explained by Justice Armstrong, meets the reasonableness threshold of justifiability, transparency and intelligibility (*Dunsmuir*, at para. 47).

fluctue avec le temps. La personne qui reçoit des honoraires payés en actions espère une augmentation du cours, de sorte que ses actions auront une valeur marchande supérieure à celle qui est établie selon le cours prédéterminé. En revanche, si le cours chute, cette personne reçoit des actions dont la valeur est inférieure à celle des actions selon le cours prédéterminé. Ce risque est bien connu de ceux qui évoluent dans ce milieu, et Creston et Sattva, des parties avisées, en auraient eu connaissance.

[118] En acceptant un paiement en actions, Sattva acceptait de se soumettre à la volatilité du marché. Si l'action de Creston avait chuté, Sattva aurait tout de même été liée par la valeur déterminée en application de la définition du cours, de sorte qu'elle aurait reçu des actions d'une valeur marchande inférieure au plafond de 1,5 million \$US. Il ne serait guère logique d'accepter le risque d'une baisse du cours de l'action sans avoir la possibilité de bénéficier d'une hausse. Pour reprendre les propos du juge Armstrong :

[TRADUCTION] Il serait contraire aux principes commerciaux reconnus de protéger l'appelante de la hausse du cours de l'action dont bénéficiait l'intimée à la date de versement des honoraires, alors qu'une telle augmentation était prévisible et aurait dû être soulevée par l'appelante, tout comme il serait contraire aux principes commerciaux reconnus, et aux termes de l'entente relative aux honoraires, d'augmenter le nombre d'actions cédées à l'intimée dans le cas où leur valeur aurait baissé par rapport au cours en vigueur à la date du versement des honoraires. Les deux parties ont reconnu, quand elles ont conclu l'entente relative aux honoraires, la possibilité de fluctuation de la valeur de l'action après la définition du cours.

(Décision de la CS sur l'appel, par. 70)

[119] Pour ces raisons, on ne peut prétendre que l'arbitre n'a pas tenu compte de la stipulation de l'entente relative au « plafond ». Le raisonnement de l'arbitre, que le juge Armstrong explique, satisfait à la norme du caractère raisonnable dont les attributs sont la justification, la transparence et l'intelligibilité (*Dunsmuir*, par. 47).

E. Appeal Courts Are Not Bound by Comments on the Merits of the Appeal Made by Leave Courts

[120] The CA Appeal Court held that it and the SC Appeal Court were bound by the findings made by the CA Leave Court regarding not simply the decision to grant leave to appeal, but also the merits of the appeal. In other words, it found that the SC Appeal Court erred in law by ignoring the findings of the CA Leave Court regarding the merits of the appeal.

[121] The CA Appeal Court noted two specific findings regarding the merits of the appeal that it held were binding on it and the SC Appeal Court: (1) it would be anomalous if the Agreement allowed Sattva to receive US\$1.5 million if it received its fee in cash, but allowed it to receive shares valued at approximately \$8 million if Sattva received its fee in shares; and (2) that the arbitrator ignored this anomaly and did not address s. 3.1 of the Agreement:

The [SC Appeal Court] judge found the arbitrator had expressly addressed the maximum amount payable under paragraph 3.1 of the Agreement and that he was correct.

This finding is contrary to the remarks of Madam Justice Newbury in the earlier appeal that, if Sattva took its fee in shares valued at \$0.15, it would receive a fee having a value at the time the fee became payable of over \$8 million. If the fee were taken in cash, the amount payable would be \$1.5 million US. Newbury J.A. specifically held that the arbitrator did not note this anomaly and did not address the meaning of paragraph 3.1 of the Agreement.

The [SC Appeal Court] judge was bound to accept those findings. Similarly, absent a five-judge division in this appeal, we must also accept those findings. [paras. 42-44]

E. La formation saisie de l'appel n'est pas liée par les observations formulées par la formation saisie de la demande d'autorisation sur le bien-fondé de l'appel

[120] La Cour d'appel a conclu qu'elle-même et la formation de la CS saisie de l'appel étaient liées par les conclusions tirées par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation en ce qui a trait non seulement à la décision d'autoriser l'appel, mais aussi au bien-fondé de l'appel. Autrement dit, elle a conclu que la formation de la CS saisie de l'appel avait commis une erreur de droit en faisant fi des conclusions de la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation quant au bien-fondé de l'appel.

[121] La formation de la CA saisie de l'appel a mis en relief deux conclusions précises quant au bien-fondé de l'appel qui, à son avis, la liaient elle, et aussi la formation de la CS saisie de l'appel : 1^o il serait incongru que l'entente permette à Sattva, si elle opte pour le versement de ses honoraires en argent, de toucher 1,5 million \$US alors que, si elle opte pour le versement sous forme d'actions, elle recevra un portefeuille valant environ 8 millions \$ et 2^o l'arbitre n'a pas tenu compte de cette anomalie et a fait fi de l'art. 3.1 de l'entente :

[TRADUCTION] Le juge [de la CS saisi de l'appel] a conclu que l'arbitre avait expressément tenu compte du plafond des honoraires payables conformément au paragraphe 3.1 de l'entente et que sa sentence était correcte.

Cette conclusion est contraire aux remarques formulées par la juge Newbury dans l'appel antérieur selon lesquelles, si ses honoraires étaient versés en actions, à raison de 0,15 \$ l'unité, Sattva obtiendrait des honoraires d'une valeur, à la date du versement des honoraires, de plus de 8 millions \$. Si elle optait pour le versement en argent, elle recevrait un montant de 1,5 million \$US. La juge Newbury a statué expressément que l'arbitre n'avait pas soulevé cette anomalie et qu'il n'avait pas tenu compte du sens du paragraphe 3.1 de l'entente.

Le juge [de la CS saisi de l'appel] était tenu d'accepter ces conclusions. De même, à défaut d'une décision d'une formation de cinq juges en l'espèce, nous devons aussi accepter ces conclusions. [par. 42-44]

[122] With respect, the CA Appeal Court erred in holding that the CA Leave Court's comments on the merits of the appeal were binding on it and on the SC Appeal Court. A court considering whether leave should be granted is not adjudicating the merits of the case (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 88). A leave court decides only whether the matter warrants granting leave, not whether the appeal will be successful (*Pacifica Mortgage Investment Corp. v. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, at para. 27, leave to appeal refused, [2013] 3 S.C.R. viii). This is true even where the determination of whether to grant leave involves, as in this case, a preliminary consideration of the question of law at issue. A grant of leave cannot bind or limit the powers of the court hearing the actual appeal (*Tamil Co-operative Homes Inc. v. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), at para. 32).

[123] Creston concedes this point but argues that the CA Appeal Court's finding that it was bound by the CA Leave Court was inconsequential because the CA Appeal Court came to the same conclusion on the merits as the CA Leave Court based on separate and independent reasoning.

[124] The fact that the CA Appeal Court provided its own reasoning as to why it came to the same conclusion as the CA Leave Court does not vitiate the error. Once the CA Appeal Court treated the CA Leave Court's reasons on the merits as binding, it could hardly have come to any other decision. As counsel for Sattva pointed out, treating the leave decision as binding would render an appeal futile.

[122] Avec tout le respect que je lui dois, j'estime que la formation de la CA saisie de l'appel a commis une erreur en concluant que les commentaires sur le bien-fondé de l'appel formulés par la formation de la CA saisie de la demande d'autorisation la liaient elle, de même que la formation de la CS saisie de l'appel. Le tribunal chargé de statuer sur une demande d'autorisation ne tranche pas l'affaire sur le fond (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 88). Il détermine uniquement s'il est justifié d'accorder l'autorisation, et non si l'appel sera accueilli (*Pacifica Mortgage Investment Corp. c. Laus Holdings Ltd.*, 2013 BCCA 95, 333 B.C.A.C. 310, par. 27, autorisation d'appel refusée, [2013] 3 R.C.S. viii). Cela vaut même lorsque l'étude de la demande d'autorisation appelle un examen préliminaire de la question de droit en cause, comme c'est le cas en l'espèce. L'autorisation accordée ne saurait lier le tribunal chargé de statuer sur l'appel ni restreindre ses pouvoirs (*Tamil Co-operative Homes Inc. c. Arulappah* (2000), 49 O.R. (3d) 566 (C.A.), par. 32).

[123] Creston concède ce point, mais prétend que la conclusion tirée par la formation de la CA saisie de l'appel selon laquelle elle était liée par les conclusions de celle saisie de la demande d'autorisation était sans conséquence parce que la première est arrivée à la même conclusion que la seconde sur le bien-fondé, à l'issue d'un raisonnement distinct et indépendant.

[124] Le fait que la formation de la CA saisie de l'appel soit arrivée à la même conclusion que celle saisie de la demande d'autorisation pour des motifs différents n'annule pas l'erreur. Dès lors que la formation de la CA saisie de l'appel a accordé un caractère obligatoire aux motifs concernant le bien-fondé de l'appel énoncés par celle saisie de la demande d'autorisation, elle ne pouvait guère arriver à une autre décision. Comme le souligne l'avocat de Sattva, considérer comme impérative la décision relative à la demande d'autorisation rendrait l'appel futile.

VI. Conclusion

[125] The CA Leave Court erred in granting leave to appeal in this case. In any event, the arbitrator's decision was reasonable. The appeal from the judgments of the Court of Appeal for British Columbia dated May 14, 2010 and August 7, 2012 is allowed with costs throughout and the arbitrator's award is reinstated.

APPENDIX I

Relevant Provisions of the Sattva-Creston Finder's Fee Agreement

(a) "Market Price" definition:

2. DEFINITIONS

"**Market Price**" for companies listed on the TSX Venture Exchange shall have the meaning as set out in the Corporate Finance Manual of the TSX Venture Exchange as calculated on close of business day before the issuance of the press release announcing the Acquisition. For companies listed on the TSX, Market Price means the average closing price of the Company's stock on a recognized exchange five trading days immediately preceding the issuance of the press release announcing the Acquisition.

(b) Finder's fee provision (which contains the "maximum amount" proviso):

3. FINDER'S FEE

3.1 ... the Company agrees that on the closing of an Acquisition introduced to Company by the Finder, the Company will pay the Finder a finder's fee (the "Finder's Fee") based on Consideration paid to the vendor equal to the maximum amount payable pursuant to the rules and policies of the TSX Venture Exchange. Such finder's fee

VI. Conclusion

[125] La formation de la CA saisie de la demande d'autorisation a commis une erreur en accordant l'autorisation d'interjeter appel en l'espèce. Quoi qu'il en soit, la sentence arbitrale était raisonnable. L'appel interjeté à l'encontre des décisions de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique datées du 14 mai 2010 et du 7 août 2012 est accueilli avec dépens devant toutes les cours. La sentence arbitrale est rétablie.

ANNEXE I

Dispositions pertinentes de l'entente relative aux honoraires d'intermédiation conclue entre Sattva et Creston

a) Définition du « cours » :

[TRADUCTION]

2. DÉFINITIONS

« **cours** », pour les sociétés dont les titres sont inscrits à la cote de la Bourse de croissance TSX, a le sens qui lui est attribué dans le Guide du financement des sociétés de la Bourse de croissance TSX, c'est-à-dire qu'il s'entend du cours de clôture des actions le dernier jour ouvrable avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition. Pour les sociétés cotées à la Bourse TSX, le cours s'entend du cours de clôture moyen des actions de la société à une bourse reconnue cinq jours de bourse avant la publication du communiqué de presse annonçant l'acquisition.

b) Disposition relative aux honoraires d'intermédiation (laquelle contient la stipulation relative au « plafond ») :

[TRADUCTION]

3. HONORAIRES D'INTERMÉDIATION

3.1 ... la société convient qu'à la conclusion d'une acquisition qui lui a été présentée par l'intermédiaire, elle verse à l'intermédiaire des honoraires (des « honoraires d'intermédiation »), calculés en fonction de la contrepartie versée au vendeur, dont le montant est égal au plafond payable conformément aux règles et politiques

is to be paid in shares of the Company based on Market Price or, at the option of the Finder, any combination of shares and cash, provided the amount does not exceed the maximum amount as set out in the Exchange Policy 5.1, Section 3.3 Finder’s Fee Limitations.

APPENDIX II

Section 3.3 of TSX Venture Exchange Policy 5.1:
Loans, Bonuses, Finder’s Fees and Commissions

3.3 Finder’s Fee Limitations

The finder’s fee limitations apply if the benefit to the Issuer is an asset purchase or sale, joint venture agreement, or if the benefit to the Issuer is not a specific financing. The consideration should be stated both in dollars and as a percentage of the value of the benefit received. Unless there are unusual circumstances, the finder’s fee should not exceed the following percentages:

Benefit	Finder’s Fee
On the first \$300,000	Up to 10%
From \$300,000 to \$1,000,000	Up to 7.5%
From \$1,000,000 and over	Up to 5%

As the dollar value of the benefit increases, the fee or commission, as a percentage of that dollar value should generally decrease.

APPENDIX III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, c. 55 (as it read on January 12, 2007) (now the Arbitration Act)

Appeal to the court

31 (1) A party to an arbitration may appeal to the court on any question of law arising out of the award if

de la Bourse de croissance TSX. Ces honoraires d’intermédiation sont versés en actions de la société en fonction du cours ou, au choix de l’intermédiaire, en actions et en argent, dans la mesure où le montant des honoraires n’excède pas le plafond énoncé au point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse — Plafond des honoraires d’intermédiation.

ANNEXE II

Point 3.3 de la politique 5.1 de la Bourse de croissance TSX : Emprunts, primes, honoraires d’intermédiation et commissions

3.3 Plafond des honoraires d’intermédiation

Les honoraires d’intermédiation sont assujettis à un plafond si l’avantage que retire l’émetteur prend la forme d’un achat ou d’une vente d’actifs ou d’une convention de coentreprise, ou si son avantage n’est pas lié à un financement précis. La contrepartie devrait être exprimée à la fois en valeur monétaire et en pourcentage de la valeur de l’avantage reçu. Sauf dans des circonstances exceptionnelles, les honoraires d’intermédiation ne doivent pas dépasser les pourcentages suivants :

Avantage	Honoraires d’intermédiation
300 000 \$ et moins	Jusqu’à 10 %
Entre 300 000 \$ et 1 000 000 \$	Jusqu’à 7,5 %
1 000 000 \$ et plus	Jusqu’à 5 %

De façon générale, les honoraires ou la commission, exprimés en pourcentage de la valeur monétaire de l’avantage, devraient être inversement proportionnels à cette valeur.

ANNEXE III

Commercial Arbitration Act, R.S.B.C. 1996, ch. 55 (dans sa version du 12 janvier 2007) (maintenant l’Arbitration Act)

[TRADUCTION]

Appel devant le tribunal

31 (1) Une partie à l’arbitrage peut interjeter appel au tribunal sur toute question de droit découlant de la sentence si, selon le cas :

- (a) all of the parties to the arbitration consent, or
- (b) the court grants leave to appeal.
- (2) In an application for leave under subsection (1)(b), the court may grant leave if it determines that
 - (a) the importance of the result of the arbitration to the parties justifies the intervention of the court and the determination of the point of law may prevent a miscarriage of justice,
 - (b) the point of law is of importance to some class or body of persons of which the applicant is a member, or
 - (c) the point of law is of general or public importance.
- (3) If the court grants leave to appeal under this section, it may attach conditions to the order granting leave that it considers just.
- (4) On an appeal to the court, the court may
 - (a) confirm, amend or set aside the award, or
 - (b) remit the award to the arbitrator together with the court's opinion on the question of law that was the subject of the appeal.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Miller Thomson, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the BCICAC Foundation: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

- (a) toutes les parties à l'arbitrage y consentent,
- (b) le tribunal accorde l'autorisation.
- (2) Relativement à une demande d'autorisation présentée en vertu de l'alinéa (1)(b), le tribunal peut accorder l'autorisation s'il estime que, selon le cas :
 - (a) l'importance de l'issue de l'arbitrage pour les parties justifie son intervention et que le règlement de la question de droit peut permettre d'éviter une erreur judiciaire,
 - (b) la question de droit revêt de l'importance pour une catégorie ou un groupe de personnes dont le demandeur fait partie,
 - (c) la question de droit est d'importance publique.
- (3) Si le tribunal accorde l'autorisation en vertu du présent article, il peut assortir des conditions qu'il estime équitables l'ordonnance accordant l'autorisation.
- (4) En appel, le tribunal peut, selon le cas :
 - (a) confirmer, modifier ou annuler la sentence,
 - (b) renvoyer la sentence à l'arbitre avec l'opinion du tribunal sur la question de droit qui a fait l'objet de l'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens devant toutes les cours.

Procureurs de l'appelante : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intimée : Miller Thomson, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenante BCICAC Foundation : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Corner Brook (City)
v. Bailey, 2021 SCC 29

APPEAL HEARD: March 23, 2021
JUDGMENT RENDERED: July 23,
2021
DOCKET: 39122

BETWEEN:

City of Corner Brook
Appellant

and

Mary Bailey
Respondent

CORAM: Wagner C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Côté, Brown, Rowe,
Martin and Kasirer JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: Rowe J. (Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
(paras. 1 to 59) Karakatsanis, Côté, Brown, Martin and Kasirer JJ.
concurring)

NOTE: This document is subject to editorial revision before its reproduction in final
form in the *Canada Supreme Court Reports*.

CORNER BROOK (CITY) v. BAILEY

City of Corner Brook

Appellant

v.

Mary Bailey

Respondent

Indexed as: Corner Brook (City) v. Bailey

2021 SCC 29

File No.: 39122.

2021: March 23; 2021: July 23.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEWFOUNDLAND AND LABRADOR

Contracts — Interpretation — Releases — Scope of release — City employee struck by car — Driver suing city — Driver and city entering into release agreement to settle action — Driver subsequently bringing third party claim against city in separate action by employee against her — City applying for summary trial on basis that third party claim barred by release agreement — Application judge staying

claim — Court of Appeal reinstating claim — Whether special interpretive rule applies to releases — Whether application judge made reviewable error in interpretation of release.

While driving her husband's car, B struck a City employee who was performing road work. The employee sued B for injuries he sustained in the accident. In a separate action, B and her husband sued the City for property damage to the car and physical injury suffered by B. B and her husband settled with the City, and released the City from liability relating to the accident and discontinued their action. Years later, B brought a third party claim against the City for contribution or indemnity in the action brought against her by the employee. The City brought a summary trial application, on the basis that the release barred the third party claim. B's position was that it did not, because the third party claim was not specifically contemplated by the parties when they signed the release. The application judge concluded that the release barred B's third party claim against the City and stayed the claim. The Court of Appeal unanimously allowed the appeal and reinstated the third party notice.

Held: The appeal should be allowed and the order of the application judge reinstated.

There is no special rule of contractual interpretation that applies only to releases. A release is a contract, and the general principles of contractual interpretation apply. The rule set out in *London and South Western Railway v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610 ("the Blackmore Rule"), which stated that the general words in a

release are limited always to that thing or those things which were specially in the contemplation of the parties at the time the release was given, has been overtaken by the general principles of contract law set out in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633. Courts are directed to read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract.

The Blackmore Rule and the jurisprudence pursuant to it should no longer be referred to, as the function that it had served has been subsumed entirely by the approach set out in *Sattva*. Historically, the Blackmore Rule allowed courts to consider factual context when that was not the general rule, but this has been overtaken by a general rule that factual context is considered in interpreting contracts. Further, the Blackmore Rule has been interpreted narrowly. First, the Blackmore Rule does not allow courts to consider the subjective intentions of the parties. This is consistent with the current approach to contractual interpretation in *Sattva* which clarified that the relevant surrounding circumstances consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract, that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at the time of contracting. Second, the Blackmore Rule does not preclude parties from releasing unknown claims. A release can cover an unknown claim with sufficient language, and does not necessarily need to particularize with precision the exact claims that fall within

its scope. Accordingly, the Blackmore Rule no longer adds to or deviates from the general principles of interpretation that apply to all contracts.

Any judicial tendency to interpret releases narrowly is not a function of any special rule, but rather a function of releases themselves. Releases may tend to lead to dissonance between the words of the agreement on their face and what the parties seem to have objectively intended based on the surrounding circumstances, with greater regularity than other types of contracts. In resolving this tension, courts can be persuaded to interpret releases narrowly more so than other types of contracts, not because there is any special rule of interpretation that applies to releases, but simply because the broad wording of releases can conflict with the circumstances, especially for claims not in contemplation at the time of the release. The broader the wording of the release, the more likely this is to be so. The drafter of a release might consider wording that makes clear whether the release will cover unknown claims and whether the claims must be related to a particular area or subject matter. Also, releases that are narrowed to a particular timeframe or subject matter are less likely to give rise to tension between the words and what the surrounding circumstances indicate the parties objectively intended. Distinctions can be drawn between claims based on facts known to both parties and claims based on facts that were not known to both parties. Such distinctions may be relevant when interpreting a release and assessing whether the claim at issue is the kind of claim the parties mutually intended to release. The ultimate question is whether the claim is of the type of claim to which the release is directed.

This will depend on the wording and surrounding circumstances of the release in each case.

With respect to the standard of review, *Sattva* explained that contractual interpretation is a fact specific exercise, and should be treated as a mixed question of fact and law for the purpose of appellate review, unless there is an “extricable question of law”. Extricable questions of law in the context of contractual interpretation include the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. The circumstances in which a question of law can be extracted will be uncommon. Whether something was or should have been within the common knowledge of the parties at the time the contract was entered into is a question of fact.

In the instant case, the application judge made no extricable errors of law warranting appellate intervention. There is no reviewable error in the application judge’s conclusion that the release includes B’s third party claim and his order should be reinstated. The claim comes within the plain meaning of the words of the release, the surrounding circumstances confirm that the parties had objective knowledge of all the facts underlying B’s third party claim when they executed the release, and the parties limited the scope of the release to claims arising out of a particular event. Whether one approaches the matter on the basis of the Blackmore Rule or not, the result is the same, and the application judge’s reliance on the Blackmore Rule is of no moment.

Cases Cited

Applied: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **considered:** *London and South Western Railway Co. v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610; *Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Ali*, [2001] UKHL 8, [2002] 1 A.C. 251; *Biancaniello v. DMCT LLP*, 2017 ONCA 386, 138 O.R. (3d) 210; *Bank of British Columbia Pension Plan, Re*, 2000 BCCA 291, 137 B.C.A.C. 37; **referred to:** *Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23; *Grant v. John Grant & Sons Pty. Ltd.* (1954), 91 C.L.R. 112; *Lyall v. Edwards* (1861), 6 H. & N. 337, 158 E.R. 139; *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293; *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1997] 1 S.C.R. 69; *Strata Plan BCS 327, Owners v. IPEX Inc.*, 2014 BCCA 237, 358 B.C.A.C. 124; *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada* (1997), 36 B.C.L.R. (3d) 155; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Owners, Strata Plan LMS 3905 v. Crystal Square Parking Corp.*, 2020 SCC 29; *Resolute FP Canada Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2019 SCC 60; *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court, 1986, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D, r. 17A.

Authors Cited

- Cass, Fred D. *The Law of Releases in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2006.
- Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles*, 33rd ed., by H. G. Beale et al. London: Sweet & Maxwell, 2018.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2020.
- Lewison, Kim. *The Interpretation of Contracts*, 7th ed. London: Sweet and Maxwell, 2020.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2020.
- Pollock's Principles of Contract*, 13th ed. by Percy H. Winfield. London: Stevens & Sons, 1950.
- Swan, Angela, Jakub Adamski, and Annie Y. Na. *Canadian Contract Law*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2018.
- Whayman, Derek. "The modern rule of releases" (2021), *L.S.* 1 (online: <https://www.cambridge.org/core/journals/legal-studies/article/modern-rule-of-releases/66ABE6D1C013343E28A248356C12CCF2>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2021SCC-CSC29_1_eng.pdf).

APPEAL from a judgment of the Newfoundland and Labrador Court of Appeal (Green, O'Brien and Butler JJ.A.), 2020 NLCA 3, 443 D.L.R. (4th) 633, 48 C.P.C. (8th) 215, 58 M.V.R. (7th) 186, [2020] N.J. No. 23 (QL), 2020 CarswellNfld 23 (WL Can.), setting aside a decision of Murphy J., 2018 NLSC 177, 37 C.P.C. (8th) 40, [2018] N.J. No. 266 (QL), 2018 CarswellNfld 328 (WL Can.). Appeal allowed.

Erin E. Best and Giles W. Ayers, for the appellant.

J. Alexander Templeton, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

ROWE J. —

I. Introduction

[1] This appeal is about the proper approach to interpreting the scope of a release, whether there is any special interpretive rule that applies specifically to releases, and if not, how the general principles of contractual interpretation this Court set out in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, apply to the release at issue here.

[2] The respondent Mary Bailey struck David Temple, an employee of the appellant City of Corner Brook, with her husband’s car. Mr. Temple sued Mrs. Bailey. In a separate action, Mrs. Bailey sued the City. Mrs. Bailey and the City settled, and Mrs. Bailey released the City from liability relating to the accident and discontinued her action. Years later, Mrs. Bailey brought a third party claim against the City for contribution or indemnity, in the action brought against her by Mr. Temple. The City says the release bars Mrs. Bailey’s third party claim. Mrs. Bailey says it does not.

[3] There is no special interpretive principle that applies to releases. The decisions below refer to the rule from the House of Lords decision in *London and South Western Railway Co. v. Blackmore* (1870), L.R. 4 H.L. 610, in which Lord Westbury stated, at p. 623: “The general words in a release are limited always to that thing or those things which were specially in the contemplation of the parties at the time when

the release was given.” As I will explain, this “Blackmore Rule” has been overtaken by the general principles of contract law in *Sattva*. The Blackmore Rule has outlived its usefulness and should no longer be referred to. Any judicial tendency to interpret releases narrowly is not a function of any special rule, but rather a function of releases themselves.

[4] In the instant case, the application judge interpreted the release broadly to include Mrs. Bailey’s third party claim in accordance with *Sattva*, and his reasons should have been reviewed on a palpable and overriding error standard. As the application judge made no reviewable error in his interpretation of the release, I would allow the appeal and reinstate his order.

II. Facts

[5] On March 3, 2009, Mrs. Bailey struck Mr. Temple while driving a car owned by her husband. Mr. Temple was an employee of the City of Corner Brook, and was performing road work at the time. The Baileys commenced an action against the City for property damage to the car and physical injury suffered by Mrs. Bailey (“Bailey Action”).

[6] Meanwhile, Mr. Temple commenced a separate action against Mrs. Bailey seeking compensation for the injuries he sustained in the accident (“Temple Action”). Mrs. Bailey was served with the statement of claim in the Temple Action on March 24,

2011. Once served, Mrs. Bailey brought the statement of claim to her insurance representative.

[7] Subsequently, the Baileys and the City entered into settlement discussions via their counsel. On August 10, 2011, counsel for the Baileys wrote to counsel for the City by email. After discussing Mrs. Bailey’s lingering injuries from the accident, the Baileys’ counsel stated that he would be prepared to advise his client to accept \$10,000 in full settlement of their claims. On August 12, 2011, counsel for the City replied. He rejected the \$10,000 settlement offer, noting that his client “feels strongly on liability”, but explained that his client was “aware that all litigation carries risks and costs” and was therefore prepared to make an offer of \$7,500 to resolve the matter, contingent on discontinuance and execution of a full and final release to the City’s satisfaction. On August 16, 2011, counsel for the Baileys said that his clients accept. The Baileys signed the release on August 26, 2011. The relevant excerpt of the release reads as follows:

... the [Baileys], on behalf of themselves and their heirs, dependents, executors, administrators, successors, assigns, and legal and personal representatives, hereby release and forever discharge the [City, its] servants, agents, officers, directors, managers, employees, their associated, affiliated and subsidiary legal entities and their legal successors and assigns, both jointly and severally, from all actions, suits, causes of action, debts, dues, accounts, benefits, bonds, covenants, contracts, costs, claims and demands whatsoever, including all claims for compensation, loss of use, loss of time, loss of wages, expenses, disability, past, present or future, and any aggravation, foreseen or unforeseen, as well as for injuries presently undisclosed and all demands and claims of any kind or nature whatsoever arising out of or relating to the accident which occurred on or about March 3, 2009, and without limiting the generality of the foregoing from all claims raised or which could have been raised in the [Bailey Action] [Emphasis added.]

[8] Later, on March 16, 2016, Mrs. Bailey commenced a third party claim against the City in the Temple Action, claiming contribution or indemnity from the City in the event she is found liable to Mr. Temple in his claim against her.

[9] The City brought a summary trial application pursuant to Rule 17A of the *Rules of the Supreme Court, 1986*, S.N.L. 1986, c. 42, Sch. D. The City's position was that the release barred the third party claim. Mrs. Bailey's position was that it did not, because the third party claim was not specifically contemplated by the City and the Baileys when they signed the release.

III. Decisions Below

A. *Supreme Court of Newfoundland and Labrador, 2018 NLSC 177, 37 C.P.C. (8th)* 40

[10] Justice George L. Murphy concluded that the release barred Mrs. Bailey's third party claim against the City and stayed the claim. He began by acknowledging that whether Mrs. Bailey's third party claim against the City was barred depended on the interpretative approach applied to releases: the Blackmore Rule. He explained that in interpreting a release, the goal is to ascertain the intention of the parties. The court must first look to the words of the release. It may also look to the context in which the release was signed to interpret those words. The review must be carried out from an objective perspective.

[11] The application judge concluded that based on the words of the release alone, it covers Mrs. Bailey's third party claim. However, this did not end his analysis, because the Blackmore Rule required him to consider what was in the contemplation of the parties at the time the release was signed and the specific context in which it was signed. The application judge noted that Mrs. Bailey had already been served with the Temple Action when she signed the release, and that the statement of claim in the Bailey Action demonstrated that she was aware of the facts underlying the third party claim when she signed the release. He then reviewed the correspondence between counsel leading up to the release, and concluded that the parties contemplated any and all types of claims relating to the accident.

B. *Court of Appeal of Newfoundland and Labrador, 2020 NLCA 3, 443 D.L.R. (4th) 633*

[12] The Court of Appeal unanimously allowed the appeal. The Court of Appeal concluded that the Blackmore Rule has, over time, been subsumed into the principles of contractual interpretation affirmed by this Court in *Sattva and Ledcor Construction Ltd. v. Northbridge Indemnity Insurance Co.*, 2016 SCC 37, [2016] 2 S.C.R. 23. Rather, it is a particular application of the general approach to contractual interpretation. Whether one approaches the appeal based on the Blackmore Rule or not, the result in this case would be the same.

[13] The Court of Appeal concluded that the application judge made three extricable errors of law, in holding that: (1) what was in the contemplation of the City

was determinative of mutual intent, (2) it was not necessary to determine what was “specially” in the contemplation of the parties, and (3) it was sufficient that the broad general wording of the release covered the third party claim when the surrounding circumstances suggested otherwise. The Court of Appeal concluded that these errors had a material effect on the result, entitling the Court of Appeal to review the decision below on a correctness standard. It reasoned that the broad phrases in the release should be considered against the more specific references to the Bailey Action, and that the pre-contract exchange of correspondence made no reference to the Temple Action or any future third party action. The Court of Appeal concluded that the words, the context, and the exchange of correspondence were all consistent with the release being interpreted as a release only of the Baileys’ claims in the Bailey Action. The Court of Appeal reinstated the third party notice.

IV. Submissions of the Parties

[14] The City argues that the Blackmore Rule is no longer applicable and that the release should be interpreted in accordance with the normal rules of contractual interpretation. It submits that the words of the agreement plainly describe its subject matter as all claims arising from the accident, and that there is nothing in the factual matrix that could narrow this subject matter without departing from the words of the agreement.

[15] Mrs. Bailey agrees the Blackmore Rule has been subsumed into the general principles of contractual interpretation articulated in *Sattva*, and submits that whether

the release is interpreted using the Blackmore Rule or not, the result is the same. The release foreclosed the Baileys' right to make any claim for injuries suffered by them arising from the accident, but the release was not intended to allocate to the Baileys the City's responsibility for Mr. Temple's injuries.

V. Issues

- a) What is the law governing the interpretation of releases?
- b) What is the standard of review?
- c) Did the application judge make a reviewable error in his interpretation of the release?

VI. Analysis

A. *The Law Governing the Interpretation of Releases*

[16] In order properly to consider the issues in this case, I will begin the analysis that follows with an outline of the guiding rule for the interpretation of contracts as set out by this Court in *Sattva*.

[17] *Sattva* marked a significant change in the jurisprudence. Traditionally, the interpretation of contracts was a matter of law, not mixed fact and law. This was

because interpretation was seen primarily as an exercise in giving meaning to words. Circumstances were generally relevant to interpretation only where there was an ambiguity.

[18] The Blackmore Rule was formulated in the traditional period to which I have just referred. In that view, courts were reluctant to have regard to the facts surrounding the formation of a contract, as an aid to its interpretation. The words of a contract were given their “black letter” meaning. This was problematic from the view of releases; the Blackmore Rule addressed this problem.

[19] But 150 years after the *Blackmore* decision, things have changed. The facts surrounding the formation of a contract are relevant to its interpretation. The jurisprudential concerns that gave rise to the rule in *Blackmore* no longer exist. It is no longer needed. It has outlived its usefulness and should no longer be referred to.

(1) The Blackmore Rule Has Been Overtaken by *Sattva*

[20] This Court set out the current approach to contractual interpretation in *Sattva*. *Sattva* directs courts to “read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract”: para. 47. This Court explained that “[t]he meaning of words is often derived from a number of contextual factors, including the purpose of the agreement and the nature of the relationship created by the agreement”, but that the surrounding circumstances “must

never be allowed to overwhelm the words of that agreement”: paras. 48 and 57. “While the surrounding circumstances are relied upon in the interpretive process, courts cannot use them to deviate from the text such that the court effectively creates a new agreement”: para. 57. This Court also clarified that the relevant surrounding circumstances “consist only of objective evidence of the background facts at the time of the execution of the contract. . . , that is, knowledge that was or reasonably ought to have been within the knowledge of both parties at or before the date of contracting”: para. 58.

[21] A release is a contract, and these general principles of contractual interpretation apply: G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (4th ed. 2020), at p. 286; F. D. Cass, *The Law of Releases in Canada* (2006), at p. 71. However, in the 1870 House of Lords *Blackmore* decision, Lord Westbury set out a particular approach to the interpretation of releases, at pp. 623-24:

The general words in a release are limited always to that thing or those things which were specially in the contemplation of the parties at the time when the release was given. But a dispute that had not emerged, or a question which had not at all arisen, cannot be considered as bound and concluded by the anticipatory words of a general release.

[22] The appellant refers to this as the “Blackmore Rule”. In *Canadian Contractual Interpretation Law*, Hall describes it as a “special rule which is superadded onto the regular ones”: p. 286. This rule has deep roots, as reviewed by Lord Bingham in *Bank of Credit and Commerce International S.A. v. Ali*, [2001] UKHL 8, [2002] 1 A.C. 251, at paras. 9-16, and the High Court of Australia in *Grant v. John Grant &*

Sons Pty. Ltd. (1954), 91 C.L.R. 112; see also D. Whayman, “The modern rule of releases” (2021), *L.S.* 1 (online), at pp. 5-11; P. H. Winfield, *Pollock’s Principles of Contract* (13th ed. 1950), at pp. 412-13; *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (33rd ed. 2018), at pp. 1642-44. It is not necessary to repeat the history of the Blackmore Rule here. Suffice it to say that “[i]t is a principle long sanctioned in Courts of equity, that a release cannot apply, or be intended to apply to circumstances of which a party had no knowledge at the time he executed it, and that if it is so general in its terms as to include matters never contemplated, the party will be entitled to relief”: *Lyall v. Edwards* (1861), 6 H. & N. 337, 158 E.R. 139, at p. 143, per Pollock C.B.

[23] Lord Hoffmann observed in *Ali* that judges in the 18th and 19th centuries were “less sensitive to context” and “were reluctant to admit what was called ‘extrinsic evidence’, that is to say, evidence of background which would put the language into context”: para. 54; see also Cass, at pp. 74 and 87; *Chitty on Contracts*, at pp. 1041-43. While the Blackmore Rule would no doubt have had utility within that “black letter” framework, this is no longer the case. In *Sattva*, this Court directed judges to look to the surrounding circumstances known to the parties at the time of contract in interpreting the meaning of the words of a contract: para. 47. The Blackmore Rule, which allowed courts to consider factual context when that was not the general rule, has been overtaken by a general rule that factual context is considered in interpreting contracts.

[24] The Blackmore Rule was adopted in Canada, but as I will explain, it was interpreted narrowly. It no longer adds anything new to the regular repertoire of contractual interpretation principles in the wake of *Sattva*. There are two ways in which the Blackmore Rule was narrowly interpreted.

[25] First, the Blackmore Rule does not allow consideration of the subjective intention of the parties. While it is not immediately obvious what “specially in the contemplation of the parties” means, La Forest J.A. (as he then was) held in *White v. Central Trust Co.* (1984), 54 N.B.R. (2d) 293 (C.A.), that this does not refer to the subjective intention of the parties, but merely permits courts to look to the surrounding circumstances to give meaning to the words the parties used. He stated that “[b]y referring to what was in the contemplation of the parties, Lord Westbury was, of course, not opening the door to adducing evidence of what was actually going on in their minds, still less to making inferences about it”: para. 33. It is well-established that the Blackmore Rule does not allow courts to consider the subjective intentions of the parties: see *Hill v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1997] 1 S.C.R. 69, at paras. 18-22; *Strata Plan BCS 327, Owners v. IPEX Inc.*, 2014 BCCA 237, 358 B.C.A.C. 124, at paras. 22-23; *Biancaniello v. DMCT LLP*, 2017 ONCA 386, 138 O.R. (3d) 210, at para. 28; Hall, at pp. 291-92; C.A. reasons, at paras. 22 and 66.

[26] Second, the Blackmore Rule does not preclude parties from releasing unknown claims. It is not immediately obvious what “a question which had not at all arisen, cannot be considered as bound and concluded by the anticipatory words of a

general release” means. However, this too has been interpreted narrowly in a way that is consistent with ordinary contract law principles. In *Biancaniello*, the Court of Appeal for Ontario applied the Blackmore Rule and held that where sufficiently clear wording is used, releases can include claims unknown to the parties: para. 42, point 2. In reaching this conclusion, the court relied heavily on the House of Lords decision in *Ali*. In that case, Lord Bingham reviewed the jurisprudence from English and Australian courts, and concluded that “[a] party may . . . agree to release claims or rights of which he is unaware and of which he could not be aware, even claims which could not on the facts known to the parties have been imagined, if appropriate language is used to make plain that that is his intention”: para. 9. Lord Nicholls agreed, and wrote, at para. 27:

The wording of a general release and the context in which it was given commonly make plain that the parties intended that the release should not be confined to known claims. On the contrary, part of the object was that the release should extend to any claims which might later come to light. The parties wanted to achieve finality. When, therefore, a claim whose existence was not appreciated does come to light, on the face of the general words of the release and consistently with the purpose for which the release was given the release is applicable. The mere fact that the parties were unaware of the particular claim is not a reason for excluding it from the scope of the release. The risk that further claims might later emerge was a risk the person giving the release took upon himself. It was against this very risk that the release was intended to protect the person in whose favour the release was made. [Emphasis added.]

[27] A release can cover an unknown claim with sufficient language, and does not necessarily need to particularize with precision the exact claims that fall within its scope. In entering into a release, the parties bargain for finality, or as Lord Nicholls put it, “to wipe the slate clean”: *Ali*, at para. 23. The releasor takes on the risk of

relinquishing the value of the claims he or she might have had, and the releasee pays for the guarantee that no such claims will be brought. The uncertainty or risk that is allocated to the releasor is precisely what the releasee pays for. Of course, difficulty can arise in deciding what wording is sufficient to encompass the unknown claim at issue in a given case. However, it is clear that releases can encompass such claims, and the Blackmore Rule has not been interpreted to hold otherwise.

[28] In light of the narrow manner in which the Blackmore Rule has been interpreted, and in light of *Sattva* which explicitly directs decision-makers to consider the meaning of the words in the surrounding circumstances when interpreting any contract, the Blackmore Rule no longer adds to or deviates from the general principles of interpretation that apply to all contracts. I agree with Hall that the Blackmore Rule “is entirely consistent with the law of contractual interpretation generally”: p. 286.

[29] While some Canadian appellate courts have purported to apply the Blackmore Rule, the way in which the Rule is expressed in these cases is no different from ordinary principles of contractual interpretation. For example, the Court of Appeal for British Columbia summarized the interpretive principles that apply to releases in *Bank of British Columbia Pension Plan, Re*, 2000 BCCA 291, 137 B.C.A.C. 37, at para. 17, quoting *Chitty on Contracts*, vol. I, *General Principles* (27th ed. 1994), at pp. 1074-75. Among the principles summarized, the court mentioned that a release “will not be construed as applying to facts of which the party making the release had no knowledge at the time of its execution or to objects which must then have been

outside his contemplation”. This resembles the Blackmore Rule, but it is applied in a way that is entirely consistent with the approach set out in *Sattva*. In *Bank of British Columbia*, the court interpreted a release between a bank and a former CEO broadly to include any rights the CEO might have had to a staff pension plan, even though his rights to the staff pension plan were not explicitly mentioned in the release. In other words, the staff pension plan was held to be within the contemplation or mutual intention of the parties, even though that intention was not made explicit in the release.

[30] More recently, in *Biancaniello*, the Court of Appeal for Ontario, drawing on *Ali*, distilled the principles of contractual interpretation that apply to releases, some of which also echo the Blackmore Rule. For example, the Court of Appeal noted that “[g]eneral language in a release will be limited to the thing or things that were specially in the contemplation of the parties when the release was given”: para. 42, point 3. However, as in *Bank of British Columbia*, the Court of Appeal for Ontario interpreted the release at issue in *Biancaniello* broadly. The release was between an accounting firm and its client, signed in the context of a dispute over fees, but the Court of Appeal interpreted it to include subsequently discovered negligence on the part of the firm. In other words, negligence that was unknown to the parties at the time of contract was held to be within their contemplation or mutual intention given that the claim fell within the “subject matter” covered by the release: para. 49. The way the Blackmore Rule is formulated and applied in both these cases reveals no inconsistency with the general principles of contractual interpretation.

[31] It is true that the application of the Blackmore Rule can yield a narrow interpretation of releases, because courts can rely on it to hold that a claim that arose after the release was signed was not in the contemplation of the parties and is therefore not covered: see Hall, at pp. 288-89. For example, in *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada* (1997), 36 B.C.L.R. (3d) 155, the Court of Appeal for British Columbia applied the Blackmore Rule to interpret a release narrowly and hold that it did not apply to all potential future litigation. It stated, at para. 13: “. . . it appears to have been the parties’ intention that by inserting the words ‘from the beginning of the construction to the date of these presents’, claims which later came to their knowledge would be excluded”. Similarly, in *Hill*, this Court relied on the Blackmore Rule in reading a release narrowly and held that “[c]onsidering this release in the context of the expropriations proceedings it becomes clear that an essential and integral element of the consideration was the equitable interest in [the] land”, and the release therefore could not constitute a bar to compensation to the appellants for the taking of their equitable interest in the land: para. 21. However, it seems to me that the same conclusion could have been reached in these cases by simply applying the principles set out in *Sattva*.

[32] Therefore, as the Court of Appeal concluded in the present case, whether one approaches the matter on the basis of the Blackmore Rule or not, the result is the same, and the application judge’s reliance on the Blackmore Rule is of no moment. As I read the application judge’s reasons, his conclusion about what the parties

“contemplated” is synonymous with the language from *Sattva* about what the parties mutually, objectively intended: *Sattva*, at para. 57.

[33] The Blackmore Rule and the jurisprudence pursuant to it should no longer be referred to, as the function that it had served has been subsumed entirely by the approach set out in *Sattva*. There is no principled reason to have a special rule applicable only to releases, in light of the contemporary approach to contract interpretation. As Lord Nicholls put it in *Ali*, at para. 26:

... there is no room today for the application of any special “rules” of interpretation in the case of general releases. There is no room for any special rules because there is now no occasion for them. A general release is a term in a contract. The meaning to be given to the words used in a contract is the meaning which ought reasonably to be ascribed to those words having due regard to the purpose of the contract and the circumstances in which the contract was made. This general principle is as much applicable to a general release as to any other contractual term. Why ever should it not be?

[34] This uniform understanding of the principles of contractual interpretation is consistent with this Court’s guidance in *Sattva* that “the interpretation of contracts has evolved towards a practical, common-sense approach not dominated by technical rules of construction”: para. 47. There is no special rule of contractual interpretation that applies only to releases.

- (2) Any Judicial Tendency to Interpret Releases Narrowly Is Not a Function of any Special Rule, but Rather a Function of Releases Themselves

[35] Releases tend to have certain features that may give rise to careful interpretations. Contractual interpretation requires courts to give the words of a contract their ordinary and grammatical meaning, in a way that is consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of contract formation: *Sattva*, at paras. 47-48. Sometimes the ordinary meaning of the words and the surrounding circumstances come into tension, and courts must decide whether to rely on the surrounding circumstances to refine the meaning of the words, or whether doing so would impermissibly overwhelm the words of the agreements, in which case the words must override: para. 57. This tension may more often arise when interpreting releases, for two reasons.

[36] First, as Cass observes, “A distinctive feature of releases is that they are often expressed in the broadest possible words”: p. 83 (footnote omitted). A general release, if interpreted literally, could prevent the releasor from suing the releasee for any reason, forever. While such a release may not be enforceable for other reasons (e.g., unconscionability), the circumstances may also often indicate that such extreme consequences are not what the parties objectively intended. As the Court of Appeal for British Columbia put it in *Strata Plan BCS 327*, “While releases signed in the course of a settlement of a dispute are often worded in a broad and general fashion, appearing to cover the end of the world, they must be considered in the context of the dispute”: para. 26. This context can serve as a limiting factor to the breadth of wording found in a release.

[37] Second, parties to a release are often trying to account for risks that at the time of contract are unknown. There is an imprecision inherent in this task; this can give rise to disagreement as to what was intended. As Lord Nicholls wrote in *Ali*, parties settling a dispute want “to wipe the slate clean”, but it is not unusual for a claim to come to light whose existence was not known or suspected by either party. The emergence of such an unsuspected claim gives rise to the question of “whether the context in which the general release was given is apt to cut down the apparently all-embracing scope of the words of the release”: para. 23.

[38] For these reasons, releases may tend to lead to dissonance between the words of the agreement on their face and what the parties seem to have objectively intended based on the surrounding circumstances, with greater regularity than other types of contracts: see *Cass*, at p. 89. In resolving this tension, courts can be persuaded to interpret releases narrowly more so than other types of contracts, not because there is any special rule of interpretation that applies to releases, but simply because the broad wording of releases can conflict with the circumstances, especially for claims not in contemplation at the time of the release. The broader the wording of the release, the more likely this is to be so.

[39] In *Ali*, the House of Lords unanimously agreed that it is possible for a release to include claims of which the parties were not aware at the time they signed the release. However, Lord Bingham, referencing the line of authority that includes the *Blackmore Rule*, stated that “in the absence of clear language, the court will be very

slow to infer that a party intended to surrender rights and claims of which he was unaware and could not have been aware”: para. 10. He explained that the authorities provide “not a rule of law but a cautionary principle which should inform the approach of the court”: para. 17.

[40] Similarly, Lord Nicholls warned that while a release can include unknown claims, this approach “should not be pressed too far” as “the circumstances in which the release was given may suggest, and frequently they do suggest, that . . . the parties are reasonably to be taken to have intended . . . that the release should apply only to claims, known or unknown, relating to a particular subject matter”: para. 28. Lord Nicholls gave the example of a mutual general release on a settlement of final partnership accounts, and explained that depending on the circumstances, such a release may be properly confined to claims arising out of the partnership, and could not be taken to preclude a claim that later came to light that tree roots from one partner’s property had damaged the foundations of a neighbouring partner’s house.

[41] While the House of Lords was unanimous that it is possible to release unknown claims, they did not make clear what language would be sufficient. As Lord Hoffmann pointed out in dissent, the answer is not to encourage “grosser excesses of verbiage”: para. 38. Cass agrees, and writes, at p. 99: “One hopes that it is not to be expected that the release will catalogue with specificity all possible claims” Cass suggests that the drafter of a release might consider wording that makes clear whether the release will cover unknown claims and whether the claims must be related to a

particular area or subject matter. This is a sensible approach. I would add that releases that are narrowed to a particular time frame or subject matter are less likely to give rise to tension between the words and what the surrounding circumstances indicate the parties objectively intended.

[42] *Biancaniello*, discussed above, provides an example. In that case, the Court of Appeal for Ontario applied the principles from *Ali* to interpret a release broadly to include unknown claims. At issue was a release between an accounting firm and its client signed in the context of a fee dispute. The release barred “any and all claims arising from any and all services” provided by the firm to its client through to a certain date, and “without limiting the generality of the foregoing” any and all claims, counterclaims or defences that could have been pleaded in the fee dispute action: para. 6 (emphasis deleted). Feldman J.A., writing for the court, interpreted the release broadly to include claims arising from the firm’s subsequently discovered negligence. She noted that the release was limited to claims that existed up to a certain date, and to claims arising from the services provided by the accountants to their client. There was no need to further specify the types of claims that were included. She explained, at para. 49: “There is no need, for example, to say ‘including tort claims, negligence claims, breach of contract claims, cost claims’, etc. They are all included unless specifically excluded. The same analysis applies to unknown claims. . . . Had it said ‘including known and unknown claims’, that would just have been another way of saying that the release includes all claims.”

[43] Distinctions can be drawn between claims based on facts known to both parties (as in this case) and claims based on facts that were not known to both parties (as in *Biancaniello*). Such distinctions may be relevant when interpreting a release and assessing whether the claim at issue is the kind of claim the parties mutually intended to release. The ultimate question is whether the claim is of the type of claim to which the release is directed. This will depend on the wording and surrounding circumstances of the release in each case. Lord Bingham’s cautionary principle from *Ali* should be understood not as a rule of interpretation, but rather an observation as to the issues that releases will tend to give rise to given their subject matter. Any judicial tendency to narrow the meaning given to broad wording is not the function of any special rule, but rather a function of the context in which releases are given. Thus, the ordinary rules for contract interpretation set out in *Sattva* apply to releases as they do to other contracts.

B. *Standard of Review*

[44] In *Sattva*, this Court also explained that contractual interpretation is a fact specific exercise, and should be treated as a mixed question of fact and law for the purpose of appellate review, unless there is an “extricable question of law”. The exception is standard form contracts, which is not relevant here: see *Ledcor Construction*. Extricable questions of law in the context of contractual interpretation include “the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor”: *Sattva*, at para. 53, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA

80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21. The circumstances in which a question of law can be extracted will be uncommon. Whether something was or should have been within the common knowledge of the parties at the time the contract was entered into is a question of fact: *Sattva*, at paras. 49-55 and 58.

[45] In the present case, the Court of Appeal held that the application judge made three errors on extricable questions of law, at paras. 50-52:

Firstly, what was in the contemplation of the City in drafting the Release is not determinative of mutual intent.

Secondly, it was in fact necessary to determine what was “specifically” contemplated by both parties.

Thirdly, it was not sufficient that the broad general wording of the Release potentially covered a subsequent third party action for contribution if the surrounding circumstances suggested otherwise.

[46] I disagree that any of these constitutes an error warranting appellate intervention. While this first point may describe an error as to an extricable question of law, it is not an error that the application judge made. The application judge did consider what was objectively contemplated or intended by the City, but it is clear that he did not consider this to be determinative of mutual intent. The application judge explicitly considers what was in the contemplation of both parties beginning at para. 29. He explains that the Baileys could have negotiated the terms of the release, but that they chose not to, and he concludes that “what was in the contemplation of the parties was that Mrs. Bailey could no longer bring any claim or demand whatsoever against

the City relating to the Accident”: para. 43; see also paras. 41-42 and 44. With respect, the Court of Appeal mischaracterized what the application judge did.

[47] The second and third points are not extricable questions of law. This Court held in *Sattva* that whether something was or reasonably should have been within the common knowledge of both parties at the time a contract was entered into is a question of fact. The Court of Appeal treated the question of how the surrounding circumstances inform the words of a contract as an “extricable question of law”. This undermines the deferential approach to appellate review of contractual interpretation urged by this Court in *Sattva*. The Court of Appeal simply disagreed with the application judge’s interpretation of the surrounding circumstances, characterized it as a question of law, and then substituted its own factual conclusions. This does not accord with *Sattva*.

[48] The application judge considered the surrounding circumstances, and he made a finding about what was in the contemplation or mutual intention of both parties: paras. 23 and 43. The application judge went on to conclude that it was not “necessary that the parties be specifically contemplating a particular type of claim. Instead . . . it is sufficient [that] the parties were contemplating any and all types of claims relating to a particular event such as the Accident”: para. 44. That is to say, he determined that the parties were specifically contemplating any and all claims relating to the accident, including Mrs. Bailey’s third party claim. Even though they may not have explicitly turned their minds to the possibility of a third party claim in particular, it was their objective, mutual intent to cover such a claim within the scope of the release. This

holding is a fact-specific application of the principles of contractual interpretation, and it was owed deference.

[49] Although it is not one of the three extricable errors of law identified by the Court of Appeal, I also point out that the Court of Appeal criticizes the application judge for failing to consider “the Baileys’ continuing knowledge of the Temple action and whether it could realistically be said to continue to have been in their contemplation when the Release was signed” given that they had delivered the statement of claim in the Temple Action to their insurers: para. 39. But this is not an error either. Mrs. Bailey’s subjective knowledge of the Temple Action, or lack thereof, is irrelevant under an objective theory of contract law, because unless that knowledge was communicated to the City, it is not a “surrounding circumstance” within the “common knowledge” of the parties: *Sattva*, at para. 58. What is privately in the mind of one party could not affect how that party’s conduct would appear to a reasonable observer in the position of the other: see *Owners, Strata Plan LMS 3905 v. Crystal Square Parking Corp.*, 2020 SCC 29, at para. 33. I make no comment on the possibility that the law may provide a remedy for the sharp practice of a releasee who intentionally does not disclose the existence of a claim to the releasor, as noted by Lord Nicholls in *Ali*, at paras. 32-33, and by Lord Hoffmann, at paras. 67-71. However, the fact that Mrs. Bailey, the releasor, may have had private knowledge of a claim is irrelevant in interpreting the release to determine whether or not she accidentally released that claim. As Lord Hoffmann observed in *Ali*, at para. 49: “It would be contrary to basic principles

of construction for the meaning of a document to be affected by facts which were known to one party but not reasonably available to the other.”

[50] The application judge did not rely on Mrs. Bailey’s subjective knowledge of the Temple Action in assessing the parties’ mutual intent. He did find it “noteworthy” that Mrs. Bailey was aware or ought to have been aware of the Temple Action when she signed the release, having already been served with the statement of claim, but this observation did not form part of his analysis of “what was in the contemplation of the parties”: para. 29. While not a model of clarity, he therefore avoided falling into the same error as the Court of Appeal.

C. *Application*

[51] I see no reviewable error in the application judge’s conclusion that the wording of the release encompasses Mrs. Bailey’s third party claim. The release includes “all actions, suits, causes of action . . . foreseen or unforeseen . . . and claims of any kind or nature whatsoever arising out of or relating to the accident which occurred on or about March 3, 2009”. This wording encompasses Mrs. Bailey’s third party claim, arising out of Mr. Temple’s damages from the accident. If this wording is held to be insufficient to include a claim arising out of the accident, it is hard to imagine what wording would be sufficient, aside from listing every type of claim imaginable one by one (third party claims, cross claims, counter claims, subrogated claims, claims in equity and common law, statutory claims, etc.). There is no principled reason to require parties to particularize the scope of the release in this fashion.

[52] The next clause of the release affirms this broad interpretation. The contract does specifically reference “claims raised or which could have been raised in the [Bailey Action]”, but it references these claims in the context of specifying that the *foregoing generality of the release is not limited to them*. This indicates that the “foregoing” is more general than claims that were or could have been raised in the Bailey Action. Otherwise the portion of the release that precedes “without limiting the generality of the foregoing” would be redundant. The application judge makes these points at paras. 21-22. There is no palpable and overriding error in his reading.

[53] There is also no palpable and overriding error in the application judge’s finding that the surrounding circumstances are consistent with this reading. Both the City and the Baileys were aware that Mrs. Bailey had struck a City employee with her car, and both were aware that the other knew. This is obvious from the pleadings exchanged by the City and the Baileys in the Bailey Action. Both the City and Mrs. Bailey therefore knew, or ought to have known on an objective basis, that the City employee who had been hit may have an outstanding claim against Mrs. Bailey, or the City, or both, and that such a claim could put the City and Mrs. Bailey in an adverse position to one another, where it would be to both of their advantages to blame the damage on the other. This aspect of the factual matrix weighs in favour of interpreting the words of the release as including Mrs. Bailey’s third party claim in the Temple Action. The application judge explains this at paras. 27-28 of his reasons.

[54] The application judge concluded that “it is sufficient [that] the parties were contemplating any and all types of claims relating to a particular event such as the Accident”. In other words, because the parties narrowed the subject matter of the release to claims arising out of a particular event, the application judge found no tension between the words and the surrounding circumstances. As in *Biancaniello*, the release was circumscribed, and nothing in the surrounding circumstances indicated to the application judge that the words of the release should be interpreted to depart from what on a plain reading they would mean.

[55] In its own interpretation of the release, the Court of Appeal observed that the quantum of “only \$7,500” was “not inconsistent” with the conclusion that the parties intended to release only the Baileys’ claims: paras. 63-64. This may be true, but the settlement quantum of \$7,500 is also not inconsistent with the application judge’s interpretation, and in any case, there is no evidence in the record of the City’s liability against which to compare the settlement quantum.

[56] I make one final observation. The application judge also considered the pre-contract negotiations in reaching his conclusion that the parties mutually intended to release Mrs. Bailey’s claim: paras. 30-38. The Court of Appeal did too, but reached a different conclusion: paras. 67-68. Neither party argued that there was anything wrong with this approach by the courts below. However, there is a longstanding, traditional rule that evidence of negotiations is inadmissible when interpreting a contract: see *Resolute FP Canada Inc. v. Ontario (Attorney General)*, 2019 SCC 60, at

para. 100, per Côté and Brown JJ., in dissent; *Chartbrook Ltd. v. Persimmon Homes Ltd.*, [2009] UKHL 38, [2009] 1 A.C. 1101; Hall, at pp. 423-32; A. Swan, J. Adamski and A. Y. Na, *Canadian Contract Law* (4th ed. 2018), at pp. 745-48; K. Lewison, *The Interpretation of Contracts* (7th ed. 2020), at pp. 117-31; J. D. McCamus, *The Law of Contracts* (3rd ed. 2020), at pp. 809-13. Justices Côté and Brown observed in *Resolute* that this rule “sits uneasily” next to the approach from *Sattva* that directs courts to consider the surrounding circumstances in interpreting a contract: para. 100. Hall and the authors of *Canadian Contract Law* both emphasize the difficulty in drawing a principled distinction between the circumstances surrounding contract formation and negotiations.

[57] I leave for another day the question of whether, and if so, in what circumstances, negotiations will be admissible in interpreting a contract. That issue needs to await a case where it has been fully argued and is necessary in order to decide the appeal. In this case, the application judge did not consider the negotiations to be determinative in interpreting the contract one way or the other: see paras. 37-38 and 41.

[58] To conclude, there is no reviewable error in the application judge’s conclusion that the release includes Mrs. Bailey’s third party claim. The claim comes within the plain meaning of the words of the release, the surrounding circumstances confirm that the parties had objective knowledge of all the facts underlying

Mrs. Bailey's third party claim when they executed the release, and like *Biancaniello*, the parties limited the scope of the release to claims arising out of a particular event.

VII. Disposition

[59] The appeal is allowed, the Court of Appeal's order is set aside and the order of the application judge is reinstated. The appellant will have its costs throughout.

Appeal allowed with costs throughout.

Solicitors for the appellant: Stewart McKelvey, St. John's.

Solicitors for the respondent: McInnes Cooper, St. John's.

Ledcor Construction Limited *Appellant*

v.

**Northbridge Indemnity Insurance Company,
Royal & Sun Alliance Insurance Company
of Canada and Chartis Insurance Company
of Canada** *Respondents*

- and -

Station Lands Ltd. *Appellant*

v.

**Commonwealth Insurance Company,
GCAN Insurance Company and
American Home Assurance Company**
Respondents

**INDEXED AS: LEDCOR CONSTRUCTION LTD. v.
NORTHBRIDGE INDEMNITY INSURANCE CO.**

2016 SCC 37

File No.: 36452.

2016: March 30; 2016: September 15.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ALBERTA**

*Insurance — Property insurance — All risks policy
— Exclusion clauses — Interpretation — Builders' risk
policy excluding from coverage cost of making good faulty
workmanship — Windows of building under construction
scratched by contractor hired to clean them and windows
needing replacement — Whether faulty workmanship ex-
clusion to coverage applicable.*

*Appeals — Courts — Standard of review — Contrac-
tual interpretation — Standard of appellate review ap-
plicable to trial judge's interpretation of standard form
insurance contract.*

Ledcor Construction Limited *Appelante*

c.

**Société d'assurance d'indemnisation
Northbridge, Royal & Sun Alliance
du Canada, société d'assurances et
Compagnie d'assurance Chartis
du Canada** *Intimées*

- et -

Station Lands Ltd. *Appelante*

c.

**Commonwealth Insurance Company,
GCAN Insurance Company et
American Home Assurance Company**
Intimées

**RÉPERTORIÉ : LEDCOR CONSTRUCTION LTD. c.
SOCIÉTÉ D'ASSURANCE D'INDEMNISATION
NORTHBRIDGE**

2016 CSC 37

N° du greffe : 36452.

2016 : 30 mars; 2016 : 15 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

*Assurances — Assurances de biens — Police d'assu-
rance tous risques — Clauses d'exclusion — Interpré-
tation — Police d'assurance chantier soustrayant à la
garantie les frais engagés pour remédier à une malfa-
çon — Besoin de remplacer les fenêtres d'un immeuble
en construction égratignées par l'entrepreneur qui avait
été engagé pour les nettoyer — L'exclusion relative à la
malfaçon s'applique-t-elle?*

*Appels — Tribunaux — Norme de contrôle — In-
terprétation contractuelle — Norme de contrôle qu'il
convient d'appliquer en appel à l'interprétation d'un
contrat d'assurance type retenue par le juge de première
instance.*

During construction, a building's windows were scratched by the cleaners hired to clean them. The cleaners used improper tools and methods in carrying out their work, and as a result, the windows had to be replaced. The building's owner and the general contractor in charge of the construction project claimed the cost of replacing the windows against a builders' risk insurance policy issued in their favour and covering all contractors involved in the construction. The insurers denied coverage on the basis of an exclusion contained in the policy for the "cost of making good faulty workmanship".

The trial judge held the insurers liable, finding that the exclusion clause was ambiguous and that the rule of *contra proferentem* applied against the insurers. The Court of Appeal reversed that decision. Applying the correctness standard of review to the interpretation of the policy, the court held that the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the exclusion clause was not ambiguous. The court devised a new test of physical or systemic connectedness to determine whether physical damage was excluded as the "cost of making good faulty workmanship" or covered as "resulting damage". Based on this test, the court concluded that the damage to the windows was physical loss excluded from coverage, because it was not accidental or fortuitous, but was directly caused by the intentional scraping and wiping motions involved in the cleaners' work.

Held: The appeals should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.: The appropriate standard of review in this case is correctness. The interpretation of a standard form contract should be recognized as an exception to the Court's holding in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. The first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts. Indeed, while a proper understanding of the factual matrix of a case is crucial to the interpretation of many contracts, it is less relevant for standard form contracts because the parties do not negotiate the terms. The contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition. Factors

Durant la construction, les fenêtres d'un immeuble ont été égratignées par les nettoyeurs engagés pour les laver. Les nettoyeurs ont utilisé les mauvais outils et méthodes pour exécuter leur travail et les fenêtres ont dû, en conséquence, être remplacées. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet de construction ont présenté une réclamation pour le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux. Les assureurs leur ont opposé un refus en raison d'une exclusion de la police visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ».

Le juge de première instance a conclu à la responsabilité des assureurs, estimant que la clause d'exclusion était ambiguë et que la règle *contra proferentem* s'appliquait contre les assureurs. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Appliquant la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police, la Cour d'appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d'exclusion n'était pas ambiguë. La Cour d'appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique pour décider si les dommages matériels étaient exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ou couverts en tant que « dommages [...] découlant » de la malfaçon. À l'aune de ce critère, la Cour d'appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue de la garantie parce qu'ils n'étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements intentionnels de grattage et de frottage effectués par les nettoyeurs dans l'exécution de leur travail.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown : La norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. L'interprétation d'un contrat type doit être reconnue comme une exception à la conclusion tirée par la Cour dans *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, que l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Le premier motif donné dans *Sattva* à l'appui de la conclusion que l'interprétation d'un contrat est une question mixte de fait et de droit — l'importance du fondement factuel — a moins de force dans le cas des contrats types. En effet, bien qu'une compréhension adéquate du fondement factuel d'un dossier soit cruciale pour l'interprétation de nombreux contrats, le fondement factuel est moins pertinent dans le cas des contrats types parce que

such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract, but they are generally not inherently fact specific and will usually be the same for everyone who may be a party to a standard form contract.

Moreover, the interpretation of a standard form contract itself has precedential value and can therefore fit under the definition of a pure question of law. In general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. While precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value, it is often the intentions of the parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate. In the case of standard form contracts, however, judicial precedent is more likely to be controlling. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the correct legal test, as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly-worded provisions. The mandate of appellate courts — ensuring consistency in the law — is also advanced by permitting them to review the interpretation of standard form contracts for correctness. The result of applying the interpretation in future cases will of course depend on the facts of those cases.

In this case, while the base coverage under the relevant clause of the policy is for physical loss or damages, the exclusion clause need not necessarily encompass physical damage because perfect mutual exclusivity between exclusions and the initial grant of coverage is neither provided for under the policy nor required when interpreting the exclusion clause. Accordingly, the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal was unnecessary.

While the language of the exclusion clause is ambiguous, the general principles of contractual interpretation lead to the conclusion that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work, that is, the cost of recleaning the windows. The damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. Given that the general rules of contract construction resolve the ambiguity, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule.

les parties ne négocient pas les modalités. Le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser. Il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l'objet du contrat, la nature de la relation qu'il crée et le marché ou l'industrie où il est employé pour interpréter un contrat type, mais ces considérations ne sont généralement pas, de par leur nature même, axées sur les faits et elles sont habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type.

De plus, l'interprétation en soi d'un contrat type a valeur de précédent et peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit ». L'interprétation d'un contrat n'a généralement d'incidence que sur les parties au litige. Les précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable peuvent avoir une certaine valeur persuasive, mais ce sont souvent les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l'aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance. Toutefois, dans le cas des contrats types, le précédent judiciaire est probablement déterminant. Établir la juste interprétation d'un contrat type revient à établir le bon critère juridique, puisque cette interprétation peut être appliquée dans l'avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable. Le rôle des cours d'appel — assurer la cohérence du droit — est également servi lorsqu'on leur permet de contrôler l'interprétation d'un contrat type selon la norme de la décision correcte. Le résultat de l'application de l'interprétation dans des affaires à venir dépendra bien entendu des faits de celles-ci.

En l'espèce, même si la garantie de base prévue à la clause applicable de la police vise les pertes ou dommages matériels, la clause d'exclusion n'a pas nécessairement besoin d'englober des dommages matériels parce que l'exclusivité mutuelle parfaite entre des exclusions et la protection initiale n'est pas prévue dans la police et n'est pas non plus requise lorsqu'il s'agit d'interpréter la clause d'exclusion. En conséquence, le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d'appel était inutile.

Bien que le texte de la clause d'exclusion soit ambigu, les principes généraux d'interprétation des contrats mènent à la conclusion que la clause d'exclusion ne vise qu'à exclure le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l'occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres. Les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Puisque les règles générales d'interprétation des contrats permettent de résoudre l'ambiguïté, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem*.

This interpretation is consistent with the reasonable expectations of the parties and reflects and promotes the purpose of builders' risk policies. The broad coverage provided in exchange for relatively high premiums provides certainty, stability and peace of mind, and ensures construction projects do not grind to a halt because of disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst various contractors involved. An interpretation of the exclusion clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor's faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would undermine the purpose behind builders' risk policies and would deprive insureds of the coverage for which they contracted. Moreover, interpreting the exclusion clause to preclude from coverage only the cost of re-doing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects. Such an interpretation is also consistent with the jurisprudence.

Per Cromwell J.: There is agreement as to the disposition of the appeals. The trial judge made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

However, the applicable standard of review is that of palpable and overriding error. As the Court held in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed fact and law. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact are reviewed for palpable and overriding error. Applying a legal standard to the facts is a question of mixed fact and law and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error. In rare cases, where the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal test or the failure to consider a required element of the applicable standard, the reviewing court can extricate a purely legal question from the trial court's analysis and apply the correctness standard to it.

Cette interprétation est conforme aux attentes raisonnables des parties, en plus de traduire et servir l'objet des polices d'assurance chantier. La large garantie offerte en échange de primes relativement élevées confère certitude, stabilité et tranquillité d'esprit et évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. Une interprétation de la clause d'exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l'entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l'entrepreneur travaillait minerait l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier et priverait les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit. En outre, interpréter la clause d'exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction. Cette interprétation est aussi conforme à la jurisprudence.

Le juge Cromwell : Il y a accord quant au dispositif. Le juge de première instance n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

La norme de contrôle applicable est toutefois celle de l'erreur manifeste et dominante. Tel que la Cour l'a décidé dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s'attachent à la qualification de la nature de la question faisant l'objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Dans les rares cas où le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification du critère juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable, la cour siégeant en révision peut dégager une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance et appliquer à cette question la norme de la décision correcte.

The Court's recent decision in *Sattva* brought appellate review in contract cases within this general framework. Applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. Accordingly, a trial judge's interpretation of the contract generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error. Contractual interpretation is generally not a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship between the parties, and the market in which the parties are operating.

There is no reason for the interpretation of certain types of contracts such as standard form contracts to be excluded from the general principles that apply to appellate review in civil cases. Whether or not a contract is a standard form does not indicate anything about the degree to which it is concerned with a general legal proposition so as to attract correctness review. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue simply sends the analysis back to the question of the degree of generality. The more general the principle, the more the precedential value. Moreover, the absence of a factual matrix is not of much assistance, because like all contracts, standard form contracts have many surrounding circumstances — they have a purpose, they create a relationship of a particular nature between the parties, and they frequently operate within a particular market or industry — which must be taken into account in interpreting the text of the contract.

The question the present case raises involves applying a legal standard to a set of facts and does not give rise to any extricable question of law. The legal principle is that “making good faulty workmanship” means “the cost of redoing the faulty work”. This principle does not operate at a very high level of generality. Applying that principle turns on the scope of the faulty work and the nature of redoing it, and its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

La Cour a inscrit dans son récent arrêt *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général. L'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, l'interprétation donnée par un juge de première instance au contrat soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. L'interprétation contractuelle n'est généralement pas une pure question de droit parce qu'elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l'objet de l'entente, la nature de la relation entre les parties et le marché dans lequel les parties exercent leurs activités.

Il n'y a aucune raison de penser que les principes généraux applicables au contrôle en appel dans les affaires civiles ne devraient pas régir l'interprétation de certaines catégories de contrats tels que les contrats types. Le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne permet de tirer aucune conclusion sur la mesure dans laquelle il concerne une proposition juridique générale et appelle par le fait même un contrôle selon la norme de la décision correcte. Poser la question sous l'angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause fait uniquement porter l'analyse sur la question du degré de généralité. Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. De plus, l'absence de fondement factuel n'est pas d'un grand secours car, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière entre les parties et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Il faut tenir compte de ce contexte pour interpréter le texte du contrat.

La question soulevée en l'espèce suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et elle ne pose aucune question de droit isolable. Selon le principe juridique, l'expression « remédier à une malfaçon » s'entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Ce principe n'atteint pas un très haut niveau de généralité. L'application de ce principe repose sur l'étendue de la malfaçon et la nature de sa nouvelle exécution et les tribunaux décideront de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

Cases Cited

By Wagner J.

Distinguished: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306; *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson v. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605; *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317; *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro*

Jurisprudence

Citée par le juge Wagner

Distinction d'avec l'arrêt : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306; *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180; *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9; *Co-operators Compagnie d'assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605; *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245; *Non-Marine Underwriters, Lloyd's of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317; *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88; *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981),

v. Royal Insurance, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. v. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

By Cromwell J.

Applied: *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633; **referred to:** *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

Authors Cited

Audet, Maurice. "All Risks — a promise made or a promise broken?" (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

126 D.L.R. (3d) 681; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172; *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107; *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553; *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757; *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399.

Citée par le juge Cromwell

Arrêt appliqué : *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633; **arrêts mentionnés :** *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173; *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242; *Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570; *Investors Compensation Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society*, [1998] 1 All E.R. 98; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500; *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151; *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104; *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL); *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

Doctrine et autres documents cités

Audet, Maurice. « All Risks — a promise made or a promise broken? » (1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34.

- Audet, Maurice G. “Part II — Insurance” (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.
- Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*. Toronto: Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).
- Canadian College of Construction Lawyers. Insurance & Surety Committee. ““Covered for What?": Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies” (2007), 1 J.C.C.C.L. 101.
- Dolden, Eric A. “All Risk and Builders’ Risk Policies: Emerging Trends” (1990-91), 2 C.I.L.R. 341.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. Toronto: LexisNexis, 2016.
- Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*. Toronto: Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- Poitras, Pierre-Stéphane. “L’assurance et l’industrie de la construction”, dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2001, 181.
- Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*. Toronto: Carswell, 2013.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2010.
- Vogel, Sharon C. “Recent Developments in Construction Insurance Law”, in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law: Recent Developments*. Toronto: Carswell, 2012, 169.
- Audet, Maurice G. « Part II — Insurance » (2002), 12 C.L.R. (3d) 100.
- Billingsley, Barbara. *General Principles of Canadian Insurance Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Boivin, Denis. *Insurance Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.
- Brown, Craig. *Insurance Law in Canada*, Toronto, Thomson Reuters, 2002 (loose-leaf updated 2016, release 2).
- Collège canadien des avocats en droit de la construction. Insurance & Surety Committee. « “Covered for What?” : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 J.C.C.C.L. 101.
- Dolden, Eric A. « All Risk and Builders’ Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 C.I.L.R. 341.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed., Toronto, LexisNexis, 2016.
- Lichty, Mark G., and Marcus B. Snowden. *Annotated Commercial General Liability Policy*, Toronto, Canada Law Book, 2015 (loose-leaf updated December 2015, release 24).
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2012.
- Poitras, Pierre-Stéphane. « L’assurance et l’industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001, 181.
- Reynolds, R. Bruce, and Sharon C. Vogel. *A Guide to Canadian Construction Insurance Law*, Toronto, Carswell, 2013.
- Ricchetti, Leonard, and Timothy J. Murphy. *Construction Law in Canada*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2010.
- Vogel, Sharon C. « Recent Developments in Construction Insurance Law », in Glaholt LLP and Borden Ladner Gervais LLP, *Review of Construction Law : Recent Developments*, Toronto, Carswell, 2012, 169.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté, Watson and Slatter JJ.A.), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), setting aside a decision of Clackson J., 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Appeals allowed.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Alberta (les juges Côté, Watson et Slatter), 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363, 42 B.L.R. (5th) 190, 386 D.L.R. (4th) 482, 16 Alta. L.R. (6th) 397, 47 C.C.L.I. (5th) 218, [2015] 8 W.W.R. 466, [2015] A.J. No. 338 (QL), 2015 CarswellAlta 511 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Clackson, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495, [2013] A.J. No. 1088 (QL), 2013 CarswellAlta 1943 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Eugene Meehan, Q.C., and Stacey Boothman, for the appellant Ledcor Construction Limited.

Dennis L. Picco, Q.C., and Marie-France Major, for the appellant Station Lands Ltd.

Gregory J. Tucker, Q.C., and Scott H. Stephens, for the respondents.

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

WAGNER J. —

I. Introduction

[1] The outcome of these appeals hinges on the interpretation of an exclusion clause in a common form of all-risk property insurance, variably referred to as “builders’ risk”, “contractors’ risk”, “all risks”, “multi-risk” or “course of construction” insurance.¹ This type of insurance covers physical damage on a construction site. It is usually issued to the owner of the property under construction and the general contractor, providing coverage for them as well as for all contractors and subcontractors working on the project. The exclusion clause at the heart of these appeals is a standard form clause that denies coverage for the “cost of making good faulty workmanship” but, as an exception to that exclusion, nonetheless covers “physical damage” that “results” from the faulty workmanship.

[2] In the present case, a contractor was hired to clean the windows of a building under construction. In the course of the cleaning, the contractor scratched the building’s windows, which ultimately

¹ Although builders’ risk policies can provide coverage on either an all-risk or named-peril basis, only the former type of policy is at issue in these appeals. It is also the more common type of policy. Therefore, when I refer to builders’ risk policies in these reasons, I specifically mean builders’ risk policies that provide coverage on an all-risk basis.

Eugene Meehan, c.r., et Stacey Boothman, pour l’appelante Ledcor Construction Limited.

Dennis L. Picco, c.r., et Marie-France Major, pour l’appelante Station Lands Ltd.

Gregory J. Tucker, c.r., et Scott H. Stephens, pour les intimées.

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

LE JUGE WAGNER —

I. Introduction

[1] L’issue de ces pourvois repose sur l’interprétation d’une clause d’exclusion dans une forme courante d’assurance tous risques de biens, l’« assurance chantier », aussi appelée notamment « assurance des risques des entrepreneurs », « assurance tous risques », « assurance multirisque » ou encore « assurance des ouvrages en construction »¹. Ce type d’assurance, qui couvre les dommages matériels sur un chantier, est habituellement offert au propriétaire de l’ouvrage en construction et à l’entrepreneur général. Cette assurance leur confère une protection, ainsi qu’à tous les entrepreneurs et sous-traitants qui travaillent sur le projet. La clause d’exclusion au cœur des pourvois est une clause type qui soustrait à la garantie les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages matériels » « en découlant ».

[2] Dans le cas qui nous occupe, un entrepreneur a été engagé pour nettoyer les fenêtres d’un immeuble en construction. Lors du nettoyage, il a égratigné les fenêtres de l’immeuble, qui ont dû être remplacées

¹ Même si les polices d’assurance chantier peuvent offrir une protection soit sur une base tous risques, soit contre un risque désigné, seul le premier type de police est en cause dans les présents pourvois. Il s’agit également du type de police le plus répandu. Ainsi, quand je parle des polices d’assurance chantier dans les présents motifs, j’entends par là les polices d’assurance chantier qui offrent une protection sur une base tous risques.

needed to be replaced. The windows' replacement cost was claimed by the building's owner and the general contractor in charge of the project under a builders' risk policy issued in favour of the owner and all contractors involved in the construction, but the insurers denied coverage on the basis of the "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The issue before the courts was thus to determine, where windows of a construction project are damaged from post-installation cleaning by a contractor responsible for only their cleaning, if the cost of the windows' replacement was excluded from coverage under the faulty workmanship exclusion.

[3] After determining that the work performed by the contractor amounted to faulty workmanship, the trial judge applied the *contra proferentem* rule against the insurers and concluded that the faulty workmanship exclusion did not exclude from coverage the damage that the contractor had caused to the building's windows. Applying a correctness standard of review to the interpretation of the insurance policy, the Court of Appeal of Alberta overturned the trial judge's decision and declared that the damage to the building's windows was excluded from coverage, as the damage was physically or systematically connected to the very work the contractor had performed.

[4] In my opinion, the appropriate standard of review in this case is correctness. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[5] Regarding the appropriate interpretation of the faulty workmanship exclusion in all builders' risk policies, I am of the view that the exclusion clause serves to exclude from coverage only the

par la suite. La propriétaire de l'immeuble et l'entrepreneur général responsable du projet ont réclamé à leurs assureurs le coût de remplacement des fenêtres en vertu d'une police d'assurance chantier émise en leur faveur ainsi qu'en faveur de tous les entrepreneurs qui participaient aux travaux, mais les assureurs leur ont opposé un refus en raison de l'exclusion visant les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les cours saisies de l'affaire étaient donc appelées à décider si, dans le cas où les fenêtres d'un projet de construction sont endommagées après leur installation par l'entrepreneur chargé seulement de leur nettoyage, le coût de remplacement des fenêtres est exclu de la garantie d'assurance au titre de l'exclusion relative à la malfaçon.

[3] Après avoir conclu que le travail effectué par l'entrepreneur constituait une malfaçon, le juge de première instance a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs et a conclu que l'exclusion relative à la malfaçon ne visait pas les dommages que l'entrepreneur avait causés aux fenêtres de l'immeuble. Après avoir appliqué la norme de la décision correcte à l'interprétation de la police d'assurance, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision du juge de première instance et a déclaré que les dommages causés aux fenêtres de l'immeuble n'étaient pas couverts, car ils étaient connexes, sur le plan matériel ou systémique, au travail même de l'entrepreneur.

[4] Selon moi, la norme de contrôle qu'il convient d'appliquer dans la présente affaire est celle de la décision correcte. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[5] En ce qui concerne la juste interprétation de la clause d'exclusion relative à la malfaçon dans les polices d'assurance chantier, j'estime que cette clause ne vise à exclure que le coût de la nouvelle

cost of redoing the faulty work. This interpretation is dictated by the general rules of contractual interpretation. It best represents the parties' reasonable expectations, as informed by the purpose of builders' risk policies, aligns with commercial reality, and is consistent with the jurisprudence on the matter. In this case, the cost of redoing the faulty work is that of recleaning the windows. Therefore, I would allow the appeals and hold that the windows' replacement cost is covered under the insurance policy.

II. Facts

[6] Station Lands Ltd. ("Station Lands") is the owner of the recently built EPCOR Tower ("Tower"), an office building in Edmonton. Ledcor Construction Limited ("Ledcor") was the general contractor for the Tower's construction.

[7] During construction, the Tower's installed windows were dirtied with paint specks, dirt and concrete splatter. To clean these windows prior to the completion of construction, Station Lands hired Bristol Cleaning ("Bristol"). The service contract between Station Lands and Bristol stipulated that Station Lands would provide all-risk property insurance for the project, which Station Lands did in the form of a builders' risk policy (the "Policy"). The scope of Bristol's work under the service contract was to "[p]rovide all necessary equipment, manpower, [and] materials required to complete a construction clean" of the Tower's exterior windows.

[8] Unfortunately, Bristol used improper tools and methods in carrying out its cleaning work, scratching the Tower's windows, which consequently had to be replaced. Station Lands estimated the replacement cost of the windows to be \$2.5 million. Both Station Lands and Ledcor claimed this replacement cost against the Policy through their insurers at the time, the respondents Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance Company, and American Home Assurance Company (together,

exécution du travail défectueux. Ce sont les règles générales d'interprétation des contrats qui dictent cette interprétation, laquelle reflète le mieux les attentes raisonnables des parties fondées sur l'objectif des polices d'assurance chantier, correspond à la réalité commerciale et est conforme à la jurisprudence sur ce point. En l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail déficient est celui d'un nouveau nettoyage des fenêtres. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir les pourvois et de décider que le coût de remplacement des fenêtres est couvert par la police d'assurance.

II. Faits

[6] Station Lands Ltd. (« Station Lands ») est la propriétaire de l'EPCOR Tower (« Tour »), construite récemment, un immeuble à bureaux d'Edmonton. Ledcor Construction Limited (« Ledcor ») était l'entrepreneur général chargé de construire la Tour.

[7] Durant la construction, les fenêtres de la Tour ont été salies par des petites taches de peinture et des éclaboussures de terre et de béton. Pour nettoyer les fenêtres avant la fin des travaux, Station Lands a embauché Bristol Cleaning (« Bristol »). Il était stipulé dans le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol que Station Lands fournirait une assurance de biens tous risques pour le projet, ce qu'elle a fait au moyen d'une police d'assurance chantier (la « police »). Aux termes du contrat de service, Bristol devait [TRADUCTION] « [f]ournir tout l'équipement, la main d'œuvre [et] les produits nécessaires pour effectuer, lors de la construction, un nettoyage » du côté extérieur des fenêtres de la Tour.

[8] Malheureusement, Bristol a utilisé les mauvais outils et méthodes pour effectuer le travail de nettoyage et a égratigné les fenêtres de la Tour, lesquelles ont dû, en conséquence, être remplacées. Station Lands a estimé le coût de leur remplacement à 2,5 millions de dollars. Station Lands et Ledcor ont toutes deux présenté, sur la base de la police, une réclamation pour le coût de remplacement à leurs assureurs de l'époque, les intimées la Commonwealth Insurance Company, GCAN Insurance

the “Insurers”).² The Insurers denied the claim on the basis of clause 4(A)(b) of the Policy (the “Exclusion Clause”), which is an exclusion for faulty workmanship.

[9] The relevant coverage provisions of the Policy provide that all risks of direct physical loss or damage to the property undergoing construction are insured, subject to certain outlined exclusions:

1. Property Insured

- (a) Property undergoing site preparation, demolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, erection, repair or testing (hereinafter called the “Construction Operations”) while at the risk of the insured and while at the location of the insured project(s), provided the value thereof is included in the declared estimated value of construction operations;

. . . .

2. Perils Insured and Territorial Limits

This policy section insures against “All Risks” of direct physical loss or damage except as hereinafter provided.

[10] The Exclusion Clause excludes from coverage the “cost of making good faulty workmanship”, but provides an exception for “resulting damage”:

4(A) Exclusions

This policy section does not insure:

- (a) Any loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including

² Between the date of the Policy and the date of judgment at trial, these respondents became the remaining respondents Northbridge Indemnity Insurance Company, Royal & Sun Alliance Insurance Company of Canada, and Chartis Insurance Company of Canada, respectively.

Company et American Home Assurance Company (collectivement appelées les « assureurs »)². Les assureurs ont rejeté cette réclamation en invoquant la clause 4(A)(b) de la police (la « clause d’exclusion »), qui prévoit une exclusion en cas de malfaçon.

[9] Les dispositions pertinentes de la police quant à la garantie prévoient que tous les risques de perte ou de dommages matériels directs touchant l’ouvrage en construction sont assurés, sous réserve de certaines exclusions énumérées :

[TRADUCTION]

1. Biens assurés

- a) Les biens faisant l’objet d’une préparation de chantier, démolition, construction, reconstruction, fabrication, installation, érection, réparation ou d’un essai (ci-après appelés les « travaux de construction ») pendant que l’assuré en a la charge et qu’ils se trouvent sur les lieux du ou des projets assurés, pourvu que leur valeur ne dépasse pas les estimations déclarées des travaux de construction;

. . . .

2. Risques couverts et limites territoriales

Sous réserve des exceptions stipulées ci-après, la présente police couvre « tous les risques » de perte ou de dommages matériels directs.

[10] La clause d’exclusion vise notamment les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais prévoit une exception pour les « dommages en découlant » :

[TRADUCTION]

4(A) Exclusions

La présente police ne couvre pas :

- a) La perte d’usage ou d’occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les

² Entre la date de signature de la police et la date du jugement de première instance, les intimées en question étaient devenues les autres intimées à la présente affaire, soit, respectivement, la Société d’assurance d’indemnisation Northbridge, Royal & Sun Alliance du Canada, société d’assurances, et la Compagnie d’assurance Chartis du Canada.

penalties for non-completion of or delay in completion of contract or non-compliance with contract conditions;

- (b) The cost of making good faulty workmanship, construction materials or design unless physical damage not otherwise excluded by this policy results, in which event this policy shall insure such resulting damage. [Emphasis added.]

[11] Station Lands and Ledcor (together, the “Insureds”) submitted their statement of claim before the Court of Queen’s Bench of Alberta, seeking enforcement of the Policy and coverage for the replacement cost of the damaged windows.

III. Decisions Below

A. *Court of Queen’s Bench of Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495*

[12] The trial judge concluded that the cleaning work Bristol had carried out constituted “workmanship” and that it had been faulty. He declared, however, that the Exclusion Clause did not exclude from coverage the damage that Bristol’s faulty workmanship had caused to the Tower’s windows. In coming to this determination, he found the Exclusion Clause ambiguous and the interpretations of “making good” advanced by the Insureds and Insurers equally plausible. He therefore applied the rule of *contra proferentem* against the Insurers. The Insureds had argued that the “cost of making good” encompassed only the cost of redoing the cleaning work, whereas the Insurers had argued that it encompassed both the cost of redoing the cleaning work and the damage to the windows, as they were the very thing on which Bristol had performed the faulty workmanship.

B. *Court of Appeal of Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] On appeal, the Court of Appeal reversed the trial judge’s decision and declared that the damage to the Tower’s windows was excluded from coverage. Applying a correctness standard of review to the

pénalités pour non-exécution du contrat, retard dans l’exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat;

- b) Les frais engagés pour remédier à une malfaçon, des matériaux de construction défectueux ou une conception défaillante, à moins qu’il n’en découle des dommages matériels non autrement exclus par la présente police, auquel cas la présente police couvre ces dommages en découlant. [Je souligne.]

[11] Station Lands et Ledcor (collectivement appelées les « assurées ») ont présenté à la Cour du Banc de la Reine de l’Alberta une déclaration dans laquelle elles sollicitaient l’application de la police et la reconnaissance de la garantie pour le coût de remplacement des fenêtres endommagées.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour du Banc de la Reine de l’Alberta, 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5495*

[12] Le juge de première instance a conclu que le nettoyage effectué par Bristol constituait le « travail » et qu’il avait été mal exécuté. Il a toutefois déclaré que la clause d’exclusion ne soustrayait pas à la garantie d’assurance les dommages causés aux fenêtres de la Tour par la malfaçon de Bristol. Pour parvenir à cette conclusion, il a estimé que la clause d’exclusion était ambiguë et que les interprétations des mots « pour remédier » avancées par les assurées et les assureurs étaient aussi plausibles l’une que l’autre. En conséquence, il a appliqué la règle *contra proferentem* contre les assureurs. Les assurées ont fait valoir que les « frais engagés pour remédier » à la malfaçon ne visaient que le coût d’un nouveau nettoyage, alors que les assureurs ont soutenu que cette expression visait non seulement le coût de ce nouveau nettoyage, mais aussi les dommages causés aux fenêtres, puisque c’était justement sur celles-ci que Bristol avait exécuté le travail déficient.

B. *Cour d’appel de l’Alberta, 2015 ABCA 121, 599 A.R. 363*

[13] La Cour d’appel a infirmé la décision du juge de première instance et déclaré que les dommages causés aux fenêtres de la Tour n’étaient pas couverts par la police. Appliquant la norme de la décision

interpretation of the Policy, the court held the trial judge had improperly applied the rule of *contra proferentem* because the Exclusion Clause was not ambiguous.

[14] The Court of Appeal proceeded from the premise that because the base coverage under the Policy was for “physical loss or damage”, as provided by clause 2, the Exclusion Clause had to exclude physical damage of some kind, or else it would be redundant. For the court, then, the key was to determine the dividing line between the physical damage that was excluded as the “cost of making good faulty workmanship” and the physical damage that was covered as “resulting damage”. To establish this dividing line, the court devised a new test of physical or systemic connectedness, based on three primary considerations, outlined at para. 50 of its reasons: (1) the “extent or degree to which the damage was to a portion of the project actually being worked on at the time, or was collateral damage to other areas”; (2) the “nature of the work being done, how the damage related to the way that work is normally done, and the extent to which the damage is a natural or foreseeable consequence of the work”; and (3) “[w]hether the damage was within the purview of normal risks of poor workmanship, or whether it was unexpected and fortuitous.”

[15] In applying this newly formulated test, the Court of Appeal concluded that the damage to the windows was physical loss excluded as the “cost of making good faulty workmanship”, because it was not accidental or fortuitous but was directly caused by the scraping and wiping motions involved in Bristol’s cleaning work. According to the court, Bristol intentionally applied these motions to the windows, a core part of the work to be done, and the damage was not only foreseeable but highly likely.

correcte à l’interprétation de la police, la Cour d’appel a conclu que le juge de première instance avait irrégulièrement appliqué la règle *contra proferentem* puisque la clause d’exclusion n’était pas ambiguë.

[14] La Cour d’appel est partie de la prémisse suivante : comme la garantie de base de la police visait, aux termes de la clause 2, les [TRADUCTION] « perte ou [...] dommages matériels », la clause d’exclusion devait exclure une forme de dommages matériels, à défaut de quoi elle serait redondante. La Cour d’appel a donc jugé qu’il fallait tracer la ligne de démarcation entre, d’une part, les dommages matériels exclus au titre des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et, d’autre part, les dommages matériels qui sont couverts en tant que « dommages [...] découlant » de cette malfaçon. Pour ce faire, la Cour d’appel a élaboré un nouveau critère de connexité matérielle ou systémique. Ce critère comportait trois volets principaux, décrits au par. 50 des motifs de la cour : (1) la [TRADUCTION] « mesure dans laquelle les dommages ont touché une section du projet qui était alors en cours d’exécution ou touché indirectement d’autres zones »; (2) la « nature du travail effectué, le lien entre les dommages causés et l’exécution normale du travail et la mesure dans laquelle les dommages constituaient une conséquence naturelle ou prévisible du travail »; (3) « le point de savoir si les dommages faisaient partie des risques normaux liés à un travail de piètre qualité ou s’ils étaient imprévus et fortuits. »

[15] Après application de ce nouveau critère, la Cour d’appel a conclu que les dommages causés aux fenêtres constituaient une perte matérielle exclue au titre des [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » parce qu’ils n’étaient ni accidentels ni fortuits, mais directement causés par les mouvements de grattage et de frottement effectués par Bristol lors de son nettoyage. Selon la Cour d’appel, Bristol a intentionnellement soumis les fenêtres à ce traitement, qui constituait l’essentiel du travail à accomplir, et les dommages étaient non seulement prévisibles, mais hautement probables.

IV. Issues on Appeal

[16] The Exclusion Clause in the standard form builders' risk insurance policy at issue in these appeals raises two questions that this Court must answer.

[17] First, what standard of appellate review applies to a trial judge's interpretation of a standard form insurance contract?

[18] Second, what is the proper interpretation to be given to the faulty workmanship exclusion clause and the "resulting damage" exception to that exclusion contained in builders' risk insurance policies?

V. AnalysisA. *The Standard of Review Is Correctness*

[19] In my view, the trial judge's interpretation of the Policy should be reviewed for correctness.

[20] These appeals present an opportunity to clarify how *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, applies to the interpretation of standard form contracts, sometimes called contracts of adhesion.

[21] In *Sattva*, Rothstein J. held that "[c]ontractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix" (para. 50). As a result, the palpable and overriding error standard of review applies to a trial court's interpretation of a contract: *Heritage Capital Corp. v. Equitable Trust Co.*, 2016 SCC 19, [2016] 1 S.C.R. 306, at paras. 21-24. However, Rothstein J. acknowledged that the correctness standard of review still applies to the "rare" extricable questions of law that arise in the interpretation process, such as "the application of an incorrect principle, the failure to consider a required element of a legal test,

IV. Questions en litige

[16] La clause d'exclusion figurant dans la formule type d'assurance chantier en cause dans les pourvois soulève deux questions auxquelles notre Cour doit répondre.

[17] Premièrement, quelle norme de contrôle s'applique en appel à l'interprétation d'un contrat d'assurance type retenue par le juge de première instance?

[18] Deuxièmement, quelle est l'interprétation que doit recevoir la clause d'exclusion relative à la malfaçon et l'exception visant les « dommages en découlant » contenues dans les polices d'assurance chantier?

V. AnalyseA. *La norme de contrôle est celle de la décision correcte*

[19] À mon avis, il faut contrôler l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance selon la norme de la décision correcte.

[20] Les présents pourvois offrent une occasion de clarifier l'application de *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, à l'interprétation des contrats types, parfois appelés contrats d'adhésion.

[21] Dans l'arrêt *Sattva*, le juge Rothstein conclut que « [l']interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s'agit d'en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). En conséquence, la norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique à l'interprétation donnée par le tribunal de première instance à un contrat (*Heritage Capital Corp. c. Équitable, Cie de fiducie*, 2016 CSC 19, [2016] 1 R.C.S. 306, par. 21-24). Le juge Rothstein a cependant reconnu que la norme de la décision correcte s'applique toujours aux « rares » questions de droit qui peuvent se dégager au cours de l'exercice d'interprétation, par exemple lorsque le décideur a « appliqu[é] le

or the failure to consider a relevant factor”: *Sattva*, at paras. 53 and 55, quoting *King v. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, at para. 21. This is consistent with the jurisprudence on the standard of review for questions of mixed fact and law: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36. However, in this case, the Court of Appeal did not purport to identify an extricable question of law that arose in the interpretation process. Rather, it concluded that the interpretation of the contract itself should be reviewed for correctness, despite *Sattva*’s holding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law and is owed deference on appeal: paras. 18-19.

[22] Appellate courts have disagreed on whether this Court’s holding in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation applies to standard form contracts. Many appellate courts have held that *Sattva* does not apply, and have conducted correctness review: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. v. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, at para. 13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers’ Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *Daverne v. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, at paras. 12-14; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII).

[23] In other cases, however, courts of appeal have applied *Sattva* and have deferred to trial courts’ interpretations of standard form contracts: *Kassburg v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922, 124 O.R. (3d) 171, at para. 33; *Anderson v.*

mauvais principe ou néglig[é] un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent » (*Sattva*, par. 53 et 55, citant *King c. Operating Engineers Training Institute of Manitoba Inc.*, 2011 MBCA 80, 270 Man. R. (2d) 63, par. 21). Cela s’accorde avec la jurisprudence sur la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36). Toutefois, en l’espèce, la Cour d’appel n’a pas dégagé une question de droit qui s’est posée au cours de l’exercice d’interprétation. Elle a plutôt conclu qu’il y a lieu de contrôler l’interprétation du contrat lui-même selon la norme de la décision correcte malgré la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit et commande la déférence en appel (par. 18-19).

[22] Les cours d’appel ont exprimé des avis contradictoires au sujet de la question de savoir si la conclusion tirée dans *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d’interprétation contractuelle vise aussi les contrats types. Elles ont été nombreuses à juger que *Sattva* n’est pas applicable et ont effectué un contrôle selon la norme de la décision correcte (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Portage LaPrairie Mutual Insurance Co. c. Sabeau*, 2015 NSCA 53, 386 D.L.R. (4th) 449, par. 13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers’ Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *Daverne c. John Switzer Fuels Ltd.*, 2015 ONCA 919, 128 O.R. (3d) 188, par. 12-14; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)).

[23] En revanche, dans d’autres affaires, les cours d’appel ont appliqué *Sattva* et s’en sont remises aux interprétations des contrats types retenues par les tribunaux de première instance (*Kassburg c. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2014 ONCA 922,

Bell Mobility Inc., 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, at paras. 9 and 33-35; *Van Camp v. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at para. 35; and *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at para. 40 (CanLII). See also *Stewart Estate*, at para. 63, per Rowbotham J.A. (dissenting on this point).

[24] I would recognize an exception to this Court's holding in *Sattva* that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. In my view, where an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix that is specific to the parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[25] The statements made in *Sattva* on the standard of review of contractual interpretation must be considered in their full context. That case concerned a complex commercial agreement between two sophisticated parties — not a standard form contract. Professor John D. McCamus has described standard form contracts as follows:

... the document put forward will typically constitute a standard printed form that the party proffering the document invariably uses when entering transactions of this kind. The form will often be offered on a “take it or leave it” basis. In the typical case, the other party, then, will have no choice but either to agree to the terms of the standard form or to decline to enter the transaction altogether. Standard form agreements are a pervasive and indispensable feature of modern commercial life. It is simply not feasible to negotiate, in any meaningful sense,

124 O.R. (3d) 171, par. 33; *Anderson c. Bell Mobility Inc.*, 2015 NWTCA 3, 593 A.R. 79, par. 9 et 33-35; *Van Camp c. Chrome Horse Motorcycle Inc.*, 2015 ABCA 83, 599 A.R. 201; *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 40 (CanLII). Voir aussi *Stewart Estate*, par. 63, la juge Rowbotham (dissidente sur ce point)).

[24] Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion tirée dans *Sattva* selon laquelle l'interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. Selon moi, lorsqu'un appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation est une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[25] Les affirmations dans *Sattva* au sujet de la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle doivent être replacées dans leur contexte global. L'arrêt *Sattva* portait sur une entente commerciale complexe intervenue entre deux parties avisées, et non sur un contrat type. Le professeur John D. McCamus a décrit ainsi les contrats types :

[TRADUCTION] ... il s'agit typiquement d'une formule type imprimée à laquelle a toujours recours la partie qui la propose pour ce type d'opération. La formule est souvent présentée comme étant une offre « à prendre ou à laisser ». Normalement, l'autre partie n'aura comme choix que d'accepter ou de refuser l'intégralité des modalités de la formule type. Les contrats d'adhésion types sont omniprésents et constituent une caractéristique indispensable de l'activité commerciale moderne. Il n'est tout simplement pas possible de négocier réellement les

the terms of many of the transactions entered into in the course of daily life.

(*The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at p. 185)

Sattva did not consider the unique issues that standard form contracts raise.

[26] Moreover, the Court in *Sattva* gave two reasons for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law subject to deferential review on appeal. As a general matter, those reasons are less compelling in the context of standard form contracts.

(1) Factual Matrix

[27] The first reason is that the surrounding circumstances of the contract, or the factual matrix in which it was formed, are important considerations in contractual interpretation: *Sattva*, at para. 46. Rothstein J. stated that determining the intention of the parties is a “fact-specific goal” that requires a trial court to “read the contract as a whole, giving the words used their ordinary and grammatical meaning, consistent with the surrounding circumstances known to the parties at the time of formation of the contract”: paras. 47 and 49.

[28] While a proper understanding of the factual matrix is crucial to the interpretation of many contracts, it is often less relevant for standard form contracts, because “the parties do not negotiate terms and the contract is put to the receiving party as a take-it-or-leave-it proposition”: *MacDonald*, at para. 33. Standard form contracts are particularly common in the insurance industry, as Professor Barbara Billingsley observed in *General Principles of Canadian Insurance Law* (2nd ed. 2014), at p. 56:

As part of its business considerations and in advance of meeting with any particular client, an insurance company decides the terms and conditions under which it is willing to provide insurance coverage for certain common

modalités d’un grand nombre des opérations conclues quotidiennement.

(*The Law of Contracts* (2^e éd. 2012), p. 185)

La Cour n’a pas examiné dans *Sattva* les questions uniques que soulèvent les contrats types.

[26] Par ailleurs, dans *Sattva*, la Cour a donné deux motifs à l’appui de sa conclusion selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit dont le contrôle en appel doit être empreint de déférence. En règle générale, ces motifs sont moins convaincants lorsqu’il est question de contrats types.

(1) Fondement factuel

[27] Le premier motif est que les circonstances entourant le contrat, ou le fondement factuel de sa formation, sont des considérations importantes pour son interprétation (*Sattva*, par. 46). Selon le juge Rothstein, le but de l’exercice consistant à déterminer l’intention des parties est « axé sur les faits » et requiert qu’un tribunal de première instance « interprète le contrat dans son ensemble, en donnant aux mots y figurant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec les circonstances dont les parties avaient connaissance au moment de la conclusion du contrat » (par. 47 et 49).

[28] Certes, une compréhension adéquate du fondement factuel est cruciale pour l’interprétation de nombreux contrats. Toutefois, dans le cas des contrats types, le fondement factuel est souvent moins pertinent parce que [TRADUCTION] « les parties ne négocient pas les modalités et le contrat est présenté comme une proposition à prendre ou à laisser » (*MacDonald*, par. 33). Les contrats types sont particulièrement communs dans l’industrie des assurances, comme l’a fait observer la professeure Barbara Billingsley dans *General Principles of Canadian Insurance Law* (2^e éd. 2014), p. 56 :

[TRADUCTION] Eu égard aux considérations commerciales qui lui sont propres et avant de rencontrer tout client, la compagnie d’assurance décide des conditions dans lesquelles elle est disposée à fournir une garantie d’assurance

types of risk. This means that, in most situations, an insurance company does not negotiate the detailed terms of insurance coverage with individual customers. Instead, before entering into any insurance agreements, an insurer typically drafts a series of pre-fabricated contracts outlining the terms upon which particular kinds of coverage will be provided. These contracts are known as “standard form policies”. The insurer then provides the appropriate standard form policy to clients purchasing insurance coverage.

[29] Parties to an insurance contract may negotiate over matters like the cost of premiums, but the actual conditions of the insurance coverage are generally determined by the standard form contract: Billingsley, at p. 58.

[30] My colleague Justice Cromwell accepts that, for standard form contracts, there are usually no relevant surrounding circumstances relating to negotiation (para. 106). However, he observes that other elements of the surrounding circumstances — such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates — have a role in the interpretation process.

[31] I agree that factors such as the purpose of the contract, the nature of the relationship it creates, and the market or industry in which it operates should be considered when interpreting a standard form contract. However, those considerations are generally not “inherently fact specific”: *Sattva*, at para. 55. Rather, they will usually be the same for everyone who may be a party to a particular standard form contract. This underscores the need for standard form contracts to be interpreted consistently, a point to which I will return below.

[32] In sum, for standard form contracts, the surrounding circumstances generally play less of a role in the interpretation process, and where they are relevant, they tend not to be specific to the particular parties. Accordingly, the first reason given in *Sattva* for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law — the importance of the factual matrix — carries less weight in cases involving standard form contracts.

pour certains risques courants. Ainsi, dans la plupart des cas, la compagnie d’assurance ne négocie pas les modalités détaillées de la garantie avec un client en particulier. Ce qui se passe plutôt, c’est qu’avant de conclure un contrat d’assurance, l’assureur rédige généralement une série de contrats préétablis décrivant dans quelles conditions certains types de garantie seront offerts. Ces contrats sont appelés des « polices d’assurance types ». L’assureur fournit ainsi la police d’assurance type appropriée à chaque client qui achète une garantie d’assurance.

[29] Les parties à un contrat d’assurance peuvent négocier des éléments comme le coût des primes, mais les véritables conditions de la garantie sont généralement établies par le contrat type (Billingsley, p. 58).

[30] Mon collègue le juge Cromwell convient que, dans le cas des contrats types, il n’y a habituellement aucune circonstance pertinente touchant les négociations (par. 106). Il fait toutefois remarquer que d’autres éléments des circonstances — tels l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé — ont un rôle à jouer dans l’exercice d’interprétation.

[31] Je reconnais qu’il y a lieu de prendre en considération des facteurs comme l’objet du contrat, la nature de la relation qu’il crée et le marché ou l’industrie où il est employé pour interpréter un contrat type. Par contre, ces considérations ne sont généralement pas, « de par [leur] nature même, axé[es] sur les faits » (*Sattva*, par. 55). Elles sont plutôt habituellement les mêmes pour toute personne qui peut être partie à un contrat type donné. Cela fait ressortir la nécessité d’interpréter uniformément les contrats types, un point sur lequel je reviendrai plus loin.

[32] Bref, dans le cas des contrats types, les circonstances les entourant ont généralement un rôle moins important à jouer dans l’exercice d’interprétation et, lorsqu’elles sont pertinentes, elles ne sont généralement pas propres aux parties en cause. En conséquence, le premier motif donné dans *Sattva* à l’appui de la conclusion que l’interprétation d’un contrat est une question mixte de fait et de droit — l’importance du fondement factuel — a moins de force dans les cas des contrats types.

(2) The Definitions of “Question of Law” and “Question of Mixed Fact and Law”

[33] In *Sattva*, this Court gave a second reason for concluding that contractual interpretation is a question of mixed fact and law: contractual interpretation does not fit within the definition of a pure question of law. Questions of law are “about what the correct legal test is”: para. 49, quoting *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. For instance, the content of a particular legal principle of contractual interpretation is a question of law. However, in interpreting contracts, courts apply the legal principles of contractual interpretation to determine the parties’ objective intentions: *Sattva*, at para. 49. Therefore, according to *Sattva*, contractual interpretation is a question of mixed fact and law, which is defined as “applying a legal standard” (the legal principles of contractual interpretation) “to a set of facts” (the words of the contract and the factual matrix): para. 49, quoting *Housen*, at para. 26.

[34] In my view, however, while contractual interpretation is generally a question of mixed fact and law, in situations involving standard form contracts, it is more appropriately classified as a question of law in most circumstances.

[35] The law of standard of review — including the distinction between questions of law and those of mixed fact and law — seeks to achieve an appropriate division of labour between trial and appellate courts in accordance with their respective roles. The main function of trial courts is to resolve the particular disputes before them: *Housen*, at para. 9. Appellate courts, however, “operate at a higher level of legal generality”: *Association des parents ayants droit de Yellowknife v. Northwest Territories (Attorney General)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, at para. 23. They ensure that “the same legal rules are applied in similar situations”, as the rule of law demands: *Housen*, at para. 9. Appellate courts also

(2) Les définitions de « question de droit » et de « question mixte de fait et de droit »

[33] Dans l’arrêt *Sattva*, la Cour avance un deuxième motif pour justifier sa conclusion selon laquelle l’interprétation des contrats est une question mixte de fait et de droit : l’interprétation contractuelle ne cadre pas avec la définition de la pure question de droit. Les questions de droit « concernent la détermination du critère juridique applicable » (par. 49, citant *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35). À titre d’exemple, la teneur d’un principe juridique particulier d’interprétation contractuelle est une question de droit. Toutefois, dans l’interprétation des contrats, les tribunaux appliquent les principes juridiques d’interprétation contractuelle pour déterminer les intentions objectives des parties (*Sattva*, par. 49). En conséquence, selon *Sattva*, l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit, définie comme « l’application d’une norme juridique » (les principes juridiques de l’interprétation contractuelle) « à un ensemble de faits » (les termes du contrat et le fondement factuel) (par. 49, citant *Housen*, par. 26).

[34] J’estime toutefois que, si l’interprétation contractuelle est généralement une question mixte de fait et de droit, lorsqu’il s’agit de contrats types, il est plus juste de la considérer comme une question de droit dans la plupart des cas.

[35] Le droit applicable aux normes de contrôle — notamment en ce qui a trait à la distinction entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit — vise à établir une répartition appropriée des tâches entre les tribunaux de première instance et les cours d’appel, conformément à leurs rôles respectifs. La principale fonction des tribunaux de première instance est de résoudre les litiges qui leur sont soumis (*Housen*, par. 9). Quant aux cours d’appel, elles « exercent leurs fonctions à un niveau élevé de généralité » (*Association des parents ayants droit de Yellowknife c. Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2015 NWTCA 2, 593 A.R. 180, par. 23). Elles veillent à ce que « les mêmes règles de droit

have a law-making function, which requires them to “delineate and refine legal rules”: *ibid.*

[36] These particular functions of appellate courts — ensuring consistency in the law and reforming the law — justify reviewing pure questions of law on the standard of correctness. By contrast, appellate courts defer to findings of fact in part because they can discharge their mandate without second-guessing trial courts’ factual determinations: *Housen*, at paras. 11-14. For questions of mixed fact and law, the correctness standard applies to extricable errors of law (such as the application of an incorrect principle) because, again, a review on the standard of correctness is necessary to allow appellate courts to fulfill their role. However, where it is “difficult to extricate the legal questions from the factual”, appellate courts defer on questions of mixed fact and law: *Housen*, at para. 36; see also paras. 33-35.

[37] In many cases, appellate courts need not review for correctness the contractual interpretation *itself* in order to perform their functions — namely, ensuring the consistent application of the law and reforming the law. That is because, in general, the interpretation of a contract has no impact beyond the parties to a dispute. As Rothstein J. commented in *Sattva*, at para. 52:

... this Court in *Housen* found that deference to fact-finders promoted the goals of limiting the number, length, and cost of appeals, and of promoting the autonomy and integrity of trial proceedings (paras. 16-17). These principles also weigh in favour of deference to first instance decision-makers on points of contractual interpretation. The legal obligations arising from a contract are, in most cases, limited to the interest of the particular parties. Given that our legal system leaves broad scope to tribunals of

soient appliquées dans des situations similaires », comme l’exige la primauté du droit (*Housen*, par. 9). Elles jouent aussi un rôle dans l’élaboration du droit, ce qui les oblige à « préciser et [à] raffiner les règles de droit » (*ibid.*).

[36] Ces fonctions particulières des cours d’appel — veiller à l’application uniforme du droit et à sa réforme — justifient qu’elles exercent un contrôle selon la norme de la décision correcte pour les pures questions de droit. En revanche, les cours d’appel font preuve de déférence à l’égard des conclusions de fait, et ce, notamment parce qu’elles peuvent s’acquitter de leur mandat sans avoir à se prononcer après coup sur les conclusions factuelles des tribunaux de première instance (*Housen*, par. 11-14). Pour les questions mixtes de fait et de droit, la norme de la décision correcte s’applique aux erreurs de droit susceptibles d’être isolées (comme l’application du mauvais principe) parce que, dans ce cas aussi, un contrôle selon la norme de la décision correcte est nécessaire pour permettre aux cours d’appel de jouer leur rôle. Par contre, lorsqu’il est « difficile de départager les questions de droit et les questions de fait », les cours d’appel font preuve de déférence à l’égard des questions mixtes de fait et de droit (*Housen*, par. 36; voir aussi par. 33-35).

[37] Dans bien des cas, les cours d’appel n’ont pas besoin de procéder à un examen de l’interprétation contractuelle *en soi* selon la norme de la décision correcte pour s’acquitter de leurs fonctions — qui consistent à veiller à l’application uniforme du droit et à sa réforme — et ce, parce que l’interprétation d’un contrat donné n’a généralement d’incidence que sur les parties au litige. Comme l’a fait observer le juge Rothstein dans *Sattva*, par. 52 :

... la Cour dans l’arrêt *Housen* conclut que la retenue à l’égard du juge des faits contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l’autonomie du procès et son intégrité (par. 16-17). Ces principes militent également en faveur de la déférence à l’endroit des décideurs de première instance en matière d’interprétation contractuelle. Les obligations juridiques issues d’un contrat se limitent, dans la plupart des cas, aux intérêts des parties au litige. Le vaste pouvoir de trancher les questions

first instance to resolve issues of limited application, this supports treating contractual interpretation as a question of mixed fact and law.

[38] For the interpretation of many contracts, precedents interpreting similar contractual language may be of some persuasive value. However, it is the intentions of the particular parties, as reflected in the particular contractual wording at issue and informed by the surrounding circumstances of the contract, that predominate, and “[i]f that intention differs from precedent, the intention will govern and the precedent will not be followed”: G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3rd ed. 2016), at pp. 129-30; see also *Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, at para. 43.

[39] These teachings, however, do not necessarily apply in cases involving standard form contracts, where a review on the standard of correctness may be necessary for appellate courts to fulfill their functions. Standard form contracts are “highly specialized contracts that are sold widely to customers without negotiation of terms”: *MacDonald*, at para. 37. In some cases, a single company, such as a bank or a telephone service provider, may use its own standard form contract with all of its customers: *Monk*, at para. 23. In others, a standard form agreement may be common throughout an entire industry: *Precision Plating*, at para. 28. Either way, the interpretation of the standard form contract could affect many people, because “precedent is more likely to be controlling” in the interpretation of such contracts: Hall, at p. 131. It would be undesirable for courts to interpret identical or very similar standard form provisions inconsistently, without good reason. The mandate of appellate courts — “ensuring the consistency of the law” (*Sattva*, at para. 51) — is advanced by permitting appellate courts to review the interpretation of standard form contracts for correctness.

d’application limitée que notre système judiciaire confère aux tribunaux de première instance appuie la proposition selon laquelle l’interprétation contractuelle est une question mixte de fait et de droit.

[38] Pour interpréter de nombreux contrats, on peut recourir aux précédents dans lesquels les tribunaux interprètent un libellé contractuel semblable et leur accorder une certaine valeur persuasive, mais ce sont les intentions des parties en cause exprimées dans le libellé particulier du contrat en litige et considérées à l’aune des circonstances entourant le contrat qui ont préséance; ainsi, [TRADUCTION] « [s]i l’intention des parties concernées est différente de celle des parties dans le précédent, c’est l’intention des parties concernées qui compte et le précédent ne sera pas appliqué » (G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (3^e éd. 2016), p. 129-130; voir aussi *Tenneco Canada Inc. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, 1999 BCCA 415, 126 B.C.A.C. 9, par. 43).

[39] Ces enseignements ne valent toutefois pas nécessairement pour les contrats types, à l’égard desquels un contrôle selon la norme de la décision correcte peut être requis pour que les cours d’appel puissent s’acquitter de leurs fonctions. Les contrats types sont [TRADUCTION] « des contrats hautement spécialisés qui sont largement vendus à des clients sans qu’il y ait négociation des modalités » (*MacDonald*, par. 37). Dans certains cas, une entreprise unique, comme une banque ou un fournisseur de services téléphoniques, peut utiliser son propre contrat type auprès de tous ses clients (*Monk*, par. 23). Dans d’autres cas, un contrat type peut être commun à l’ensemble d’une industrie (*Precision Plating*, par. 28). Dans les deux situations, l’interprétation du contrat type peut toucher de nombreuses personnes, parce que [TRADUCTION] « le précédent est probablement déterminant » pour l’interprétation de tels contrats (Hall, p. 131). Il ne serait pas souhaitable que les cours interprètent différemment des contrats types identiques ou très similaires sans bonne raison. Le rôle des cours d’appel — « assurer la cohérence du droit » (*Sattva*, par. 51) — est servi lorsqu’on leur permet de contrôler l’interprétation d’un contrat type selon la norme de la décision correcte.

[40] Indeed, consistency is particularly important in the interpretation of standard form insurance contracts. In *Co-operators Life Insurance Co. v. Gibbens*, 2009 SCC 59, [2009] 3 S.C.R. 605, at para. 27, Binnie J. recognized that “‘courts will normally be reluctant to depart from [authoritative] judicial precedent interpreting the policy in a particular way’ . . . where the issue arises subsequently in a similar context, and where the policies are similarly framed”, because both insurance companies and customers benefit from “[c]ertainty and predictability”. And where an insurance policy is ambiguous, courts “strive to ensure that similar insurance policies are construed consistently”: *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245, at para. 23.

[41] The definition of questions of law — “questions about what the correct legal test is” (*Southam*, at para. 35) — does not preclude classifying some questions of contractual interpretation as questions of law. There is no bright-line distinction between questions of law and those of mixed fact and law. Rather, “the degree of generality (or ‘precedential value’)” is the key difference between the two types of questions: *Sattva*, at para. 51. As Iacobucci J. stated in *Southam*, at para. 37:

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. . . . 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.

[40] En effet, la constance revêt une importance particulière dans l’interprétation des contrats d’assurance types. Dans *Co-operators Compagnie d’assurance-vie c. Gibbens*, 2009 CSC 59, [2009] 3 R.C.S. 605, par. 27, le juge Binnie a reconnu que « [TRADUCTION] “les tribunaux hésitent habituellement à s’écarter de l’interprétation attribuée à une police dans une décision antérieure [faisant autorité]” [. . .] lorsqu’ils sont saisis de la même question d’interprétation dans un contexte semblable et que les polices ont un libellé analogue », parce que tant les compagnies d’assurance que les clients bénéficient de « [l]a certitude et [de] la prévisibilité ». Par ailleurs, lorsqu’une police d’assurance est ambiguë, les tribunaux « f[ont] en sorte que les polices d’assurance semblables soient interprétées d’une manière uniforme » (*Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d’assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245, par. 23).

[41] La définition des questions de droit — « [ces questions] concernent la détermination du critère juridique applicable » (*Southam*, par. 35) — ne nous empêche pas de considérer certaines questions d’interprétation contractuelle comme des questions de droit. Il n’y a pas de ligne de démarcation nette entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit. C’est plutôt « le degré de généralité (ou “la valeur comme précéden[t]”) » qui constitue la principale différence entre ces deux catégories de question (*Sattva*, par. 51). Comme l’a affirmé le juge Iacobucci dans *Southam*, par. 37 :

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. [. . .] 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.

[42] Contractual interpretation is often the “pure application” of contractual interpretation principles to a unique set of circumstances. In such cases, the interpretation is not “of much interest to judges and lawyers in the future” because of its “utter particularity”. These questions of contractual interpretation are appropriately classified as questions of mixed fact and law, as the Court explained in *Sattva*.

[43] However, the interpretation of a standard form contract could very well be of “interest to judges and lawyers in the future”. In other words, the interpretation itself has precedential value. The interpretation of a standard form contract can therefore fit under the definition of a “pure question of law”, i.e., “questions about what the correct legal test is”: *Sattva*, at para. 49; *Southam*, at para. 35. Establishing the proper interpretation of a standard form contract amounts to establishing the “correct legal test”, as the interpretation may be applied in future cases involving identical or similarly worded provisions.

[44] My colleague Cromwell J. suggests that the interpretation of a standard form contract will not be of much precedential value because “its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case” (para. 120). I respectfully disagree. Settling on a consistent interpretation of a standard form provision is useful. Of course, the result of applying the interpretation in future cases will depend on the facts of those cases. The facts are for the trial judge to find, and those findings will be owed deference.

[45] For instance, in this case, the Court of Appeal interpreted the Exclusion Clause as excluding damages physically or systemically connected to the faulty work. For the reasons I will give below, I am of the view that the Exclusion Clause excludes only the cost of redoing the faulty work. These are two different interpretations of the same standard form language. Selecting one interpretation over the other as correct will give parties certainty and

[42] L’interprétation contractuelle participe souvent de l’« application pure » des principes d’interprétation contractuelle à un ensemble unique de circonstances. Dans ces cas, l’interprétation ne présente pas « beaucoup d’intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir » en raison de sa « particularité absolue ». Ces questions d’interprétation contractuelle sont classées à bon droit dans la catégorie des questions mixtes de fait et de droit, comme l’explique la Cour dans *Sattva*.

[43] Or, l’interprétation d’un contrat type pourrait fort bien présenter de l’« intérêt pour les juges et les avocats dans l’avenir ». Autrement dit, l’interprétation en soi a valeur de précédent. L’interprétation d’un contrat type peut donc correspondre à la définition de « pure question de droit », c.-à-d. une « questio[n] [. . .] “concern[ant] la détermination du critère juridique applicable” » (*Sattva*, par. 49; *Southam*, par. 35). Établir la juste interprétation d’un contrat type revient à établir le « bon critère juridique », puisque cette interprétation peut être appliquée dans l’avenir à des dispositions identiques ou formulées de façon semblable.

[44] D’après mon collègue le juge Cromwell, l’interprétation d’un contrat type n’a pas une grande valeur de précédent car « les tribunaux décideront [. . .] de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire » (par. 120). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. Il est utile de s’entendre sur une interprétation constante d’une clause type. Bien sûr, le résultat de l’application de l’interprétation dans des affaires à venir dépendra des faits de celles-ci. Il revient au juge de première instance d’établir les faits et ses conclusions de fait commanderont la déférence.

[45] À titre d’exemple, en l’espèce, la Cour d’appel a jugé que la clause d’exclusion vise les dommages connexes, sur le plan matériel ou systémique, à la malfaçon. Pour les motifs exposés ci-dessous, j’estime que la clause d’exclusion vise seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. Il s’agit là de deux interprétations différentes d’une même disposition type. Le fait de retenir une interprétation aux dépens de l’autre assurera une certitude

predictability. This is true even though what constitutes the cost of redoing the faulty work will depend on the facts of future cases.

(3) Conclusion on Standard of Review

[46] *Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law, and always owed deference on appeal. I would recognize an exception to *Sattva*'s holding on the standard of review of contractual interpretation. Where, like here, the appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation at issue is of precedential value, and there is no meaningful factual matrix specific to the particular parties to assist the interpretation process, this interpretation is better characterized as a question of law subject to correctness review.

[47] These criteria are met in the present case, so the standard of review applicable to the trial judge's interpretation of the Policy is correctness. The trial judge's underlying factual findings remain subject to deferential review, as mentioned above.

[48] Depending on the circumstances, however, the interpretation of a standard form contract may be a question of mixed fact and law, subject to deferential review on appeal. For instance, deference will be warranted if the factual matrix of a standard form contract that is specific to the particular parties assists in the interpretation. Deference will also be warranted if the parties negotiated and modified what was initially a standard form contract, because the interpretation will likely be of little or no precedential value. There may be other cases where deferential review remains appropriate. As Iacobucci J. recognized in *Southam*, the line between questions of law and those of mixed fact and law is not always easily drawn. Appellate courts should consider

et une prévisibilité aux parties. Cela vaut même si ce qui constitue le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux dépendra des faits des affaires à venir.

(3) Conclusion sur la norme de contrôle

[46] L'arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l'interprétation d'un contrat est toujours une question mixte de fait et de droit, et qu'il faut toujours faire montre de déférence envers cette interprétation en appel. Je suis d'avis de reconnaître une exception à la conclusion de *Sattva* sur la norme de contrôle applicable en matière d'interprétation contractuelle. Lorsque, comme en l'espèce, l'appel porte sur l'interprétation d'un contrat type, que l'interprétation en litige a valeur de précédent et que l'exercice d'interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties concernées, il est plus juste de dire que cette interprétation constitue une question de droit assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte.

[47] Ces conditions sont satisfaites en l'espèce, de sorte que la norme de contrôle applicable à l'interprétation de la police retenue par le juge de première instance est celle de la décision correcte. Comme je l'ai déjà mentionné, les conclusions de fait sous-jacentes tirées par le juge de première instance doivent toujours faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence.

[48] Toutefois, selon les circonstances, l'interprétation d'un contrat type peut être une question mixte de fait et de droit devant faire l'objet d'un contrôle empreint de déférence en appel. À titre d'exemple, la déférence est justifiée si le fondement factuel d'un contrat type qui est propre aux parties concernées aide à l'interpréter. La déférence est aussi justifiée si les parties ont négocié et modifié ce qui était au départ un contrat type, parce que l'interprétation n'aura probablement que peu ou pas de valeur comme précédent. Il peut y avoir d'autres cas où le contrôle empreint de déférence reste de mise. Comme l'a reconnu le juge Iacobucci dans *Southam*, il n'est pas toujours facile de tracer la ligne entre les questions de droit et les questions mixtes de fait et de droit.

whether “the dispute is over a general proposition” or “a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future” (para. 37).

B. *The Exclusion Clause*

(1) Rules Governing the Interpretation of the Policy

[49] The parties agree that the governing principles of interpretation applicable to insurance policies are those summarized by Rothstein J. in *Progressive Homes*. The primary interpretive principle is that where the language of the insurance policy is unambiguous, effect should be given to that clear language, reading the contract as a whole: para. 22, citing *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London v. Scalera*, 2000 SCC 24, [2000] 1 S.C.R. 551, at para. 71.

[50] Where, however, the policy’s language is ambiguous, general rules of contract construction must be employed to resolve that ambiguity. These rules include that the interpretation should be consistent with the reasonable expectations of the parties, as long as that interpretation is supported by the language of the policy; it should not give rise to results that are unrealistic or that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance policy was contracted, and it should be consistent with the interpretations of similar insurance policies. See *Progressive Homes*, at para. 23, citing *Scalera*, at para. 71; *Gibbens*, at paras. 26-27; and *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 900-902.

[51] Only if ambiguity still remains after the above principles are applied can the *contra proferentem* rule be employed to construe the policy against the insurer: *Progressive Homes*, at para. 24, citing *Scalera*, at para. 70; *Gibbens*, at para. 25; and *Consolidated-Bathurst*, at pp. 899-901. *Progressive Homes* provides that a corollary of this rule is that

Les cours d’appel devraient se demander si « le litige porte sur une proposition générale » 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 » (par. 37).

B. *La clause d’exclusion*

(1) Les règles régissant l’interprétation de la police

[49] Les parties s’entendent pour dire que les principes d’interprétation des polices d’assurance sont ceux qu’a résumés le juge Rothstein dans *Progressive Homes*. Selon le premier principe d’interprétation, lorsque le texte de la police n’est pas ambigu, le tribunal doit donner effet à ce texte clair et considérer le contrat dans son ensemble (par. 22, citant *Non-Marine Underwriters, Lloyd’s of London c. Scalera*, 2000 CSC 24, [2000] 1 R.C.S. 551, par. 71).

[50] Toutefois, lorsque le texte de la police est ambigu, on doit recourir aux règles générales d’interprétation des contrats pour résoudre cette ambiguïté, entre autres : retenir une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties, pourvu que le texte de la police étaie cette interprétation; éviter une interprétation qui aboutirait à un résultat irréaliste ou que n’auraient pas envisagé les parties dans le climat commercial où la police d’assurance a été contractée; l’interprétation retenue doit s’accorder avec celles des polices d’assurance semblables. Voir *Progressive Homes*, par. 23, citant *Scalera*, par. 71; *Gibbens*, par. 26-27; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, p. 900-902.

[51] Ce n’est que s’il subsiste une ambiguïté après l’application des principes susmentionnés que les tribunaux peuvent recourir à la règle *contra proferentem* pour interpréter la police contre l’assureur (*Progressive Homes*, par. 24, citant *Scalera*, par. 70; *Gibbens*, par. 25; et *Consolidated Bathurst*, p. 899-901. Selon *Progressive Homes*, le corollaire de cette

coverage provisions in insurance policies are interpreted broadly, and exclusion clauses narrowly.

[52] It is also important to bear in mind this Court's guidance in *Progressive Homes* on the "generally advisable" order in which to interpret insurance policies (para. 28). Although that case involved commercial general liability policies and not builders' risk policies, the two types of policies share a similar alternating structure: they set out the type of coverage followed by specific exclusions, with some exclusions containing exceptions. As such, the insured has the onus of first establishing that the damage or loss claimed falls within the initial grant of coverage. The parties in these appeals have conceded that this particular onus has been met: trial judge's reasons, at para. 9. The onus then shifts to the insurer to establish that one of the exclusions to coverage applies. If the insurer is successful at this stage, the onus then shifts back to the insured to prove that an exception to the exclusion applies: see *Progressive Homes*, at paras. 26-29 and 51. Contrary to the Court of Appeal's statement at para. 26 of its reasons that the exclusion and exception in this case must be interpreted "symbiotically", I see no reason to depart from the generally accepted order of interpretation in analyzing the Policy and the Exclusion Clause.

(2) The Court of Appeal's Approach to the Exclusion Clause

[53] Before engaging in the interpretation of the Exclusion Clause, I believe it necessary to properly set out the Court of Appeal's reasoning and explain why its new physical or systemic connectedness test was unnecessary.

[54] At paras. 29 and 48 of its reasons, the Court of Appeal explained that because the base coverage under clause 2 of the Policy is for "physical loss

règle est que les dispositions relatives à la garantie dans les polices d'assurance doivent recevoir une interprétation large, et les clauses d'exclusion, une interprétation étroite.

[52] Il importe également de garder à l'esprit les indications données par notre Cour dans *Progressive Homes* quant à l'ordre « généralement recommandé » pour l'interprétation des polices d'assurance (par. 28). L'affaire *Progressive Homes* concernait des polices d'assurance de responsabilité civile des entreprises et non des polices d'assurance chantier, mais les deux types de police partagent la même structure alternative, en ce sens qu'elles prévoient le type de garantie puis des exclusions précises, et certaines exclusions comportent des exceptions. En conséquence, l'assuré a le fardeau d'établir en premier lieu que le dommage ou la perte faisant l'objet de la réclamation relevait de la garantie initiale. Les parties aux présents pourvois ont concédé que les assurées s'étaient acquittées de ce fardeau (motifs du juge de première instance, par. 9). Il y a alors déplacement du fardeau de la preuve et l'assureur doit établir que l'une des exclusions de la garantie s'applique. S'il y parvient, le fardeau de la preuve se déplace à nouveau et il incombe à l'assuré de prouver qu'une exception à l'exclusion s'applique (voir *Progressive Homes*, par. 26-29 et 51). Contrairement à l'affirmation de la Cour d'appel au par. 26 de ses motifs selon laquelle l'exclusion et l'exception en l'espèce doivent être interprétées [TRADUCTION] « en symbiose », je ne vois aucune raison de déroger à l'ordre d'interprétation généralement reconnu pour analyser la police et la clause d'exclusion.

(2) La façon dont la Cour d'appel a abordé la clause d'exclusion

[53] Avant de procéder à l'interprétation de la clause d'exclusion, je crois qu'il est nécessaire de bien situer le raisonnement de la Cour d'appel et d'expliquer pourquoi son nouveau critère de connexité matérielle ou systémique était inutile.

[54] Aux paragraphes 29 et 48 de ses motifs, la Cour d'appel a expliqué que la clause d'exclusion doit soustraire à la garantie certaines pertes

or damage”, it follows that the Exclusion Clause needs to exclude from coverage some physical loss. In the Court of Appeal’s opinion, a different reading of the Exclusion Clause would risk rendering it redundant. Under this view, the “cost of making good faulty workmanship” cannot be limited to the cost of redoing the faulty work. Rather, that exclusion must be construed more broadly to also exclude from coverage some type of physical loss or damage.

[55] As mentioned above, the Court of Appeal’s acceptance of this initial premise led it to search for a dividing line between physical damage that is part of the “cost of making good” and therefore excluded from coverage, and physical damage that is “resulting damage” and therefore covered as an exception to the exclusion. In its quest to establish this dividing line, the court fashioned a new test of “degree of physical or systemic connectedness”, which it said was “the key to determining the boundary between ‘making good faulty workmanship’ and ‘resulting damage’”: para. 50.

[56] In my respectful view, the premise from which the Court of Appeal proceeded is flawed. The “faulty workmanship” exclusion need not encompass physical damage. Although “[e]xclusions should . . . be read in light of the initial grant of coverage” (*Progressive Homes*, at para. 27; see also M. G. Lichty and M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (loose-leaf), at p. 1-10), this Court has stressed that “perfect mutual exclusivity [between exclusions and the initial grant of coverage] in an insurance contract is not required”: *Progressive Homes*, at para. 40.

[57] Bearing the above-mentioned principle in mind, the Policy in this case contains exclusions that do not pertain to “physical loss or damage” otherwise covered under clause 2. For instance, clause 4(A)(a) of the Policy excludes from coverage “[a]ny loss of use or occupancy or consequential loss of any nature howsoever caused including penalties for non-completion of or delay in completion of contract

matérielles parce que la garantie de base prévue à la clause 2 de la police vise les « perte ou [. . .] dommages matériels ». Selon la Cour d’appel, toute autre interprétation de la clause d’exclusion risquerait de rendre cette disposition redondante. D’après ce point de vue, les « frais engagés pour remédier à une malfaçon » ne peuvent se limiter au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux; ils doivent plutôt être interprétés plus largement de manière à exclure également de la garantie certains types de perte ou de dommages matériels.

[55] Comme je l’ai mentionné précédemment, l’acceptation de cette prémisse initiale par la Cour d’appel a amené cette dernière à chercher une ligne de démarcation entre les dommages matériels qui relèvent des « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et qui sont exclus par le fait même de la garantie et les dommages matériels assimilables à des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon, couverts à titre d’exception à l’exclusion. En tentant d’établir cette ligne de démarcation, la cour a conçu un nouveau critère de [TRADUCTION] « degré de connexité matérielle ou systémique[,] la clé pour fixer la limite entre la “réparation d’une malfaçon” et les “dommages en découlant” » (par. 50).

[56] À mon humble avis, la prémisse de la Cour d’appel est erronée. L’exclusion relative à la « malfaçon » n’a pas besoin d’englober des dommages matériels. Bien que les exclusions « doivent [. . .] être lues à la lumière de la protection initiale » (*Progressive Homes*, par. 27; voir aussi M. G. Lichty et M. B. Snowden, *Annotated Commercial General Liability Policy* (feuilles mobiles), p. 1-10), notre Cour a souligné qu’une « exclusivité mutuelle parfaite [entre des exclusions et la protection initiale] n[’est] pas obligatoire dans un contrat d’assurance » (*Progressive Homes*, par. 40).

[57] Compte tenu du principe susmentionné, la police en l’espèce contient des exclusions qui ne touchent pas les « perte ou [. . .] dommages matériels » autrement couverts aux termes de la clause 2. À titre d’exemple, la clause 4(A)a) de la police soustrait à la garantie « [l]a perte d’usage ou d’occupation ou perte indirecte de quelque nature que ce soit, y compris les pénalités pour non-exécution

or non-compliance with contract conditions”. This exclusion deals with a form of pure economic loss stemming from contractual breach, not physical loss or damage. Additionally, clause 28 of the “standard conditions” section excludes “costs, fines, penalties or expenses” imposed by governments under environmental legislation. This also does not relate to the Policy’s base coverage for physical loss or damage.

[58] As such, perfect mutual exclusivity is neither provided for under the Policy nor should it be required when interpreting the Exclusion Clause. The Court of Appeal consequently erred by approaching its analysis of the Exclusion Clause from a premise that was not supported by the text of the Exclusion Clause or the Policy as a whole. Adopting this premise led the Court of Appeal down an improper analytical path toward establishing a new and unnecessary test. Indeed, as I will explain below, the general rules of contractual interpretation provide the answer to whether the damage to the Tower’s windows is covered under the Policy.

(3) Interpretation of the Exclusion Clause and the Policy

(a) *The Language of the Exclusion Clause Is Ambiguous*

[59] The Insureds argue that the plain language of the Exclusion Clause, read in the context of the Policy as a whole, is unambiguous. They say it leads to the conclusion that only the cost of redoing the faulty work — in this case, cleaning the windows — is excluded from coverage. The consequences of the faulty work — here, the damage to the windows, necessitating their replacement — are covered as “resulting damage”.

du contrat, retard dans l’exécution du contrat ou non-respect des conditions du contrat ». Cette exclusion porte sur une forme de perte purement financière découlant de la violation du contrat, et non sur les pertes ou dommages matériels. En outre, la clause 28 de la section concernant les [TRANSLATION] « conditions types » exclut les « frais, amendes, pénalités ou dépenses » imposés par les gouvernements en vertu des lois environnementales. Cette exclusion ne se rapporte pas non plus à la garantie de base prévue par la police en cas de perte ou de dommages matériels.

[58] En conséquence, l’exclusivité mutuelle parfaite n’est pas prévue dans la police et ne devrait pas non plus être requise lorsqu’il s’agit d’interpréter la clause d’exclusion. La Cour d’appel a donc commis une erreur en faisant reposer son analyse de la clause d’exclusion sur une prémisse qui n’était étayée ni par le texte de la clause d’exclusion ni par la police dans son ensemble. En adoptant cette prémisse, la Cour d’appel s’est engagée dans un cheminement analytique vicié qui l’a menée à établir un nouveau critère inutile. En fait, comme je l’expliquerai plus loin, les règles générales d’interprétation contractuelle fournissent la réponse à la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres de la Tour sont couverts par la police.

(3) Interprétation de la clause d’exclusion et de la police

a) *Le texte de la clause d’exclusion est ambigu*

[59] Les assurées prétendent que le texte clair de la clause d’exclusion, considéré dans le contexte de l’ensemble de la police, n’est pas ambigu. Selon elles, il mène à la conclusion que seul le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l’occurrence le nettoyage des fenêtres, est exclu de la garantie. Les conséquences de la malfaçon, en l’occurrence les dommages causés aux fenêtres en raison desquels celles-ci ont dû être remplacées, sont couvertes en tant que « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[60] The Insurers similarly argue that the Exclusion Clause is unambiguous, yet they arrive at a different conclusion as to its meaning. They say that which is excluded is not only the cost of redoing the faulty work, but also the cost of repairing that part of the insured property or project that is the subject of the faulty work. That which is covered as “resulting damage” is consequential damage to some other part of the insured property or project. They point to the case law in support, contending that the courts have consistently interpreted the language of the Exclusion Clause to bear this meaning. Accordingly, in this case, the Insurers say the Policy excludes both the cost of recleaning the windows and the cost of replacing the windows, the subject of the faulty work.

[61] I am of the view that the language of the Exclusion Clause slightly favours the interpretation advanced by the Insureds, but is nonetheless ambiguous. The word “damage” figures only in the exception to the Exclusion Clause; it is not included in the language setting out the exclusion itself, i.e., the “cost of making good faulty workmanship”. As such, “making good faulty workmanship” can, on its plain, ordinary and popular meaning, be construed as redoing the faulty work, and “resulting damage” can be seen as including damages resulting from such faulty work.

[62] That said, the language of the Exclusion Clause does not clearly point to one interpretation of “cost of making good faulty workmanship” and “resulting damage” over the other. The Policy does not define these terms. The general coverage provisions, clauses 1 and 2, do not resolve the ambiguity, and neither do the other provisions in the Policy.

[63] Therefore, we must look to the general principles of contract interpretation. As I will detail below, the application of these principles points to one interpretation that is consistent with the reasonable expectations of the parties and commercial reality: the faulty workmanship exclusion serves to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty

[60] Les assureurs prétendent eux aussi que la clause d'exclusion n'est pas ambiguë. Or, ils arrivent à une conclusion différente sur sa signification. Selon eux, ce qui est exclu est non seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, mais aussi le coût de la réparation de la partie du bien ou du projet assuré qui est touchée par la malfaçon. Ainsi, ce qui est couvert à titre de « dommages en découlant », ce sont les dommages indirects qui ont été causés à une autre partie du bien ou du projet assuré. Ils invoquent à l'appui la jurisprudence, faisant valoir que les tribunaux ont toujours attribué ce sens au texte de la clause d'exclusion. En conséquence, dans la présente affaire, les assureurs disent que la police exclut à la fois le coût du nouveau nettoyage des fenêtres et le coût de remplacement de ces fenêtres, qui faisaient l'objet de la malfaçon.

[61] Je suis d'avis que le texte de la clause d'exclusion milite légèrement en faveur de l'interprétation proposée par les assurées, mais qu'il est néanmoins ambigu. Le mot « dommages » ne figure que dans l'exception à la clause d'exclusion; il ne fait pas partie des mots énonçant l'exclusion elle-même, soit les « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Voilà pourquoi les termes « remédier à une malfaçon » peuvent, selon leur sens ordinaire et courant, être interprétés comme voulant dire la nouvelle exécution du travail déficient, et « dommages en découlant », comme les dommages découlant de cette malfaçon.

[62] Cela dit, le texte de la clause d'exclusion ne favorise pas clairement une interprétation des termes « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et « dommages en découlant » au détriment de l'autre. La police ne définit pas ces expressions. Les dispositions générales relatives à la garantie, les clauses 1 et 2, ne dissipent pas l'ambiguïté, pas plus que les autres dispositions de la police.

[63] En conséquence, nous devons nous reporter aux principes généraux d'interprétation des contrats. Comme je l'expliquerai en détail plus loin, l'application de ces principes mène à une interprétation conforme aux attentes raisonnables des parties et à la réalité commerciale : l'exclusion relative à la malfaçon sert à exclure de la garantie uniquement le coût

work, as the resulting damage exception covers costs or damages apart from the cost of redoing the faulty work. As such, excluded under the Policy is the cost of recleaning the windows, but the damage to the windows and therefore the cost of their replacement is covered. This is consistent with previous interpretations of similar clauses in the jurisprudence. Indeed, as I explain below, I disagree with the Insurers' contention that the case law consistently supports their interpretation of the Exclusion Clause.

[64] In light of this determination, it is not necessary to turn to the *contra proferentem* rule to answer the second issue raised in these appeals.

(b) *Reasonable Expectations of the Parties*

[65] Parties' reasonable expectations with respect to the meaning of a contractual provision can often be gleaned from the circumstances surrounding the contract's formation: *Sattva*, at paras. 46-47. However, as discussed above, there is no factual matrix here that would assist in ascertaining the parties' understanding of and intent regarding the Exclusion Clause. The Policy is a standard form contract. And, as the Court of Appeal noted at para. 15 of its reasons, there is no evidence that the parties gave any thought to the cleaning of the windows, the relationship of faulty workmanship to resulting damage, or anything else that would help in determining their reasonable expectations.

[66] Therefore, in my view, the purpose behind builders' risk policies is crucial in determining the parties' reasonable expectations as to the meaning of the Exclusion Clause. In a nutshell, the purpose of these policies is to provide broad coverage for construction projects, which are singularly susceptible to accidents and errors. This broad coverage — in exchange for relatively high premiums — provides certainty, stability, and peace of mind. It ensures construction projects do not grind to a halt because of

de la nouvelle exécution du travail défectueux, alors que l'exception relative aux « dommages en découlant » vise les coûts ou dommages autres que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En conséquence, est exclu aux termes de la police le coût du nouveau nettoyage des fenêtres, mais les dommages causés aux fenêtres, et donc le coût de leur remplacement, sont couverts. Cette interprétation s'accorde avec celles données à des clauses similaires dans la jurisprudence. En fait, comme je l'expliquerai ci-après, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle les tribunaux ont toujours interprété la clause d'exclusion de la même façon qu'eux.

[64] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de recourir à la règle *contra proferentem* pour répondre à la deuxième question soulevée dans les présents pourvois.

b) *Attentes raisonnables des parties*

[65] Les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification d'une disposition contractuelle peuvent souvent être dégagées des circonstances de la formation du contrat (*Sattva*, par. 46-47). Toutefois, comme nous l'avons vu dans l'analyse de la norme de contrôle, il n'y a pas de fondement factuel en l'espèce qui pourrait nous aider à cerner la conception qu'ont les parties de la clause d'exclusion et de leur intention à son égard. La police est un contrat type. En outre, comme la Cour d'appel l'a indiqué au par. 15 de ses motifs, rien ne prouve que les parties ont songé au nettoyage des fenêtres, au lien entre une malfaçon et les dommages en découlant ou à quoi que ce soit d'autre qui aiderait à établir leurs attentes raisonnables.

[66] En conséquence, j'estime que l'objet sous-jacent des polices d'assurance chantier est crucial pour déterminer les attentes raisonnables des parties en ce qui concerne la signification de la clause d'exclusion. En résumé, ces polices visent à offrir une large garantie pour les projets de construction, qui sont particulièrement vulnérables aux accidents et aux erreurs. Cette large garantie — offerte en échange de primes relativement élevées — confère aux assurés certitude, stabilité et tranquillité

disputes and potential litigation about liability for replacement or repair amongst the various contractors involved. In my view, the purpose of broad coverage in the construction context is furthered by an interpretation of the Exclusion Clause that excludes from coverage only the cost of redoing the faulty work itself — in this case, the cost of recleaning the windows.

[67] “The *raison d’être* of insurance is coverage”: D. Boivin, *Insurance Law* (2nd ed. 2015), at p. 288. The purpose of builders’ risk policies in particular is to offer broad coverage, which benefits both insureds and insurers:

Urbanization and industrialization in the past 100 years have made the concept of an insurance policy covering all conceivable risks advantageous to both insureds and their insurers. The insured benefits from the extensive nature and scope of the coverage, and insurers benefit from the economies of managing and marketing a policy which, in terms of its scope, has certainty. For these reasons, the “all risk policy,” which creates a special type of coverage extending to many risks not customarily covered under other types of insurance policies, is attractive to both the insurance industry and consumers.

(E. A. Dolden, “All Risk and Builders’ Risk Policies: Emerging Trends” (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, at pp. 341-42)

[68] This Court stated in *Commonwealth Construction Co. v. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 317, that the purpose of builders’ risk policies is to provide certainty and stability by granting coverage that reduces the need for private law litigation. The Court also recognized the complexity of industrial life and large-scale construction projects that involve many different individual contractors:

d’esprit. Elle évite que les projets de construction se retrouvent paralysés par des différends ou des actions en justice éventuelles sur la question de savoir qui, parmi les divers entrepreneurs participant aux travaux, est responsable du remplacement ou de la réparation découlant de la malfaçon. À mon avis, une interprétation de la clause d’exclusion qui sous-trait à la garantie uniquement le coût, en soi, de la nouvelle exécution du travail défectueux — en l’occurrence le coût du nouveau nettoyage des fenêtres — favorise la réalisation de l’objectif d’une garantie d’assurance large dans le contexte du droit de la construction.

[67] [TRADUCTION] « La raison d’être de l’assurance est de conférer une protection » (D. Boivin, *Insurance Law* (2^e éd. 2015), p. 288). L’objectif des polices d’assurance chantier en particulier est d’offrir une large garantie, qui bénéficie tant aux assurés qu’aux assureurs :

[TRADUCTION] L’urbanisation et l’industrialisation des 100 dernières années ont rendu l’idée d’une police d’assurance couvrant tous les risques concevables avantageuse pour les assurés comme pour leurs assureurs. Les assurés bénéficient de la grande étendue de la garantie, et les assureurs, des économies résultant de la gestion et de la commercialisation d’une police qui confère une certitude quant à sa portée. Pour ces raisons, la « police tous risques », qui crée un type de garantie s’étendant à de nombreux risques qui ne sont pas habituellement couverts par d’autres types de police d’assurance, est intéressante tant pour l’industrie des assurances que pour les consommateurs.

(E. A. Dolden, « All Risk and Builders’ Risk Policies : Emerging Trends » (1990-91), 2 *C.I.L.R.* 341, p. 341-342)

[68] Dans *Commonwealth Construction Co. c. Imperial Oil Ltd.*, [1978] 1 R.C.S. 317, notre Cour a indiqué que l’objectif des polices d’assurance chantier est de conférer certitude et stabilité en fournissant une garantie qui réduit le besoin de recourir à la justice, vu la complexité de la vie industrielle et des projets de construction à grande échelle qui font intervenir de nombreux entrepreneurs :

As already noted, the multi-peril policy under consideration is called . . . a course of construction insurance. In England, it is usually called a “Contractors’ all risks insurance” and in the United States, it is referred to as “Builders’ risk policy”. Whatever its label, its function is to provide to the owner the promise that the contractors will have the funds to rebuild in case of loss and to the contractors the protection against the crippling cost of starting afresh in such an event, the whole without resort to litigation in case of negligence by anyone connected with the construction, a risk accepted by the insurers at the outset. This purpose recognizes the importance of keeping to a minimum the difficulties that are bound to be created by the large number of participants in a major construction project, the complexity of which needs no demonstration. It also recognizes the realities of industrial life. [p. 328]

[69] Although such policies are said to insure against all risks, this description is not entirely accurate. As a general rule, insurance offers protection only for fortuitous contingent risk: *Progressive Homes*, at para. 45. Moreover, builders’ risk policies contain various exclusions, meaning indemnity is precluded in many circumstances of fortuitous loss: Dolden, at pp. 342-44.

[70] Despite these qualifiers, builders’ risk construction policies are the norm, if not a requirement, on construction sites in Canada. In purchasing these policies, “contractors believe indemnity will be available in the event of an accident or damage on the construction site arising as a result of a party’s carelessness or negligent acts”, which are *the most common* source of loss on construction sites: Dolden, at pp. 345-46. And, in selling these policies, insurers

are prepared to insure risks relating to problems caused by faulty . . . workmanship, but they are not prepared to insure the quality of . . . the workmanship in a construction project per se. The argument is that the contractor is responsible for doing [its] job right and the insurance company is not there to provide compensation for

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la police d’assurance multi-risques en cause est appelée [. . .] une assurance de construction en cours. En Angleterre, ce type d’assurance s’appelle habituellement [TRADUCTION] « une assurance tout risque des entrepreneurs » et aux États-Unis, [TRADUCTION] « une assurance des risques des entrepreneurs en construction ». Quelle que soit son étiquette, son rôle est de fournir au propriétaire la promesse que les entrepreneurs auront les fonds nécessaires pour reconstruire en cas de sinistre et de protéger les entrepreneurs contre le prix désastreux d’un départ à zéro dans une telle éventualité; le tout se fait sans recourir à la justice en cas de négligence de la part d’une personne engagée dans la construction, risque accepté par les assureurs au départ. On reconnaît ainsi l’importance de maintenir au minimum les difficultés qui ne peuvent pas manquer de surgir, vu le grand nombre de participants à un ouvrage important, dont la complexité n’a pas besoin d’être démontrée. Son objet est également en accord avec la réalité de la vie industrielle. [p. 328-329]

[69] Même si l’on soutient que de telles polices protègent contre tous les risques, le terme « tous risques » n’est pas tout à fait exact. En règle générale, l’assurance offre une protection uniquement à l’égard du risque fortuit éventuel (*Progressive Homes*, par. 45). De plus, les polices d’assurance chantier contiennent diverses exclusions. Ainsi, il n’y a pas d’indemnité dans de nombreux cas de perte fortuite (Dolden, p. 342-344).

[70] Malgré les bémols susmentionnés, les polices d’assurance chantier sont la norme, voire l’exigence, sur les chantiers de construction au Canada. En achetant ces polices, [TRADUCTION] « les entrepreneurs s’attendent à être indemnisés en cas d’accident ou de dommages causés sur le chantier de construction à la suite de l’incurie ou de la négligence d’une partie », source de perte *la plus courante* dans les chantiers (Dolden, p. 345-346). Lorsqu’ils vendent ces polices, les assureurs sont quant à eux

[TRADUCTION] disposés à assurer les risques liés aux problèmes imputables à [. . .] une malfaçon, mais pas à assurer la qualité en tant que telle [. . .] du travail effectué sur un chantier. La prémisse est que l’entrepreneur a la responsabilité de bien faire son travail et la compagnie d’assurance n’a pas pour rôle de fournir une indemnité

inadequate performance by a contractor of the very work the contractor agreed to perform.

(Canadian College of Construction Lawyers, report of the Insurance & Surety Committee, “Covered for What?: Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies” (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, at p. 104)

Consequently, an interpretation of the Exclusion Clause that precludes from coverage any and all damage resulting from a contractor’s faulty workmanship merely because the damage results to that part of the project on which the contractor was working would, in my view, undermine the purpose behind builders’ risk policies. It would essentially deprive insureds of the coverage for which they contracted.

[71] In my opinion, therefore, the Insureds’ position on the meaning of the Exclusion Clause better reflects and promotes the purpose of builders’ risk policies. In the words of this Court in *Commonwealth Construction*, it keeps “to a minimum the difficulties . . . created by the large number of participants in a major construction project” and “recognizes the realities of industrial life” (p. 328). Their position finds additional support in some of this Court’s other comments in that case, at pp. 323-24, where it was emphasized that these policies exist to account for the fact that work of different contractors overlaps in a complex construction site and “there is ever present the possibility of damage by one tradesman to the property of another and to the construction as a whole”.

[72] Further support for the Insureds’ position can be found in commentary contending that all-risk coverage under builders’ risk policies was intended to be broad, and the faulty workmanship exclusion narrow. For instance, Maurice G. Audet has discussed the original intent of the exclusion, reviewing the case law as well as annotated insurance policies and manuals: “Part II — Insurance” (2002), 12 C.L.R. (3d) 100; and “All Risks — a promise made or a promise broken?” (1983), 50:10

en cas de mauvaise exécution du travail même que l’entrepreneur s’est engagé à faire.

(Collège canadien des avocats en droit de la construction, rapport du Insurance & Surety Committee, « “Covered for What?” : Faulty Materials and Workmanship Coverage under Canadian Construction Insurance Policies » (2007), 1 *J.C.C.C.L.* 101, p. 104)

En conséquence, une interprétation de la clause d’exclusion qui soustrait à la garantie tous les dommages découlant de la malfaçon de l’entrepreneur simplement parce que les dommages sont causés à la partie du projet sur laquelle l’entrepreneur travaillait minerait, à mon avis, l’objet sous-jacent des polices d’assurance chantier. Une telle interprétation priverait pour ainsi dire les assurés de la garantie à laquelle ils ont souscrit.

[71] Je suis donc d’avis que la thèse des assurées sur le sens de la clause d’exclusion traduit et sert mieux l’objet des polices d’assurance chantier. Pour reprendre les mots employés par notre Cour dans *Commonwealth Construction*, une police d’assurance de cette nature permet de maintenir « au minimum les difficultés qui [. . .] surgi[ssent], vu le grand nombre de participants à un ouvrage important » et est « en accord avec la réalité de la vie industrielle » (p. 328-329). Cette thèse est également appuyée par certaines autres observations aux p. 323-324 de cet arrêt, où notre Cour a souligné que ces polices ont été conçues pour tenir compte du fait que le travail de différents entrepreneurs se chevauche dans un chantier complexe et de « la possibilité [omniprésente] qu’un homme de métier cause un dommage, aux biens d’un autre et à la construction dans son ensemble ».

[72] La thèse des assurées est aussi étayée par la doctrine selon laquelle la garantie d’assurance tous risques fournie par les polices d’assurance chantier se veut large, alors que l’exclusion pour malfaçon se veut étroite. À titre d’exemple, Maurice G. Audet a examiné l’objet initial de l’exclusion et, pour ce faire, il a passé en revue la jurisprudence ainsi que les manuels et polices d’assurance annotés (« Part II — Insurance » (2002), 12 C.L.R. (3d) 100; « All Risks — a promise made or a promise broken? »

Canadian Underwriter 34, at pp. 40-42 and 93-96. He concludes that the faulty workmanship, materials and design exclusion was meant to be narrow, to exclude only the cost of replacing the fault or defect but to provide coverage for damage caused by it.

[73] Other authors have remarked that the trend in the common law jurisprudence interpreting builders' risk policies has been to widen the scope of the above-mentioned exclusion or narrow the ambit of the exception to the exclusion. See e.g. Dolden, at pp. 350 and 358; R. B. Reynolds and S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), at pp. 140 and 150; and P.-S. Poitras, "L'assurance et l'industrie de la construction", in Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, at p. 195. I would not go so far as to question the jurisprudence. Consistency of interpretation is important, and these judicial interpretations have undoubtedly shaped parties' reasonable expectations with respect to builders' risk policies and their exclusion clauses. I simply note that the interpretation of the Exclusion Clause advanced by the Insureds in these appeals best reflects the original intent of such exclusion clauses, as compared to the interpretation advanced by the Insurers.

[74] It should be mentioned that the service contract between Station Lands and Bristol has no bearing on the reasonable expectations of the parties to the Policy with respect to the meaning of the Exclusion Clause and whether the damage to the windows would be covered. The Insurers and Ledcor were not parties to that service contract, and it was entered into on June 16, 2011, almost three years after the Policy's effective date of June 27, 2008. At most, the service contract could shed light on Station Lands' understanding of the Policy and the Exclusion Clause, as it was a party to both. Still, the service contract was itself based on a slightly modified standard form contract published by the Canadian Construction Association.

(1983), 50:10 *Canadian Underwriter* 34, p. 40-42 et 93-96). Il conclut que l'exclusion visant la mal-façon, les matériaux défectueux et la conception défailante est censée être étroite, pour n'exclure que le coût de correction de la faute ou du vice mais pour fournir une garantie d'assurance pour les dommages causés par cette faute ou ce vice.

[73] D'autres auteurs ont fait remarquer que la tendance observée dans la jurisprudence de common law sur l'interprétation des polices d'assurance chantier était d'élargir la portée de l'exclusion mentionnée ci-dessus ou de restreindre la portée de l'exception à l'exclusion. Voir p. ex. Dolden, p. 350 et 358; R. B. Reynolds et S. C. Vogel, *A Guide to Canadian Construction Insurance Law* (2013), p. 140 et 150; P.-S. Poitras, « L'assurance et l'industrie de la construction », dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 147, *Développements récents en droit des assurances* (2001), 181, p. 195. Je n'irais pas jusqu'à remettre en question la jurisprudence. Il est important de maintenir une interprétation constante, et ces interprétations des tribunaux ont sans aucun doute nourri les attentes raisonnables des parties quant aux polices d'assurance chantier et à leurs clauses d'exclusion. Je tiens simplement à ajouter que l'interprétation donnée à la clause d'exclusion par les assurées en l'espèce traduit mieux l'objet initial de ces clauses que l'interprétation proposée par les assureurs.

[74] Il convient de mentionner que le contrat de service conclu entre Station Lands et Bristol n'a aucune incidence sur les attentes raisonnables des parties à la police en ce qui concerne le sens de la clause d'exclusion et la question de savoir si les dommages causés aux fenêtres seraient couverts. Les assureurs et Ledcor n'étaient pas parties à ce contrat de service signé le 16 juin 2011, soit presque trois ans après la prise d'effet de la police, le 27 juin 2008. Le contrat de service peut tout au plus nous éclairer sur la manière dont Station Lands concevait la police et la clause d'exclusion, puisqu'elle était partie tant au contrat de service qu'à la police. Néanmoins, le contrat de service était lui-même fondé sur un contrat type légèrement modifié publié par l'Association canadienne de la construction.

[75] Despite the service contract's irrelevance to the parties' reasonable expectations, at various points in its reasons the Court of Appeal seemed to use it to bolster its interpretation of the Exclusion Clause. For instance, at para. 35, the court determined it was artificial to draw the dividing line between the "cost of making good faulty workmanship" and "resulting damage" as falling between Bristol's work and the work of other contractors, in part because under the service contract Bristol was responsible for repairing damage it did to the work of other contractors. Further, at para. 49, the court highlighted that an interpretation of "making good faulty workmanship" that included redoing the work *and* fixing the damage directly caused by the work was consistent with the service contract, because, again, the contract required Bristol to repair damage it did to the work of other contractors.

[76] Even if the service contract were relevant to the reasonable expectations of the parties to the Policy, there are two other reasons why the Court of Appeal's reliance on it — to the extent that there was such reliance — was problematic. First, a contractor's or subcontractor's stipulated responsibility under its work contract to repair or pay for certain damage does not necessarily preclude coverage under a builders' risk policy, as recognized by this Court in *Commonwealth Construction*, at p. 330. For instance, insurance policies often have deductible amounts. In fact, clause 5 of the Policy provides that the Insurers' liability is limited to the amount by which the loss or damage exceeds the deductible amount, and clause GC 11.1.6 of the service contract provides that Bristol shall be responsible for deductible amounts under the various insurance policies except where such amounts may be excluded from its responsibility by other terms of the contract, including those adverted to by the Court of Appeal. The stipulation in the service contract could thus serve to confirm responsibility for that deductible amount, even where loss or damage is covered under the Policy. In other words, the contract stipulation does not necessarily suggest the parties expected

[75] Malgré l'absence de pertinence du contrat de service en ce qui a trait aux attentes raisonnables des parties, la Cour d'appel semble y référer à divers endroits dans ses motifs pour appuyer son interprétation de la clause d'exclusion. À titre d'exemple, au par. 35, la cour a conclu qu'il était factice de tracer une ligne de démarcation entre les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon » et les « dommages en découlant » pour distinguer les travaux accomplis par Bristol des travaux des autres entrepreneurs, étant donné, notamment, que Bristol devait réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux des autres entrepreneurs aux termes du contrat de service. De plus, au par. 49, la cour a souligné qu'une interprétation des mots « remédier à une malfaçon » selon laquelle ils visent la nouvelle exécution du travail *et* la réparation des dommages directement causés par les travaux était compatible avec le contrat de service parce que, là encore, le contrat obligeait Bristol à réparer les dommages qu'elle avait causés aux travaux d'autres entrepreneurs.

[76] Même à supposer que le contrat de service soit pertinent relativement aux attentes raisonnables des parties à la police, il existe deux autres raisons pour lesquelles le choix de la Cour d'appel de s'appuyer sur ce document — dans la mesure où elle s'est effectivement appuyée sur celui-ci — posait problème. Premièrement, la responsabilité de réparer ou de payer certains dommages qui est imposée à l'entrepreneur ou au sous-traitant par son contrat de travail n'a pas nécessairement pour effet d'écarter la protection d'une police d'assurance chantier, comme l'a reconnu notre Cour dans *Commonwealth Construction*, p. 330. À titre d'exemple, les polices d'assurance ont souvent des franchises. En effet, la clause 5 de la police prévoit que la responsabilité des assureurs se limite au montant de la perte ou du dommage qui excède la franchise, et la clause GC 11.1.6 du contrat de service prévoit que Bristol est responsable des franchises prévues dans les diverses polices d'assurance, sauf indication contraire dans le contrat, notamment dans les situations mentionnées par la Cour d'appel. La stipulation du contrat de service pourrait donc servir à confirmer la responsabilité pour la franchise, même lorsque la perte ou les dommages sont couverts par la police.

that Bristol would ultimately bear the entire cost of damages it caused to the work of other contractors.

[77] Second, even if the stipulation did indicate such an expectation, the Court of Appeal's new physical and systemic connectedness test does not reflect it. Under the court's new test, and using its language, certain unforeseeable, collateral damage to areas on which Bristol was not working would likely be covered under the resulting damage exception in the Exclusion Clause. Yet Bristol would also be responsible for this damage under the service contract, which makes no such distinction with respect to the foreseeability or remoteness of the damage caused. In effect, there would be dual responsibility for payment, under both the Policy and the service contract, even though, as discussed above, the Court of Appeal stated it would be artificial to draw the dividing line where such dual responsibility would result.

(c) *No Unrealistic Results*

[78] In discussing the interpretation of insurance policies in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2, Estey J. stressed the need to avoid interpretations that would bring about unrealistic results or results that the parties would not have contemplated in the commercial atmosphere in which they sold or purchased the policy. The interpretation should respect the intentions of the parties and "their objective in entering into the commercial transaction in the first place", as well as "promot[e] a sensible commercial result" (p. 901). See also *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 62, where this Court restated the importance of commercial reality, albeit in a different context. Interpreting the Exclusion Clause to preclude from coverage only the cost of redoing the faulty work aligns with commercial reality and leads to realistic and sensible results, given both the

Autrement dit, la stipulation ne donne pas nécessairement à penser que les parties s'attendaient à ce que Bristol supporte en fin de compte le coût total des dommages qu'elle a causés aux travaux des autres entrepreneurs.

[77] Deuxièmement, même si la stipulation exprimait effectivement une telle attente, le nouveau critère de connexité matérielle et systémique de la Cour d'appel ne la traduit pas. Pour reprendre les termes de la cour, selon ce nouveau critère, certains dommages imprévisibles et indirects causés à des zones où Bristol ne travaillait pas seraient probablement visés par l'exception relative aux « dommages [...] découlant » de la malfaçon qui figure à la clause d'exclusion, mais Bristol serait aussi responsable de ces dommages aux termes du contrat de service, qui ne fait pas de telle distinction sur l'imprévisibilité ou sur le caractère éloigné des dommages causés. En effet, il y aurait une double responsabilité pour le paiement — tant aux termes de la police que du contrat de service — même si, comme nous l'avons vu, la Cour d'appel a affirmé qu'il serait factice de tracer une ligne de démarcation lorsqu'une telle double responsabilité pourrait en découler.

c) *Aucun résultat irréaliste*

[78] Dans son analyse concernant l'interprétation des polices d'assurance aux p. 901-902 de *Consolidated Bathurst*, le juge Estey a insisté sur le besoin d'éviter les interprétations qui pourraient entraîner un résultat irréaliste ou un résultat que les parties n'auraient pas envisagé dans le climat commercial dans lequel elles ont vendu ou contracté la police d'assurance. L'interprétation devrait respecter les intentions des parties et le « but pour lequel elles ont à l'origine conclu une opération commerciale » et « favorise[r] un résultat commercial raisonnable » (p. 901). Voir aussi *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 62, où notre Cour a réaffirmé l'importance de la réalité commerciale, quoique dans un contexte différent. Interpréter la clause d'exclusion pour soustraire à la garantie seulement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux correspond à

purpose underlying builders' risk policies and their spreading of risk on construction projects.

[79] As already discussed above, the interpretation advanced by the Insureds in these appeals best fulfills the broad coverage objective underlying builders' risk policies. These policies are commonplace on construction projects, where multiple contractors work side by side and where damage to their work or the project as a whole commonly arises from faults or defects in workmanship, materials or design. In this commercial reality, a broad scope of coverage creates certainty and economies for both insureds and insurers. In my opinion, it is commercially sensible in this context for only the cost of redoing a contractor's faulty work to be excluded under the faulty workmanship exclusion. Such an interpretation strikes the right balance between the two undesirable extremes described by Estey J. in *Consolidated-Bathurst*, at pp. 901-2: "... the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract". Under the Policy, the Insurers did not undertake to cover the "cost of making good faulty workmanship", but they did promise to cover "physical damage [that] results" from that "faulty workmanship". It can hardly be said that recovery for the damages to the Tower's windows in the circumstances of this case could not have been sensibly sought or anticipated when the Policy was purchased.

[80] Furthermore, such an interpretation does not, in my view, transform the insurance policy into a construction warranty. It does not inappropriately spread risk, nor would it allow or encourage contractors to perform their work improperly or negligently. Importantly, Bristol is precluded from receiving initial payment for its faulty work and

la réalité commerciale et mène à un résultat réaliste et sensé, compte tenu de l'objet qui sous-tend les polices d'assurance chantier et de leur répartition du risque pour les projets de construction.

[79] Comme nous l'avons déjà vu, l'interprétation préconisée par les assurées en l'espèce répond le mieux à l'objectif de garantie d'assurance large qui sous-tend les polices d'assurance chantier. Celles-ci sont monnaie courante dans les projets de construction, où de multiples entrepreneurs travaillent côte à côte et où les dommages causés à leurs travaux ou à l'ensemble du projet découlent généralement d'une malfaçon, de matériaux défectueux ou d'une conception défaillante. Vu cette réalité commerciale, une garantie d'assurance étendue crée une certitude et entraîne des économies tant pour les assurés que pour les assureurs. J'estime que, dans ce contexte, il est sensé sur le plan commercial que seuls soient exclus au titre de l'exclusion relative à la malfaçon les frais engagés pour remédier au travail mal exécuté par l'entrepreneur. Une telle interprétation établit un juste équilibre entre les deux situations extrêmes non souhaitées dont parle le juge Estey dans *Consolidated Bathurst*, p. 901-902 : « ... les cours devraient être réticentes à appuyer une interprétation qui permettrait soit à l'assureur de toucher une prime sans risque soit à l'assuré d'obtenir une indemnité que l'on n'a pas pu raisonnablement rechercher ni escompter au moment du contrat ». Selon la police, les assureurs ne se sont pas engagés à couvrir « les frais engagés pour remédier à une malfaçon », mais ils ont promis de couvrir les « dommages matériels [qui] découl[ent] » de cette « malfaçon ». On peut difficilement dire que, dans la présente affaire, une indemnisation pour les dommages causés aux fenêtres de la Tour n'aurait pas pu raisonnablement être recherchée ou escomptée lors de l'achat de la police.

[80] En outre, pareille interprétation ne transforme pas à mon sens une police d'assurance en une garantie de construction. Elle ne répartit pas le risque de façon inappropriée ni n'encourage les entrepreneurs à mal exécuter leur travail ou à le faire de manière négligente. Fait important, Bristol ne peut recevoir le paiement initial pour son travail

then receiving further additional payment to repair or replace its faulty work. See C. Brown, *Insurance Law in Canada* (loose-leaf), at p. 20-31; and *Privest Properties Ltd. v. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (S.C.). The cost of redoing faulty or improper work is excluded from coverage. The cost can be sizeable; in the instant appeals, for example, Bristol's contract price for cleaning the windows was \$45,000.

[81] The Insurers argue that accepting the Insureds' position would tether the application of the resulting damage exception to how the work is divided among various contractors on a project, a result which they say would not make commercial sense. This argument echoes the Court of Appeal's concerns at para. 40 of its reasons:

This approach might create an incentive to artificially divide up the work as finely as possible, as then the maximum amount of damage would be covered by insurance. On the other hand, it would be dangerous for the owner to hire a single contractor to do all the work, as then nothing would be covered.

[82] With respect, I do not find this persuasive. It is premised on a theoretical concern that does not reflect the commercial reality of construction sites on the ground. In my view, it is unreasonable to expect that the owner of a property or the general contractor on a construction site will divide up work exclusively on the basis of potential coverage under their insurance policy. Many other considerations, such as costs, subcontractor expertise and the risk of delay, will likely be more relevant in deciding how to allocate work.

[83] I also note that interpreting the Exclusion Clause as precluding from coverage only the cost of redoing the faulty work breaks no new ground in the world of insurance, as it mirrors the approach courts have adopted when construing similar exclusions to comprehensive general liability insurance policies. These policies cover the risk that the insured's

mal exécuté, puis recevoir un paiement additionnel pour réparer ou remplacer ce travail. Voir C. Brown, *Insurance Law in Canada* (feuilles mobiles), p. 20-31; *Privest Properties Ltd. c. Foundation Co. of Canada Ltd.* (1991), 57 B.C.L.R. (2d) 88 (C.S.). Le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ou inadéquat n'est pas couvert. Ce coût peut être considérable; dans les présents pourvois, par exemple, le prix du contrat conclu par Bristol pour le nettoyage des fenêtres s'élevait à 45 000 \$.

[81] Les assureurs font valoir que si l'on retient la thèse des assurées, cela limiterait l'application de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon à la manière dont le travail est réparti entre les divers entrepreneurs participant à un projet, un résultat qui n'aurait selon eux aucun sens sur le plan commercial. Cet argument fait écho aux préoccupations exprimées par la Cour d'appel au par. 40 de ses motifs :

[TRADUCTION] Cette interprétation pourrait inciter à diviser artificiellement au maximum le travail, pour que le montant maximal de dommages soit couvert par l'assurance. En revanche, il serait dangereux pour le propriétaire d'engager un seul entrepreneur pour effectuer tout le travail, parce que rien ne serait alors couvert.

[82] Avec égards, je ne trouve pas cet argument convaincant. Il a pour prémisse une préoccupation théorique qui ne correspond pas à la réalité commerciale des chantiers de construction. À mon avis, il est déraisonnable de s'attendre à ce que le propriétaire d'un bien ou l'entrepreneur général sur un chantier divisent le travail exclusivement en fonction de la garantie d'assurance éventuelle de leur police d'assurance. Bien d'autres considérations, comme les frais, l'expertise des sous-traitants et le risque de retard, sont probablement plus pertinentes pour décider de la répartition du travail.

[83] Je signale également que considérer la clause d'exclusion comme soustrayant à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux n'a rien de nouveau dans le monde des assurances, puisque cela reflète l'interprétation retenue par les tribunaux à l'égard d'exclusions similaires dans des polices complètes

work might cause bodily injury or property damage. However, they generally contain a “work product” or “business risk” exception, which excludes from coverage the cost of redoing the insured’s work: “Covered for What?”, at p. 122.

(d) *Ensuring Consistent Interpretation*

[84] The purpose of builders’ risk policies and the need to prevent unrealistic results point to an interpretation of the Exclusion Clause that would exclude from coverage only the cost of redoing the cleaning work. Such an interpretation of the Exclusion Clause is also consistent with case law. Though the Court of Appeal stated, at para. 46 of its reasons, that “numerous cases . . . hold that the exclusion is not limited to the cost of re-doing the faulty work, but also extends to the cost of repairing the thing actually being worked on”, with respect, I am of the view that many of these faulty workmanship and faulty design decisions can be read as limiting the faulty workmanship exclusion to only the cost of redoing the faulty work. As these cases are highly fact-specific, the results that courts reach will be largely dictated by the particular circumstances of each case. More specifically, whether certain damage falls within the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion will greatly depend on the scope of the contractual obligation pursuant to which the faulty workmanship was carried out.

[85] In the appeals before us, Bristol’s obligation under its service contract with Station Lands was limited to cleaning the Tower’s windows after they had been properly installed. Redoing Bristol’s faulty work did not require Bristol to install windows in good condition. As such, the cost of the windows’ replacement represents “resulting damage” and is covered under the Policy. Conversely, if Bristol had been responsible for the windows’ installation, and the windows had been damaged in the course of the installation process, the damage done to the windows

d’assurance responsabilité civile générale. Ces polices couvrent le risque que le travail de l’assuré cause des lésions corporelles ou endommagement des biens. Toutefois, elles contiennent généralement une exception liée au [TRADUCTION] « fruit du travail » ou au « risque commercial », qui soustrait à la garantie d’assurance les frais engagés par l’assuré pour refaire son travail (« Covered for What? », p. 122).

d) *Assurer une interprétation constante*

[84] L’objectif des polices d’assurance chantier et la nécessité d’éviter les résultats irréalistes mènent à une interprétation de la clause d’exclusion qui soustrairait à la garantie uniquement le coût du nouveau nettoyage. Une telle interprétation de la clause d’exclusion est aussi conforme à la jurisprudence. Bien que la Cour d’appel ait dit, au par. 46 de ses motifs, qu’il [TRADUCTION] « a été jugé dans de nombreuses décisions que l’exclusion ne se limite pas au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux et s’étend aussi au coût de la réparation de l’ouvrage en cours d’exécution », à mon humble avis, un grand nombre de ces décisions en matière de malfaçon et de conception défectueuse peuvent être interprétées comme limitant l’exclusion relative à la malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. Comme ces décisions se fondent en grande partie sur les faits en cause, le résultat auquel parviendront les tribunaux sera largement dicté par les circonstances de chaque affaire. Plus précisément, la question de savoir si certains dommages relèvent de l’exception relative aux dommages découlant de la malfaçon dépendra fortement de la portée de l’obligation contractuelle dont l’acquittement a débouché sur la malfaçon.

[85] Dans les pourvois dont nous sommes saisis, l’obligation imposée à Bristol par le contrat de service qu’elle a conclu avec Station Lands ne consistait qu’à nettoyer les fenêtres de la Tour après que celles-ci eurent été correctement installées. La nouvelle exécution du travail défectueux de Bristol n’obligeait pas cette dernière à installer des fenêtres en bon état. En conséquence, le coût du remplacement des fenêtres représente un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon qui est couvert par la police. À l’inverse, si Bristol avait été responsable

in such circumstances would not have constituted “resulting damage”. Indeed, redoing the faulty work would have required installing windows in good condition, as per Bristol’s (hypothetical) contractual obligation.

[86] I will now review some of the faulty workmanship cases cited by the Court of Appeal to illustrate how an interpretation that limits the scope of the faulty workmanship exclusion to the cost of redoing the faulty work is consistent with the jurisprudence.

[87] In *Sayers & Associates Ltd. v. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (Ont. C.A.), an electrical subcontractor was to install two bus ducts in connection with the construction of an office building in Toronto. Because of the subcontractor’s failure to take adequate protective measures, which constituted faulty workmanship, rain water that had come into contact with concrete penetrated the ducts, which in turn caused a malfunction. The subcontractor argued that the damage to the equipment by water was “damage resulting from . . . faulty . . . workmanship” so as to come within the exception to the exclusion. The Ontario Court of Appeal disagreed, writing as follows, at pp. 684-85:

In the present case the “fault” that underlay the “faulty workmanship” was the failure of the appellant to take protective measures; but by the terms of its contract its “work” was to install the electrical equipment and to keep it dry and clean until the contract was completed. It would be taking too narrow a view of the case to isolate one part of the work from the total contractual obligation. The damage to the equipment was the product of the failure to take protective measures, and so that fault rendered the appellant’s performance of its contractual obligations “faulty workmanship”. The damage to the ducts and the switching gear was not, therefore, “damage resulting from such faulty . . . workmanship . . .”, so as to come within the exception to the exclusion. [Emphasis added.]

de l’installation des fenêtres, et que celles-ci avaient été endommagées lors de leur installation, les dommages causés aux fenêtres dans de telles circonstances n’auraient pas constitué des « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon. En fait, la nouvelle exécution du travail défectueux aurait nécessité l’installation de fenêtres en bon état conformément à l’obligation contractuelle (hypothétique) de Bristol.

[86] J’examinerai maintenant certaines des décisions en matière de malfaçon citées par la Cour d’appel pour illustrer comment une interprétation qui limite l’exclusion pour malfaçon au coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est conforme à la jurisprudence.

[87] Dans *Sayers & Associates Ltd. c. Insurance Corp. of Ireland Ltd.* (1981), 126 D.L.R. (3d) 681 (C.A. Ont.), un sous-traitant électricien devait installer deux barres sous gaine lors de la construction d’un immeuble à bureaux situé à Toronto. Comme le sous-traitant n’avait pas pris de mesures de protection adéquates, ce qui constituait une malfaçon, de l’eau de pluie qui est entrée en contact avec le béton a pénétré dans les barres, ce qui a causé un mauvais fonctionnement du système. Le sous-traitant a fait valoir que les dommages causés au matériel par l’eau étaient des [TRADUCTION] « dommages découlant d’une malfaçon » et relevaient par le fait même de l’exception à l’exclusion. La Cour d’appel de l’Ontario ne partageait pas cet avis et elle s’est exprimée ainsi aux p. 684-685 :

[TRADUCTION] En l’espèce, la « faute » qui sous-tend la « malfaçon » était l’omission de la part de l’appelante de prendre des mesures de protection; or, il était stipulé dans son contrat que son « travail » consistait à installer du matériel électrique et à le garder sec et propre jusqu’à la fin du contrat. On interpréterait trop étroitement le contrat si on isolait une partie du travail de l’ensemble de l’obligation contractuelle. Les dommages causés au matériel résultaient de l’absence de mesures de protection et, de ce fait, l’exécution par l’appelante de ses obligations contractuelles constituait une « malfaçon ». Les dommages causés aux conduites et aux appareils de commutation électrique ne constituaient donc pas des « dommages découlant de cette malfaçon » visés par l’exception à l’exclusion. [Je souligne.]

The court's statement is clear: since the subcontractor was contractually required to install the electrical equipment and keep it dry, and its failure to take adequate protective measures resulted in it failing to comply with said contractual obligations, the damage to the equipment could not be considered resulting damage.

[88] In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), a contractor was responsible for designing a boiler system, acquiring the material and supervising the commissioning of the boiler. After installation, as part of the testing of the boiler system, an acid wash of the superheater and reheater was carried out. But the acid wash was done improperly, ruining the reheater and resulting in extensive cracking of the tubing in the boilers. The contractor argued that the faulty workmanship exclusion served to exclude from coverage only the cost of redoing the wash, and not the cost of replacing the tubing, which it said constituted "resultant damage". The court disagreed, holding that the "cost of making good the improper workmanship is the cost of replacing the tubing which was the object of [the] procedure": para. 37. In my view, the court reached this conclusion because replacing the tubing was necessary for the contractor to fulfill its contractual obligation to design the boiler system, to acquire the material and to supervise the commissioning of the boiler. Thus, the cost of redoing the work encompassed the cost of replacing the tubing.

[89] In *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), the collapse of a truss, caused by the subcontractor's faulty workmanship in failing to properly erect it, resulted in the subcontractor failing to comply with its contractual obligation to fabricate and erect a truss in good condition. The cost of repairing the truss formed part of the cost of redoing the work, and thus did not fall within the resulting damage exception. The same reading can also be made of *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.).

L'énoncé de la cour est clair : comme le sous-traitant était contractuellement tenu d'installer le matériel électrique et de le garder au sec, et que son omission de prendre des mesures de protection adéquates constituait un non-respect de ces obligations contractuelles, les dommages causés au matériel ne pouvaient pas être considérés comme des dommages découlant de la malfaçon.

[88] Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), un entrepreneur avait la responsabilité de concevoir un système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. Lors des essais qui ont suivi l'installation, il a procédé au lavage à l'acide du surchauffeur et du resurchauffeur, mais ce lavage a été mal effectué et a endommagé le resurchauffeur, ce qui a entraîné une fissuration importante de la tuyauterie des chaudières. L'entrepreneur a fait valoir que l'exclusion relative à la malfaçon servait à soustraire à la garantie uniquement le coût d'un nouveau lavage, et non le coût de remplacement de la tuyauterie qui, à ses dires, constituait des « dommages [...] découlant » de la malfaçon. La cour n'était pas du même avis, jugeant que les [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier au travail mal exécuté sont le coût de remplacement de la tuyauterie touchée par la procédure » (par. 37). À mon avis, la cour est parvenue à cette conclusion parce que le remplacement de la tuyauterie était nécessaire pour que l'entrepreneur remplisse son obligation contractuelle de concevoir le système de chaudières, d'acheter le matériel et de superviser le démarrage du système. En conséquence, le coût de la nouvelle exécution du travail comprenait le coût de remplacement de la tuyauterie.

[89] Dans *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), vu l'effondrement d'une ferme imputable à sa mauvaise installation par le sous-traitant, ce dernier n'a pas respecté son obligation contractuelle de fabriquer et d'installer une ferme en bon état. Le coût de réparation de la ferme faisait partie du coût de la nouvelle exécution du travail et ne relevait donc pas de l'exception relative aux dommages découlant de la malfaçon. L'arrêt *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), va dans le même sens.

[90] Though this interpretation of the resulting damage exception to the faulty workmanship exclusion may, at first glance, seem to run contrary to the interpretation generally given to it by courts in faulty design cases, it is actually consistent with those cases.

[91] It is true that, in faulty design cases, courts generally interpret the resulting damage exception as encompassing damage done to something other than the property which is faultily designed. Such language may thus appear to be more closely in line with the physical or systemic connectedness test established by the Court of Appeal, as exclusion from coverage may appear to depend on whether the damage has been done to the very thing being worked on or to something else. Only in the latter case would the loss qualify as “resulting damage”. For instance, in *British Columbia v. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, the British Columbia Court of Appeal wrote that “[d]amage for faulty or improper design encompasses all the damage to the very thing that was designed faultily or improperly. Resultant damage is damage to some part of the insured property other than the part of the property that was faultily designed”: para. 11; see also *Algonquin Power (Long Sault) Partnership v. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (Ont. S.C.J.), at para. 204.

[92] These decisions, however, are not inconsistent with holding that the faulty workmanship exclusion precludes from coverage only the cost of redoing the faulty work. Indeed, in faulty design cases, a contractor is obligated to design a given item, with the design being integral to the whole of that item. Thus, the cost of repairing the damages caused to that item will be included within the cost of redoing the faulty work, and the resulting damage exception will necessarily apply to damages caused to items other than the item being designed. As held in *Simcoe & Erie General Insurance Co.*

[90] Bien que cette interprétation de l’exception à l’exclusion fondée sur la malfaçon qui touche les dommages en découlant puisse, de prime abord, sembler contraire à l’interprétation généralement retenue par les tribunaux dans les affaires de vice de conception, elle est en fait conforme aux conclusions tirées dans ces décisions.

[91] Il est vrai que, dans les affaires de vice de conception, les tribunaux considèrent généralement que l’exception relative aux dommages découlant de la malfaçon englobe les dommages causés à un autre bien que celui entaché d’un vice de conception, ce qui peut donc sembler cadrer davantage avec le critère de connexité matérielle ou systémique établi par la Cour d’appel. En effet, l’exclusion de la garantie d’assurance peut paraître tributaire de la question de savoir si les dommages ont été causés à l’ouvrage même sur lequel on travaillait ou à un autre. Ce n’est que dans la deuxième situation que la perte constitue un « dommage [. . .] découlant » de la malfaçon. À titre d’exemple, dans *British Columbia c. Royal Insurance Co. of Canada* (1991), 7 B.C.A.C. 172, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a écrit que [TRADUCTION] « [l]es dommages attribuables à une conception défectueuse ou inadéquate comprennent tous les dommages causés à l’élément même entaché du vice de conception. Les dommages en découlant sont les dommages causés à une autre partie du bien assuré que la partie du bien dont la conception était défectueuse » (par. 11; voir aussi *Algonquin Power (Long Sault) Partnership c. Chubb Insurance Co. of Canada* (2003), 50 C.C.L.I. (3d) 107 (C.S.J. Ont.), par. 204).

[92] Ces décisions ne sont toutefois pas incompatibles avec la conclusion selon laquelle l’exclusion relative à la malfaçon ne soustrait à la garantie que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux. En fait, dans les cas de vice de conception, l’entrepreneur est tenu de concevoir un article donné et la conception fait partie intégrante de l’ensemble de cet article. Ainsi, le coût de réparation de l’article endommagé sera inclus dans le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, et l’exception relative aux dommages en découlant s’appliquera nécessairement aux dommages causés aux autres

v. Royal Insurance Co. of Canada (1982), 36 A.R. 553 (Q.B.), at para. 34:

... the total contractual obligation of [the engineer] was to design and supervise the construction of a bridge required by the [city]. The damage to the structure that [the engineer] first designed was the product of its failure to properly design a bridge, which in turn prevented it from properly performing its contractual obligations. It follows therefore that the contract was not performed until a stable bridge was constructed. [Emphasis added.]

[93] In any event, I disagree with the Insurers' contention that the case law systematically supports one interpretation of the faulty workmanship exclusion. Though the jurisprudence addressing the resultant damage exception has generally interpreted it narrowly (S. C. Vogel, "Recent Developments in Construction Insurance Law", in *Review of Construction Law: Recent Developments* (2012), 169, at p. 184), courts have not always been consistent in construing the exception, and parties cannot therefore adequately predict what sort of damage will or will not be caught by the exclusion: L. Ricchetti and T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); "Covered for What?", at p. 106; and Poitras, at p. 195. Even the Court of Appeal acknowledged the inconsistency in the jurisprudence at para. 47 of its reasons, citing as an example *Foundation Co. of Canada v. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (Alta. S.C.).

[94] Additionally, in *Commercial union cie d'assurance du Canada v. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), the Quebec Court of Appeal broadened the resultant damage exception and, thus, narrowed the faulty workmanship exclusion, commenting that damage to the thing that the faulty contractor is responsible for building is covered. Though these comments were made in *obiter*, as the court had already concluded that

biens que celui en cours de conception. Comme il a été décidé dans *Simcoe & Erie General Insurance Co. c. Royal Insurance Co. of Canada* (1982), 36 A.R. 553 (B.R.), par. 34 :

[TRADUCTION] ... l'intégralité de l'obligation contractuelle de [l'ingénieur] consistait à concevoir un pont commandé par la [ville] et à en superviser la construction. Les dommages causés à la structure conçue au départ par [l'ingénieur] étaient attribuables à son omission de bien concevoir le pont, dommages qui ont à leur tour empêché l'entreprise de s'acquitter comme il se doit de ses obligations contractuelles. En conséquence, le contrat n'a pas été exécuté tant qu'un pont stable n'a pas été érigé. [Je souligne.]

[93] Quoi qu'il en soit, je ne suis pas d'accord avec l'affirmation des assureurs selon laquelle la jurisprudence appuie systématiquement une seule interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon. Bien que, dans la plupart des précédents portant sur l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon, les tribunaux aient interprété cette exception de façon étroite (S. C. Vogel, « Recent Developments in Construction Insurance Law », dans *Review of Construction Law : Recent Developments* (2012), 169, p. 184), ils n'ont pas toujours interprété l'exception de la même manière, et les parties ne peuvent pas en conséquence prédire adéquatement les dommages qui relèveront ou non de l'exclusion (L. Ricchetti et T. J. Murphy, *Construction Law in Canada* (2010); « Covered for What? », p. 106; Poitras, p. 195). Même la Cour d'appel a reconnu le manque de constance de la jurisprudence au par. 47 de ses motifs, citant à titre d'exemple *Foundation Co. of Canada c. Aetna Casualty Co. of Canada*, [1976] I.L.R. ¶ 1-757 (C.S. Alb.).

[94] De plus, dans *Commercial union cie d'assurance du Canada c. Pentagon Construction Canada Inc.*, [1989] R.J.Q. 1399 (C.A.), la Cour d'appel du Québec a étendu l'exception relative aux dommages découlant d'une malfaçon et restreint de ce fait l'exclusion fondée sur la malfaçon, en faisant observer que les dommages causés à l'élément que l'entrepreneur fautif doit construire sont couverts. Même s'il s'agissait d'une remarque incidente, puisque la

the workmanship at issue was not faulty, they help demonstrate that the case law on the interpretation of the faulty workmanship exclusion and resulting damage exception is not unanimous.

(e) *Conclusion on the Interpretation of the Exclusion Clause*

[95] As outlined above, the language of the Exclusion Clause, read in light of the Policy as a whole, does not provide a clear answer to the question raised before us. That said, the parties' reasonable expectations, informed largely by the purpose of builders' risk policies, point to the faulty workmanship exclusion serving to exclude from coverage only the cost of redoing the faulty work. This interpretation aligns with commercial realities and is consistent with prior jurisprudence. In the circumstances of this case, the cost of redoing the faulty work is the cost of recleaning the windows — both parties agree that the recleaning falls under the Policy's "cost of making good faulty workmanship" exclusion. The Insureds, however, have met their onus of demonstrating that the cost of replacing the damaged windows is covered under the "resulting damage" exception to that exclusion.

[96] In any event, even if I were to determine that the general rules of contractual interpretation do not clarify the ambiguous Exclusion Clause, I would reach the same conclusion on the basis of the *contra proferentem* rule.

VI. Disposition

[97] I would allow the appeals with costs throughout.

cour avait déjà conclu que les travaux exécutés dans cette affaire ne constituaient pas une malfaçon, ces propos contribuent à démontrer que la jurisprudence sur l'interprétation de l'exclusion relative à la malfaçon ainsi que de l'exception des dommages en découlant n'est pas unanime.

e) *Conclusion sur l'interprétation de la clause d'exclusion*

[95] Comme je l'ai expliqué plus tôt, le libellé de la clause d'exclusion, lu à la lumière de l'ensemble de la police, ne fournit pas de réponse claire à la question qui nous a été soumise. Cela dit, les attentes raisonnables des parties, lesquelles reposent en grande partie sur l'objectif des polices d'assurance chantier, donnent à penser que l'exclusion fondée sur la malfaçon sert à soustraire à la garantie d'assurance uniquement le coût de la nouvelle exécution du travail déficient. Cette interprétation s'accorde avec la réalité commerciale en plus d'être compatible avec la jurisprudence. Dans les circonstances de l'espèce, le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux est le coût d'un nouveau nettoyage des fenêtres. Toutes les parties s'entendent pour dire que le nouveau nettoyage relève de l'exclusion de la police relative aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon ». Les assurées se sont toutefois acquittées de leur fardeau de démontrer que le coût du remplacement des fenêtres endommagées est couvert par l'exception à l'exclusion pour les « dommages [. . .] découlant » de la malfaçon.

[96] Quoi qu'il en soit, même si je devais décider que l'application des règles générales d'interprétation contractuelle ne dissipe pas l'ambiguïté sur le sens de la clause d'exclusion, je parviendrais à la même conclusion en raison de la règle *contra proferentem*.

VI. Dispositif

[97] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CROMWELL J. —

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction

I. Introduction

[98] I agree with the disposition of these appeals proposed by my colleague, Justice Wagner, in his carefully crafted and comprehensive reasons. However, I respectfully do not agree with him on two points: the applicable standard of appellate review and whether the contractual clause that we must interpret is ambiguous. As I will explain, our very recent decision in *Sattva Capital Corp. v. Creston Moly Corp.*, 2014 SCC 53, [2014] 2 S.C.R. 633, decides that the standard of review here is palpable and overriding error, not correctness, and in my opinion the trial judge did not err in finding that the clause is ambiguous. Like my colleague, I would therefore allow the appeals with costs.

[98] Je souscris au dispositif proposé par mon collègue le juge Wagner dans ses motifs détaillés et rédigés avec soin. Je suis toutefois en désaccord avec lui sur deux points : la norme de contrôle applicable en appel et la question de l’ambiguïté de la clause contractuelle que nous devons interpréter. Comme je l’expliquerai, la norme de contrôle applicable en l’espèce est celle de l’erreur manifeste et dominante, et non celle de la décision correcte, selon notre arrêt très récent *Sattva Capital Corp. c. Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, [2014] 2 R.C.S. 633, et le juge de première instance n’a, à mon avis, pas commis d’erreur en concluant que la clause est ambiguë. À l’instar de mon collègue, je suis donc d’avis d’accueillir les pourvois avec dépens.

[99] The merits of the appeals turn on a straightforward question. When window cleaners destroy the windows they are supposed to clean, does the cost of replacing the windows fall within the expression the “cost of making good faulty workmanship”, in which case it is excluded from coverage provided by the insurance policy we must interpret in this case, or does that cost fall within the expression “physical damage . . . resulting” from the faulty workmanship, in which case it is covered by the policy?

[99] Le fond des pourvois se résume à une question simple. Quand un laveur de vitres endommage les fenêtres qu’il est censé nettoyer, le coût de remplacement des fenêtres est-il visé par l’expression [TRADUCTION] « frais engagés pour remédier à une malfaçon », auquel cas il est exclu de la couverture offerte par la police d’assurance que nous devons interpréter en l’espèce, ou par l’expression « dommages matériels [. . .] découlant » de la malfaçon, auquel cas il est couvert par la police?

II. The Standard of Review

II. La norme de contrôle

A. *Sattva Brought Appellate Review in Contract Cases Within the Court’s General Framework for Appellate Review in Civil Cases*

A. *Dans son arrêt Sattva, la Cour a intégré le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à son cadre général de contrôle en appel en matière civile*

(1) The Standard of Review in Civil Appeals Turns on the Nature of the Question Under Review

(1) La norme de contrôle applicable dans les appels civils dépend de la nature de la question à l’examen

[100] The standard of review aspect of the Court’s judgment in *Sattva* must be understood in the context of the Court’s broader jurisprudence on standard

[100] L’aspect du jugement rendu par notre Cour dans *Sattva* qui a trait à la norme de contrôle doit être replacé dans le contexte plus large de sa

of review in civil appeals. At least since *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the standard of appellate review has turned on the nature of the question being reviewed. Questions of law are reviewed for correctness and questions of fact for palpable and overriding error. *Housen* also holds that applying a legal standard to the facts is a mixed question of law and fact and is generally reviewable on appeal for palpable and overriding error: paras. 26-37. So, in a negligence case such as *Housen*, that is the standard that generally governs appellate review of the trial court's application of the legal standard of negligence to the evidence.

[101] I say “generally” because *Housen* recognized that this would not always be so. In some cases, the trial court's application of a legal standard to the facts will attract correctness review on appeal. This will be the case when the basis for a finding under review can be traced to a pure legal error, such as a wrong characterization of the legal standard or the failure to consider a required element of the applicable standard. In cases of this sort, the reviewing court can “extricate” a purely legal question from the trial court's analysis and having done so, apply to that purely legal question the correctness standard of appellate review: paras. 31-33. These sorts of cases are fairly rare, however. As *Housen* cautioned, it is often difficult to extricate the legal questions from the factual and therefore appellate courts should not be quick to find extricable legal errors in the trial court's application of a legal standard to the facts: para. 36.

(2) Sattva Brought Contract Appeals Within This Framework

[102] I review these basic points of *Housen* because, as I see it, the Court's decision in *Sattva*

jurisprudence sur les normes de contrôle en matière d'appels civils. Depuis au moins l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la norme de contrôle applicable en appel dépend de la nature de la question examinée. Les questions de droit sont examinées selon la norme de la décision correcte tandis que les questions de fait le sont en fonction de la norme de l'erreur manifeste et dominante. Il a aussi été jugé dans *Housen* que l'application d'une norme juridique à des faits constitue une question mixte de droit et de fait, qui est généralement susceptible de révision en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante (par. 26-37). Ainsi, dans une affaire de négligence comme *Housen*, c'est cette norme qui régit généralement le contrôle en appel de l'application, par le tribunal de première instance, de la norme juridique de négligence à la preuve.

[101] Je dis « généralement » parce que la Cour a reconnu dans *Housen* que ce ne serait pas toujours le cas. Il arrive parfois que l'application par le tribunal de première instance d'une norme juridique aux faits commande un contrôle en appel selon la norme de la décision correcte. C'est le cas lorsque le fondement de la conclusion contrôlée est imputable à une pure erreur de droit, telle une mauvaise qualification de la norme juridique ou omission d'examiner un élément essentiel de la norme applicable. Dans les affaires de ce genre, la cour siégeant en révision peut « dégager » une pure question de droit de l'analyse du tribunal de première instance, puis appliquer à cette question la norme de la décision correcte applicable lors d'un contrôle en appel (par. 31-33). Les affaires de cette nature sont toutefois assez rares. Selon la mise en garde formulée dans *Housen*, les cours d'appel ne devraient pas conclure trop rapidement que le tribunal de première instance a commis des erreurs de droit isolables en appliquant une norme juridique aux faits, car il est souvent difficile de départager les questions de droit des questions de fait (par. 36).

(2) Dans Sattva, la Cour a intégré les appels en matière contractuelle à ce cadre

[102] J'examine ces aspects fondamentaux de *Housen* parce que, à mon sens, notre Cour a inscrit

brought appellate review in contract cases within this general standard of review framework. To put it in *Housen*'s terms, applying the text of a contract to a particular fact situation involves applying the legal standard set by the contract to the facts of the situation at hand. This interpretative process, therefore, generally gives rise to a mixed question of law and fact and should be reviewable on appeal for palpable and overriding error.

[103] *Sattva* explained that this was an appropriate development for two related reasons. First, contractual interpretation is not simply a question of ascribing an abstract legal meaning to the words, but rather of understanding those words in their full context. Second, this process of interpretation should generally be considered to be the application of a legal standard to the facts; in other words, contractual interpretation is generally a mixed question of law and fact which, under the Court's standard of review jurisprudence, is generally reviewed for palpable and overriding error. Both of these related reasons, as we shall see, apply to interpreting all types of contracts.

[104] Consider the first reason. Contract interpretation cannot be understood as a process of determining the "legal" and immutable meaning of the text. "[W]ords alone do not have an immutable or absolute meaning" and therefore contractual interpretation does not often turn on ascribing immutable legal meanings to the contractual words: *Sattva*, at para. 47. Rather, the meaning of words often turns on context, such as the purpose of the agreement and the nature of the relationship between the parties: para. 48. Taking those sorts of contextual considerations into account — sometimes called the surrounding circumstances or the factual matrix — requires the court to understand the text of the agreement in light of them, not simply to ascribe purely legal meanings to the words taken in isolation. Thus, just as the Court in *Housen* cautioned against too readily finding that applying a legal standard to the facts gives rise to a purely legal question, the Court

dans *Sattva* le contrôle en appel dans les affaires contractuelles à l'intérieur de ce cadre général de contrôle. Pour reprendre les termes de *Housen*, l'application du texte d'un contrat à une situation factuelle particulière suppose l'application de la norme juridique établie par le contrat aux faits de la situation en cause. Par conséquent, cet exercice d'interprétation soulève généralement une question mixte de droit et de fait qui devrait être contrôlée en appel selon la norme de l'erreur manifeste et dominante.

[103] D'après *Sattva*, il s'agissait d'une évolution opportune pour deux raisons connexes. Premièrement, l'interprétation contractuelle ne consiste pas simplement à attribuer un sens juridique abstrait aux mots utilisés, mais plutôt à saisir ces mots dans leur contexte global. Deuxièmement, cet exercice d'interprétation devrait généralement être considéré comme l'application d'une norme juridique aux faits; autrement dit, l'interprétation contractuelle constitue généralement une question mixte de droit et de fait qui, selon la jurisprudence de la Cour en matière de normes de contrôle, est généralement susceptible de révision selon la norme de l'erreur manifeste et dominante. Comme nous le verrons, ces deux raisons connexes valent pour l'interprétation de tous les types de contrat.

[104] Examinons la première raison. L'interprétation contractuelle ne peut être considérée comme la détermination du sens « juridique » et immuable du texte. Comme « les mots en soi n'ont pas un sens immuable ou absolu », l'interprétation contractuelle consiste rarement à attribuer un sens juridique immuable aux mots employés dans le contrat (*Sattva*, par. 47). Le sens des mots est plutôt souvent fonction du contexte, comme l'objet de l'entente et la nature de la relation entre les parties (par. 48). La prise en compte de pareilles considérations contextuelles — parfois appelées les circonstances ou le fondement factuel — exige que la cour comprenne, à la lumière de ces considérations, le texte de l'entente, et non qu'elle se contente d'attribuer des significations purement juridiques aux mots pris isolément. Par conséquent, tout comme la Cour a indiqué dans *Housen* qu'il faut s'abstenir de conclure trop rapidement que l'application d'une norme juridique aux

in *Sattva* cautioned that interpretation does not often give rise to a pure question of law. Interpretation is rarely a matter of ascribing some immutable legal meaning to the text considered apart from the surrounding circumstances.

[105] A number of appellate courts and my colleague Wagner J. are of the view that this first rationale underlying *Sattva* does not apply to cases interpreting standard form contracts: *Vallieres v. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, at paras. 11-13; *Precision Plating Ltd. v. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, at paras. 28-30; *Stewart Estate v. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, at para. 273, per McDonald J.A.; *MacDonald v. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, at paras. 40-41; *Monk v. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, at paras. 22-24; *True Construction Ltd. v. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, at para. 34 (CanLII); and *Sankar v. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, at para. 26 (CanLII). I respectfully disagree.

[106] I accept, of course, that standard form contracts generally do not have relevant surrounding circumstances relating to their negotiation because there was in no real sense any negotiation of their terms. However, standard form contracts, like all contracts, have many other surrounding circumstances: they have a purpose, they create a relationship of a particular nature and they frequently operate within a particular market or industry. These factors are all part of the context — of the surrounding circumstances — that must be taken into account in interpreting the text of the contract. As Lord Wilberforce put it in a passage cited with approval in *Sattva*, “In a commercial contract it is certainly right that the court should know the commercial purpose of the contract and this in turn presupposes knowledge of the genesis of the transaction, the background, the context, the market in which the parties are operating”: *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), at p. 574, quoted in *Sattva*, at para. 47. This point is further developed in a short passage from *Investors Compensation Scheme Ltd. v. West*

faits pose une pure question de droit, elle a précisé dans *Sattva* que l'interprétation ne pose pas souvent une pure question de droit. L'interprétation consiste rarement à attribuer un quelconque sens juridique immuable au texte pris sans égard aux circonstances.

[105] Mon collègue le juge Wagner ainsi que plusieurs cours d'appel estiment que ce premier raisonnement qui sous-tend *Sattva* ne s'applique pas aux affaires où l'on interprète des contrats types (*Vallieres c. Vozniak*, 2014 ABCA 290, 5 Alta. L.R. (6th) 28, par. 11-13; *Precision Plating Ltd. c. Axa Pacific Insurance Co.*, 2015 BCCA 277, 387 D.L.R. (4th) 281, par. 28-30; *Stewart Estate c. 1088294 Alberta Ltd.*, 2015 ABCA 357, 25 Alta. L.R. (6th) 1, par. 273, le juge McDonald; *MacDonald c. Chicago Title Insurance Co. of Canada*, 2015 ONCA 842, 127 O.R. (3d) 663, par. 40-41; *Monk c. Farmers' Mutual Insurance Co.*, 2015 ONCA 911, 128 O.R. (3d) 710, par. 22-24; *True Construction Ltd. c. Kamloops (City)*, 2016 BCCA 173, par. 34 (CanLII); *Sankar c. Bell Mobility Inc.*, 2016 ONCA 242, par. 26 (CanLII)). Avec égards, je ne suis pas d'accord.

[106] J'accepte bien sûr qu'il n'existe généralement pas, dans le cas des contrats types, de circonstances pertinentes quant à leur négociation puisque leurs conditions n'ont pas été véritablement négociées. Cependant, à l'instar de tous les autres contrats, les contrats types s'inscrivent dans un contexte beaucoup plus large : ils ont un objet, créent une relation particulière et sont fréquemment utilisés dans une industrie ou un marché donné. Ces facteurs font tous partie du contexte — les circonstances — dont il faut tenir compte pour interpréter le texte du contrat. Pour reprendre les propos de lord Wilberforce, cités avec approbation dans *Sattva*, [TRADUCTION] « [L]orsqu'un contrat commercial est en cause, le tribunal devrait certes connaître son objet sur le plan commercial, ce qui présuppose d'autre part une connaissance de l'origine de l'opération, de l'historique, du contexte, du marché dans lequel les parties exercent leurs activités » (*Reardon Smith Line Ltd. c. Hansen-Tangen*, [1976] 3 All E.R. 570 (H.L.), p. 574, cité dans *Sattva*, par. 47). Cette question est davantage approfondie dans le court extrait suivant tiré d'*Investors Compensation*

Bromwich Building Society, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), also quoted by the Court in *Sattva*, at para. 48:

The meaning which a document . . . would convey to a reasonable man is not the same thing as the meaning of its words. The meaning of words is a matter of dictionaries and grammars; the meaning of the document is what the parties using those words against the relevant background would reasonably have been understood to mean. [p. 115]

[107] All contracts, whether standard form or not, have important contextual elements — elements of their surrounding circumstances — that are generally considered in applying the contractual language to a specific set of occurrences.

[108] Unlike my colleague, I do not read this aspect of *Sattva* as holding that contractual interpretation is not generally a pure question of law simply because it involves assessing a “factual matrix” relating to negotiation. Rather, as I have discussed, *Sattva* sees contractual interpretation as not being a pure question of law because it involves understanding the words used in light of a number of contextual factors beyond negotiation, including the purpose of the agreement, the nature of the relationship, the market in which the parties are operating, and so forth. While the words have a consistent meaning, how they apply to the myriad of situations that may arise will most often turn on these sorts of contextual factors. My colleague’s interpretative analysis of the standard form contract before us in this case shows that this is so. That analysis relies on the nature of the particular work alleged to be faulty; the nature and cause of the particular damage in issue; the purpose of the contract; the market in which it operates (i.e. the construction industry); the parties’ reasonable expectations; and commercial reality.

[109] The importance of taking these contextual matters into account is the first reason the Court relied on in *Sattva* to explain why contractual interpretation is generally not a pure question of law

Scheme Ltd. c. West Bromwich Building Society, [1998] 1 All E.R. 98 (H.L.), également cité par la Cour dans *Sattva*, par. 48 :

[TRADUCTION] Le sens d’un document [. . .] qui est transmis à la personne raisonnable n’équivaut pas au sens des mots qui le composent. Le sens des mots fait intervenir les dictionnaires et les grammaires; le sens du document représente ce qu’il est raisonnable de croire que les parties, en employant ces mots compte tenu du contexte pertinent, ont voulu exprimer. [p. 115]

[107] Tous les contrats, qu’ils soient types ou non, comportent des éléments contextuels importants — les circonstances — dont il est généralement tenu compte pour appliquer le libellé du contrat à un ensemble précis de faits.

[108] Contrairement à mon collègue, je n’estime pas que la Cour indique à cet égard dans *Sattva* que l’interprétation contractuelle n’est en général pas une pure question de droit simplement parce qu’elle suppose l’évaluation du « fondement factuel » relatif à la négociation. Au contraire, comme je l’ai expliqué précédemment, la Cour considère dans *Sattva* que l’interprétation contractuelle n’est pas une pure question de droit parce qu’elle implique de comprendre les mots utilisés eu égard à plusieurs facteurs contextuels autres que la négociation, dont l’objet de l’entente, la nature de la relation, le marché dans lequel les parties exercent leurs activités, etc. Le sens des mots ne change pas, mais la façon dont ces mots s’appliquent à la multitude de situations qui peuvent survenir dépendra souvent de ces facteurs contextuels. C’est d’ailleurs ce que démontre l’analyse interprétative du contrat type en l’espèce effectuée par mon collègue. Cette analyse repose sur la nature du travail qui aurait été mal exécuté; la nature et la cause du dommage en question; l’objet du contrat; le marché dans lequel il est employé (en l’occurrence l’industrie de la construction); les attentes raisonnables des parties; la réalité commerciale.

[109] L’importance de prendre en compte ces éléments contextuels est la première raison donnée par la Cour dans *Sattva* pour expliquer pourquoi l’interprétation contractuelle n’est généralement pas une

and applies to standard form contracts as it does to others. While negotiating history will generally not be relevant to such contracts, many other contextual matters are.

[110] Turning to the second related reason given in *Sattva*, it too applies to the interpretation of standard form contracts. That second reason was that “the historical approach to contractual interpretation does not fit well with the definition of a pure question of law identified in *Housen* and [*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748]”: para. 49. Rather, contractual interpretation should be understood as generally giving rise to mixed questions of law and fact. As Rothstein J. wrote for the Court, “Contractual interpretation involves issues of mixed fact and law as it is an exercise in which the principles of contractual interpretation are applied to the words of the written contract, considered in light of the factual matrix”: para. 50. In short, *Sattva* brought appellate review of contractual interpretation into the general framework for appellate review in civil cases set out in the Court’s standard of review jurisprudence.

[111] I see no reason to think that the interpretation of certain types of contracts should be excluded from these general principles that apply to appellate review in all civil cases. A number of appellate courts have reached the same conclusion: *Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. v. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, at paras. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals v. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, at paras. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. v. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, at paras. 34-35; *GCAN Insurance Co. v. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, at paras. 37-42 (CanLII).

[112] It is important to remember that *Housen* did not hold that all applications of a legal standard to the facts should be reviewed for palpable and overriding error. As I have discussed, *Housen* recognized that sometimes the analysis will turn on an extricable

pure question of droit et vaut tant pour les contrats types que pour les autres contrats. Bien que l’historique de la négociation ne soit généralement pas pertinent pour de tels contrats, bien d’autres éléments contextuels le sont.

[110] En ce qui concerne maintenant la deuxième raison connexe donnée dans *Sattva*, elle vaut aussi pour l’interprétation des contrats types. Cette seconde raison était que « l’approche historique de l’interprétation contractuelle ne cadre pas bien avec la définition de la pure question de droit formulée dans les arrêts *Housen* et [*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748] » (par. 49). On devrait plutôt considérer que l’interprétation contractuelle pose généralement des questions mixtes de droit et de fait. Comme le juge Rothstein l’a écrit au nom de la Cour, « [l]’interprétation contractuelle soulève des questions mixtes de fait et de droit, car il s’agit d’en appliquer les principes aux termes figurant dans le contrat écrit, à la lumière du fondement factuel » (par. 50). Bref, dans *Sattva*, la Cour a intégré le contrôle en appel de l’interprétation d’un contrat au cadre général de contrôle en appel en matière civile établi dans sa jurisprudence relative aux normes de contrôle.

[111] Je ne vois aucune raison de penser que ces principes généraux applicables au contrôle en appel dans toutes les affaires civiles ne devraient pas régir l’interprétation de certains types de contrat. Plusieurs cours d’appel sont parvenues à la même conclusion (*Industrial Alliance Insurance and Financial Services Inc. c. Brine*, 2015 NSCA 104, 392 D.L.R. (4th) 575, par. 40-41; *Ontario Society for the Prevention of Cruelty to Animals c. Sovereign General Insurance Co.*, 2015 ONCA 702, 127 O.R. (3d) 581, par. 34-36; *Acciona Infrastructure Canada Inc. c. Allianz Global Risks US Insurance Co.*, 2015 BCCA 347, 77 B.C.L.R. (5th) 223, par. 34-35; *GCAN Insurance Co. c. Univar Canada Ltd.*, 2016 QCCA 500, par. 37-42 (CanLII)).

[112] Il importe de se rappeler que la Cour n’a pas jugé, dans *Housen*, que toutes les applications d’une norme juridique aux faits devraient être contrôlées selon la norme de l’erreur manifeste et dominante. Comme je l’ai mentionné, la Cour a

pure question of law. *Sattva* adopted this holding. Rothstein J. in *Sattva* acknowledged, echoing *Housen*, that it may sometimes be possible to identify an extricable question of law such as the application of incorrect principles, the failure to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor. I therefore agree with Wagner J. that “*Sattva* should not be read as holding that contractual interpretation is always a question of mixed fact and law”: para. 46. *Sattva* was explicit on this point: para. 53.

[113] However, again echoing *Housen*, Rothstein J. warned that courts should be cautious in identifying extricable questions of law in disputes over contractual interpretation; he noted that “the circumstances in which a question of law can be extricated from the interpretation process will be rare”: *Sattva*, at para. 55.

B. *The Proposed Exception Does Not Conform to the General Principles of Appellate Review in Civil Cases*

[114] My colleague proposes an “exception” to *Sattva*’s holding: if an appeal involves the interpretation of a standard form contract, the interpretation itself is of precedential value and there is no meaningful factual matrix specific to the parties to assist the interpretation process, then the interpretation is a question of law and subject to correctness review (para. 46). I do not support the creation of this “exception”.

[115] As I have outlined, the general principles of appellate review in civil cases turn on characterizing the nature of the question being reviewed as one of fact, law or mixed law and fact. The distinction between questions of pure law and questions of mixed law and fact turns on where the question is located along a “spectrum of particularity”: *Housen*, at para. 28. Questions of law are concerned with general legal propositions: *Housen*, at para. 28,

reconnu dans *Housen* que l’analyse porte parfois sur une pure question de droit isolable, et a fait sienne cette conclusion dans *Sattva*. Le juge Rothstein y a reconnu, en faisant écho à *Housen*, qu’il peut parfois être possible de dégager une question de droit comme l’application d’un mauvais principe ou l’omission d’examiner un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent. Je souscris par conséquent à l’observation du juge Wagner selon laquelle « [l]’arrêt *Sattva* ne devrait pas être interprété comme prescrivant que l’interprétation contractuelle est toujours une question mixte de fait et de droit » (par. 46). L’arrêt *Sattva* était explicite à cet égard (par. 53).

[113] Or, faisant encore une fois écho à *Housen*, le juge Rothstein a prévenu les tribunaux qu’ils devaient faire preuve de prudence en dégageant des questions de droit isolables dans les litiges portant sur l’interprétation d’un contrat; il a fait remarquer que « rares seront les cas où il sera possible de dégager une question de droit de l’exercice d’interprétation » (*Sattva*, par. 55).

B. *L’exception proposée ne respecte pas les principes généraux de contrôle en appel en matière civile*

[114] Mon collègue propose une « exception » à la conclusion tirée dans *Sattva* : si un appel porte sur l’interprétation d’un contrat type, l’interprétation retenue a valeur de précédent et l’exercice d’interprétation ne repose sur aucun fondement factuel significatif qui est propre aux parties, l’interprétation constitue alors une question de droit et est assujettie à un contrôle selon la norme de la décision correcte (par. 46). Je ne suis pas en faveur de la création de cette « exception ».

[115] Comme je l’ai souligné, les principes généraux de contrôle en appel dans les affaires civiles s’attachent à la qualification de la nature de la question faisant l’objet du contrôle en tant que question de fait, question de droit ou encore question mixte de droit et de fait. La distinction entre les pures questions de droit et les questions mixtes de droit et de fait dépend de l’endroit où se situe la question sur le « spectre comportant des degrés variables de

citing *Southam*, at para. 37. As stated in *Housen* and repeated in *Sattva*, examples include applying an incorrect principle, failing to consider a required element of a legal test, or the failure to consider a relevant factor: *Sattva*, at para. 53.

[116] As I see it, the three elements of the proposed exception do not assist in deciding whether the question is sufficiently general in nature so as to attract correctness review. Whether or not a contract is a standard form does not, as I see it, tell us anything about the degree of generality of the particular interpretative principle in issue in a particular case. The absence of a “factual matrix” is not of much assistance either. All contracts have a context which is important for their interpretation. As I mentioned earlier, aspects of the transaction such as its purpose and the market or industry in which it operates are important for interpreting all contracts, and so is the nature of the allegedly faulty work and the damage allegedly resulting from it. The absence of facts about negotiations does not mean that there are no contextual matters that inform the interpretative process and therefore tend to make it a mixed question of law and fact.

[117] The third element of the proposed exception — whether the interpretation has precedential value — seems to me to simply ask the critical question, which is concerned with the level of generality of a legal principle, in a different and unhelpful way. Questions of law are reviewed on appeal for correctness because the decisions on such questions have precedential value: these sorts of decisions ensure uniformity among similar cases and serve the law-making function of appellate courts (*Housen*, at paras. 8-9). The more general the principle, the more the precedential value. To ask the question in terms of precedential value rather than the generality of the legal principle in issue seems to me to simply pose the key question in a different way and in one that simply sends the

particularité » (*Housen*, par. 28). Les questions de droit concernent des propositions juridiques générales (*Housen*, par. 28, citant *Southam*, par. 37). Comme la Cour l’a dit dans *Housen* et répété dans *Sattva*, une erreur de droit peut consister, par exemple, à appliquer le mauvais principe ou à négliger un élément essentiel d’un critère juridique ou un facteur pertinent (*Sattva*, par. 53).

[116] À mon avis, les trois éléments de l’exception proposée n’aident pas à décider si la question est de nature suffisamment générale pour appeler un contrôle selon la norme de la décision correcte. J’estime que le point de savoir si un contrat est ou non un contrat type ne nous permet de tirer aucune conclusion sur le degré de généralité du principe d’interprétation particulier en cause dans une affaire donnée. L’absence de « fondement factuel » n’est pas non plus d’un grand secours. Tous les contrats ont un contexte qui est important pour leur interprétation. Comme je l’ai mentionné précédemment, des aspects de l’opération comme son objet et l’industrie ou le marché dans lequel elle a lieu sont importants pour interpréter tous les contrats. Il en va de même de la nature du travail qui aurait été mal exécuté et du dommage qui en découlerait. L’absence de faits se rapportant aux négociations ne signifie pas qu’il n’y a aucun élément contextuel éclairant l’exercice d’interprétation, ce qui, par conséquent, tend à indiquer que cette interprétation serait une question mixte de droit et de fait.

[117] Selon moi, le troisième élément de l’exception proposée — le point de savoir si l’interprétation a valeur de précédent — pose simplement de façon différente et peu utile la question cruciale, qui a trait au niveau de généralité du principe juridique. Les questions de droit sont contrôlées en appel selon la norme de la décision correcte parce que les décisions sur ces questions ont valeur de précédent : les décisions de ce genre garantissent l’uniformité entre les affaires similaires et permettent aux cours d’appel d’accomplir leur fonction d’élaboration du droit (*Housen*, par. 8-9). Plus le principe est général, plus sa valeur comme précédent est grande. Poser la question sous l’angle de la valeur de précédent plutôt que du caractère général du principe juridique en cause équivaut, à mon sens, à poser simplement la

analysis back to the question of degree of generality.

[118] As my colleague’s interpretive analysis shows, there are important contextual elements — surrounding circumstances — that inform how the text should be applied to the facts. This is not a case where there are no such contextual factors to consider. Focusing on the question of the generality of the legal principle in issue, I do not see a good case for correctness review on that basis either.

[119] The question this case raises, boiled down to its essentials, is this: Is the cost of replacing a window that was scratched by a window cleaner while cleaning it the “cost of making good faulty workmanship” (which is excluded from insurance coverage) or the cost of repairing “physical damage [that] results” from faulty workmanship (which is covered)? The answer proposed by Wagner J. is that it is the cost of repairing the physical damage, because the exclusion applies only to the cost of redoing the faulty work, in this case, recleaning the windows: para. 5. The legal principle is that “making good faulty workmanship” means “the cost of redoing the faulty work”. However, this principle does not seem to me to operate at a very high level of generality.

[120] Applying the principle turns on two considerations: the scope of the “faulty work” and the nature of “redoing” it. We could say that the window cleaners’ faulty work did not require them to install windows in good condition: para. 81. But this seems to me to be the assertion of the conclusion rather than a reason for it. Presumably, the window cleaners’ work was to clean the windows without destroying them; if their faulty work destroyed the windows, why should we say that “redoing” their work does not involve replacing the windows? In short, I am not convinced the principle that the exclusion only relates to “the cost of redoing the faulty

question fondamentale d’une manière différente qui fait uniquement porter l’analyse sur la question du degré de généralité.

[118] Comme le démontre l’analyse interprétative de mon collègue, il existe d’importants éléments contextuels — circonstances — qui nous renseignent sur la façon dont le texte devrait être appliqué aux faits. Nous ne sommes pas en présence d’un cas où il n’existe pas de tels facteurs contextuels à prendre en considération. En axant mon examen sur le caractère général du principe juridique en cause, je n’estime pas non plus qu’il est justifié de procéder à un contrôle en fonction de la norme de la décision correcte sur cette base.

[119] Ramenée à l’essentiel, la question soulevée en l’espèce est la suivante : le coût de remplacement d’une fenêtre égratignée par un laveur de vitres pendant qu’il était en train de la nettoyer équivaut-il aux « frais engagés pour remédier à une malfaçon » (qui sont exclus de la couverture) ou au coût de la réparation des « dommages matériels [qui] découl[ent] » de la malfaçon (lesquels sont couverts)? La réponse proposée par le juge Wagner est la suivante : il s’agit du coût de la réparation des dommages matériels parce que l’exclusion ne vise que le coût de la nouvelle exécution du travail défectueux, en l’occurrence un nouveau nettoyage des fenêtres (par. 5). Selon le principe juridique, l’expression « remédier à une malfaçon » s’entend « du coût de la nouvelle exécution du travail défectueux ». Toutefois, ce principe ne me semble pas atteindre un très haut niveau de généralité.

[120] L’application du principe repose sur deux considérations : l’étendue de la « malfaçon » et la nature de sa « nouvelle exécution ». On pourrait avancer que la malfaçon des laveurs de vitres ne les obligeait pas à installer des fenêtres en bon état (par. 81). Cette affirmation me semble toutefois être l’énoncé de la conclusion plutôt que son fondement. On peut présumer que le travail des laveurs de vitres consistait à nettoyer les fenêtres sans les détruire; si, par leur malfaçon, ils ont détruit celles-ci, pourquoi devrait-on dire que la « nouvelle exécution » de leur travail n’implique pas le remplacement des fenêtres? En somme, je ne suis pas convaincu que le principe

work” can operate at a very high level of generality. Rather, its application in other cases will ultimately be decided on a case-by-case basis in light of the particular circumstances of the particular case.

[121] The extensive jurisprudence cited to us tends to confirm the view that it is difficult to define the scope of the exclusion in general terms. The line basically has to be drawn on a case-by-case basis. For example, in *Greene v. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (Nfld. C.A.), a contractor was hired by the appellants to construct the framework of a house. Shortly after the contractor completed its contract, the framework was damaged by high winds and, as a result, the house had to be substantially demolished and rebuilt: para. 2. It was uncontested that the loss was caused by the failure of the contractor to install temporary bracing.

[122] The trial judge held that the loss was caused by faulty or improper workmanship and was an excluded peril under clause 9(a) of the appellants’ insurance policy with the respondent company. He rejected the appellants’ contention that the exclusion clause should be limited to the cost of remedying the improper installation of permanent or temporary bracing: *Greene*, at para. 3.

[123] The Court of Appeal confirmed the trial decision, holding that “the defective or inadequate bracing was to stabilize the house during construction and the resulting accident caused the destruction of that house. I see no error in the decision of the trial judge that the loss suffered by the appellants was the cost of making good faulty or improper workmanship, not ‘resultant damage’, nor in his analysis of the applicable case law”: *Greene*, at para. 16. As I see it, the analysis of this case could easily have gone a different way. The court could have held, as we do in this case, that because the contractor was only responsible for constructing the framework of the house, the exclusion should only be the cost of

selon lequel l’exclusion vise uniquement le « coût de la nouvelle exécution du travail défectueux » peut atteindre un très haut niveau de généralité. Les tribunaux décideront plutôt de son application en dernière analyse au cas par cas à la lumière des circonstances propres à chaque affaire.

[121] La jurisprudence abondante qui nous a été citée tend à confirmer l’opinion selon laquelle il est difficile de cerner l’étendue de l’exclusion en termes généraux. La ligne doit essentiellement être tracée au cas par cas. Par exemple, dans *Greene c. Canadian General Insurance Co.* (1995), 133 Nfld. & P.E.I.R. 151 (C.A. T.-N.), un entrepreneur avait été engagé par les appelants pour construire la charpente d’une maison. Peu après que l’entrepreneur eut mené à terme l’exécution de son contrat, la charpente en question a été endommagée par des vents violents. La maison a donc dû être démolie et reconstruite en grande partie (par. 2). Nul ne conteste que la perte était imputable à l’omission de l’entrepreneur d’installer un contreventement temporaire.

[122] Le juge de première instance a statué que la perte résultait d’une malfaçon ou d’un travail défectueux et constituait un risque exclu aux termes de la clause 9a) de la police d’assurance à laquelle les appelants avaient souscrit auprès de la société intimée. Il a rejeté la prétention des appelants selon laquelle la clause d’exclusion devrait viser uniquement les frais engagés pour remédier à l’installation défectueuse d’un contreventement temporaire ou permanent (*Greene*, par. 3).

[123] La Cour d’appel a confirmé la décision de première instance, affirmant que [TRADUCTION] « le contreventement défectueux ou inadéquat devait stabiliser la maison pendant la construction et l’accident qui en a résulté a causé la destruction de cette maison. Je ne relève aucune erreur ni dans la conclusion du juge de première instance que la perte subie par les appelants équivalait aux frais engagés pour remédier à la malfaçon ou au travail défectueux, et non aux “dommages en découlant”, ni dans son analyse de la jurisprudence applicable » (*Greene*, par. 16). À mon avis, l’analyse de cette affaire aurait pu facilement donner un résultat différent. La cour aurait pu décider, tout comme nous

redoing the framework of the house, and not the cost of fixing damages to the whole house.

[124] Other examples include *Bird Construction Co. v. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (Sask. C.A.), where a subcontractor was hired to build and install roof trusses and partially damaged the trusses due to faulty erection procedures. Although the faulty workmanship occurred during the erection procedures, the cost of replacing the trusses themselves ended up also not being covered because the court considered it would be making good faulty workmanship. In *Ontario Hydro v. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), the contractual obligation of the contractor responsible for the damage was to install a power-generating boiler. As part of the installation, the plaintiff requested that the contractor perform an acid wash on the boiler. The acid wash ultimately damaged the tubing and the court held that the cost of making good improper workmanship was not only the cost of rewashing the tubing, but also to replace it: para. 37.

[125] I conclude that there are important surrounding circumstances that inform the interpretation of standard form contracts and that the legal principle is not of much precedential value. In short, the issue here involves applying a legal standard to a set of facts and did not give rise to any extricable question of law.

C. *The Merits of the Appeals*

[126] I agree in substance with the trial judge's analysis and conclusion: 2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494. Clackson J. made no legal error because he properly described and applied the Court's decision in *Progressive Homes Ltd. v. Lombard General Insurance Co. of Canada*, 2010 SCC 33, [2010] 2 S.C.R. 245.

en l'espèce, que, comme l'entrepreneur n'était responsable que de la construction de la charpente de la maison, l'exclusion ne devrait viser que le coût de la nouvelle charpente de la maison, et non les frais engagés pour remédier aux dommages causés à l'ensemble de la maison.

[124] On peut également citer d'autres exemples telle l'affaire *Bird Construction Co. c. United States Fire Insurance Co.* (1985), 24 D.L.R. (4th) 104 (C.A. Sask.), où un sous-traitant avait été engagé pour fabriquer et installer des fermes de toit. Or, il a partiellement endommagé les fermes parce qu'il avait employé une mauvaise méthode d'installation. Bien que la malfaçon ait eu lieu à l'étape de l'installation, le coût de remplacement des fermes elles-mêmes a finalement été exclu lui aussi parce que la cour a considéré qu'un tel remplacement équivaldrait à remédier à une malfaçon. Dans *Ontario Hydro c. Royal Insurance*, [1981] O.J. No. 215 (QL) (H.C.J.), l'obligation contractuelle de l'entrepreneur responsable du dommage consistait à installer une chaudière génératrice de courant. Dans le cadre de ce contrat, le demandeur a demandé à l'entrepreneur de nettoyer la chaudière à l'acide. Ce nettoyage a endommagé la tuyauterie. La cour a statué que les frais engagés pour remédier à la malfaçon représentaient non seulement le coût d'un nouveau nettoyage de la tuyauterie, mais aussi le coût de son remplacement (par. 37).

[125] Je conclus qu'il existe des circonstances importantes qui nous éclairent sur l'interprétation des contrats types et que le principe juridique n'a pas une grande valeur comme précédent. Bref, le litige en l'espèce porte sur l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et il n'a posé aucune question de droit isolable.

C. *Le bien-fondé des pourvois*

[126] Je souscris pour l'essentiel à l'analyse et à la conclusion du juge de première instance (2013 ABQB 585, [2013] I.L.R. ¶ I-5494). Le juge Clackson n'a commis aucune erreur de droit parce qu'il a correctement décrit et appliqué l'arrêt *Progressive Homes Ltd. c. Cie canadienne d'assurances générales Lombard*, 2010 CSC 33, [2010] 2 R.C.S. 245.

[127] The trial judge considered the competing interpretations of the relevant policy provisions. The insureds' position was that excluding the cost of "making good" faulty cleaning simply excludes the cost of redoing the cleaning properly. The insurers' position was that "making good" faulty cleaning extends to the damage done by the faulty cleaning. The trial judge found that both of these interpretations were reasonable as the policy did not clearly suggest one alternative over the other. The judge then took into consideration the general rules of contract construction: he looked at the context, the language of the contract, as well as the nature and purpose of an all risks policy, which helped him to determine the reasonable expectations of the parties. It remains that, according to him, these rules did not produce a clear result. He therefore applied the *contra proferentem* principle, interpreted the clause against the insurers and held that the exclusion did not apply. I see no reviewable error in this analysis.

III. Disposition

[128] I would allow the appeals, set aside the order of the Court of Appeal (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) and restore the order of the trial judge with costs to the appellants throughout.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Ledcor Construction Limited: Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.

Solicitors for the appellant Station Lands Ltd.: Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitors for the respondents: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

[127] Le juge de première instance a examiné les interprétations opposées des dispositions pertinentes de la police. Les assurées faisaient valoir qu'en excluant les frais engagés pour « remédier » au nettoyage défectueux, on excluait simplement le coût d'un nouveau nettoyage adéquat. Les assureurs soutenaient quant à eux que le fait de « remédier » au nettoyage défectueux s'étendait aux dommages causés par ce nettoyage. Le juge de première instance a conclu que ces deux interprétations étaient raisonnables puisque la police ne privilégiait clairement aucune de ces interprétations aux dépens de l'autre. Le juge a ensuite pris en considération les règles générales d'interprétation des contrats et examiné le contexte, le libellé du contrat ainsi que la nature et l'objet d'une police d'assurance tous risques, ce qui l'a aidé à établir les attentes raisonnables des parties. Par contre, il a estimé que ces règles ne conduisaient pas à un résultat clair. Il a donc appliqué le principe *contra proferentem*, soit interprété la clause contre les assureurs, et jugé que l'exclusion ne s'appliquait pas. Je ne décèle aucune erreur susceptible de révision dans cette analyse.

III. Dispositif

[128] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel (2015 ABCA 121, 599 A.R. 363) et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance avec dépens en faveur des appelantes devant toutes les cours.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelante Ledcor Construction Limited : Supreme Advocacy, Ottawa; Stacey Boothman, Vancouver.

Procureurs de l'appelante Station Lands Ltd. : Dentons Canada, Edmonton; Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs des intimées : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

CITATION: Meridian Credit Union Limited v. 2428128 Ontario Limited,
2017 ONSC 4578
COURT FILE NO.: 11230/16
DATE: 2017/07/27

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

Meridian Credit Union Limited

Plaintiff

- and -

2428128 Ontario Limited and Kiky Arraf
Bishara aka Kiky Arraf-Bishara

Defendants

) Alyssa M. Adams, for the Plaintiff

) Harold S. Albrecht, for the for the
) Defendants

) **LONG MOTION HEARD at WELLAND:**
) June 23, 2017

The Honourable Justice T. Maddalena

ENDORSEMENT ON MOTION

The Issues

[1] The plaintiff, Meridian Credit Union Limited (“Meridian”) seeks summary judgment as against the defendant, Kiky Arraf Bishara, also known as Kiky Arraf-Bishara (“Kiky”) pursuant to a Small Business Credit Agreement dated November 7, 2014, between the plaintiff and the defendant and pursuant to a personal guarantee

given by the individual defendant Kiky to the plaintiff, Meridian, to secure the indebtedness of the defendant corporation, 2428128 Ontario Limited ("the Company").

[2] Summary judgment against the Company in the amount of \$153,241.20, together with interest, pursuant to the Small Business Credit Agreement dated November 7, 2014, is conceded by the defendants.

[3] However, the defendant, Kiky, submits that only 25% of the original amount of the loan of \$182,000.00 should be the judgment against her personally. She states that it was represented to her at all times by the bank that she, upon signing the guarantee and other necessary documents, would be responsible for only 25% of the original loan to the Company.

Position of the Plaintiff (Meridian)

[4] Meridian submits that Kiky was at all material times the director, president and secretary of 2428128 Ontario Limited.

[5] The plaintiff and the Company entered into a Small Business Credit Agreement, executed November 7, 2014. This agreement provided for a loan payable in the amount of \$182,000.00 with interest as specified therein.

[6] As security for the Company's indebtedness to Meridian, Kiky executed an Unlimited Guarantee and Postponement of Claim ("the Guarantee") dated November 7, 2014.

[7] The Company defaulted under the terms of the credit agreement. Various demands for payment were made by Meridian.

[8] As of August 4, 2016, the outstanding balance on the credit agreement was \$153,241.20, plus interest, plus fees as outlined in the credit agreement.

[9] No payments have been made by either of the defendants since August 4, 2016.

Position of the Defendant (Kiky)

[10] The defendant, Kiky, asserts that on November 7, 2014, she met with the Meridian Small Business Advisor, Mr. Modi ("Modi"), to sign the loan documentation.

[11] Kiky submits that Modi advised her that her personal liability upon executing the documents required to obtain the loan was 25% of the entire loan amount.

[12] Further, Kiky acknowledged that as a result of her executing all of the documents, the Company did, in fact, receive \$182,000.00

[13] Unfortunately, the business did not go well, and Kiky acknowledged that on August 4, 2016, Meridian made a demand for the payment of the loan.

[14] Kiky does not dispute the amount of the loan outstanding to the Company effective August 4, 2016, and in accordance with the demand letter dated August 4, 2016.

[15] Kiky does dispute that she provided a personal guarantee for the entire loan that Meridian made to the Company. She asserts that both Modi from Meridian and Dana Clark, her broker who assisted in securing the loan with Meridian, advised her she was only responsible for 25% of the entire loan if default occurred. She asserts that had she known that she was 100% liable she would have not executed the agreement.

Analysis

[16] It is clear that Kiky signed the Small Business Credit Agreement, as well as the Guarantee.

[17] It is clear further from the cross-examination of Kiky that she did admit she did not read either the loan agreement or the Guarantee prior to signing.

[18] Further, she stated she did not ask anyone about an opportunity to read the loan documents and guarantee, nor did she request to take the documents for independent legal advice.

[19] Kiky has a degree in Industrial Engineering and has been working at the Royal Bank of Canada since approximately 2006.

[20] The Guarantee and the Postponement of Claim document, as well as the original loan documents are abundantly clear.

[21] The Guarantee and Postponement of Claim state as follows:

- Paragraph 5: This Guarantee shall be binding on the Guarantor as a continuing guarantee and shall cover any present liabilities of the Member of the Credit Union, all liabilities incurred after the date hereof whether from dealings between the Credit Union and Member or from any other dealings by which the Member may become in any manner whatever liable to the Credit Union and any ultimate balance due or remaining due to the Credit Union.

- Paragraph 10: The Guarantor shall make payment to the Credit Union of the amount of the liability of the Member forthwith after demand therefor is made in writing. Such demand shall be deemed to have been made when an envelope containing the demand and addressed to the Guarantor at the last address of the Guarantor known to the Credit Union is deposited, postage prepaid and registered, in the Post Office. The liability of the Guarantor shall bear interest from the date of such demand at the rate or rates then applicable to the liabilities of the Member to the Credit Union. The limitation period provided under Section 4 of the Limitations Act, 2002 shall be suspended until, and shall commence only when, the Credit Union makes a demand for payment of the Guarantor pursuant to this section, which demand the Guarantor fails to honour.
- Paragraph 12: The Credit Union shall not be bound to exhaust its recourse against the Member, other parties or the securities it may hold before being entitled to payment from the Guarantor under this Guarantee.
- Paragraph 13: This Guarantee is given in addition to and without prejudice to any securities of any kind, including any guarantees and postponement agreements, whether or not in the same form as this instrument, now or hereafter held by the Credit Union.
- Paragraph 14: There are no representations, collateral agreements or conditions with respect to this instrument, or affecting the Guarantor's liability hereunder, other than those contained herein.
- Paragraph 18: The liability of the Guarantor hereunder shall be unlimited and shall bear interest from the date of demand for payment as heretofore provided.

[22] There is no reference in the Guarantee, or in any other document supporting the allegations of Kiky.

[23] Further, the court is satisfied that independent legal advice is not required prior to the signing of a guarantee if the guaranteeing party is an officer and director of the corporation receiving the loan.

[24] In the case of *Toronto-Dominion Bank v. 1503345 Ontario Ltd.*, [2006] O.J. No. 1960, 148 A.C.W.S. (3d) 457, the court noted in para. 22:

"Insofar as the issue of independent legal advice is concerned, Lang was not required to obtain independent legal advice prior to the signing of the Guarantee as he was and is an officer and director of the Corporation and received the direct benefit of the Loan."

[25] Furthermore, a bank is in a creditor/debtor relationship with its borrower. Thus the ordinary relation of lender/borrower does not give rise to any fiduciary duty on the part of the lender towards the borrower.

[26] Pertaining to the aforementioned, in the case of the *Bank of Montreal v. 1480863 Ontario Inc.*, 2007 CanLII 13359 at paras. 37 and 38, the court referenced *Baldwin v. Daubney* in para. 15 therein and stated as follows:

...It is well established that absent special circumstances the relationship between a bank and its customer is that of debtor and creditor....More recently in September 2006, the Court of Appeal reaffirmed the above principle in *Baldwin v. Daubney*, 83 O.R. (3d) 308... Generally speaking, the relationship between a financial institution lender and its customer borrower is a purely commercial relationship of creditor and debtor. Absent any special relationship or exceptional circumstances such as would give rise to a fiduciary duty (which is not pleaded...) the courts have consistently held that the lender owes no duty to the borrower in connection with the making of the loan. In particular, the bank owes no duty to its customer to advise the customer not to undertake the loan.

[27] The defendant, Kiky's main argument is that Meridian misrepresented to her the amount for which she was responsible. The court finds absolutely no evidence to support such a claim. In fact, the Guarantee is quite clear. Just above where the defendant signed her name the liability is described as "unlimited".

[28] The defendant has introduced in affidavit evidence a document pertaining to the website of the Bank of Montreal dealing with financing under the *Canada Small Business Financing Act*. I find this document is not relevant to these proceedings.

[29] These proceedings relate to the specific documents executed by the defendant, Kiky, with respect to Meridian.

[30] In the proceeding before me, there is no evidence suggesting that the Guarantee was limited to 25%. In fact, the reverse is true. The Guarantee is unlimited.

[31] Therefore, the court finds no evidence of misrepresentation by the plaintiff, Meridian, to the defendant, Kiky. All of the documents executed and tendered into evidence are clear and concise, with no ambiguity as to the amount outstanding.

[32] I do not accept the evidence of Kiky that she was told by the plaintiff, Meridian, that her liability was limited to 25% of the loan.

[33] In conclusion, this is an appropriate case for summary judgment. There is no genuine issue requiring a trial.

Orders Made

[34] Summary judgment is granted in favour of the plaintiff as against both defendants, 2428128 Ontario Limited and Kiky Arraf Bishara, also known as Kiky Arraf-Bishara, in the amount of \$153,241.40, together with interest calculated from August 4, 2016, in accordance with the Guarantee.

Costs

[35] The parties may make written submission with respect to costs. Submissions are limited to two pages, plus a bill of costs, plus any offers to settle. The plaintiff's submissions are due by August 10, 2017. The defendants' are due August 24, 2017. No reply is permitted.

Maddalena J.

Released: July 27, 2017

CITATION: Meridian Credit Union Limited v. 2428128 Ontario Limited,
2017 ONSC 4578
COURT FILE NO.: 11230/16
DATE: 2017/07/27

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

Meridian Credit Union Limited

Plaintiff

- and -

2428128 Ontario Limited and Kiky Arraf
Bishara aka Kiky Arraf-Bishara

Defendants

ENDORSEMENT ON MOTION

Maddalena J.

Released: July 27, 2017

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

THE TORONTO-DOMINION BANK

Plaintiff

- and -

**1503345 ONTARIO LTD. operating as
DOUBLE DOUBLE PIZZA CHICKEN
and PHONG MINH LANG also known as
PHONG MINGH LANG**

Defendants

)
)
) Victor Kasowski, for the Plaintiff
)
)
)
)

)
) Lawrence Crackower Q.C., for the
) Defendant Lang
)
)
)

)
)
)
) **HEARD:** April 25, 2006

REASONS FOR DECISION

DiTOMASO J.

[1] This is a motion by the plaintiff The Toronto-Dominion Bank (the “Bank”), for summary judgment against the defendant Phong Minh Lang also known as Phong Mingh Lang (Lang) pursuant to a Guarantee dated December 8, 2001. The motion is brought pursuant to rule 76.07 of the *Rules of Civil Procedure*. The Bank claims judgment against Lang in the amount of \$23,750 together with pre-judgment and post-judgment interest and costs.

BACKGROUND

[2] Lang was at all material times an officer, director and shareholder or employee of the corporate defendant operating as Double Double Pizza Chicken (the “Corporation”).

[3] Pursuant to a Canada Small Business Financing Act Loan – Credit Agreement dated December 8, 2001 (the “Loan”), the Bank provided the Corporation with a Loan under the *Canada Small Business Financing Act* in the original principal amount of \$95,000 (the “Principal”). The Loan was repayable in full in the event of default thereunder.

[4] Pursuant to a Guarantee dated December 8, 2001 (the “Guarantee”), Lang guaranteed payment to the Bank of the Corporation’s indebtedness to the Bank up to an unlimited amount, payable forthwith after demand together with interest at the rate payable by the Corporation. Pursuant to the provisions of the Guarantee and the *Canada Small Business Financing Act*, the Bank can, in respect of the Loan, recover up to but not more than 25% of the Principal being the original Principal amount of \$95,000 plus pre-judgment and post-judgment interest and costs.

[5] The Corporation defaulted in payment under the Loan on June 12, 2005. Written demand for payment of the outstanding indebtedness of the Corporation and pursuant to the Guarantee was made on July 15, 2005. On that date, the Corporation was indebted to the Bank pursuant to the Loan in the amount of \$30,466.22.

[6] Despite demand under the Loan and Guarantee neither has been paid.

POSITIONS OF THE PARTIES

[7] The Bank takes the position that the facts disclosed in the statement of claim and in the affidavit of Wolf Seiter, account manager of the Bank, established that the Bank is entitled to summary judgment against Lang under the Guarantee. Lang owes the Bank the sum of \$23,750 being 25% of the \$95,000 borrowed by the Corporation. The Bank submits that Lang has no defence to the claim and that there is no genuine issue for trial in respect of this claim. Further, the Bank submits that it has satisfied the test for summary judgment pursuant to rule 76.07 (9) with *Rules of Civil Procedure*.

[8] Lang submits that his first language is not English but rather Vietnamese. He submits that he spoke with the Bank’s representative, Kitty Iu in Cantonese. He was advised by Ms. Iu that at no time would Lang be personally liable for more than 25% of the Principal amount owing if and when the Loan went into default and it was based on that representation that he personally guaranteed the Loan.

[9] On a subsequent occasion, he met with the Bank’s representative Ken Jagdeo for the purpose of signing the Loan document. However, at this meeting, Mr. Jagdeo did not explain the contents of the documentation to him.

[10] Neither Ms. Iu nor Mr. Jagdeo suggested to Lang that he obtain independent legal advice, although they were both aware of the fact that he was born in Vietnam and that his English was not very good.

[11] Lang would never have signed the documents if they had been accurately and truthfully explained to him.

[12] When the Loan went into default, Lang fully expected the Bank to take possession of the Corporation's assets, which if sold, would have reduced, if not wiped out, the balance now being claimed from him.

[13] He further complains of the manner in which he was dealt with and misled by the Bank's solicitors.

[14] Lang also contends that the facts set out in the affidavit of Wolf Seiter sworn March 10, 2006, consisted of uncorroborated second hand information. The Bank does not meet the test for the granting of summary judgment pursuant to rule 76.07. Accordingly, Lang submits this motion be dismissed with costs on a substantial indemnity scale.

ANALYSIS

[15] Lang submits that on the hearing of this motion an adverse inference should be drawn from the Bank's failure to provide the evidence of persons having personal knowledge of contested facts and that would be at the least Ms. Iu and to a lesser extent Mr. Jagdeo. The Bank submits that the affidavit of Mr. Seiter made on information and belief is permitted. (See rule 76.07 (5)).

[16] While the affidavit of Kitty Iu might have been more cogent, I draw no adverse inference regarding the absence of such an affidavit. Rather, Mr. Seiter's affidavit based on information and belief is permitted and sufficient. As the Bank's account manager, he has sworn his affidavit either through his personal knowledge, through being advised by the Bank's officers and employees, through reviewing the Bank's file or through being informed by the Bank's solicitor. He deposes to such information and belief and believes such information to be true.

[17] In agreeing to grant the Loan to the Corporation, I find the Bank relied on the terms and conditions of the Guarantee, and its rights thereunder, which are clearly set down in writing. Prior to Lang's executing either of the Loan or Guarantee, the Bank had knowledge and proof that Lang, both personally and on behalf of the Corporation, had executed a multitude of sophisticated legal documents in the English language including the (a) Agreement of Purchase and Sale, (b) Sublease, (c) Sublease Covenant and (d) Franchise Agreement. (See Exhibits 6,7,8 and 9 of the affidavit of Wolf Seiter.)

[18] At para. 19 of Wolf Seiter's affidavit, he states that the Bank did not advise Lang that if there was default under the Loan, Lang's personal liability under the Guarantee would be limited to 25% of the Principal amount owing at the time of default (my emphasis). I find Lang's allegation in this regard is in direct contradiction to the Guarantee. Said Guarantee provides that Lang's liability under the Guarantee for any and all Loans and advances made under the *Small Business Loans Act* and under the *Canada Small Business Financing Act* "shall be limited to 25% of the original amount of each SBL and CSBFA plus interest and costs". (See Exhibit 5, affidavit of Wolf Seiter – the Guarantee.)

[19] Paragraph 16 of the Guarantee provides:

“There are no representations, collateral agreement, warrant collateral agreements, warranties, or conditions with respect to, or affecting your liability under this Guarantee other than as contained in this Guarantee. No alteration or waiver of this Guarantee or any of its terms or conditions shall be binding on the Bank unless expressly made in writing by the Bank.”

[20] It is undisputed that Lang executed the Guarantee dated December 8, 2001.

[21] I find parole evidence is inadmissible to vary, contradict, or add to the terms of a written agreement. Parole evidence is inadmissible on any basis other than rectification. Lang’s submission of a collateral agreement based on representations by Kitty Iu cannot stand as it clearly contradicts the terms of the Guarantee. The evidence did not establish a case for rectification. (See *Bauer v. Bank of Montreal* (1980), 110 D.L.R. (3d) 424 (S.C.C.), *Hawrish v. Bank of Montreal*, [1969] 2 D.L.R. (3d) 600 (S.C.C.), *Chant et al v. Infinitum Growth Fund* (1986), 55 O.R. 366 (C.A.)).

[22] Insofar as the issue of independent legal advice is concerned, Lang was not required to obtain independent legal advice prior to the signing of the Guarantee as he was and is an officer and director of the Corporation and received the direct benefit of the Loan.

[23] As for Lang’s expectation that the Bank would take possession of the Corporation’s assets on the default, the Bank did not realize its security in the assets of the Corporation. Rather, the Corporation’s landlord distrained for arrears of rent. The landlord’s right of distress took priority over the Bank’s security interest, making enforcement of the Bank’s security interest impractical. (See Exhibit 17, affidavit of Wolf Seiter.)

[24] Further, the Guarantee provides at para. 9:

“The Bank does not need to exhaust its recourse against the customer or any other person or under any security interest the Bank may from time to time hold before being entitled to full payment from you under this Guarantee. (See affidavit of Wolf Seiter Exhibit 5 – Guarantee.)”

[25] The Bank was not bound to exhaust its recourse against Lang before being entitled to payment under the Guarantee. (See *Royal Bank of Canada v. Caspian Byte Ltd.*, [2001] O.J. No. 3774.)

[26] The test for summary judgment in a simplified procedure case is set out at rule 76.07 (9) as follows:

The presiding judge shall grant judgment on the motion unless,

(a) he or she is unable to decide the issues in the action without cross-examination; or

(b) it would be otherwise unjust to decide issues on the motion.

[27] Cross-examination would not assist the court in deciding the issue which is whether Lang was directly misled by the Bank's employees in believing that his liability was limited to 25% of the amount outstanding at the time of the Corporation's default as opposed to 25% of the original amount borrowed by the Corporation in the amount of \$95,000.

[28] Neither does the court find that it would be otherwise unjust to decide the issues on the motion. In a collateral manner, Lang complains of the conduct of the Bank's solicitor in the way he was treated. He submits that his treatment was unfair and unjust and prevents the Bank from satisfying the test set out at rule 76.07 (9) (b). I disagree. Whether this complaint is legitimate, in the end, does not have any bearing on the primary issue. Lang's dealings with the Bank's solicitors ultimately produced no result. The primary issue still remained whether the oral representations of Ms. Iu induced Lang to execute the Guarantee and Loan documents which he would never had signed if they had been accurately and truthfully explained to him. Rather, Lang's allegations are entirely inconsistent with his conduct as they relate to his limit of liability for repayment.

[29] The Bank has established the sum owing by Lang in the amount of \$23,750 together with pre-judgment interest and post-judgment interest thereon. That sum constitutes 25% of the amount loaned to the Corporation in the amount of \$95,000.

[30] For the reasons given, I find that the Bank has satisfied the test for summary judgment. There is no genuine issue for trial. Summary judgment shall be granted herein.

DISPOSITION

[31] Summary judgment is granted against Lang for payment of the sum of \$23,750 together with pre-judgment and post-judgment interest thereon at the Bank's prime interest rate in effect from time to time plus 3% per annum from July 15, 2005.

[32] In respect of costs, the parties agree that costs can be determined by way of written submissions. Each party is to exchange concise written submissions on costs no longer than two pages together with a draft bill of costs and supporting documentation within 14 days of this judgment. Within the same time period, the parties are also to deliver said costs documentation to the trial co-ordinator at Newmarket.

Justice G.P. DiTomaso

Released: April 28, 2006

CITATION: RBC v. 164393, 2019 ONSC 5145
COURT FILE NO.: 15-62995
DATE: 2019/09/16

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:	)	
	)	
Royal Bank of Canada	)	
	)	J. Ross MacFarlane, Counsel for the Plaintiff
Plaintiff/Respondent	)	
	)	
– and –	)	
	)	
1643937 Ontario Inc., Lorraine MacDonald,	)	Pavle Masic, Counsel for the
Shawn McHale, Patrick McHale, and	)	Defendant/Moving Parties Patrick McHale
Beverly McHale	)	and Beverly McHale
	)	
Defendants/Moving Parties	)	Jason Dutrizac, Counsel for the
	)	Defendant/Moving Party Lorraine
	)	MacDonald
	)	
	)	
	)	HEARD: January 10, 2019 (Ottawa)

REASONS FOR DECISION

H.J. Williams, J.

Overview

[1] The plaintiff Royal Bank of Canada and three of the defendants¹ have brought competing summary judgment motions.

¹ The defendant Shawn McHale did not defend the action; the action is stayed against him because of a proposal in bankruptcy. The defendant corporation, 1643937, defended the action but did not respond to RBC's motion. The defendants Lorraine MacDonald, Patrick McHale and Beverly McHale responded to the motion and were represented at the hearing.

- [2] RBC seeks summary judgment against four of the defendants enforcing guarantees of RBC loans to a now-bankrupt Renfrew, Ontario glass manufacturer. RBC seeks summary judgment against 1643937 Ontario Inc. for \$400,000.00, against Lorraine MacDonald for \$300,000.00 and against Patrick McHale and Beverly McHale for \$600,000.00 each.
- [3] RBC also seeks an order striking certain paragraphs from the statements of defence and counterclaims of three of the defendants and dismissing the counterclaims of two of them.
- [4] The defendants Lorraine MacDonald, Patrick McHale and Beverly McHale seek summary judgment against RBC, discharging the guarantees on the basis that they are unenforceable.
- [5] Rule 20.04(2) of the *Rules of Civil Procedure* provides that the court shall grant summary judgment if it is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence. A trial is not required if a summary judgment motion can achieve a fair and just adjudication, if the process allows the judge to make the necessary findings of fact and apply the law to those facts and if the motion is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result. (*Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7 (CanLII) at para. 4.)

Background

- [6] Ottawa Valley Glass Enterprises Limited was founded in 1978 by Lorraine MacDonald's husband, Jack. The company changed its name to OVG Inc. in July, 2011.
- [7] Lorraine MacDonald, Shawn McHale and Patrick McHale are siblings. Beverly McHale is married to Patrick McHale.
- [8] In these reasons, I will refer to Patrick McHale as "Mr. McHale." On the relatively few occasions when I mention Shawn McHale, I will refer to him as Shawn McHale.
- [9] The five defendants to RBC's action all guaranteed OVG's indebtedness to RBC.

- [10] In 2007, in exchange for a \$1,000,000.00 credit facility, RBC took a general security agreement over OVG's assets and a \$300,000.00 personal guarantee from Ms. MacDonald. Ms. MacDonald signed her guarantee on October 10, 2007.
- [11] In the fall of 2008, OVG increased its loan to \$1,500,000.00. At that time, Shawn McHale, Mr. McHale and Ms. McHale all signed personal guarantees in the amount of \$600,000.00. Shawn McHale signed his guarantee on December 11, 2008. Mr. McHale and Ms. McHale signed their guarantees on December 15, 2008.
- [12] OVG and RBC entered into further loan agreements in January, 2010, January 2011 and finally in November, 2011, when a revolving demand loan of \$3,000,000.00 was established and 1643937 signed a \$400,000.00 guarantee.
- [13] OVG struggled financially and began to default on its obligations to RBC in the fall of 2012.
- [14] On February 12, 2013, RBC demanded payment from OVG and under the five guarantees.
- [15] On February 22, 2013, OVG filed a notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985, c. B-3.
- [16] In December, 2013, OVG made an assignment in bankruptcy.
- [17] Ernst & Young Inc. was appointed as receiver in January, 2014.
- [18] As of the date of its fourth report, September 30, 2015, the receiver had \$170,472.56 in its trust account, after realizing on a majority of OVG's assets and paying the priority payables.
- [19] RBC's evidence is that as of June 15, 2016, OVG's indebtedness was \$3,465,369.87.

The Issues

- [20] The issues on the two summary judgment motions are the same:

1. Is there a genuine issue requiring a trial in respect of whether the guarantees of Ms. MacDonald, Mr. McHale and Ms. McHale are valid and enforceable?
2. If the guarantees are enforceable, are they discrete or is the total exposure of all guarantors \$600,000.00?
3. If the guarantees are enforceable, is a further hearing required to determine OVG's indebtedness to RBC?
4. Is there a genuine issue requiring a trial in respect of the counterclaims of Mr. McHale and Ms. McHale?
5. Should certain paragraphs of the statements of defence of Mr. McHale, Ms. McHale and 1643937 be struck on the basis that the allegations will prejudice or delay a fair trial in this action, are scandalous, frivolous and vexatious and are an abuse of the process of the court?

ISSUE #1: Is there a genuine issue requiring a trial in respect of whether the guarantees of Ms. MacDonald, Mr. McHale and Ms. McHale are valid and enforceable?

The position of the guarantors

[21] The guarantors, Ms. MacDonald, Mr. McHale and Ms. McHale, argue that they should be released from their guarantees because RBC and OVG changed the terms of their loan agreements after the guarantees were signed, without notice to the guarantors.

[22] It is agreed that RBC and OVG entered into new loan agreements after Ms. MacDonald signed her \$300,000.00 guarantee on October 10, 2007 and after Mr. and Ms. McHale signed their \$600,000.00 guarantees on December 15, 2008.

[23] The guarantors rely on *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415 (SCC), which held that a guarantor will be released from liability where the principal debtor and the creditor agree to a material alteration of the terms of their contract without the guarantor's consent, provided the guarantor did not contract out of that protection.

[24] In *Royal Bank of Canada v. Samson Management & Solutions Ltd.*, 2013 ONCA 313, however, Ontario's Court of Appeal considered a guarantee with the same wording as those signed by the guarantors and described the guarantee as a "continuing all accounts" guarantee. The Court upheld the guarantee, noting that the purpose of such a guarantee is to

permit the borrower and the lender to make changes to their business arrangements without being required to involve the guarantor.

[25] Ms. MacDonald, Mr. McHale and Ms. McHale argue that in upholding the “continuing all accounts” guarantee in *RBC v. Samson*, the Court considered the factual context. They argue that their guarantees should be set aside on the basis of the following facts:

- That they did not have independent legal advice; and
- That RBC acted in a commercially unreasonable manner and failed to mitigate its damages, exposing them to liability under the guarantees when RBC could have collected what it was owed from other sources.

[26] Ms. MacDonald also argues that her guarantee should not be enforced because she sold her shares in OVG in November, 2011 and understood that her liabilities were extinguished at that time.

Should the guarantors be released from their guarantees because they did not have independent legal advice before signing them?

[27] The guarantors argue that OVG was a family business, that it was Shawn McHale who actually operated the company and that they had relatively little involvement with OVG. The guarantors argue that RBC was aware of these dynamics and should have ensured that the guarantors received independent legal advice before they signed their guarantees.

[28] The guarantors rely on two Ontario cases in which guarantees were set aside because the lenders did not recommend independent legal advice: *Del Grande v. Toronto-Dominion Bank*, [1995] O.J. No. 2005 (Gen. Div.); and *Duca Community Credit Union Ltd. v. Fulco Automotive Ltd.*, [1994] O.J. No. 1162 (Div. Ct.)

The evidence of the guarantors

[29] In order to consider this issue, I will review the evidence of each of the guarantors in respect of their connection with OVG and what they understood about the guarantee they signed.

Ms. MacDonald

[30] Ms. MacDonald first became involved in OVG around 1980 and became a director and shareholder of the company in 1986 or 1987.

[31] Ms. MacDonald worked for the company in client services and bookkeeping.

[32] In 2006, Ms. MacDonald's husband, Jack, the founder of the company, sold his 38 shares in the company to a holding company owned by Mr. McHale. At the same time, Ms. MacDonald sold 13 of her 37 shares to Mr. McHale's company and five to a company owned by Shawn McHale.

[33] Ms. MacDonald resigned as a director of OVG in 2006.

[34] Ms. MacDonald signed her \$300,000.00 guarantee on October 10, 2007. She was a shareholder of OVG at the time. She read the guarantee before she signed it. She understood that it was a \$300,000.00 guarantee and that it meant that \$300,000.00 might be owed to the bank. She believed it to be a joint and several guarantee. She thought that the rest of her partners would also be signing it; she said that it had always been her understanding although she could not remember whether anyone from RBC had told her this.

[35] Ms. MacDonald said that she was never advised that she could obtain independent legal advice and that she never received independent legal advice.

[36] Ms. MacDonald retained 19 shares in OVG until she sold them to Shawn McHale's company in November of 2011. Ms. MacDonald said that she understood that when she sold her shares in OVG, her obligations under the guarantees were extinguished; she said that her lawyer told her that when she sold her shares to Shawn McHale's company in November, 2011, she was selling all of her liabilities too.

[37] Ms. MacDonald did not ask RBC to cancel her guarantee and RBC did not tell her that her guarantee had been cancelled.

Mr. McHale

[38] Mr. McHale has a Grade 10 education. At the time of his examination for discovery in December, 2015, he was operations managing for a mining company and was responsible for 500 employees. He was also part owner of another mining company.

[39] Mr. McHale said that he and his wife Ms. McHale owned 51 per cent of the shares in OVG.

[40] Mr. McHale said that he and Ms. McHale were also directors, but not officers, of the company.

[41] Mr. McHale signed a \$600,000.00 guarantee on December 15, 2008. He said that he quickly looked over the guarantee before signing it. He said that no one prevented him from reading it and no one either recommended or recommended against obtaining independent legal advice. He agreed that he was not prevented from obtaining independent legal advice.

[42] At an examination for discovery, Mr. McHale said that he had assumed that the total amount he and his wife were guaranteeing was \$600,000.00. He did not say that anyone had told him this; he said that no one had told them otherwise.

[43] In the affidavit he later swore in response to this motion, however, Mr. McHale said that his understanding and belief that the collective maximum exposure he, Ms. McHale and Shawn McHale had under the guarantees was \$600,000.00 was based on information provided and representations made by Kevin Bossy of RBC. Mr. McHale's affidavit did not set out what Mr. Bossy had said that left Mr. McHale with this understanding and belief.

[44] Mr. McHale said that he had previously signed a \$300,000.00 or \$400,000.00 RBC guarantee and that, at that time, the guarantee had been explained to him. Mr. McHale said that he had understood that if something "went haywire" it would cost him \$300,000.00 or whatever the amount was.

Ms. McHale

[45] Ms. McHale's evidence was from an examination for discovery. She did not file an affidavit.

[46] Ms. McHale has a Bachelor of Education degree.

[47] She was a shareholder and director of OVG but not an officer of the company.

[48] Ms. McHale believed that \$600,000.00 was the total amount she, Mr. McHale and Shawn McHale were guaranteeing collectively. She said that it was never explained to her that it would be otherwise.

[49] Ms. McHale had signed a \$300,000.00 guarantee previously.

[50] Ms. McHale did not read the guarantee before she signed it. She said that no one prevented her from doing so.

[51] Ms. McHale understood that the guarantee was required to show that she had confidence in OVG and was willing to put some money behind it. She knew that she would have a payment obligation if OVG were to go down.

[52] Ms. McHale did not formally work for OVG but began to attend staff meetings in 2010.

[53] Ms. McHale signed the final facilities agreement between OVG and RBC in November, 2011. She understood the credit facility was being increased to \$3,000,000.00 and that a guarantee of \$400,000.00 was being requested from 1643937.

Analysis

[54] The lack of independent legal advice does not invalidate a guarantee in the absence of evidence of *non est factum*, unconscionability, fraud, misrepresentation or undue influence. (*Bank of Montreal v. Featherstone*, 1989 CarswellOnt 164 (C.A.))

[55] There is no evidence to suggest that any of these circumstances existed in this case. Although Mr. McHale said in his affidavit that Mr. Bossy of RBC had made representations

that left Mr. McHale with the understanding and belief that his \$600,000.00 liability under the guarantee was shared with his wife and his brother, I cannot accept that Mr. Bossy made any misrepresentations to this effect to Mr. McHale. Mr. McHale provided no particulars of what Mr. Bossy said to him. Mr. McHale did not give evidence at his examination for discovery that he had relied on any representations made by Mr. Bossy and there was no evidence that Mr. McHale had ever corrected his examination for discovery evidence.

[56] Mr. McHale's evidence about Mr. Bossy was not corroborated by Ms. McHale, who signed her guarantee at the same time and who had an opportunity to file an affidavit in response to RBC's motion and in support of her own but did not do so.

[57] The two cases relied on by the guarantors in which guarantees were set aside because of a lack of independent legal advice, *Del Grande* and *Duca Community Credit Union Ltd.*, are readily distinguishable. In *Del Grande*, a guarantee signed by a wife was set aside in part due to the bank's failure to recommend independent legal advice in circumstances when the bank knew or should have known about undue influence and misrepresentations on the part of the guarantor's husband. In *Duca*, summary judgment on a guarantee was set aside because of conflicting evidence about whether the guarantor had received independent legal advice and about whether she understood the nature of the guarantee

[58] Ms. MacDonald, Mr. McHale and Ms. McHale all understood that they were signing guarantees and knew what a guarantee was; they all knew that they were potentially assuming personal liability for OVG's debts. At the time they signed their guarantees, they were all shareholders of the company. Together, Mr. and Ms. McHale were the majority shareholders of the company. Mr. and Ms. McHale were also directors. Ms. MacDonald was a former director who had worked at the company for more than 20 years. The fourth shareholder, Shawn McHale, who was also OVG's president, signed a guarantee in the same amount as the McHales' guarantee and at approximately the same time. Ms. MacDonald described herself, the McHales and Shawn McHale as "partners." The guarantors were all familiar with the company and their interests were aligned with those of the company. They were all free to obtain legal advice before signing the guarantees had they chosen to do so.

[59] In these circumstances, I find that the fact that RBC did not recommend that the guarantors obtain legal advice and that the guarantors did not obtain legal advice has no bearing on the validity or the enforceability of the guarantees.

Should the guarantors be released from their guarantees on the basis that RBC acted in a commercially unreasonable manner and failed to mitigate its damages, exposing them to liability under the guarantees when RBC could have collected what it was owed from other sources?

[60] The guarantors argue that, after OVG defaulted on its obligations to RBC, RBC took steps that reduced the likelihood that OVG would be able to repay its loans, thereby increasing the guarantors' liability.

[61] The guarantors argue, for example, that RBC had retained Ernst & Young Inc. to analyze OVG's financial situation and that, in late 2012, Ernst & Young had concluded that continued support of OVG would not have been unreasonable. Despite Ernst & Young's conclusion, RBC demanded payment of the entire amount owed by OVG in February, 2013 and also demanded payment under the guarantees. The guarantors argue that RBC knew that by demanding payment at that time, it would force the company into insolvency and significantly limit the assets available to OVG to repay its obligations to RBC.

[62] The guarantors argue that RBC's behaviour was unreasonable and represents a failure to mitigate its losses.

Analysis

[63] Although, in the absence of contractual terms to the contrary, a creditor owes a duty to preserve and protect security, guarantors may contract out of their right to have the security realized for their benefit, provided clear and express language is used. The terms of a guarantee may preclude guarantors from arguing that a financial institution has not taken all commercially reasonable steps to enforce its security. (*Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, 110 D.L.R. (3d) 424.)

[64] I find that the following terms of the guarantees signed by the guarantors preclude them from arguing that their guarantees should not be enforced because RBC acted in a commercial unreasonable manner:

- The last phrase in paragraph 1 provides that “no loss of or in respect of any securities received by the Bank from the customer or others, whether occasioned by the fault of the Bank or otherwise, shall in any way limit or lessen the liability of the undersigned under this guarantee;” and
- Paragraph 3 provides that “[t]he Bank shall not be bound to exhaust its recourse against the Customer or others or any securities it may at any time hold before being entitled to payment from the undersigned of the liabilities...”

[65] RBC used express language in its guarantee to preclude the guarantors from raising the argument they are raising. In the circumstances, if RBC acted in a commercially unreasonable matter, it would have no bearing on the validity or the enforceability of the guarantees.

Is Ms. MacDonald’s guarantee unenforceable because she sold her shares in the company in November, 2011 and understood that her liabilities were extinguished at that time?

[66] Ms. MacDonald’s liability under the guarantee did not end when she sold her shares in OVG.

[67] Paragraph 6 of the guarantee provides that it will not be affected by a change in the membership of the borrower’s firm through the death or retirement of a partner or by “any change whatsoever in the objects, capital structure or constitution of the customer...but shall notwithstanding the happening of any such event continue to apply to all the liabilities whether theretofore or thereafter incurred or arising...”

[68] Paragraph 4 of the guarantee provides that a guarantor may provide notice in writing to RBC that he or she will not guarantee any future liabilities of the borrower. Ms. MacDonald did not do this. At the time she sold her shares, Ms. MacDonald could have limited her liability for future advances but did not do so.

Conclusion with respect to Issue #1:

[69] The issues raised by the guarantors, the lack of legal advice and their assertion that RBC acted in a commercially unreasonable manner, are not issues requiring a trial; they have no effect on the validity or enforceability of the guarantees.

[70] I find that the guarantees, including the guarantee of Ms. MacDonald, are valid and enforceable.

ISSUE #2: If the guarantees are enforceable, are they discrete or is the total exposure of all guarantors \$600,000.00?

[71] The guarantors, Ms. MacDonald, Mr. McHale and Ms. McHale, argue that their liability under the guarantees is shared and that their total, collective exposure is at most \$600,000.00, with Ms. MacDonald's exposure being at most \$300,000.00.

[72] Each of the guarantors signed a separate guarantee.

[73] The guarantors argue that the guarantees they signed clearly stated that their liability was to be joint and several.

[74] The guarantors rely on the opening words of their guarantees:

FOR VALUABLE CONSIDERATION, receipt whereof is hereby acknowledged, the undersigned and each of them (if more than one) hereby *jointly and severally* (emphasis added) guarantee(s) payment on demand to the Royal Bank of Canada...

[75] In order to accept the guarantors' position that their liability under the guarantees was joint and several, and therefore shared, it would be necessary to ignore the fact that each of them signed a separate guarantee that makes no reference to a guarantee or guarantees signed by anyone else. It would also be necessary to ignore paragraph 9 of the guarantee which reads as follows:

9. This guarantee is in addition to and not in substitution for any other guarantee, by whomsoever given, at any time held by the Bank, and any present or future obligation to the Bank incurred or arising otherwise than under a guarantee, of the undersigned or any of them or of any obligant, whether bound with or apart from the customer; excepting any guarantee surrendered for cancellation on delivery of this instrument.

[76] I cannot accept the guarantors' argument that their liability under the guarantees is shared. RBC's position is that the reference to guaranteeing payment "jointly and severally"

applies when more than one person signs that particular guarantee but does not apply when a guarantee has only one “undersigned.” There is no ambiguity here. RBC’s interpretation, which I accept, is consistent with the other provisions of the guarantee.

[77] For the reasons I identified in paragraph 55 of this decision, I do not accept Mr. McHale’s evidence that his understanding and belief that his personal liability under the guarantee was joint and several with the other guarantors was based on information and representations provided by Mr. Bossy of RBC. If I had accepted that evidence, I would have found that, because of paragraph 13 of the guarantee, Mr. McHale was not entitled to rely on any representations that were not set out in the guarantee itself. Paragraph 13 provides that the guarantee covers all agreements between the parties and says that none of the parties shall be bound by “any representation or promise made by any person relative thereto which is not embodied herein.”

Conclusion with respect to Issue #2:

[78] The guarantees state that they are “in addition to and not in substitution for” each other.

[79] I find that the liability of the guarantors is discrete and not shared. For clarity, Ms. MacDonald’s guarantee is in the amount of \$300,000.00, Mr. McHale’s guarantee is in the amount of \$600,000.00, Ms. McHale’s guarantee is in the amount of \$600,000.00 and 1643937’s guarantee is in the amount of \$400,000.00.

[80] This is the effect of the guarantors having signed separate guarantees and is set out in clear terms in paragraph 9 of their guarantees.

ISSUE #3: If the guarantees are enforceable, is a further hearing required to determine OVG’s indebtedness to RBC?

[81] The guarantors argue that if the guarantees are found to be enforceable, a further hearing is required to determine OVG’s indebtedness to RBC, to ensure that its losses exceed the amount of the guarantees.

[82] I do not agree.

[83] Paragraph 10 of the guarantees provides that the guarantors shall be bound by any account settled between the Bank and the customer, and if no account has been settled “any account stated by the Bank shall be accepted by the undersigned and each of them as conclusive evidence of the amount which at the date of the account so stated is due by the customer to the Bank or remains unpaid by the customer to the Bank.”

[84] RBC’s evidence is that as of June 15, 2016, the indebtedness of OVG was \$3,465,369.87. This total appeared in a statement which was an exhibit to the affidavit filed by RBC. The deponent of the affidavit was not cross-examined.

[85] This amount is well in excess of \$1,900,000.00, which is the total amount of the guarantees of Ms. MacDonald, Mr. McHale, Ms. McHale and 1643937.

ISSUE #4: Is there a genuine issue for trial in respect of the counterclaims of Mr. McHale and Ms. McHale?

[86] The counterclaims of Mr. McHale and Ms. McHale seek pecuniary damages of \$7,219,131.00 and \$6,119,131.00 respectively for “improvident realization on the assets of OVG triggering the bankruptcy of the company”. The counterclaims also seek \$100,000.00 in general damages.

[87] The counterclaims incorporate the McHales’ statements of defence.

[88] The McHales plead that by triggering the insolvency and bankruptcy of OVG, RBC dissipated OVG assets worth \$4,889,882.00. The McHales plead that they invested almost \$2,000,000.00 into restructuring OVG which they were unable to recover because of the company’s bankruptcy. Mr. McHale also pleads that because of the bankruptcy of the company, he suffered damage to his business reputation, lost relationships with customers and suppliers and has found it impossible to establish a successor business due to an inability to obtain credit from suppliers.

[89] In the factum filed on behalf of the McHales and Ms. MacDonald, the McHales did not respond to RBC’s request for an order dismissing the counterclaims but RBC did not object to the McHales’ oral submissions in response to the issue.

[90] The McHales argued that although paragraph 1 of their guarantees, which states that “no loss of or in respect of any securities received by the Bank from the customer or others, whether occasioned by the fault of the Bank or otherwise, shall in any way limit or lessen the liability of the undersigned under this guarantee” may prevent them from raising improvident realization of assets on the part of RBC as a defence to their guarantees, it does not prevent them from asserting a claim against RBC on this basis.

Analysis

[91] For the following reasons, I have concluded that there is no genuine issue requiring a trial in respect of the McHales’ counterclaims.

[92] As I noted previously, the counterclaims are for “improvident realization on the assets of OVG triggering the bankruptcy of the company.”

[93] The McHales were shareholders and directors of OVG as well as being guarantors of OVG’s indebtedness to RBC. The McHales have no contractual relationship with RBC in respect of OVG, other than their guarantees. A bank owes no duty of care or fiduciary duty to a guarantor. (*Bank of Nova Scotia v. 2156909 Ontario Inc.*, 2012 ONSC 2536 at para. 16.)

[94] A shareholder does not have a personal cause of action for a wrong to a company. (*Foss v. Harbottle* (1843), 2 Hare 461, 67 E.R. 189 (Ch.) as cited in *Toronto-Dominion Bank v. Schrage*, 2009 CanLII 45444 (ON SC) at para. 62.) The rule in *Foss v. Harbottle* is a consequence of a corporation being a separate legal entity. The company is liable for its contracts and torts; the shareholder has no such liability. The company acquires causes of action for breaches of contract and for torts which damage the company. No cause of action vests in the shareholder: *Prudential Assurance Co. v. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] 1 All E.R. 354, at p. 367 as cited in *Hercules Management Ltd. v. Ernst & Young*, 1997 CanLII 345 (SCC), [1997] 2 S.C.R. 165 at pp. 211-12.

[95] The rule in *Foss v. Harbottle* does not preclude an individual shareholder from maintaining a claim for harm done to the shareholder directly. Where a separate and distinct claim, in tort, for example, can be raised with respect to a wrong done to a shareholder in its

personal capacity, as distinct from its capacity as a shareholder, a personal action may well lie, assuming that all of the requisite elements of a cause of action can be made out: *Hercules Management Ltd.* at p. 214.

[96] While the McHales clearly plead that they have suffered damages in their personal capacity, they do not plead any cause of action other than an improvident realization of OVG's assets that triggered the company's bankruptcy, an alleged wrong to the company that they have no capacity to assert.

[97] I conclude that the McHales' counterclaims disclose no cause of action and, as a consequence, raise no genuine issue requiring a trial.

[98] For these reasons, the counterclaims shall be dismissed.

ISSUE #5: Should certain paragraphs of the statements of defence and counterclaim of Mr. McHale, Ms. McHale and 1643937 be struck on the basis that the allegations will prejudice or delay a fair trial in this action, are scandalous, frivolous and vexatious and are an abuse of the process of the court?

[99] As I have found that the guarantees are enforceable and that the counterclaims are to be dismissed, it is not necessary to deal with Issue #5.

Conclusion

[100] To summarize:

1. I find that there is no genuine issue requiring a trial in respect of the validity and enforceability of the guarantees.
2. I find that the guarantees are valid and enforceable.
3. RBC's summary judgment motion is granted; the summary judgment motion of the three guarantors is dismissed.
4. RBC shall have judgement against Ms. MacDonald in the amount of \$300,000.00, Mr. McHale in the amount of \$600,000.00, Ms. McHale in the amount of \$600,000.00 and 1643937 in the amount of \$400,000.00.
5. Prejudgment interest shall be in accordance with RBC's amended notice of motion.

6. I exercise my discretion and award post-judgment interest in accordance with the *Courts of Justice Act*.
7. The McHales' counterclaims shall be dismissed.

Costs

[101] The parties exchanged and filed bills of costs.

[102] If the parties cannot agree on the costs of these motions,

- RBC may deliver written costs submissions of no more than five pages in length within 14 days of the date of this decision;
- The guarantors may deliver written submissions in response of no more than five pages in length within 14 days of the date of receipt of RBC's submissions;
- RBC may deliver any reply submissions of no more than three pages in length within seven days of the date of receipt of the guarantors' submissions.

[103] In deciding the issue of costs, I will consider the bills of costs filed by the parties as well as any further written submissions.

[104] The costs submissions shall be filed by sending them to the trial coordinator.

Date: September 16, 2019

Madam Justice H. J. Williams

CITATION: RBC v. 164393, 2019 ONSC 5145
COURT FILE NO.: 15-62995
DATE: 2019/09/16

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

Royal Bank of Canada

Plaintiff/Respondent

– and –

1643937 Ontario Inc., Lorraine MacDonald,
Shawn McHale, Patrick McHale, and
Beverly McHale

Defendants/Moving Parties

BEFORE: Madam Justice H.J. Williams

COUNSEL:

J. Ross MacFarlane, Counsel for the Plaintiff

Justin R. Fogarty, Counsel for the
Defendant/Moving Parties Patrick McHale
and Beverly McHale

Jason Dutrizac, Counsel for the
Defendant/Moving Party Lorraine
MacDonald

REASONS FOR DECISION

Madam Justice H. J. Williams

Released: September 16, 2019

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Royal Bank of Canada v. 1643937 Ontario Inc., 2021 ONCA 98

DATE: 20210219

DOCKET: C67540

Doherty, Roberts and Harvison Young JJ.A.

BETWEEN

Royal Bank of Canada

Plaintiff (Respondent)

and

1643937 Ontario Inc., Lorraine MacDonald,
Shawn McHale, Patrick McHale,
and Beverly McHale

Defendants (Appellants)

Jonathan C. Lisus and Zain Naqi, for the appellants

J. Ross Macfarlane, for the respondent

Heard: November 25, 2020 by video conference

On appeal from the judgment of Justice Heather J. Williams of the Superior Court of Justice, dated September 16, 2019, with reasons reported at 2019 ONSC 5145, and from the costs order, dated January 2, 2020, with reasons reported at 2020 ONSC 44.

Roberts J.A.:

A. OVERVIEW

[1] The appellants, Lorraine MacDonald, Patrick McHale, and Beverly McHale, appeal from the judgment for the payment of monies owing under the personal

guarantees they provided to the respondent, the Royal Bank of Canada, following their competing motions for summary judgment.

[2] At the commencement of oral submissions, the appellants abandoned their appeal from the motion judge's dismissal of their counterclaims and further narrowed the issues on appeal.

[3] The issue put forward by the appellants on this appeal was: did the motion judge err in granting the respondent's motion for summary judgment because there was no genuine issue requiring a trial about the scope of the appellants' liability to the respondent under their personal guarantees? The appellants submit that there was a genuine issue requiring a trial, as the respondent misrepresented to them that their liability under their personal guarantees was joint and several with a collective exposure limited to \$600,000.

[4] For the reasons that follow, I agree that the motion judge erred and would remit for trial the narrow issue of determining the amount that each appellant owes to the respondent under their respective personal guarantees.

B. BACKGROUND

(1) Facts

[5] The appellants provided personal guarantees as security for several million dollars in loan advances made by the respondent to Ottawa Valley Glass Enterprises Ltd., later named OVG Inc. ("OVG"), a family business in which the

appellants had been directors and shareholders. Ms. MacDonald (whose husband, Jack MacDonald, founded and then sold his shares in and retired from the business), Shawn and Patrick McHale are siblings. Patrick and Beverly McHale are spouses. Ms. MacDonald resigned as a director of OVG in 2006 and sold her shares to her siblings, Patrick and Shawn, in 2006 and 2011, respectively. Although they held 51 percent of the shares in OVG, Patrick and Beverly McHale had relatively little involvement with OVG. Shawn McHale actually operated the business.

[6] The appellant's personal guarantees came about after Shawn McHale approached the respondent with a request for new financing. On September 28, 2007, the respondent offered a credit facility in the amount of \$1,000,000. As security for the loan, the respondent required a general security agreement over OVG's assets, together with a personal guarantee and postponement of claim in the amount of \$300,000, signed by Ms. MacDonald on October 10, 2007, as well as a postponement and assignment of claims in favour of the respondent from each of Shawn, Patrick, and Beverly McHale, which they executed around the same time.

[7] In the fall of 2008, Shawn McHale requested and obtained a further increase to OVG's operating line of credit from \$1,000,000 to \$1,500,000. The respondent and OVG entered into a new credit facilities letter, dated December 9, 2008. At the request of the respondent, Shawn McHale executed a personal

guarantee in the amount of \$600,000 on December 11, 2008, and Patrick and Beverly McHale executed personal guarantees in the amount of \$600,000 on December 15, 2008. Ms. MacDonald did not sign a new personal guarantee.

[8] OVG struggled financially and began to default on its loan obligations to the respondent in the fall of 2012. In January 2013, the respondent proposed a forbearance agreement with stringent conditions that was rejected by OVG and the appellants. On February 12, 2013, the respondent demanded payment from OVG under its various loan agreements and from the appellants under their personal guarantees.

[9] As a result of the respondent's demand, on February 22, 2013, OVG filed a notice of intention to make a proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3. In an attempt to restructure OVG, between February and December 2013, Patrick McHale indicated that he and his wife, Beverly, invested \$1,958,498 of their own money into OVG. The restructuring did not succeed. On December 12, 2013, OVG made an assignment into bankruptcy.

(2) Court Proceedings

[10] The respondent brought an action to recover over \$3 million owing under the guarantees of OVG's indebtedness. Patrick and Beverly McHale counterclaimed, alleging the respondent improvidently realized on OVG's assets, thereby triggering the bankruptcy of OVG. Shawn McHale made an assignment

into bankruptcy, and the respondent's action was stayed against him. Examinations for discovery were held. The parties brought competing motions for summary judgment. In support of its motion, the respondent filed the affidavit of its manager in the department of Special Loans and Advisory Services, Peter Gordon. Ms. MacDonald, Patrick, and Shawn McHale filed affidavits. No cross-examinations on the affidavits were held, but the parties relied on the transcripts from the various discovery examinations.

[11] On her examination for discovery, dated December 15, 2015, Ms. MacDonald deposed that she believed she signed her personal guarantee in the presence of Kevin Bossy, an account manager with the respondent. Although she could not remember during her examination the conversations she had with Mr. Bossy, she said it had always been her understanding that the personal guarantee she signed in 2007 was joint and several and thereby limited to \$300,000 with Shawn, Patrick, and Beverly McHale, and that she did not sign an increased guarantee to \$600,000 in 2008 because, by then, she had left OVG and disposed of the majority of her shares.

[12] Shawn McHale's examination for discovery occurred on December 14, 2015. His understanding was that the personal guarantees were for a total of \$600,000, although he could not recall the bank representative telling him whether they were joint and several or individual guarantees. He deposed that he was told that the guarantees could be signed in counterpart and would still be

binding, which informed his assumption that the guarantees were joint and several. He also relied on the language in the guarantee that “the undersigned and each of them (if more than one) hereby jointly and severally agree(s) with the bank as follows”. He believed the guarantees were joint and several among him, Patrick, and Beverly McHale because of the language of the guarantee that said the guarantees were joint and several and could be signed in counterparts. In his affidavit, sworn on November 5, 2017, Shawn McHale stated the following, at para. 13:

Again, based on discussions I had with Mr. Bossy of the [respondent's] Renfrew branch, I understood that the total liability under the Replacement Guarantees [was] limited to \$600,000 joint and severally between Pat, Bev, and I. Lorraine [MacDonald] never signed the document. This understanding is reflected in OVG's financial statements for year-end March 31, 2009 and all subsequent year-ends.

[13] On his examination for discovery, dated December 14, 2015, Patrick McHale testified that he signed his guarantee in a Tim Horton's restaurant where he met the respondent's representative. He said he understood the guarantee was for a total indebtedness of \$600,000 as between him and his wife, Beverly, and that the respondent's representative told them it was for \$600,000. They were never told anything different than that, and if they had been told otherwise, they would not have signed the guarantees. In his affidavit, sworn on November 3, 2016, Patrick McHale stated the following, at para. 11:

Based on information provided and representations made by Mr. Kevin Bossy of the [respondent], it was my understanding and belief that my personal liability under the Replacement Guarantee was joint and several with my wife Bev, Shawn and Lorraine. I understood and believed that the collective maximum personal exposure against all of us was \$600,000 and not \$600,000 each, as the [respondent] is claiming.

[14] Beverly McHale deposed during her examination for discovery, held on December 14, 2015, that she and Patrick met with Mr. Bossy or his successor, “Milton”, at a Tim Horton’s restaurant to sign the guarantee. She understood that the \$600,000 guarantee was a total amount shared by Patrick, Shawn, and her, and that it was never explained to them that it would be \$600,000 for each of them. Unlike Patrick and Shawn McHale, and Ms. MacDonald, Beverly McHale did not file an affidavit on the motions for summary judgment.

[15] The respondent filed no affidavit from Mr. Bossy in response to the appellants’ evidence concerning their understanding of the scope of liability under their personal guarantees and their discussions with the respondent’s representatives. The respondent did not cross-examine Ms. MacDonald, Patrick, or Shawn McHale on their affidavits.

(3) The Motion Judge’s Reasons

[16] The motion judge held that there was no genuine issue requiring a trial in respect of the validity and enforceability of the personal guarantees and that they were valid and enforceable. She rejected the appellants’ allegations that the

respondent, through its employee, Mr. Bossy, who was the account manager for their bank accounts, had misrepresented the scope of the liability under their personal guarantees, which they maintained was joint and several with a collective exposure limited to \$600,000.

[17] At paras. 55-56 of her reasons, the motion judge explained why she rejected the appellants' allegations of misrepresentation:

There is no evidence to suggest that any of these circumstances [of *non est factum*, unconscionability, fraud, misrepresentation, or undue influence] existed in this case. Although [Patrick] said in his affidavit that Mr. Bossy of [the respondent] had made representations that left [Patrick] with the understanding and belief that his \$600,000.00 liability under the guarantee was shared with his wife and his brother, I cannot accept that Mr. Bossy made any misrepresentations to this effect to [Patrick]. [Patrick] provided no particulars of what Mr. Bossy said to him. [Patrick] did not give evidence at his examination for discovery that he had relied on any representations made by Mr. Bossy and there was no evidence that [Patrick] had ever corrected his examination for discovery evidence.

[Patrick's] evidence about Mr. Bossy was not corroborated by [Beverly], who signed her guarantee at the same time and who had an opportunity to file an affidavit in response to [the respondent's] motion and in support of her own but did not do so.

[18] The motion judge went on to determine that even if she had accepted the appellants' allegations of misrepresentation, the entire agreement clause contained in para. 13 of the guarantees precluded the appellants from relying on any representations that were not set out in the guarantees themselves.

[19] Further, having rejected the allegations of misrepresentation, the motion judge did not accept the appellants' argument that their liability was shared, given that each of the appellants signed a separate guarantee that made no reference to a guarantee or guarantees signed by anyone else, and that para. 9 of the guarantees provided that each guarantee was "in addition to and not in substitution for any other guarantee, by whomsoever given".

[20] The motion judge allowed the respondent's motion for summary judgment and granted judgment to the respondent against Ms. MacDonald in the amount of \$300,000, Patrick McHale in the amount of \$600,000, and Beverly McHale in the amount of \$600,000, plus prejudgment and postjudgment interest.¹ The motion judge found that Patrick and Beverly McHale's counterclaims of improvident realization of OVG's assets was an alleged wrong to OVG that they had no capacity to assert. She therefore dismissed the counterclaims. She ordered that the appellants jointly and severally pay costs to the respondent on a substantial indemnity basis in the all-inclusive amount of \$84,490.38.

C. THE PARTIES' POSITIONS

[21] The appellants submit that the motion judge erred in granting summary judgment against the appellants in the total amount of \$1,500,000, plus interest.

¹ Judgment was also granted against 1643937 Ontario Inc., however, it did not appeal the judgment or take any position on the appeal.

They do not challenge that the loan advances were made, and they concede some indebtedness to the respondent under their personal guarantees. However, they say that the motion judge erred in failing to find that there was a genuine issue requiring a trial as to whether the respondent misrepresented the scope of the appellants' liability under their personal guarantees. The appellants maintain that their total joint and several liability under the guarantees is limited to \$600,000. They argue that the motion judge's reasons are insufficient, as she did not direct herself to key pieces of evidence. Further, they argue that she failed to recognize that summary judgment was not appropriate for this issue, as the record before her contained real credibility issues that required careful study. As such, some form of oral hearing was required to determine this issue and make the required credibility findings.

[22] The respondent argues that the motion judge made no error, as she based her decision on the clear wording of the personal guarantees signed by the appellants. According to the respondent, the appellants failed to put their best evidentiary foot forward. As such, their evidence about misrepresentations made by the respondent to the appellants was simply insufficient and not accepted by the motion judge. The appeal should therefore be dismissed.

D. ANALYSIS

(1) The Framework for Summary Judgment

[23] At the heart of this appeal is the motion judge's approach to summary judgment and, specifically, her treatment of the evidence and record before her. Absent an error of law, a misdirection, or the creation of an injustice through a decision that is clearly wrong, a motion judge's determination of these questions is generally entitled to considerable deference on appeal: *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at paras. 81-84. However, here, appellate intervention is required, as the motion judge fell into error and misdirected herself because she failed to determine whether summary judgment was appropriate, having regard to the entire evidentiary record and the *Hryniak* analytical framework.

[24] This determination required the motion judge to follow the analytical approach set out in *Hryniak*, at para. 66, which is summarized as follows:

1. First, the motion judge should have determined if there was a genuine issue requiring a trial based only on the evidence before her, without using the enhanced fact-finding powers under r. 20.04(2.1) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194.
2. Second, if there appeared to be a genuine issue requiring a trial, the motion judge should have determined if the need for a trial could be

avoided by using the enhanced powers under r. 20.04(2.1) – which allowed her to weigh evidence, evaluate the credibility of a deponent, and draw any reasonable inference from the evidence – and under r. 20.04(2.2) to order that oral evidence be presented by one or more parties.

[25] While summary judgment is an important tool for enhancing access to justice and achieving proportionate, timely, and cost-effective adjudication, there is no imperative on the court to use it in every case: *Trotter Estate*, 2014 ONCA 841, 122 O.R. (3d) 625, at para. 49; *Lesenko v. Guerette*, 2017 ONCA 522, 416 D.L.R. (4th) 349, at para. 30. As affirmed by the Supreme Court in *Hryniak*, at para. 28, the overarching goal remains to have “a fair process that results in a just adjudication of disputes.”

[26] Indeed, notwithstanding the parties’ agreement that the action and counterclaims could be determined by summary judgment, it is still incumbent on the motion judge to decide whether it is appropriate to grant summary judgment: *Rules of Civil Procedure*, r. 20.04(2)(b).

[27] In determining whether summary judgment is appropriate, motion judges are required to engage with the *Hryniak* analytical framework process, as described above, look at the evidentiary record, determine whether there is a genuine issue requiring a trial, and assess, in their discretion, whether resort should be taken to the enhanced powers under rr. 20.04(2.1) and (2.2) of the

Rules of Civil Procedure. To do otherwise runs the risk that, in an effort to dispose of a case in a summary fashion, motion judges will not properly analyze the evidence: *Trotter*, at para. 49. Unfortunately, that is what occurred here.

(2) The Motion Judge’s Approach

[28] The motion judge’s sole brief self-direction about the applicable analytical framework appears at para. 5 of her reasons:

Rule 20.04(2) of the *Rules of Civil Procedure* provides that the court shall grant summary judgment if it is satisfied that there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence. A trial is not required if a summary judgment motion can achieve a fair and just adjudication, if the process allows the judge to make the necessary findings of fact and apply the law to those facts and if the motion is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

[29] It was, of course, unnecessary for the motion judge to recite *verbatim* the applicable principles from *Hryniak*, so long as she applied them throughout her decision. However, her reasons do not demonstrate that she did. The motion judge did not set out an adequate analysis leading to her conclusion at para. 100(1) that “there is no genuine issue requiring a trial in respect to the validity and enforceability of the guarantees.”

[30] In order to come to this conclusion, the motion judge was required to analyze the entirety of the evidentiary record before her and determine whether there was a genuine issue requiring a trial with respect to the appellants’

allegations of misrepresentation and, if so, whether the need for a trial could be avoided by using the enhanced powers under rr. 20.04(2.1) and (2.2) of the *Rules of Civil Procedure*. Unfortunately, she failed to do so.

[31] Specifically, the motion judge's reasons do not adequately explain why she rejected the appellants' unchallenged evidence that, if accepted, would support their allegation of misrepresentation, particularly in the absence of any evidence to the contrary by the respondent. The appellants' and Shawn McHale's unequivocal and unchallenged evidence was that they gave their guarantees on the understanding that their total obligation was \$600,000, joint and several, and that this understanding came from the guarantees themselves and discussions with the respondent's representatives. Further, according to Shawn McHale's affidavit, at para. 13, the understanding of the appellants was recorded in the year-end financial statements of OVG. While Mr. Gordon gave evidence regarding his interpretation of the guarantees in an examination for discovery, dated September 21, 2015, he was unable to indicate whether the liability was properly explained to the appellants, as he said the account manager would possess that information.

[32] The motion judge failed to reference Shawn McHale's evidence, and her apparent rejection of the evidence given by Patrick and Beverly McHale was conclusory and in part appears to be based on a misapprehension of their evidence. Other than the guarantee documents and the evidence of Mr. Gordon,

the respondent filed no other evidence challenging the appellants' and Shawn McHale's understanding of the scope of the guarantees, nor were Patrick and Shawn McHale, or Ms. MacDonald cross-examined on their affidavits. The motion judge failed to address this absence of evidence.

[33] With respect to Patrick McHale's evidence, while the motion judge was entitled to reject it, she erred by failing to provide adequate reasons for doing so. Notably, she failed to explain why she labelled Patrick McHale's evidence as lacking particularity and why her observation that certain particulars from his affidavit were not mentioned on his examination for discovery apparently led her to reject his unchallenged evidence. The motion judge's concerns about Patrick McHale's evidence that she did identify, as noted above at para. 17 of these reasons, were not sufficient to reject his evidence out of hand, especially given he had not been cross-examined on his affidavit and there was evidence that, if accepted, could corroborate his evidence. Moreover, his evidence was not speculative and provided some particulars of his dealings with the respondent that were corroborated by his brother and wife.

[34] However, even if the motion judge did not err in rejecting Patrick McHale's evidence, she was required to go beyond it and assess it together with the other evidence in the record that, if accepted, would support the appellants' version of events and corroborate Patrick McHale's evidence. She failed to do so.

[35] Notably, Shawn McHale's evidence was that the respondent had misrepresented the nature of the guarantees and indicated the guarantees could be signed in counterparts, and that the appellants' understanding was reflected in OVG's year-end financial statements. Similarly, while Beverly McHale did not file an affidavit on the motions, the parties relied on her discovery transcript in which she provided some corroboration of her husband's evidence concerning the place of the meeting with the respondent's representative and the appellants' understanding of the scope of their liability under their guarantees as a result of discussions with the respondent's representative. The motion judge's reasons are silent with respect to Shawn McHale's evidence and do not explain why she determined that Beverly McHale's evidence did not corroborate her husband's evidence.

[36] Simply put, if the motion judge rejected Shawn McHale's evidence, she was required to give her reasons. Given that Beverly McHale's examination for discovery did corroborate her husband's evidence in some particulars, the motion judge erred by stating that it did not, without explaining why it did not. It was not necessary for Beverly McHale to repeat her evidence in an affidavit, as the motion judge appears to suggest.

[37] While each piece of evidence by itself may not have been sufficient to establish the appellants' allegations of misrepresentation, the motion judge was required to consider the evidence as a whole to determine whether, in all of the

circumstances of the case, based on the entire record before her, she was able to determine the material issues in dispute without requiring a trial. She failed to do so.

[38] As part of this balancing exercise that she was required to undertake, the motion judge further erred in failing to address the absence of evidence by the respondent to challenge the appellants' affidavits and transcripts. Rather, in evaluating Patrick McHale's evidence, she simply stated that she could not accept that Mr. Bossy had made the misrepresentations to Patrick. This was an error. In this case, the respondent's choice not to cross-examine Patrick or Shawn McHale or Ms. MacDonald on their respective affidavits, and not to tender evidence in response to the appellants' evidence of misrepresentation, ought to have been taken into consideration by the motion judge before she rejected the appellants' evidence and accepted the respondent's position on the key disputed factual issues: *2212886 Ontario Inc. v. Obsidian Group Inc.*, 2018 ONCA 670, 83 B.L.R. (5th) 186, at para. 49, leave to appeal refused, [2018] S.C.C.A. No. 391.

[39] Since the evidence adduced by the appellants was capable of supporting an allegation of misrepresentation and was unchallenged by the respondent in cross-examination, it was incumbent upon the motion judge to explain why she rejected the evidence: *Neuberger v. York*, 2016 ONCA 191, 129 O.R. (3d) 721, at para. 124, leave to appeal refused, [2016] S.C.C.A. No. 207; *Trotter*, at para. 54; *Lesenko*, at para. 19. Her conclusory statements were insufficient. While she

recited the evidence, she did not weigh it, evaluate it, or make findings of credibility as she was required to do in this case. She could not simply prefer one position over another without providing an explanation that is sufficient for appellate review: *Gordashevskiy v. Aharon*, 2019 ONCA 297, at para. 6.

[40] Rather, she was required to undertake a credibility analysis pursuant to the expanded judicial powers under r. 20.04(2.1) of the *Rules of Civil Procedure* to weigh the evidence, evaluate the credibility of the appellants' deponents, and draw reasonable inferences: *Trotter*, at para. 54. Further, if the motion judge determined she could not assess credibility solely on the written record, she should have considered whether oral evidence or a trial were required: *Trotter*, at para. 55.

[41] While summary judgment may have been appropriate had the motion judge carried out the requisite analysis under r. 20.04(2.1) of the *Rules of Civil Procedure* and exercised her powers to hear oral evidence pursuant to r. 20.04(2.2), she did not seek to do so.

[42] I agree that fairness requires a trial of the narrow issue framed by the appellants before another judge of the Superior Court of Justice.

[43] While not pressed in argument by the parties, for the purposes of the trial of the narrow issue, it is important to address the motion judge's related alternative conclusion. As earlier noted, the motion judge concluded that even if

she had found that the respondent had made the alleged misrepresentations to the appellants, the effect of the entire agreement clause in the personal guarantees precluded the appellants from relying on any such representations that were not set out in the guarantees themselves. In my view, this conclusion was erroneous. It is well-established that the defence of misrepresentation is not precluded or diminished by reason only of the existence of an entire agreement clause: *Bank of Nova Scotia v. Zackheim* (1983), 3 D.L.R. (4th) 760 (Ont. C.A.), at pp. 761-62; *Beer v. Townsgate I Ltd.* (1997), 152 D.L.R. (4th) 671 (Ont. C.A.), at paras. 25-32, leave to appeal refused, [1997] S.C.C.A. No. 666. I would not uphold the motion judge's finding on this issue.

E. DISPOSITION

[44] I would allow the appeal and set aside paras. 1, 3 and 4 of the motion judge's judgment, dated September 16, 2019, and the costs order, dated January 2, 2020. However, for greater certainty, I would not disturb the motion judge's conclusions at paras. 100 1. and 2. of her reasons that there is no genuine issue requiring a trial in respect of the validity and enforceability of the appellants' personal guarantees and that the guarantees are valid and enforceable.

[45] The narrow issue requiring a trial is the scope of the appellants' liability under their personal guarantees, having regard to the appellants' allegations of misrepresentations that they say were made by the respondent.

[46] As agreed in oral submissions, I would allow the appellants their partial indemnity costs of the appeal in the amount of \$15,000, which is inclusive of disbursements and applicable taxes.

[47] I would also direct that if the parties cannot agree on the disposition of the costs before the motion judge, they should forward brief written submissions of no more than two pages, plus a costs outline, within seven days of the release of these reasons.

Released: February 19, 2021 (“D.D.”)

“L.B. Roberts J.A.”

“I agree. Doherty J.A.”

“I agree. Harvison Young J.A.”

Bank of Montreal v. Featherstone et al.

Indexed as: Bank of Montreal v. Featherstone
(Ont. C.A.)

68 O.R. (2d) 541
[1989] O.J. No. 613
Action No. 145/87

ONTARIO
Court of Appeal
Morden, Robins and Griffiths JJ.A.
April 25, 1989.

Contracts -- Unconscionability -- Undue influence -- Wives guaranteeing husbands' business debts to bank -- Wives not independently advised -- Guarantee enforceable in absence of vitiating factor.

Banks and banking -- Guarantees -- Undue influence -- Wives guaranteeing husbands' business debts to bank -- Wives not independently advised -- Guarantee enforceable in absence of vitiating factor.

Guarantee and suretyship -- Unconscionability -- Undue influence -- Wives guaranteeing husbands' business debts to bank -- Wives not independently advised -- Guarantee enforceable in absence of vitiating factor.

Three men, inexperienced in business, agreed to buy the assets of an insolvent company, intending to continue the business as a new corporation. They had discussed financing with the M. Bank, which was the principal creditor of the insolvent corporation, before entering into the agreement, and the bank indicated that personal guarantees of the men and their wives would be required. B., a solicitor, acted for the

men on the asset purchase, and incorporated the new company. He also acted for the bank in the financing transaction. Guarantees were signed by the men and their wives. The wives did not receive independent advice. Following default, the bank brought an action against all six individuals. The trial judge held that the guarantees were not enforceable against the wives because of the lack of independent advice, but gave judgment against the three men. The men appealed and the bank cross-appealed to the Ontario Court of Appeal.

Held, the appeal should be dismissed, the cross-appeal allowed.

The mere lack of independent advice did not invalidate the guarantees, in the absence of proof of non est factum, unconscionability, fraud, misrepresentation or undue influence.

Personal property security -- Security interests -- Statutory requirement of notice before sale of collateral -- Failure to give notice does not preclude action for deficiency -- Personal Property Security Act, R.S.O. 1980, c. 375, s. 59(5).

Cases referred to

Royal Bank of Canada v. J. Segreto Construction Ltd. (1988), 63 O.R. (2d) 502, 47 D.L.R. (4th) 761, 38 B.L.R. 134, 67 C.B.R. (N.S.) 168; Delta Acceptance Corp. v. Redman, [1966] 2 O.R. 37, 55 D.L.R. (2d) 481; Bertolo v. Bank of Montreal (1986), 57 O.R. (2d) 577, 33 D.L.R. (4th) 610; Royal Bank of Canada v. Poisson (1977), 26 O.R. (2d) 717, 103 D.L.R. (3d) 735

Statutes referred to

Personal Property Security Act, R.S.O. 1980, c. 375 (repealed and replaced by Personal Property Security Act, 1988, S.O. 1989, c. 16 -- not yet proclaimed in force), ss. 59(5), 63(2)

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of McRae J., 58 O.R. (2d) 353, 35 D.L.R. (4th) 626, 7 P.P.S.A.C. 25, in an action on guarantees.

William D. Dunlop, for appellants.

I.V.B. Nordheimer and C.W. Caverly, for respondent.

BY THE COURT:-- This is an appeal by two of the defendants in this action, Ronald Cooke and David Cross, from a judgment against them for \$51,091.07. The judgment was based on guarantees which these defendants gave of the indebtedness of T.D.F. Manufacturing Limited to the respondent. T.D.F. is not a party to these proceedings. The respondent cross-appeals against that part of the judgment which dismissed its claim against two other defendants, Diann Cooke and Cherry Cross, who are the wives of the two appellants. There is also a cross-appeal relating to the costs order at trial. The reasons for judgment of the trial judge are reported at 58 O.R. (2d) 353, 35 D.L.R. (4th) 626, 7 P.P.S.A.C. 25 (H.C.J.).

Several issues were raised in the appeal but, in our view, it is only necessary to deal with one of them. This issue is whether, assuming that the appellants were entitled to receive notice under s. 59(5) of the Personal Property Security Act, R.S.O. 1980, c. 375, of the appellant's sale of the collateral under the security agreement between T.D.F. and the respondent, the failure to give this notice is a bar to the respondent's claim against them for the deficiency owing to it on the indebtedness after crediting the amount of the sale proceeds. (We note that the Personal Property Security Act, R.S.O. 1980, c. 375, as amended, was repealed by the Personal Property Security Act, 1988 [S.O. 1989, c. 16], which received royal assent on March 2, 1989, and is to come into force on a date to be proclaimed.)

Section 59(5) provides:

59(5) Unless the collateral is perishable or unless the secured party believes on reasonable grounds that the collateral will decline speedily in value, the secured party shall give to the debtor and to any other person who has a

security interest in the collateral that is perfected by registration against the name of the debtor and to any other person who is known by the secured party to have a security interest in the collateral not less than fifteen days notice in writing containing,

- (a) a brief description of the collateral;
- (b) the amount required to satisfy the obligation secured by his security interest;
- (c) the amount of the applicable expenses referred to in clause (1)(a) or, in a case where the amount of such expenses has not been determined, his reasonable estimate thereof;
- (d) a statement that upon payment of the amounts due the debtor may redeem the collateral;
- (e) a statement that unless the amounts due are paid the collateral will be disposed of and the debtor may be liable for any deficiency; and
- (f) the date, time and place of any public sale or of the date after which any private disposition of the collateral is to be made.

The security agreement in question between the bank and T.D.F., among other terms, provided that the respondent had the right to sell the security "without prejudice to its claim for any deficiency". The guarantees provided that the guarantor guaranteed:

... all present and future debts and liabilities direct or indirect or otherwise, now or at any time and from time to time hereafter due or owing to said Bank from or by the Customer and whether incurred by the Customer alone or jointly with any other Corporation, person or persons, or otherwise howsoever ...

.

AND IT IS FURTHER AGREED that this shall be a continuing guarantee, and shall cover and secure any ultimate balance owing to said Bank, but said Bank shall not be obliged to exhaust its recourse against the Customer or other persons or the securities it may hold before being entitled to payment from the undersigned of all and every of the debts and liabilities hereby guaranteed ...

With respect to the defence that the failure of the respondent to give the notice required by s. 59(5) barred the claim for a deficiency, the trial judge held that the appellants had contracted out of any right to notice. In arriving at this conclusion he quoted from a provision in what he said was the appellants' agreement with the respondent. It is conceded by the respondent that the document from which the trial judge quoted was between the respondent and T.D.F. and not between it and the appellants and that, accordingly, it cannot support the judgment on this basis -- assuming that the appellants had a right to notice and could contract out of this right.

In our opinion, the failure of the respondent to give the s. 59(5) notice to the appellants does not result in its being deprived of the right to claim the deficiency owing. Each side before us has relied on the judgment of this court in *Royal Bank of Canada v. J. Segreto Construction Ltd.* (1988), 63 O.R. (2d) 502, 47 D.L.R. (4th) 761, 38 B.L.R. 134 (C.A.), in support of its position on this issue. In our view the reasoning in this decision supports the respondent. In holding that the bank in that case had no right to claim the deficiency owing because of failure to comply with s. 59(5), the court indicated that this conclusion would have been otherwise if the bank had "shown [a] contractual right to sue for the deficiency" (at p. 509 O.R., p. 768 D.L.R.). The court contrasted the case where the creditor is obliged to rely upon the statute as the basis of its right to recover the deficiency. In the present case the respondent relies upon its contractual right to sue for the deficiency. In the light of this conclusion it is not necessary to pursue the issue further as to whether the right to claim the deficiency in the present case could be based on common law principles. In this respect

it may be noted that at common law it was only in the case of a conditional sale contract that the creditor, in the absence of an agreement to the contrary, was not entitled to recover the deficiency upon the repossession and resale of the property sold: see *Delta Acceptance Corp. v. Redman*, [1966] 2 O.R. 37 at pp. 46-7, 55 D.L.R. (2d) 481 at pp. 490-1 (C.A.).

Accordingly, it is our opinion that failure to give notice does not of itself afford a defence to the claim for a deficiency. In some circumstances it may give rise to an award of damages under s. 63(2) of the Personal Property Security Act. No claim for such an award is made in this case. This is understandable in light of the trial judge's findings, which are not challenged by the appellants, that the appellants suffered no damages as a result of the failure to give notice and that the respondent acted reasonably in selling the assets.

We deal now with the cross-appeal referred to at the beginning of these reasons. In May of 1976, the defendants Frederick Featherstone, Ronald Cooke and David Cross borrowed \$130,000 from the bank to enable them to purchase the assets of a bankrupt company. After the purchase, the three principals transferred the assets to a company incorporated by them, T.D.F. Manufacturing Limited, to which we have earlier referred. The bank requested as part of the security for the loan personal guarantees from each of the principals and their wives. The bank also requested a certificate in writing confirming that the wives had received independent legal advice with respect to the execution of the guarantees.

The defendants Diann Cooke and Cherry Cross each executed, in total, three guarantees as follows:

- (a) May 31, 1976, with respect to the indebtedness of their husbands to the bank;
- (b) June 7, 1976, with respect to the indebtedness of the company formed by their husbands to the bank; and
- (c) July 14, 1976, with respect to the indebtedness of their husbands' company to the bank.

This action was based on the guarantees of July 14, 1976, which the evidence established replaced the guarantees of June 7, 1976, to rectify a clerical error.

The learned trial judge made the following findings in his reasons [at p. 356 O.R., pp. 629-30 D.L.R.]:

Mr. Christopher Breen had been retained by the defendants as solicitor on the asset purchase. He was consulted during April and May and, on the offer being accepted, he was asked to incorporate a company, T.D.F. which received its patent June 7, 1976. With the consent of the defendants, he also acted for the bank in the financing transaction.

On May 31st, all the defendants save Mrs. Featherstone, who was then out of the country, attended at Breen's office and signed personal guarantees as well as a promissory note. Mrs. Featherstone later signed a personal guarantee and the promissory note. The defendants also signed personal guarantees on June 7th and on July 14th.

None of the wives received independent legal advice prior to signing the guarantees. Incredibly, after they signed, Breen gave them small independent legal advice certificates but no copies of the documents they had already signed and told them to go to another lawyer for independent legal advice. They went to the office of Robert Lush, a solicitor in Oakville, who understandably refused to give or certify giving independent legal advice when he did not know what the three defendant wives needed independent legal advice for.

A certificate of independent legal advice is to be found in the bank's file. It is signed by Mr. Breen's partner at the time, Richard R. Carter. Mr. Carter, who apparently is no longer practising law and whose whereabouts appear to be unknown, did not give the independent legal advice he certified that he did, nor, in fact did he give the wives any advice. Even if he had given such advice, it would not have been independent. In addition, on all of the evidence, the certificate was probably signed by Carter after the

guarantees were given.

Later in his reasons, the learned trial judge concluded, on the authority of this court's judgment in *Bertolo v. Bank of Montreal* (1986), 57 O.R. (2d) 577, 33 D.L.R. (4th) 610 (C.A.), that Diann Cooke and Cherry Cross ought to have received independent legal advice in the circumstances of this case. He said [at p. 359 O.R., p. 633 D.L.R.]:

The case before me is also one where the bank knew or ought to have known that Diann Cooke and Cherry Cross had not received independent legal advice. The need for such advice is essential when, as here, the financial transaction was disadvantageous to Cooke and Cross and the bank not only had a personal interest in finding a buyer for Daycor's assets but also withheld material facts regarding the financial difficulties experienced by Daycor from the women. The bank's action therefore fails against Diann Cooke and Cherry Cross.

In our respectful view, the learned trial judge erred in holding that "the financial transaction was disadvantageous to Cooke and Cross" and that the bank had "withheld material facts regarding the financial difficulties experienced by Daycor from the women". There is no evidence that the bank was aware that the financial transaction was disadvantageous to any of the parties including the wives, at the time of the loan. Daycor, the bankrupt company, certainly had experienced financial difficulties but there is no evidence that the wives were unaware of this; certainly it cannot be said that the bank "withheld material facts" in this respect from the women.

The trial judge dismissed the action against Diann Cooke and Cherry Cross solely because they had not received independent legal advice prior to signing the guarantees. The trial judge did not make any finding that they did not in fact understand the nature of the transaction or that they did not understand that they were signing guarantees.

The failure of a wife to obtain independent legal advice before executing a guarantee will not in every case entitle her to escape liability under the guarantee. The obvious purpose of

the bank in requesting a certificate of independent legal advice is to avoid, if possible, the spouse's later raising defences such as non est factum, unconscionability, fraud, misrepresentation or undue influence. The burden of proving each of these defences rests upon the person seeking to set aside the guarantee. In this case, however, there was no evidence to support any of these defences nor were any of these defences pleaded, apart from an allegation that Mr. Breen advised these defendants that the guarantees imposed no legal liability upon them. They called no evidence to this effect.

In the Bertolo case, where this court held that Mrs. Bertolo ought to have received independent legal advice, the facts were quite different. The bank loan was being arranged as an accommodation to her son, to use the proceeds of the loan in a business enterprise. In fact, as the court found, Mrs. Bertolo became the principal debtor. Mrs. Bertolo received advice not from an independent solicitor but from the solicitor representing the bank and the court found that this advice was incomplete and misleading.

In the absence of any evidence of undue influence, fraud or misrepresentation or any evidence supporting a defence of non est factum, the failure of the bank to ensure that the spouse obtained independent legal advice before signing the guarantee may not be fatal to the claim of the bank. In *Royal Bank of Canada v. Poisson* (1977), 26 O.R. (2d) 717 at p. 720, 103 D.L.R. (3d) 735 at pp. 737-8 (H.C.J.), Robins J. said:

In the absence of any undue influence on the part of anyone connected with this transaction, the question then is whether the bank is under an obligation, as the defendant argues, to ensure that independent professional advice is obtained by the wife of a customer of the bank.

As I have already said, I cannot find here circumstances comparable to those which existed in the two cases I have mentioned, where the bank was held to be subject to such obligation. It seems to me when the wife pledged her personal guarantee to assist her husband, she knew or had had the opportunity to know what she was doing, she took the risk

that payment would not be made, and she knew or must be presumed to know, on the basis of the document she executed, that in the event her husband did not honour his commitment to the bank she would be called upon to the limit of \$10,000 and interest. See *Bradley v. Imperial Bank of Canada* (1925), 58 O.L.R. 650, [1926] 3 D.L.R. 38, where reference is made by Mr. Justice Hodgins in the Court of Appeal to the often quoted case of *Hutchinson v. Standard Bank of Canada* (1917), 39 O.L.R. 286 at p. 288, 36 D.L.R. 378 at pp. 379-80, in which it is stated:

"... in a husband and wife transaction there was no presumption of undue influence; that no burden was cast on the person sustaining such a transaction to prove that the wife had independent advice; but that, on the contrary, it was upon the person attacking the transaction to prove affirmatively undue influence by the husband and knowledge thereof by the creditor."

It is clear both from that case and others on the subject that there is no magic to independent legal advice and in each case the question must be considered on the facts. Here there is, as I have said, no suggestion that there was any undue influence exercised on the wife or that she was misled. Unlike other cases, she knew the nature and purport of the document even though accepting her evidence for the moment, she did not appreciate its continuing effect.

(Emphasis added.)

The evidence of Diann Cooke is clear that when she signed the guarantee she understood she was making herself personally responsible. Cherry Cross's evidence is less clear on this point. Although she testified that she did not know what she was signing when she signed the guarantees, she did know that her husband and the other principals were in the process of obtaining a loan from the bank and that her signature was required in connection with that loan. Her evidence falls short of indicating any mistake on her part relating to the document -- that it was fundamentally different from what she thought she was signing. Further, we do not think that in the

circumstances of this case it would be open to her to escape liability merely because she did not take the trouble to read what she was signing.

As we have noted, the onus was on these defendants to prove the facts required for the defence of non est factum and the trial judge made no finding which could support this defence.

In our respectful view, the trial judge erred in finding that Diann Cooke and Cherry Cross were not liable solely on the basis that they did not receive independent legal advice.

We turn now to the bank's cross-appeal respecting costs. In view of our reversal, in favour of the bank, of part of the trial judgment, it is not necessary for the bank to obtain leave to appeal from the costs disposition at trial, which was to make no order as to costs.

As matters now stand, the bank has been successful in its claim against all of the defendants and the dismissal of the counterclaim against it, not challenged on appeal, remains in place. There is no reason why it should not have its costs at trial.

Disposition

For the foregoing reasons the appeal of the defendants Ronald Cooke and David Cross is dismissed, with costs. The cross-appeal against the dismissal of the action against Diann Cooke and Cherry Cross is allowed, with costs. The judgment at trial will be amended accordingly and, also, to provide that the bank shall have the costs of the trial.

Appeal dismissed; cross-appeal allowed.

COURT FILE NO.: 49377/07

DATE: 2009/07/09

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

AVISCAR INC.

Plaintiff

- and -

KULATHEEPAN MUTHUKUMARU
and
PRESNEV EHAMPARANATHAN

Defendants

)
)
) Kiran Sah, for the Plaintiff
)
)
)

)
)
)
) Artis Tiltins, for the Defendants
)
)
)

)
)
)
) **HEARD:** June 9, 2009

The Honourable Mr. Justice B. H. Matheson

REASONS FOR JUDGMENT

[1] This case deals with the rental of an automobile by Kulatheepan Muthukumar (Kulatheepan) from the Plaintiff Aviscar Inc. (Aviscar) on December 1, 2006.

[2] Kulatheepan signed the rental agreement without reading it. He acknowledges that he signed the document in two places. In one space it dealt with damage responsibility and the other was for the financing of the rental contract. This is found at Exhibit 1, tab 1.

[3] Kulatheepan also signed an additional driver form along with Ramanan Thirunavukkarasu (Ramanan). See Exhibit 1, tab 2.

[4] A reading of that document along with the rental agreement states that only Kulatheepan and Ramanan may drive the vehicle.

[5] Kulatheepan says that he drove Ramanan to the rental office of Avis, so that Ramanan could rent the vehicle. He stated that he waited outside while Ramanan rented the car. After a few minutes he was called by Ramanan on his cell phone and Ramanan asked him to come into the office.

[6] Ramanan explained to Kulatheepan, according to Kulatheepan, that Ramanan's credit card was not functioning and would Kulatheepan use his card. Kulatheepan stated that he was then told by a representative of Avis that he, Kulatheepan, would have to be the renter of the vehicle. He states that the Avis employee said that there was insurance on the vehicle.

[7] Kulatheepan did not read the contract, nor was he told what the legal effects of a person other than himself and the additional driver would be. While the Avis employee was not called as a witness, neither was Ramanan. One would have expected that Ramanan would have been called to confirm what Kulatheepan stated the employee told them.

[8] Ramanan drove the rental car away from the offices of Avis. Kulatheepan drove his own car.

[9] On December 2, 2006 Presnev Ehamparanathan (Presnev) drove the Avis rental vehicle. He did so, according to him, because Ramanan had had too much to drink. Presnev was not an additional driver for the Avis rental car. The police report states, “VI. SB on R2. Attempts to turn E/B on R1 - loses [sic] control and strikes a pole”. (See Exhibit 1, tab 4) He states that through an agent he had the charge of careless driving reduced to “leaving the road not in safety” and paid a fine of \$85. He did not produce any collaborating evidence as to why the charge was reduced.

[10] Presnev acknowledged that he had little driving experience and did not own his own car.

[11] There was a towing charge of \$715.50. (See Exhibit 1, tab 6) The Avis car was damaged, as one may see from the photos in Exhibit 1, tab 8.

[12] Steven Smithers, a fleet operation manager for Avis, gave evidence as to the procedures that the agents should follow, how the cars are maintained, and how Avis deals with cars that are damaged.

[13] He went through tabs 7, 8, 9, 10, 11, and 13 of Exhibit 1. He gave a number of figures as to how Avis arrived at its claim against the Defendants.

[14] Tab 7 was an appraisal by Manders Appraisal Inc, which stated a total cost of rebuilding in the amount of \$16,191. This was not admitted by the Defendants. The Defendants did not admit any of the documents that related to

damages. This was a reasonable approach by them in the circumstances. He was cross-examined only on two issues. Those were that he was not the person who rented the car on behalf of Avis, and that there were no maintenance records produced by Avis.

[15] Tab 9 states that the value would be \$31,804.94 if repaired or \$33,844.58 if salvaged.

[16] Tab 10 has a range of dollar figures from \$51,299 to \$29,300.

[17] Tab 13 states that they received \$10,027.60 from Impact Auto Auctions Ltd. on December 21, 2006.

[18] The car had 25,000 kilometers at the date of the crash.

[19] The Defendants did not attack in a significant way the damage claim. The Plaintiff claims for repairs, loss of use, towing, and administration, for a total of \$18,096.93. That figure will be accepted by the court.

[20] Those are the facts as to the manner of the rental and the damages. The issues to be decided are whether the rental agreement is binding on the Defendants and whether there was insurance on the car placed by Avis.

THE LAW

[21] In *Karrol v. Silver Star Mountain Resorts Ltd.*, [1998] B.C.J. No. 2266, Chief Justice McLachlin of the British Columbia Supreme Court stated the following:

“... The first, relied on by Silver Star, supports the principle of general contract law that where a party signs a document which he knows affects his legal rights, the party is bound by the document in the absence of fraud or misrepresentation, even though the party may not have read or understood the document. ...”

Later,

“The key, in my opinion, is recognition of the limited applicability of the rule that a party proffering for signature an exclusion of liability must take reasonable steps to bring it to the other party’s attention. It is not a general principle of contract law establishing requirements which must be met in each case. Rather, it is a limited principle, applicable only in special circumstances.”

Later,

“In the usual commercial situation, there is no need for the party presenting the document to bring exclusions of liability or onerous terms to the attention of the signing party, nor need he advise him to read the document. In such situations, it is safe to assume that the party signing the contract intends to be bound by its terms.”

Later,

“It emerges from these authorities that there is no general requirement that a party tendering a document for signature to take reasonable steps to apprise the party signing of onerous terms or to ensure that he reads and understands them. It is only where the circumstances are such that a reasonable person should have known that the party signing was not consenting to the terms in question, that such an obligation arises. For to stay silent in the face of such knowledge is, in effect, to misrepresent by omission.”

[22] In *Trigg v. MI Movers International Transport Services Ltd.*, 4 O.R. (3d) 562, the Court of Appeal stated:

“Accordingly, the initial issue in the case at bar, properly framed, appears to be whether the limitation clause was properly brought to the party’s attention, so as to become a term of the contract. If the clause is not brought to the other party’s attention, then he or she is not ‘mistaken’ in assuming that it forms no part of the agreement. In this respect, it is essential to note the trial judge’s finding that, since the respondent never read the limitation clause and was not properly advised of its contents, he did not assent to be bound by it. In making this finding the trial judge noted that the respondent ‘does not have to rely on the misrepresentation. Instead, the defendant must establish that it has specifically drawn the onerous limitation clause to the plaintiff’s attention or has accurately stated its legal effect to the plaintiff before he signed the contract.’”

[23] The law is that if a person signs a contract without reading it, that person is bound by the terms of the contract. That is the general rule. There are exceptions if the signing person can establish that there was fraud, misrepresentation, or there was a very onerous term that a reasonable person would not expect to be in the contract.

[24] In this case there was no evidence of fraud or misrepresentation. The Defendants state that the Avis person stated that there was insurance on the car. This is indicated by the Defendant Kulatheepan signing on the contract at tab 1 of Exhibit 1, where he accepted at \$25.95 a day. Also on tab 2 of Exhibit 1 Kulatheepan and Ramanan both signed a separate Additional Driver Form. I find that there was neither fraud, misrepresentation, nor an onerous term that a reasonable person would not expect to be in the contract.

[25] I find that the Defendant Kulatheepan is bound by the rental contract and is liable for the damages claimed.

[26] I find that the Defendant Presnev is also liable for the negligent way that he drove the vehicle of the Plaintiff causing the damages claimed.

[27] Therefore, Kulatheepan and Presnev are jointly and severally liable to the Plaintiff in the amount of \$18,096.93.

[28] I may be spoken to if the parties are not able to agree on costs.

Matheson, J.

Released: July 9, 2009

COURT FILE NO.: 49377/07
DATE: 2009/07/09

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

AVISCAR INC.

Plaintiff

- and -

KULATHEEPAN MUTHUKUMARU and
PRESNEV EHAMPARANATHAN

Defendants

REASONS FOR JUDGMENT

Matheson, J.

Released: July 9, 2009

CITATION: Forest Hill Homes v Ou, 2019 ONSC 4332
COURT FILE NO.: CV-18-609163
DATE: 20190718

SUPERIOR COURT OF JUSTICE - ONTARIO

RE: Forest Hill Homes (Cornell Rouge) Limited, Plaintiff

– AND –

Peimian Ou also known as Peter Ou and Ying Wu, Defendants

BEFORE: E.M. Morgan J.

COUNSEL: *Shane Greaves*, for the Plaintiff

Shahzad Siddiqui, for the Defendants

HEARD: July 17, 2019

SUMMARY JUDGMENT MOTION

[1] This matter arises from an aborted real estate transaction. Plaintiff was to be the vendor and the Defendants were to be the purchasers. The Defendants failed to close. The Plaintiff has sued for damages and now seeks summary judgment under Rule 20.01 of the *Rules of Civil Procedure*.

[2] On November 19, 2016, the Defendants agreed to purchase from the Plaintiff a home to be built by the Plaintiff on Lot 4, Plan 65M-4513 in a subdivision known as Cornell Rouge in Markham, Ontario (the “Property”). The purchase price under the Agreement of Purchase and Sale (“APS”) was \$1,699,990.00. With various adjustments described in the APS, the total price came to \$1,729,820.99. The Defendants provided a number of deposits, and ultimately the balance due on closing was \$1,590,820.99.

[3] At the closing date for the transaction, the Plaintiff was ready, willing and able to close the deal. The Defendants, however, did not have the necessary funds and so were not in a position to close.

[4] The Defendants raise four points in defense of their failure to close: i) frustration/force majeure, ii) delay by the Plaintiff, iii) misrepresentation by the Plaintiff’s sales agent, and iv) a bribe demanded by and paid to the Plaintiff’s agent. Each of these will be addressed in turn.

[5] Defendants' counsel submits that the Defendants' performance of their obligations under the APS was made impossible by a drastic and unforeseeable drop in the real estate market which made it impossible for them to obtain the financing they needed. I note that the onus is on the party claiming frustration of a contract: *Bang v Sebastian*, 2018 ONSC 6226, at paras 27, 30. Despite this, the Defendants have not obtained any appraisal of the Property, nor have they submitted any other real estate market evidence. They simply say they could not get financing, and they subjectively attribute this to a change in the market.

[6] Even if there were evidence to support the Defendants' assertion, there is nothing about a change in the market that amounts to an unforeseen event that substantially changes the agreement. This was confirmed in *Paradise Homes North West Inc. v Sidhu*, 2019 ONSC 1600, at para 11, where the court reasoned that a change in the market is not the kind of radical change that transforms the nature of the contract:

In this case, the defendant defaulted because he was not able to borrow the amount of money he required to close the deal.... While he states that he was unable to borrow the money because the market prices fell and that this was unforeseen and such a radical change that it completely changed the nature of the APS. I do not find that to be the case. The contract was not rendered totally different from what the parties had intended. The parties had intended that 10 Truro Circle would be sold by the plaintiff to the defendant for the agreed-upon amount of \$819,990. The contract did not change and was not altered.

[7] There is nothing in the record to support the Defendants' assertion that something has occurred that frustrated the contract and made it impossible to perform as agreed.

[8] As for the delay allegation, the Defendants contend that the excessive delay on the Plaintiff's part in setting the final closing date undermined the enforceability of the APS. The tentative closing date stated on the APS was May 23, 2018. Under the terms of the APS, however, the Plaintiff was entitled to set a final closing date at its own discretion, so long as it was not after January 18, 2019. As it turned out, the final closing date was set for October 22, 2018.

[9] In other words, the Plaintiff was within its contractual rights to set the final closing date when it did. This was not undue delay. And in any case, the longer time until closing did nothing to prejudice the Defendants. They admitted in cross-examination that they had not obtained a mortgage and so could not have closed on the original tentative date of May 23, 2018. There is nothing in the record to support the Defendants' delay argument.

[10] Turning to the allegation of misrepresentation, the Defendants argue that the Plaintiff's sales agent misrepresented the sale to them. The alleged misrepresentation is that the sales agent described the deal to them as "the opportunity of a lifetime". This was supposedly said to the Defendants by the sales agent on November 19, 2016, the one and only day that the Defendants met the agent and the day that they signed the APS.

[11] The Ontario Court of Appeal considered a similar type of ‘misrepresentation’ argument in *Hembruff v Ontario (Municipal Employees Retirement Board)*, 2005 CarswellOnt 5646, and concluded that a statement not presented as fact could not constitute an actionable misrepresentation. At para 76 of *Hembruff*, the Court indicated:

It is, of course, well settled that a representation, to be of effect in law, should be in respect of an ascertainable fact as distinguished from a mere matter of opinion. A representation which amounts merely to a statement of opinion, judgment, probability or expectation, or is vague and indefinite in its nature and terms, or is merely a loose, conjectural or exaggerated statement, goes for nothing, though it may not be true, for a man is not justified in placing reliance on it.

[12] In a case strikingly similar to the case at bar, this court in *Dodd v RBC Dominion Securities Inc.*, 2007 CarswellOnt 4630 had to consider the plaintiff’s claim of misrepresentation arising from the pitch of an investment advisor that a stock deal was the “opportunity of a lifetime”. At para 85 of *Dodd*, the court held that this statement was “at best a subjective opinion, which did not convey objective facts or information.”

[13] In addition, the APS contains an “entire agreement clause” which would apply here. There is nothing about the sales agent’s representation that would have taken this statement outside of the contract or that amounts to an assertion of fact on which a purchaser in the Defendants’ position would reasonably rely. The supposed misrepresentation is at most a statement of opinion, and more likely it falls into the category of “mere puffery”: see *Carlill v Carbolic Smoke Ball Co.*, [1893] 1 QB 256 (CA).

[14] Finally, the Defendants say that they paid bribes to the sales agent in order to be able to jump the queue of potential purchasers and sign the APS quickly. This, they contend, excuses their non-closing and puts an end to the reciprocal obligations contained in the APS. That said, there is no authority for the proposition that a person who pays a bribe can have the contract rescinded as a result; rather, the cases show that it is the defrauded principal of the agent who took the bribe – i.e. the Plaintiff here – who can have to contract rescinded due to the bribe: *Banque Indosuez v Canadian Overseas Airlines Ltd.*, 1990 CarswellBC 1687, at para 120 (BC SC).

[15] The authorities on damages state that damages “for breach of contract should place the plaintiff in the monetary position that it would have been in had the purchaser not breached the Agreement of Purchase and Sale.”: *Bang v Sebastian*, 2018 ONSC 6226, at para 39-40. The loss of the bargain, or loss of the value of the sale (contract price minus market value of the land), is therefore the largest portion of the damages calculation: *100 Main Street East Ltd. v WB Sullivan Construction*, 1978 Carswell Ont 1459, at para 55 (Ont CA). This refers to the market value as of the closing date, *DHMK Properties Inc. v 2296608 Ontario Inc.*, 2017 ONCA 961, at para 15, which must be established by appraisal: *River Oaks Convenience Plaza Inc. v Al-Qauasmi*, 2009 Carswell Ont 1153 (SCJ) at para 6.

[16] In the case at bar, the appraised market value is \$1,050,000. This is in the record in the form of an affidavit and appraisal report by Toivo Heinsaar, an accredited appraiser with 20 years' experience.

[17] As indicated, the total purchase price under the APS was \$1,729,820.99. Subtracting deposits, the balance due on closing was \$1,590,820.99. The loss of bargain is the difference between these two figures: \$540,820.99. On top of that the Plaintiff adds a number of ancillary expenses legitimately claimed under the APS (realty taxes, gas, utilities, insurance premiums, etc.), for a total loss of \$554,308.41.

[18] The APS provides that the Plaintiff can charge interest in the amount of 20% of the purchase price if the Defendants fail to pay the balance due on closing. The Defendants state that this is excessively onerous and as a consequence ought not be enforceable. Defendants' counsel submits that the exorbitant rate of interest was never drawn to the Defendants attention, which would be required if this kind of surprisingly onerous term is to be enforced.

[19] It has been four decades since the Ontario Court of Appeal held that a surprisingly onerous term of a contract may be unenforceable if it cannot be presumed that the non-drafting party had actually agreed to it: *Tilden Rent-a-Car v Clendenning*, (1978), 83 DLR (3d) 400. As Dubin CJO put it, at 408-9:

In many cases the parties seeking to rely upon the terms of the contract know or ought to know that the signature of a party to the contract does not represent the true intention of the signer, and that the party signing is unaware of the stringent and onerous provisions which the standard form contains. Under such circumstances, I am of the opinion that the party seeking to rely on such terms should not be able to do so in the absence of first having taken reasonable measures to draw such terms to the attention of the other party, and, in the absence of such reasonable measures, it is not necessary for the party denying knowledge of such terms to prove either fraud, misrepresentation or non est factum.

[20] I am not convinced that a party in the Plaintiff's position – a subdivision builder with a standard form of contract for each of its purchasers – can enforce a surprisingly onerous and unexpected term in that contract without at least drawing it to the other party's attention. The record indicates that indeed the high interest rate was not called to the Defendants' attention, and there is nothing to suggest that the Defendants, who signed the APS on the same day that it was presented to them and without any legal advice, understood or were cognizant of this term.

[21] As this court stated in *Aviscar Inc v Muthukumar*, 2009 CarswellOnt 4003, at para 23, "The law is that if a person signs a contract without reading it, that person is bound by the terms of the contract. That is the general rule. There are exceptions if the signing person can establish that there was fraud, misrepresentation, or there was a very onerous term that a reasonable person would not expect to be in the contract." In my view, this is one of those cases that falls into the latter category.

[22] Further, the fact that the Plaintiff is not seeking to enforce it to its fullest extent does not, in my view, counter the fact that it was not agreed to and is therefore unenforceable. A party cannot try to sneak an onerous term by the other contracting party and then as if make up for it by only asking for part of the onerous relief. The clause is either enforceable or it is not. To the extent that interest is owed to the Plaintiff on any unpaid amount, the interest rates prevailing from time to time under the *Courts of Justice Act* apply.

[23] Finally, Defendants' counsel submits that the Plaintiff has failed in its duty to mitigate its losses. The Plaintiff states that the Property has been listed for sale ever since the aborted closing with the Defendants, but so far it has not sold.

[24] This court has stated that, "The onus is...on the defendant to show, if he can, that if the plaintiff had taken certain reasonable mitigating steps, the damages would be lower": *Degner v Cabral*, 2019 ONSC 1610, at para 53. There is no such evidence in the record before me. In *Gamoff v Hu*, 2018 ONSC 2172, at paras 35, 37, it was indicated that where mitigation efforts involve listing a property for sale, the party challenging those efforts must put before the court evidence that demonstrates that the price at which the property was listed was unreasonable. The Defendants here provided no expert evidence regarding the price at which they say the Property should have been listed.

[25] What the Defendants point to in terms of the Plaintiff's supposed failure to mitigate is their own offer to close the deal for \$1,290,000 on the designated closing date. That, however, is no evidence of lack of mitigation on the Plaintiff's part, since there is no evidence to suggest that the Defendants really could have closed on that basis. Indeed, in cross-examination the Defendants admitted that they did not have the funds to actually make this payment. In other words, the Plaintiff was within its rights to consider that this was not a credible mitigation offer.

[26] The Defendants are liable to the Plaintiff for breach of contract. They shall pay damages to the Plaintiff in the amount of \$554,308.41, plus pre and post-judgment interest from October 22, 2018 at the rates authorized by the *Courts of Justice Act*.

[27] Having been successful in obtaining judgment on all of its points except for the interest rate under the APS, the Plaintiff is entitled to most of its costs. Plaintiff's counsel has submitted a Costs Outline in which it seeks \$11,215.17 on a partial indemnity basis, including disbursements and tax. Defendant's counsel has submitted a Costs Outline in which they would seek \$5,761.00.

[28] The award of costs is, of course, discretionary under s. 133 of the *Courts of Justice Act*. That discretion is generally to be exercised in accordance with the criteria set out in Rule 57.01. Although the parties are relatively far apart, the Plaintiff's request does not strike me as unduly high. Counsel prepared the evidentiary record, researched and drafted a factum, reviewed the opposing side's materials, and cross-examined the Defendants' affiant. Rules 57.01(1)(c) and (d) direct me to take into account both the complexity and the importance of the issues to the respective parties.

[29] Given that the Plaintiff was unsuccessful in a part of its claim, I will reduce the costs from what it requested and round it down. The Defendants shall pay the Plaintiff costs in the amount of \$9,000, inclusive of all fees, disbursements, and HST.

Morgan J.

Date: July 18, 2019

First City Capital Ltd. v. Hall et al.

[Indexed as: First City Capital Ltd. v. Hall]

11 O.R. (3d) 792
[1993] O.J. No. 135
Action No. C9574

Court of Appeal for Ontario,
Carthy, Osborne and Abella JJ.A.
January 18, 1993

Guarantee -- Discharge of guarantor -- Creditor's duty to preserve security -- Creditor failing to register conditional sale contract under Personal Property Security Act -- Terms of guarantee not exculpating creditor for its failure to preserve security for benefit of guarantor =M Personal Property Security Act, R.S.O. 1980, c. 325.

Under seven conditional sale contracts, which were described as leases, F Ltd. was the vendor and K Ltd. was the purchaser of word processing equipment. H provided a personal guarantee. The leases went into default, but F Ltd. was unable to enforce its security because it had failed to register the contracts under the Personal Property Security Act ("PPSA"); the equipment was seized by a receiver appointed by the Royal Bank, which had priority. F Ltd. sued H on her guarantee. The trial judge concluded that F Ltd. had been negligent in failing to register under the PPSA but that this negligence afforded H no defence because of the wording of the guarantee. The guarantee provided that H was obliged to pay notwithstanding that the lease was void or voidable as against K Ltd.'s creditors by any fact or circumstance. H appealed.

Held, the appeal should be allowed.

It is open to the parties to a guarantee to contract out of the equitable rule requiring the creditor to preserve securities, but the contracting out must be clear. The guarantee in this case provided that the guarantor must pay even if the lease is void or voidable; the leases, however, were not void or voidable, words having established meanings in the law of contract, but were ineffective as against the receiver appointed by the Royal Bank. So, the exculpatory term did not apply to exempt F Ltd. In the alternative, the guarantee was ambiguous and should be construed against the drafting party under the doctrine of *contra proferentem*. H was entitled to be discharged to the extent of any prejudice suffered, and in this regard, the onus was on F Ltd. to show that the value of the guarantee exceeded the value of the security lost. F Ltd. failed to show the extent of prejudice, and accordingly H was discharged from liability.

Cases referred to

Bauer v. Bank of Montreal, [1980] 2 S.C.R. 102, 110 D.L.R. (3d) 424, 33 C.B.R. (N.S.) 291, 10 B.L.R. 209, 32 N.R. 191; Central Trust Co. v. Friedman (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 325, [1989] 5 W.W.R. 533, 97 A.R. 105 (Q.B.), *affd* 74 Alta. L.R. (2d) 89, [1990] 5 W.W.R. 223, 107 A.R. 226 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1990), 76 Alta. L.R. (2d) lvii, [1991] 1 W.W.R. lxxiv; Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler & Machinery Insurance Co. , [1980] 1 S.C.R. 888, 32 N.R. 488, 112 D.L.R. (3d) 49, [1980] I.L.R. 1-1176; Federal Business Development Bank v. Clements (1982), 24 Alta. L.R. (2d) 144, 43 A.R. 155 (Master); Rose v. Aftenberger, [1970] 1 O.R. 547, 9 D.L.R. (3d) 42 (C.A.); RoyNat Ltd. v. Denis (1982), 139 D.L.R. (3d) 265, [1982] 5 W.W.R. 509, 17 Sask. R. 415, *affg* (1982), 17 Sask. R. 437 (C.A.); Steel Co. of Canada Ltd. v. Allendale Mutual Insurance Co., [1977] I.L.R. 1-831 (Ont. H.C.J.)

Statutes referred to

Mercantile Law Amendment Act, R.S.O. 1990, c. M.10, s. 2(1)
 Personal Property Security Act, R.S.O. 1980, c. 375, s. 20
 [repealed 1989, c. 16, s. 84(1), and replaced by Personal

Property Security Act, 1989, S.O. 1989, c. 16 (now R.S.O. 1990, c. P.11, s. 27)]

Authorities referred to

McGuiness, K.P., The Law of Guarantee (Toronto: Carswell, 1986), p. 208

APPEAL from a judgment of the High Court of Justice (1989), 67 O.R. (2d) 12 (Potts J.), in favour of the plaintiff in an action to recover moneys under guarantees of certain equipment leases.

Karen B. Hutchison, for appellant.

Michael J. Reid, for respondent.

The judgment of the court was delivered by

ABELLA J.A.:--This is an appeal by the defendant, Karen Hall, from a judgment awarding First City Capital Ltd. ("F.C.C.") \$207,313.16, pursuant to Hall's general guarantee.

Hall and the second defendant at trial, Shadde de Haan, were the sole shareholders and officers of Karsha Holdings Ltd. Between April 1982 and December 1983, Karsha Holdings entered into seven leases of word processing equipment with F.C.C. Both Hall and de Haan executed personal guarantees in favour of F.C.C. In January 1985, while the leases were in good standing, Hall sold her interest in Karsha Holdings to de Haan and resigned as an officer.

In June 1985, all seven leases went into default. In the same month, Karsha Holdings defaulted under a security agreement held by the Royal Bank of Canada. Because F.C.C. had failed to perfect five of the leases pursuant to the provisions of the Personal Property Security Act, R.S.O. 1980, c. 375, as amended ("P.P.S.A."), the Royal Bank claimed priority over F.C.C.,

and its receiver seized the equipment referred to in the leases.

F.C.C. then sued Hall and de Haan on their guarantees for the amount owing under the seven leases as of June 1985, \$108,758.37, plus annual interest at the rate of 24%.

The trial judge concluded that these were not true leases, but were conditional sale agreements and therefore subject to the requirements of the P.P.S.A., a conclusion not disputed in this appeal. He described F.C.C. as "asleep at the switch, and indeed negligent".

However, the trial judge went on to exonerate F.C.C. based on the language of para. 1 of the guarantee, which states in part:

Guarantor shall pay all the foregoing amounts and perform all of the foregoing terms, covenants and conditions notwithstanding that the Lease or any of the Other Agreements shall be void or voidable as against Lessee or any of the Lessee's creditors, including a trustee in bankruptcy of Lessee, by reason of any fact or circumstance including, without limiting the generality of the foregoing, failure by any persons to file any document or to take any other action to make the Lease or any of the Other Agreements enforceable in accordance with their respective terms.

This language, the trial judge held, relieved F.C.C. from any duty to protect its security. In his words:

The guarantor [Hall] having authorized or excused the guarantee for a failure to file any document or take any other action, in effect waived her right to insist in equity that . . . [F.C.C.] perfect the leases under the Personal Property Security Act .

In his view, para. 1 not only "authorized and condoned the failure of . . . [F.C.C.] to register the leases under the Personal Property Security Act", it "precluded [Hall] from trying to assert a right to take over the payments under the lease", pursuant to any subrogation rights found either in the

guarantee or s. 2(1) of the Mercantile Law Amendment Act,
R.S.O. 1990, c. M.10.

While the trial judge recognized that F.C.C.'s failure to comply with the P.P.S.A. and register the leases prevented Hall from taking over the leases, he nonetheless held that any such failure "was authorized under paragraph 1 of the guarantee," and that, after the default on the part of the lessee, "the rights which [Hall] might otherwise have had were simply no longer available to her".

The relevant section of the P.S.S.A. states:

20(1) Except as provided in subsection (3), until perfected, a security interest,

(a) in collateral is subordinate to the interest of,

(i) a person who has a perfected security interest in the same collateral or who has a lien given under any other Act or by a rule of law or who has a priority under any other Act, or

(ii) a person who assumes control of the collateral through execution, attachment, garnishment, charging order, equitable execution or other legal process, or

(iii) all persons entitled by the Creditors' Relief Act or otherwise to participate in the distribution of the property over which a person described in subclause (ii) has assumed control, or the proceeds of such property;

(b) in collateral is not effective against a person who represents the creditors of the debtor, including an assignee for the benefit of creditors and a trustee in bankruptcy;

(c) in chattel paper, documents of title, securities, instruments or goods is not effective against a

transferee thereof who takes under a transfer that does not secure payment or performance of an obligation and who give value and receives delivery thereof without knowledge of the security interest;

(Emphasis added)

The duty of a secured creditor to protect the security is clear. As McIntyre J. stated in *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102 at p. 106, 110 D.L.R. (3d) 424 at p. 426:

The creditor, in the absence of agreement to the contrary with the debtor or the surety, must protect and preserve the security and be in a position, unless excused by other agreement, to return or reassign the security to the debtor or surety on repayment of the debt.

(Emphasis added)

In *Bauer*, the guarantee stated quoted [p. 106 S.C.R., p. 426 D.L.R.]:

It is further agreed that said bank, without exonerating in whole or in part the undersigned, or any of them (if more than one), may grant time, renewals, extension, indulgences, releases and discharges to, may take securities from and give the same and any or all existing securities up to, may abstain from taking securities from, or from perfecting securities of . . . the customer.

(Emphasis added)

There is no doubt that "it is open to the parties to make their own arrangements, and a surety is competent to contract . . . out of the protection of the equitable rule requiring preservation of his security". *Bauer*, supra, at p. 107 S.C.R., p. 427 D.L.R.; see also *Central Trust Co. v. Friedman* (1989), 67 Alta. L.R. (2d) 325, [1989] 5 W.W.R. 533 (Q.B.), affd 74 Alta. L.R. (2d) 89, [1990] 5 W.W.R. 223 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused (1990), 76 Alta.

L.R. (2d) lvii, [1991] 1 W.W.R. lxxiv; RoyNat Ltd. v. Denis (1982), 139 D.L.R. (3d) 265, [1982] 5 W.W.R. 509 (Sask. C.A.), affg (1982), 17 Sask. R. 437 (Q.B.); Federal Business Development Bank v. Clements (1982), 24 Alta. L.R. (2d) 144, 43 A.R. 155 (Master). But any such contracting out of the equitable principle that there is no claim on the guarantee if the security is unavailable, must be clear. I am not satisfied that such clarity exists in this case.

In the absence of clear language to the contrary, Hall cannot be presumed to have exonerated F.C.C. from its duty as creditor to protect the security. As guarantor, she is therefore entitled to be discharged to the extent of any prejudice suffered through F.C.C.'s negligent breach of the duty as creditor to protect secur [chities held in respect of a guaranteed debt: see K.P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (Toronto: Carswell, 1986) at p. 208. Notwithstanding that it had the opportunity at trial to do so, F.C.C. did not proved the extent to which the value of the guarantee exceeded the value of the security lost, an onus it bears as creditor: *Rose v. Aftenberger*, [1970] 1 O.R. 547, 9 D.L.R. (3d) 42 (C.A.).

At the appellate level, but not at trial, Hall argued that, unlike the guarantee in *Bauer*, supra, para. 1 of the guarantee does not provide a contracting out of the protection of the equitable rule requiring preservation of the security unless, in the words of the guarantee, the "Lease or any of the Other Agreements shall be void or voidable as against Lessee or any of the Lessee's creditors" (emphasis added). For ease of reference, the guarantee is repeated with the relevant phrases emphasized:

Guarantor shall pay all the foregoing amounts and perform all of the foregoing terms, covenants and conditions notwithstanding that the Lease or any of the Other Agreements shall be void or voidable as against Lessee or any of the Lessee's creditors, including a trustee in bankruptcy of Lessee, by reason of any fact or circumstance including, without limiting the generality of the foregoing, failure by any persons to file any document or to take any other action to make the Lease or any of the Other Agreements enforceable

in accordance with their respective terms.

F.C.C., relying on the same paragraph, argued that these words plus those that follow, namely, "by reason of any fact or circumstance including . . . failure by any person to file any document," cover the very contingency experienced by the parties in this situation.

The ordinary grammatical reading of para. 1 of the guarantee is that the guarantor is to pay all amounts and perform all covenants even if the lease is void or voidable for any reason. It does not say that the guarantor is to perform all of the terms, even if the lease is ineffective for any reason. "Void" and "voidable" have established meanings in the law of contract and the words which follow them must, on a plain reading, be held to modify them.

There was no evidence at trial that these leases were either void or voidable, as those terms are contractually understood; rather, because of F.C.C.'s negligence, they were ineffective as against the receiver appointed by the Royal Bank. The failure to perfect securities pursuant to the P.P.S.A. renders them subordinate to securities registered under the Act, not void or voidable.

In the alternative, in my view, paragraph 1 of the guarantee is, at the very least, ambiguous, rendering it amenable to the application of the *contra proferentem* doctrine which allows an interpretive approach unfavourable to the drafting party: see *Steel Co. of Canada Ltd. v. Allendale Mutual Insurance Co.*, [1977] I.L.R. 1-831 (Ont. H.C.J., Robins J.); *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler & Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, 112 D.L.R. (3d) 49. In *Consolidated-Bathurst*, at pp. 899-900 S.C.R., p. 57 D.L.R., Estey J. states:

. . . it is trite to say that where an ambiguity is found to exist in the terminology employed in the contract, such terminology shall be construed against . . . the author.

.

[and quote from Cheshire & Fifoot in Law of Contract, 9th ed. (1976), at pp. 152-531]

If there is any doubt as to the meaning and scope of the excluding or limiting term, the ambiguity will be resolved against the party who has inserted it and who is now relying on it.

Based on the language of para. 1 of the guarantee which appears only to exempt F.C.C. from the duty to protect the security if the lease is void or voidable, and based, in the alternative, on the application of the contra proferentem doctrine, I would allow the appeal, set aside the judgment appealed from, and dismiss the action as against the appellant. The appellant is entitled to costs of the appeal and the trial.

Appeal allowed.

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Royal Bank of Canada v. Samson Management & Solutions
Ltd., 2013 ONCA 313

DATE: 20130513
DOCKET: C55749

MacPherson, Cronk and Lauwers JJ.A.

BETWEEN

Royal Bank of Canada

Appellant

and

Samson Management & Solutions Ltd., Jason Brasseur and Cheryl Cusack

Respondent

Catherine Francis, for the appellant

H. Richard Bennett, for the respondent

Heard: January 9, 2013

On appeal from the judgment of Justice Bruce A. Glass of the Superior Court of Justice, dated June 20, 2012, with reasons reported at 2012 ONSC 3612, [2012] O.J. No. 3149.

Lauwers J.A.:

[1] This appeal concerns the enforceability of a standard form bank guarantee. The motion judge granted summary judgment to the Royal Bank of Canada (“RBC” or the “Bank”) against the debtor Samson Management and Solutions Ltd. (“Samson”), and against its principal, Jason Brasseur, on his

personal guarantee. He refused to grant RBC summary judgment against the respondent Cheryl Cusack on her personal guarantee; instead he granted her summary judgment on her cross-motion to dismiss RBC's action against her.

[2] RBC appeals. For the reasons set out below, I would allow the appeal and grant RBC summary judgment against Ms. Cusack for \$250,000 plus interest as determined under the guarantee, and costs.

The Facts

[3] Ms. Cusack is Mr. Brasseur's spouse. In 2005, she signed a continuing guarantee for the indebtedness of Mr. Brasseur's business, Samson, to RBC for \$150,000. At the time, the loan agreement between RBC and Samson was for a credit facility in the amount of \$150,000, secured by a general security agreement granting the Bank a first-ranking security interest in Samson's assets, and Mr. Brasseur's personal continuing guarantee in the amount of \$150,000. By their terms, the personal guarantees covered present and future liabilities of Samson, and were not tied to any specific loan between RBC and Samson. Ms. Cusack received independent legal advice before signing the guarantee.

[4] In 2006, RBC agreed to increase Samson's operating line of credit to \$250,000. Ms. Cusack and Mr. Brasseur each gave fresh personal guarantees, for \$250,000, to RBC that covered Samson's present and future liabilities. These

were also continuing guarantees and were not tied to any specific loan between RBC and Samson.

[5] Ms. Cusack acknowledged that she received independent legal advice before signing the fresh guarantee. The letter of independent legal advice signed by her lawyer provided:

I have been consulted by **CHERYL CUSACK** (the "Obligant") as to the liability which the Obligant would incur by taking the following action, vis., signing or endorsing the following.

FORM 812, GUARANTEE AND POSTPONEMENT OF CLAIM IN THE AMOUNT OF \$250,000.00 SIGNED BY CHERYL CUSACK.

for the purpose of securing the liabilities, whether past, present or future, of **SAMSON MANAGEMENT SOLUTIONS LTD.** (the "Customer") to the Bank.

I have advised the Obligant fully as to the effect of that action and the liability which the Obligant would incur by taking it, and the manner in which that liability could be enforced. The Obligant understands the nature and effect of and the liability which would arise from the taking by the Obligant of that action. I have given this advice to the Obligant as Solicitor for and in the Obligant's interest only, and without regard to or consideration for the interests of the Customer or of the Bank. I have not given any legal advice either to the Customer or to the Bank in connection with this matter. [Emphasis in original.]

[6] Ms. Cusack signed the following acknowledgement on the letter of independent legal advice: "I hereby acknowledge that all the statements made in the foregoing letter are true and correct." In her cross-examination, Ms. Cusack's

counsel “confirmed” on her behalf that this acknowledgment was true. She also testified that she was guaranteeing “a loan limit,” not a specific loan.

[7] In 2008, the amount covered by the loan agreement between RBC and Samson was increased to \$500,000. RBC did not request a new guarantee from Ms. Cusack but did obtain a new personal guarantee from Mr. Brasseur in the amount of \$500,000. The 2008 loan document stated that the new loan agreement “supersedes and cancels” the 2006 agreement, and also stated that “Security for the Borrowings and all other obligations of the Borrower to the Bank” included Mr. Brasseur’s 2008 guarantee for \$500,000 and Ms. Cusack’s 2006 guarantee in the amount of \$250,000. The 2008 loan agreement changed some loan terms: it set a term that funds advanced could be up to 75% of Samson’s accounts receivable and also imposed compulsory reporting conditions on Samson.

[8] In 2009, the loan amount between RBC and Samson was again increased to \$750,000. Mr. Brasseur signed a new personal guarantee for \$750,000. As in 2008, RBC did not request a new guarantee from Ms. Cusack but left in place her 2006 guarantee for \$250,000.

[9] RBC did not have any contact with Ms. Cusack at any time. She never saw any of the loan agreements between RBC and Samson. RBC provided the guarantee forms to Mr. Brasseur who gave them to Ms. Cusack along with the

form for independent legal advice. As I have said, she consulted a lawyer for independent legal advice before signing each of the guarantees and the acknowledgement that she received the advice.

[10] The business failed in or about 2011. RBC made demands on Mr. Brasseur and Ms. Cusack under their guarantees – his 2009 guarantee and her 2006 guarantee – before bringing this action. At issue on this appeal is the enforceability of Ms. Cusack’s 2006 guarantee.

[11] I accept the motion judge’s finding that there is no genuine issue requiring a trial and there are no material facts in dispute.

The Decision under Appeal

[12] The motion judge found on the evidence that Ms. Cusack provided the guarantees to RBC in 2005 and 2006 as an accommodation surety to assist her husband in obtaining the loan for his business. Ms. Cusack stated in her affidavit that: “While I did receive money from Samson from approximately 2004 to 2011, these payments were not wages and were solely for the purpose of income splitting and reducing Jason’s taxable income.”

[13] The motion judge dismissed RBC’s motion for summary judgment against Ms. Cusack and granted her summary judgment dismissing RBC’s action against her on the following basis, at paras. 35 and 40:

I conclude that Ms. Cusack did not waive her rights in equity or in common law as a principal debtor or as a guarantor

. . .

The guarantee of Ms. Cusack is unenforceable. There were material changes without her being given notice or consenting to them. There was an obligation on Royal to apprise Ms. Cusack of changes to the loan liability so that she would be aware of a change to her risk or prejudice

[14] The motion judge relied on the decision of the Supreme Court of Canada in *Manulife Bank of Canada v. Conlin*, [1996] 3 S.C.R. 415. The core of his reasoning is found in two propositions. First, he held that the material alteration rule in *Conlin* applied to Ms. Cusack's guarantee, largely because of the principal debtor clause (at paras. 31-35). Second, he held that there were material alterations in the underlying loan arrangements that Ms. Cusack did not know about or accept (at paras. 26-27, 36-37). The motion judge did not analyze the language of the RBC guarantee in his reasons.

The Issues

[15] There is a single issue in this case, although it raises the ancillary issues discussed below: Did Ms. Cusack contract out of the protection provided to a guarantor by the common law and equity?

Analysis

[16] The parties agree that the basic governing law is set out in *Conlin*, although they disagree on the implications for the result in this case. Cory J. expressed the material alteration rule at para 2 of *Conlin*:

It has long been clear that a guarantor will be released from liability on the guarantee in circumstances where the creditor and the principal debtor agree to a material alteration of the terms of the contract of debt without the consent of the guarantor. The principle was enunciated by Cotton L.J. in *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), at pp. 505-6, in this way:

The true rule in my opinion is, that if there is any agreement between the principals with reference to the contract guaranteed, the surety ought to be consulted, and that if he has not consented to the alteration, although in cases where it is without inquiry evident that the alteration is unsubstantial, or that it cannot be otherwise than beneficial to the surety, the surety may not be discharged; yet, that if it is not self-evident that the alteration is unsubstantial, or one which cannot be prejudicial to the surety, the Court . . . will hold that in such a case the surety himself must be the sole judge whether or not he will consent to remain liable notwithstanding the alteration, and that if he has not so consented he will be discharged.

[17] That said, Cory J. noted at para. 4 of *Conlin* that a guarantor can contract out of the protection provided by the common law:

Generally, it is open to parties to make their own arrangements. It follows that a surety can contract out of

the protection provided to a guarantor by the common law or equity. See for example *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 107. The Ontario Court of Appeal, correctly in my view, added that any contracting out of the equitable principle must be clear. See *First City Capital Ltd. v. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), at p. 796.

See also *Bank of Montreal v. Negin* (1996), 31 O.R. (3d) 321 (C.A.).

[18] Cory J. added, at para. 6, of *Conlin*: “The issue as to whether a surety remains liable will be determined by interpreting the contract between the parties and determining the intention of the parties as demonstrated by the words of the contract and the events and circumstances surrounding the transaction as a whole.”

[19] I agree with the motion judge that the alterations in the loan arrangements made between RBC and Samson over time increased the risk to which Ms. Cusack was exposed by her guarantee, even though her financial exposure was capped at \$250,000. At common law these alterations in the loan arrangements would have resulted in her discharge from liability under the guarantee in the absence either of her consent, or of clear language in the guarantee permitting RBC and Samson to make the alterations without her consent.

[20] Because Ms. Cusack was never approached by RBC for her consent to the alterations, the case falls to be determined by the language of the guarantee in the context of the transaction as a whole.

[21] Did Ms. Cusack contract out of the protection provided to a guarantor by the common law and equity?

[22] In my view, the application of the language in the guarantee in the context leads to the conclusion that Ms. Cusack contracted out of the protection provided by the common law, and is therefore liable under her guarantee.

The Language of the Guarantee and its Context

[23] The language of the guarantee is very broad and is plainly designed to ensure that the guarantor does contract out of the ordinary protections of the common law as *Conlin* acknowledged was permissible.

[24] The first paragraph on the first page of the guarantee is critical. It provides that Ms. Cusack will pay on demand to RBC: “all debts and liabilities, present or future, direct or indirect, absolute or contingent, mature or not, at any time owing by...” Samson to RBC, “or remaining unpaid by the customer to the Bank, heretofore or hereafter incurred or arising and...incurred by or arising from agreement or dealings between the Bank and the customer...” This clause makes it clear that RBC could increase the amount of its loan to Samson and Ms. Cusack would remain liable under the guarantee. The letter of independent legal advice, acknowledged by Ms. Cusack, reinforced this fact by stating that the guarantee was: “for the purpose of securing the liabilities, whether past, present

or future, of SAMSON.” The continuing obligation was also clearly expressed in clause (2), which provides:

(2) This guarantee shall be a continuing guarantee and shall cover all the liabilities, and it shall apply to and secure any ultimate balance due or remaining unpaid to the Bank.

[25] Various numbered clauses in the guarantee expressly permit RBC to take actions that might or would otherwise be material alterations affecting the enforceability of the guarantee at common law and equity, such as giving more time for payment, renewing the loan arrangements, increasing the interest rate, changing the maturity date of any loan, and introducing new terms and conditions in respect of the borrowing. Clause (1) provides:

(1) The Bank may grant time, renewals, extensions, indulgences, releases and discharges to, take securities (which word as used herein includes securities taken by the Bank from the Customer and others, monies which the customer has on deposit with the Bank, other assets of the Customer held by the Bank in safekeeping or otherwise, and other guarantees) from and give the same and any or all existing securities up to, abstain from taking securities from, or perfecting securities of, cease or refrain from giving credit or making loans or advances to, or change any term or condition applicable to the liabilities, including without limitation, the rate of interest or maturity date, if any, or introduce new terms and conditions with regard to the liabilities, or accept compositions from and otherwise deal with, the customer and others and with all securities as the Bank may see fit, and may apply all moneys at any time received from the customer or others or from securities upon such part of the liabilities as the Bank deems best and change any such application in whole or in part

from time to time as the Bank may see fit, the whole without in any way limiting or lessening the liability of the undersigned under this guarantee, and no loss of or in respect of any securities received by the Bank from the customer or others, whether occasioned by the fault of the Bank or otherwise, shall in any way limit or lessen the liability of the undersigned under this guarantee.

[26] The range of Samson's liabilities to which the guarantee applies is very broad. As noted, the first paragraph of the guarantee defines liabilities to include "all debts and liabilities, present or future, direct or indirect, absolute or contingent, mature or not, at any time owing by..." Samson to RBC, "or remaining unpaid by the customer to the Bank, heretofore or hereafter incurred or arising and...incurred by or arising from agreement or dealings between the Bank and the customer..."

[27] This comprehensive understanding of the term, "liabilities," is reinforced by clause (8):

(8) All monies, advances, renewals, credits and credit facilities in fact borrowed or obtained from the Bank shall be deemed to form part of the liabilities, notwithstanding any lack or limitation of status or of power, incapacity or disability of the customer or of the directors, partners or agents of the customer, or that the customer may not be a legal or suable entity, or any irregularity, defect or informality in the borrowing or obtaining of such monies, advances, renewals, credits or credit facilities, or any other reason, similar or not, the whole whether known to the Bank or not....

[28] The guarantee is what is known as a "continuing all accounts" guarantee.

This is an important contextual consideration. The difference between a specific

guarantee and a “continuing” or “all accounts” guarantee is suggested by the terms themselves, and was explained by Swinton J. in *Granata Family Trust v. Royal Bank*, [2000] O.J. No. 4239, at para. 9 and following. At para. 12 she distinguished *Conlin* in the context of such a guarantee:

Turning to the documents in issue in this case, one finds a very different fact situation from *Conlin*. The language of the guarantee indicates that it was to be an all accounts guarantee. It was meant to be a continuing one for debts of Robertson Foods already incurred, or those which would be incurred subsequently. Specifically, the guarantor agrees to guarantee “all debts and liabilities, present or future ... at any time owing” by Robertson Foods Inc. “heretofore or hereafter incurred or arising”. Moreover, the guarantee “shall be a continuing guarantee and shall cover all the liabilities” due to the bank. As well, the guarantee provides that all monies borrowed from the bank shall be deemed to form part of the liabilities, notwithstanding certain circumstances, including any irregularity, defect or informality in the borrowing. Nevertheless, the liability of the guarantor is limited to \$1.5 million, which was less than the amount available to the borrower under the original Credit Agreement.

[29] The guarantee language in this case is virtually identical.

[30] In *Royal Bank of Canada v. Adecon Transport Inc.*, [2004] O.J. No. 6249 (S.C.), Echlin J. considered the RBC form of guarantee. He found, at para. 12, that the defendants had provided personal “continuing all accounts guarantees.” Echlin J. found, at para. 14, that RBC had no duty to inform the guarantor about future credit facilities, and that the onus was on the guarantor to inquire about the state of accounts. He found, at para. 15, that the subsequent loan obligations

were not material alterations to the principal contract but were contemplated by the parties.

[31] In this case, the motion judge sought to distinguish *Adecon*, at para. 30: “With respect to Ms. Cusack, one might distinguish the facts from those in the *Adecon Transport* case (*supra*) because the 2008 loan agreement cancelled and superseded the 2006 loan agreement.” *Adecon*, the motion judge noted at para. 29, “was dealing with a development contemplated by the parties in the guarantee,” being “additional loan facilities which could be considered to be future liabilities as set out in the guarantee.”

[32] In my view, with respect, there is no difference in substance between the facts in *Adecon* and the facts in this case. The purpose of a continuing all accounts guarantee is to allow the customer and the lender to alter their business arrangements without having to involve the guarantor.

[33] I turn now to consider more closely the motion judge’s reasoning.

The Principal Debtor Clause and the Material Alteration Rule

[34] The motion judge invoked the reasoning of the Supreme Court of Canada in *Conlin*. In that case Manulife Bank of Canada entered into a mortgage with Dina Conlin for \$275,000 for three years bearing interest at 11.5 percent. The mortgage was guaranteed by John Conlin, the mortgagor’s husband, and his company Conlin Engineering and Planning Limited. The Conlins’ marriage

ended, and just before the mortgage was to mature, Dina Conlin entered into a “renewal agreement” that renewed the mortgage for a further three-year term at a yearly interest rate of 13 percent. The form provided a signature line for a guarantor but only Dina Conlin signed it and the guarantors did not receive notice of the renewal. In March 1992 she defaulted and eventually the bank pursued the guarantors.

[35] The motion judge relied particularly on para. 19 of *Conlin*, which provided:

In *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109 (H.C.), at p. 119, it was held that a principal debtor clause converts a guarantor into a full-fledged principal debtor. I agree with this conclusion. If the guarantor is to be treated as a principal debtor and not as a guarantor, then the failure of the bank to notify the respondent of the renewal agreement and the new terms of the contract must release him from his obligations since he is not a party to the renewal. This conclusion does not require recourse to equitable rules regarding material variation of contracts of surety. It is simply apparent from the contract that a principal debtor must have notice of material changes and consent to them. Of course, a guarantor who, by virtue of a principal debtor clause, has a right to notice of material changes, may, by the terms of the contract, waive these rights. However, in the absence of a clear waiver of these rights, such a guarantor must be given notice of the material changes and, if he is to be bound, consent to them. [Emphasis added.]

[36] The majority in *Conlin* concluded that although the guarantee permitted the bank to provide an extension of time to the mortgagor, the provision was not

broad enough to permit the bank to enter into a renewal agreement without involving the guarantor (at para. 23).

[37] In this case, the motion judge noted, at paras. 33 and 34:

At paragraph 19 of [*Conlin*], the Supreme Court also took into account that a principal debtor clause will convert a guarantor into a full-fledged principal debtor. Should that development occur, then failing to notify the guarantor of new terms in a contract will release the person from the obligations because the individual will not be a party to the new terms.

With the 2006 guarantee signed by Ms. Cusack, paragraph 8 makes provision for her to become a principal debtor should Royal not be able to recover any sum of money on the guarantee. The natural inference with Ms. Cusack is that she could be a principal debtor and she had not been given any notice of material changes.

[38] I would, with respect, distinguish *Conlin* on four bases. First, the last two sentences of para. 19 of *Conlin* which the motion judge cited, set out above, lead the court back to the central issue in this case, which is whether Ms. Cusack contracted out of the common law protections for a guarantor. Para. 19 of *Conlin* therefore adds little to the analysis, but in fact begs the question before this court.

[39] Second, in *Conlin* the context of the loan was quite different; the guarantee in *Conlin* applied to a single mortgage transaction for a house purchase, rather than to a continuing all accounts guarantee. By contrast, Ms. Cusack acknowledged her understanding that the guarantee was meant to capture ongoing business financing in which money would be advanced by the Bank and

paid back by the borrower from time to time. This is the basis on which Swinton J. distinguished *Conlin* in *Granata Family Trust* and her logic applies equally to this case.

[40] Third, the *Conlin* case turned on whether the terms of the guarantee allowed the bank and the mortgagor to enter into a renewal agreement. The majority concluded that it did not, so the guarantee was unenforceable because the renewal agreement was a material alteration. The language at issue in the guarantee in this case permitted RBC to advance more money to Samson.

[41] Fourth, the language of the principal debtor clause in *Conlin* is quite different from the language in clause (8) of the guarantee in this case. In *Conlin* the guarantors were identified as principal debtors from the outset. In this case, the clause provided for the conversion of the guarantor into a principal debtor only for enforcement purposes if the borrower defaulted and the guarantee for some other reason became unenforceable against the guarantor as a guarantee.

Royal Bank v. Bruce Industrial Sales Ltd.

[42] Ms. Cusack seeks to reinforce the motion judge's reasoning about the proper application of the material alteration rule in *Conlin* by invoking the decision of this court in *Royal Bank v. Bruce Industrial Sales Ltd.* (1998), 40 O.R. (3d) 307. In that case, the appellants were former employees and shareholders of Bruce. They gave guarantees in the principal amount of \$128,000 with interest at

Royal Bank's prime rate plus 1.5 percent. The guarantees applied to a revolving operating loan for \$125,000 and a fixed term loan for \$100,000.

[43] Bruce terminated the guarantors' employment with the company on March 6, 1991, and on March 26, 1991 they notified the bank in writing that they were "determining their liability as guarantors under paragraph 4 of the guarantee" (para. 7). Moldaver J.A. noted, at para. 18, that the ordinary effect of giving a notice of determination is that:

...the appellants would not be responsible for post-determination advances made to the company... [A]fter receiving the notice of determination, it was entirely for the bank to decide whether it was willing to take the risk of advancing additional funds to the company, albeit without the protection afforded by the appellants' guarantees.

[44] But Moldaver J.A. noted at para. 9 of *Bruce* that upon receiving the notice of determination, the bank immediately converted the revolving loan into a fixed loan, with this catastrophic effect on the guarantors: "By converting the revolving operating loan into a fixed loan, the bank effectively nullified that term of the principal loan agreement which required the bank to apply credit balances in the company's current account, rounded to the nearest \$10,000, in repayment of the operating loan (para. 15)." Had the bank continued to apply credit balances in the company's current account in repayment of the operating loan, the amount outstanding on that loan would have declined to \$5,000 reducing the exposure on the guarantees by \$90,000 (para 16).

[45] Moldaver J.A. put the issue at para. 19: "The real question is whether it was open to the bank to convert the operating loan from revolving to fixed without losing its right to look to the appellants on their guarantees, at least in so far as they related to the \$95,000.00 owing on that loan as of March 27, 1991."

[46] In converting the revolving loan into a fixed loan in *Bruce*, the bank relied on language in clause (1) of the guarantee that is somewhat similar to the language of clause (1) of the guarantee at issue in this case quoted above:

(1) The Bank may grant time, renewals, extensions, indulgences, releases and discharges to, take securities (which word as used herein includes other guarantees) from and give the same and any or all existing securities up to, abstain from taking securities from or from perfecting securities of, cease or refrain from giving credit or making loans or advances to, accept compositions from and otherwise deal with, the customer and others and with all securities as the Bank may see fit,...[Emphasis by Moldaver J.A.]

[47] Moldaver J.A. found that the underlined wording, which he called the "blanket provision," did not authorize the Bank to change the revolving loan into a fixed loan. He gave three reasons for this holding at paras. 39-41:

First, the language used in the so-called "blanket" provision is vague, imprecise and general. It can scarcely be described as the "very clear wording" to which Professor McGuinness refers [in *The Law of Guarantee*, 2nd Edition (Scarborough, Ontario: Carswell, 1996) at 546-47] Surely, if clause (1) of the guarantee agreement was meant to provide the bank with the unqualified right to make material changes to the principal loan agreement, it could have been drafted

in simple and precise terms to reflect this. The fact that it was not weighs against the bank.

Secondly, in attempting to discern the purpose and effect of the "blanket" provision, the provision must be considered in the overall context of clause (1). Significantly, because the provision finds its place at the tail-end of a series of specified permissible alterations, it ought not to be construed as authorizing radical changes to the principal contract. In this respect, the following passage from McGuiness, at p. 546, is apposite:

As a working premise, the courts are reluctant to construe broad and general provisions of uncertain scope and obscure purpose as authorizing radical changes to the principal contract, especially where there are specific provisions authorizing particular types of changes that might fairly be said to be covered by the broader provision concerned. The basic principle of interpretation applied in such cases would seem to be one of *expressio unius est exclusio alterius*.

Thirdly, taking into account the facts and circumstances surrounding the loan transaction as a whole, there is nothing to suggest that in providing their guarantees, the appellants intended to confer upon the bank the unqualified right to materially alter the principal loan agreement.

[48] As a result, the court in *Bruce* concluded that the guarantee did not permit the bank to convert the loan from a revolving loan to a fixed loan (para. 43).

[49] Ms. Cusack argues that the effect of this court's decision in *Bruce* is that the doctrine of material alteration addressed by the Supreme Court of Canada in *Conlin* applies to a continuing all accounts guarantee. I would agree, but that is

not the end of the analysis, it is the beginning. The court must, as the Supreme Court noted in *Conlin*, consider the words of the guarantee in context.

[50] In assessing the applicability of *Bruce*, the context is critical. Implicit in Moldaver J.A.'s analysis is the recognition that the bank's approach would have permitted the bank to completely defeat the purpose of limiting the guarantors' liability that was the function of the determination clause. Or, putting it differently, the general language of the blanket provision should not be permitted to overcome the guarantor-protective express language of the determination clause. No such issue is found in the words of the guarantee in this case, or in the context. The notice of determination was the critical contextual factor in *Bruce*. Ms. Cusack did not invoke the determination clause in this case, and RBC is not relying on the blanket provision in the current version of the guarantee.

The Alleged Material Alterations

[51] There is a lurking terminological conundrum in the cases on material alteration. Sometimes the court says that the challenged alteration is a material alteration that therefore triggers the *Conlin* rule and makes the guarantee unenforceable. Sometimes, as in *Adecon*, the court determines that, because the challenged alteration was authorized by the words of the guarantee, it is not a material alteration and the material alteration rule does not apply.

[52] Analytically, it seems to me that there are two distinct steps in the logical sequence that should be taken to preserve clarity. The first step is to consider whether the challenged alteration to the underlying loan arrangement is a material alteration as a matter of law quite apart from any possible authorizing language in the guarantee. The second step is to consider whether the language of the guarantee permits the material alteration.

[53] *Bruce* is instructive on how the court should approach the task set by *Conlin* of interpreting a guarantee. I observe that if RBC had renewed the principal loan agreement in *Bruce* (which was not possible on the language of the guarantee in *Conlin*), the guarantors would have had no valid objection. This follows from the statement of Moldaver J.A. in *Bruce*, at para. 59: “Clause (1) of the guarantee agreement entitled the bank to renew the principal loan agreement. It did not permit the bank to do so at an increased rate of interest.” In *Bruce*, the court found that an increase in the interest rate from Royal Bank prime plus 2.25 percent to Royal Bank prime plus 2.5 percent was a material change to the principal contract that entitled the appellants to be discharged from liability for the term loan because it was not expressly authorized. (I note that a change in the interest rate is now expressly provided for in the RBC guarantee, perhaps as a result of *Bruce*).

[54] In this case, the motion judge found that the increases in the amount of the debt guaranteed (para. 27, 39), and in the “more stringent report against

performance ratio requirements” (para. 27) were material alterations that triggered the rule in *Conlin*.

[55] The motion judge was troubled by the increase in Samson’s indebtedness, pointing out at para. 39 that: “the Samson debt was three times what it was when Ms. Cusack provided the \$250,000 guarantee.” As noted, I agree with the motion judge that for Ms. Cusack the result was “a greater potential for her to have to pay” (para. 27).

[56] In support of his finding that the increase in Samson’s borrowing was a material alteration, the motion judge noted that RBC’s witness, Paul Keppen, acknowledged in cross-examination that when the loan agreement between Samson and RBC for \$500,000 was created in 2008, the 2006 loan agreement for \$250,000 was terminated; the 2008 loan agreement expressly superseded and cancelled the preceding one although the 2009 agreement did not expressly supersede and cancel the 2008 agreement. The motion judge was troubled that RBC did not seek a new guarantee each time the loan increased, noting, at para. 16, that the “usual practice of Royal was to obtain a new guarantee when terminating one loan agreement and creating a new one.”

[57] With respect, there is no support in the evidence for this finding. RBC’s witness, Mr. Keppen did not testify as to a usual Bank practice. Mr. Keppen acknowledged that while it might have been prudent for RBC to have had new

guarantees from Ms. Cusack when the loan agreements for \$500,000 and \$750,000 were created, he asserted that doing so was not necessary. I would agree; it was open to the Bank to leave the 2006 guarantee, which capped Ms. Cusack's exposure at \$250,000, in place.

[58] There is a parallel here to *Adecon*, where the defendants urged Echlin J. to take into account internal bank documentation that suggested a preferable manner of dealing with such guarantee matters as a bank practice. Echlin J. decided, however, that the internal documentation was not determinative of the interpretation of the language of the guarantee, which he found, at paras. 16, 17 and 21, to be clear and without ambiguity. I would apply the same logic here.

[59] As noted, I agree with the motion judge that the increases in the amount of the debt guaranteed and in the more stringent performance requirements were material alterations, but that is the first step of the analysis.

[60] The second step is to consider the language of the guarantee. It expressly permitted an increase in the amount loaned to Samson, and the prospect of an increase in future liabilities was expressly acknowledged by Ms. Cusack in her endorsement on the letter of independent legal advice. She knew and accepted that Samson's indebtedness to RBC could increase in the future even though her guarantee was limited. This is the advice that her lawyer confirmed that he gave

Ms. Cusack in the letter of independent legal advice and that she acknowledged receiving.

[61] Parties are entitled to make their own arrangements, and a guarantor's decision to contract out of the protection provided by the common law or equity will usually be respected by the courts so long as the contracting-out language is clear and unambiguous: *Conlin*, at para. 4.

[62] In *Toronto-Dominion Bank v. Schrage* (2009), 64 B.L.R. (4th) 277, at para. 15, Strathy J. cautioned that guarantees "are invariably drawn by the lender ... typically on standard forms and afford no opportunity for negotiations by the guarantor. They usually result in broad surrender of the guarantor's legal and equitable rights." Courts will look for clear and unambiguous language, and may, when traditional defences to the enforcement of a guarantee, including those based on equitable principles such as unconscionability require, refuse to enforce such a provision. See also *British Columbia (Attorney General) v. Malik*, 2009 BCCA 202, 91 B.C.L.R. (4th) 87, at para. 49. There is, however, no basis for invoking such equitable principles in this case.

[63] In my view, while the subsequent advances by RBC to Samson were material alterations to the principal loan contract, they were contemplated by the parties, permitted by the clear language of the guarantee, and inherent in a continuing all accounts guarantee that contemplates increases in the size of the

underlying indebtedness . Further, clause (1) of the guarantee expressly permitted RBC to change the terms of the borrowing, which would include changes in performance standards.

[64] Thus, despite the material alterations in the underlying loan arrangements, Ms. Cusack's personal guarantee remains enforceable given the clear and unambiguous language of the guarantee and the factual context.

[65] At issue in this case was the enforceability of a plain-vanilla standard form bank guarantee in the context of a small business loan, of which there are undoubtedly many. The motion judge found, and I agree, that Ms. Cusack was an "accommodation surety," that is, someone who undertakes to be a surety for no consideration, whose obligations are to be strictly construed: see *Conlin* at para. 12. Despite the finding that Ms. Cusack was an accommodation surety, in my view there was nothing in the language of the guarantee or in the factual context to justify the motion judge's decision not to enforce the RBC guarantee according to its terms but instead to dismiss RBC's action against Ms. Cusack. This is not a case where the context included, for example, an impermissible renewal in the circumstances of a matrimonial breakdown as in *Conlin*, a lender overreaching as in *Bruce*, or a lender's employee providing misleading advice, as was alleged but not proven in *C.I.B.C. v. Trapp*, [1987] B.C.J. No. 280, 12 B.C.L.R. (3d) 35 (C.A.), where the loan amount ballooned from \$45,000 at its inception to \$1 million. Nor is this a case like *Bruce* where the alteration in the

loan arrangements was both material and was not contemplated by the guarantee.

Disposition

[66] I would allow the appeal, set aside the motion judge's order dismissing RBC's motion for summary judgment against Ms. Cusack and dismissing RBC's action against her, and substitute an order for judgment in RBC's favour against Ms. Cusack for \$250,000, plus interest as determined under the guarantee.

[67] The parties were able to agree on costs. I would therefore fix the costs of this appeal at \$20,000 all-inclusive, payable by Ms. Cusack to RBC. Ms. Cusack would also be responsible for the costs before the motion judge in the amount of \$16,950, all-inclusive.

Released: May 13, 2013 ("J.C.M.")

"P. Lauwers J.A."

"I agree. J.C. MacPherson J.A."

"I agree. E.A. Cronk J.A."

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

ROYAL BANK OF CANADA

Plaintiff

- and -

ADECON TRANSPORT INC. et al.

Defendants

)
)
) Benjamin Frydenberg, for the Plaintiff
)
)

)
)
) Ted Evangelidis, for the Defendants
) Colin R. Murray and Susan M. Murray
)

) Constantine Tsantis, for the Defendants
) Alexander Printzios and Gina Printzios
)
)

) HEARD: June 8, 2004

) DECISION RENDERED: June 8, 2004

REASONS FOR DECISION

Echlin J.:

[1] This is a motion brought by the Royal Bank of Canada for summary judgment against Mr. & Mrs. Murray and Mr. & Mrs. Printzios pursuant to guarantees they gave in writing.

[2] Colin Murray signed a guarantee on July 22, 1998 for \$165,000.00. Susan Murray signed a guarantee on July 9, 1997 for \$115,000.00. Alexander Printzios is alleged to have given a guarantee on August 26, 1998 for \$220,000.00 and Gina Printzios gave a guarantee on July 10, 1997 for \$115,000.00

[3] The loans and guarantees involved in this matter all relate to activities carried on by Adecon Transport Inc., a company owned and operated by Mr. Murray and Mr. Printzios. Their

wives, Susan Murray and Gina Printzios signed personal guarantees, after acknowledging that they had received independent legal advice.

[4] All parties have agreed that the amount in issue in this matter, as of the date of this application is \$90,252.51. This amount relates to amounts outstanding on an equipment lease and balances on corporate Visa credit cards, plus accrued interest.

[5] Both defence counsel put forward extensive and vigorous defences as to why their clients ought not to be held liable on the guarantees in question.

[6] The plaintiff's case is straightforward. The bank says that it lent money that was not repaid and obtained certificates of independent legal advice from the female defendants and guarantees from the 4 individuals named as defendants.

[7] The first defence raised by Alexander Printzios is that, he does not remember signing the guarantee, does not believe that the signature is his and believes he may have been in the far east at the material time. Notably, at no time does he ever unequivocally state that he did not sign it or that the signature is a forgery. Notably, he gave no explanation to counter Mr. Murray's evidence, under oath, that he (Mr. Murray) witnessed the signature and that it is his signature. Mr. Printzios also wondered why this guarantee is for \$220,000.00 when Mr. Murray's is for \$165,000.00 when they were both equal partners. This is easily accounted for by the other guarantee executed by Mr. Murray in the amount of \$55,000.00. In view of only concerns and suppositions on the part of Mr. Printzios and uncontradicted evidence under oath by Mr. Murray, I specifically find as a fact that Alexander Printzios signed the guarantee in question.

[8] The defendants also argued that no consideration was given for the guarantees which extended to the lease and Visa arrangements. This argument misses the point that this application is brought on the original guarantee for which consideration is conceded.

[9] The female defendants and Mr. Printzios suggested that they were "accommodation guarantors" and therefore the principle of *contra preferentum* ought to apply. However, in order to apply such principle, there must first be an ambiguity. In this instance, I find no ambiguities and therefore, this defence fails. The ordinary meaning of the wording of the guarantee shall apply.

[10] The wording of the guarantee sued upon was set out in Tab 2, (F-I) in the within Motion Record. The plaintiff relies upon the entire document but places emphasis upon the first unnumbered paragraph and paragraphs 1, 2, 4, 10 and 13.

[11] This guarantee speaks in terms of "future liabilities" at any time owing "hereafter incurred or arising". It also refers to itself as being a "continuing guarantee" and that it covers "all agreements between the parties".

[12] The type of guarantee relied upon by the plaintiff in this matter is a continuing all accounts guarantee. These types of guarantees have been upheld in *Banque de Montreal v.*

Berube Estate (1984), 53 N.B.R. (2d) 103 (Q.B.) and *Bank of B.C. v. Houston* (1984), 57 B.C.L.R. 91 (S.C.)

[13] Throughout the day-long argument of this motion, attempts were made to introduce extensive evidence. As I find the guarantee to be clearly worded, I reject admission of this evidence in this case. Similarly, I find that the terms of the guarantee are solely found within the wording of the agreement and therefore reject any other representations that might have been made.

[14] I find as a fact that the plaintiff bank, had no duty to inform the guarantor respecting future credit facilities. The onus is, at law, clearly upon the guarantor to inquire: *Bank of Montreal v. Collum*, [2003] B.C.J. No. 438 (S.C.).

[15] I find that the subsequent loan obligations in this instance are not material variations to the principal contract and in fact, were contemplated by the parties. Accordingly, I distinguish *E-2 Fiberglass Products v. Debruyne*, [1994] B.C.J. No. 2181 (B.C.C.A.).

[16] I also distinguish *Royal Bank of Canada v. Bruce Industrial*, [1998] O.J. No. 2665 (Ont. C.A.) as involving an instance in which a revolving loan was contracted to a fixed loan. This is not an instance in which the bank materially altered the existing loan agreement. Rather, it simply provided additional loan facilities and I find it appropriate that they be considered to be “future liabilities” as contemplated by the guarantee language.

[17] The defendants argued that I should give effect to internal documentation regarding bank practice on guarantees. I find that while this documentation suggests a preferable manner of dealing with matters, it is in no way determinative of an interpretation of the language of the guarantee, if such language is clear and without ambiguity, which I find it to be.

[18] In reviewing *C.I.B.C. v. Trapp* (1987), 37 B.L.R. 55 (B.C.C.A.) I note that the court upheld a result in favour of the bank when a guarantee was originally given for a \$45,000.00 line of credit and the debt exceeded \$1 million at the time it was called. Notably, in this instance the guarantors were at liberty to limit their liability by capping same during the guarantee period.

[19] The defendants argued an inconsistency in account numbers of the 3 Visa cards issued to Adecon. However, again, there was no compelling evidence before me that Adecon did not receive value from the Visa cards issued to it in the amount of approximately \$17,000.00 - \$20,000.00. Because this is a claim for the guarantee and because I find that the guarantee was intended to cover future credit arrangements, I find that the defendants are liable under the guarantee regarding the Visa card debt.

[20] I further note that the certificates of independent legal advice speak in terms of “future liabilities”. While this is mentioned in and of itself, it is not determinative; it does speak to the nature of the advice received.

[21] In the end, the primary argument made by the defendants was that the Royal Bank made a material variation to the guarantee agreement. To the contrary, I specifically find that this case involved a future debt obligation, which was contemplated by the guarantee agreement.

[22] I therefore award the plaintiff the sum of \$90,252.51 jointly and severally against all 4 non-corporate defendants plus post-judgment interest in accordance with the *Courts of Justice Act*.

[23] I heard argument about costs and fix one set of costs payable by the individual defendants to the plaintiff in the amount of \$25,000.00 inclusive of disbursements and G.S.T., a figure not seriously disputed. Defence counsel has indicated they will pay such amount equally; however, the cost award is joint and several.

Echlin J.

Released: June 8, 2004

COURT FILE NO.: 03-CT-005763

DATE: 20040608

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

B E T W E E N:

ROYAL BANK OF CANADA

- and -

ADECON TRANSPORT INC. et al.

REASONS FOR DECISION

Echlin J.

Released: June 8, 2004

CITATION: Salah v. Timothy's Coffees of the World Inc., 2010 ONCA 673
DATE: 20101014
DOCKET: C51317

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Winkler C.J.O., Rosenberg J.A. and Pitt J. (*ad hoc*)

BETWEEN:

Abdulhamid Salah and 1470256 Ontario Inc.

Plaintiffs (Respondents)

and

Timothy's Coffees of the World Inc.

Defendant (Appellant)

Alan J. Lenczner, Q.C., and Jaan E. Lilles, for the appellant

Stephen S. Appotive, for the respondents

Heard: September 16, 2010

On appeal from the judgment of Justice Monique Métivier¹ of the Superior Court of Justice dated October 26, 2009, with amended reasons dated January 21, 2010, and reported at (2010), 65 B.L.R. (4th) 235.

Winkler C.J.O.:

[1] Timothy's Coffees of the World Inc. ("Timothy's") appeals a decision of the Superior Court of Justice finding that it breached a franchise agreement with the respondents. The trial

¹ The case was tried over a period of 12 days by Justice A. de Lotbinière Panet. However, due to illness, he was unable to deliver judgment. The Chief Justice of the Superior Court of Justice made an order under ss. 123(4) and (7) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, appointing Métivier J. to rehear the matter. On consent, the rehearing was based on a review of all of the transcripts, exhibits, and oral and written submissions from counsel.

judge found that the franchise agreement provided the respondents with a conditional right of renewal and that the appellant denied them this right. She awarded damages for breach of contract, breach of the duty of good faith and mental distress. I agree with the trial judge's reasons and find no error in her decision. I would dismiss the appeal. My reasons follow.

BACKGROUND

[2] In the fall of 2001, the respondent Abdulhamid Salah ("Mr. Salah") entered into a franchise agreement with Timothy's to operate a franchise store in the Bayshore Shopping Centre in Ottawa. Timothy's was a lessee under a head lease for a location on the third floor in the shopping centre. When Mr. Salah entered into the franchise agreement, he became a sublessee under the head lease. There were only four years remaining on the head lease, which was set to expire on September 30, 2005. The term of the franchise agreement was tied to the length of the head lease.

[3] Mr. Salah was concerned about the short term of the lease and the franchise agreement, given the amount of his investment in purchasing the franchise and setting up operations. In response to Mr. Salah's concerns about the term, Timothy's proposed the inclusion of Schedule "A" in the franchise agreement. Schedule "A" provided that in the event that Timothy's entered into a new head lease with the Bayshore Shopping Centre, Mr. Salah's franchise agreement would be renewed with a new sublease. In the event that the new head lease was to be for a period of less than five years, there would be no additional franchise fee payable by Mr. Salah. If the new head lease was for a period of more than five years, Mr. Salah would be required to pay an amount equal to 50% of the then current franchise fee.

[4] Concurrent with the execution of the franchise agreement, Mr. Salah assigned the agreement, the sublease, and the general security agreement to his newly incorporated company 1470256 Ontario Inc. (“147”) by way of an Assignment and Guarantee. This was permitted by Timothy’s, but with the condition expressed in the Assignment and Guarantee that Mr. Salah remained personally liable for all franchisee obligations under the franchise agreement.

[5] Prior to September 30, 2005, the expiry date of the head lease on the third floor, Timothy’s entered into a new lease on the second floor and signed an agreement with a new franchisee for that location. The appellant then advised Mr. Salah that his franchise agreement would come to an end on September 30, 2005. Mr. Salah and 147 commenced proceedings against Timothy’s alleging breach of the franchise agreement and seeking damages arising both from the breach and from the appellant’s conduct.

[6] At trial, Timothy’s argued that the respondents had no right of renewal and that the parties had intended the franchise agreement to end with the expiry of the head lease on September 30, 2005. It submitted that any right of renewal provided by Schedule “A” only concerned the original location on the third floor of the shopping centre. Since the appellant could not renew its head lease on the third floor, the provisions of Schedule “A” were inoperative. Timothy’s also argued that because Mr. Salah had assigned his franchisee rights to 147, only that corporation could bring a claim against the franchisor.

DECISION OF THE TRIAL JUDGE

[7] The trial judge, in a clear and carefully reasoned decision, held as follows:

1. that both Mr. Salah and 147 were franchisees of Timothy’s and could be treated as one entity for the purpose of enforcing rights or seeking remedies;

2. the proper interpretation of Schedule “A” is that it related to the Bayshore Shopping Centre in general and was not limited to the existing third floor location;
3. Timothy’s breached the franchise agreement by failing to observe the terms of Schedule “A” with respect to the new head lease on the second floor of the Bayshore Shopping Centre;
4. Timothy’s breached a duty of good faith, contrary to s. 3 of the *Arthur Wishart Act (Franchise Disclosure)*, 2000, S.O. 2000, c. 3 (“*Wishart Act*”); and
5. the breach of the duty of good faith was an independent actionable wrong.

[8] The trial judge awarded Mr. Salah damages in the amount of \$230,358 for future loss of income flowing from the appellant’s breach of contract, and an additional \$50,000 for breach of the duty of good faith and mental distress.

ISSUES ON APPEAL

[9] Timothy’s submits that the trial judge erred in:

- i. failing to distinguish between Mr. Salah and 147;
- ii. interpreting Schedule “A” as providing an option to amend the franchise agreement;
- iii. finding that Timothy’s owed a duty of good faith and that Timothy’s breached it;
- iv. assessing damages for breach of contract at \$230,358 and awarding \$50,000 for breach of the duty of good faith and mental distress;
- v. awarding damages to Mr. Salah for breach of contract when these damages were pleaded only by 147.

ANALYSIS

i. Treating Mr. Salah and 147 as one entity

[10] The appellant argues that the trial judge erred in failing to distinguish Mr. Salah from his corporation, 147. Since a corporation is a distinct entity from its owner, and since Mr. Salah assigned the franchise agreement to 147, the appellant submits that only the corporate franchisee could assert contractual rights against the franchisor.

[11] I cannot accede to that submission. There was ample evidence to support the trial judge's finding that the appellant "maintained a relationship with both the individual franchisee and its assignee corporation. It never intended to accept the corporation in the place of Mr. Salah for all purposes." While the franchisor allowed Mr. Salah to assign the franchise agreement to 147, one of the main purposes of the Assignment and Guarantee was to ensure that all obligations under the franchise agreement continued to be those of Mr. Salah personally. In addition, as noted by the trial judge, the concluding words of s. 4 of the Assignment and Guarantee state as follows:

Furthermore and without restricting the generality of the foregoing, the assignor shall continue to be personally bound by any and all provisions of the franchise agreement related to confidentiality and non-competition.

[12] Indeed, the business model of Timothy's, as reflected in its franchise agreement, was to treat a corporate franchisee and its personal owner as one and the same. To this effect, clause 19.19 of the agreement provides:

In the event that there is more than one Franchisee, or if the Franchisee should consist of more than one legal entity, the Franchisee's liability hereunder shall be both joint and several. A

breach hereof by one such entity or Franchisee shall be deemed to be a breach by both or all.

[13] Moreover, it is revealing and significant that Timothy's June 8, 2005 letter—in which Timothy's informed the franchisee that the franchise agreement would not be renewed—was addressed to Mr. Salah personally, and not to the corporate respondent. The *de facto* relationship under the franchise agreement was between Timothy's and Mr. Salah.

[14] The trial judge concluded that Mr. Salah and his corporation were one entity for the purposes of the franchise agreement. Accordingly, she held that to deny Mr. Salah a remedy on the basis of separateness would yield a result “too flagrantly opposed to justice”: see *Kosmopoulos v. Constitution Insurance Co.*, [1987] 1 S.C.R. 2, at p. 10. I agree with her conclusion. In the context of this dispute between franchisor and franchisee, it would be incongruous, not to mention unfair to Mr. Salah, if he and his corporation were treated as one entity for the purposes of franchise liabilities, but were treated as separate entities when the question of enforcing franchisee rights under the franchise agreement is at issue.

ii. Interpretation of the franchise agreement

[15] Timothy's submission that the trial judge improperly construed Schedule “A” as providing an “option to amend” the franchise agreement is an attempt to ground an appeal on a statement taken out of context in the reasons for the decision. Read as a whole, it is clear that the trial judge was engaged in an analysis of the contract between the parties, and the rights and obligations conferred by its terms. The argument fails on this basis alone. Moreover, there was no error in the approach adopted by the trial judge in construing the agreement before her.

[16] The basic principles of commercial contractual interpretation may be summarized as follows. When interpreting a contract, the court aims to determine the intentions of the parties in accordance with the language used in the written document and presumes that the parties have intended what they have said. The court construes the contract as a whole, in a manner that gives meaning to all of its terms, and avoids an interpretation that would render one or more of its terms ineffective. In interpreting the contract, the court must have regard to the objective evidence of the “factual matrix” or context underlying the negotiation of the contract, but not the subjective evidence of the intention of the parties. The court should interpret the contract so as to accord with sound commercial principles and good business sense, and avoid commercial absurdity. If the court finds that the contract is ambiguous, it may then resort to extrinsic evidence to clear up the ambiguity. Where a transaction involves the execution of several documents that form parts of a larger composite whole—like a complex commercial transaction—and each agreement is entered into on the faith of the others being executed, then assistance in the interpretation of one agreement may be drawn from the related agreements. See *3869130 Canada Inc. v. I.C.B. Distributing Inc.* (2008), 66 C.C.E.L. (3d) 89 (Ont. C.A.), at paras. 30-34; *Drumbrell v. The Regional Group of Companies Inc.* (2007), 85 O.R. (3d) 616 (C.A.), at paras. 47-56; *SimEx Inc. v. IMAX Corp.* (2005), 11 B.L.R. (4th) 214 (Ont. C.A.), at paras. 19-23; *Kentucky Fried Chicken Canada v. Scott’s Food Service Inc.* (1998), 41 B.L.R. (2d) 42 (Ont. C.A.), at paras. 24-27; and Professor John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law Inc., 2005), at pp. 705-722.

[17] I see no error in the manner in which the trial judge applied the principles of construction of commercial agreements. The trial judge considered all of the relevant documents and found that the seminal document, the franchise agreement, was not ambiguous. All of the documents

executed by the parties referred to the premises under the franchise agreement as “Bayshore Shopping Centre, 100 Bayshore Drive, Nepean, Ontario”, and not to a specific store on the third floor.

[18] Indeed, the only agreement that specifically referred to the third floor was the head lease between the Bayshore Shopping Centre and Timothy’s. The appellant contends that the trial judge failed to take the head lease into account in her analysis. I do not agree. A review of her reasons demonstrates otherwise. Moreover, to the extent that any discrepancy exists between the head lease and the franchise agreement, I agree with the trial judge that the franchise agreement should be interpreted *contra proferentem*. The head lease had been negotiated by Timothy’s with the landlord, and its terms were obviously known to Timothy’s at the time it drafted Schedule “A”. Timothy’s had the opportunity to limit the scope of Schedule “A” to the third floor premises and either chose not to do so or was aware that Mr. Salah would not have accepted such a limitation. In either event, there is no basis to find that the trial judge committed a reviewable error. Her conclusions that the franchise agreement and Schedule “A” applied to the whole shopping centre and that Timothy’s conduct—which effectively amounted to a refusal to allow Mr. Salah the option of renewing the franchise agreement—constituted a breach of contract are unassailable.

iii. Breach of duty of good faith

[19] Section 3 of the *Wishart Act* provides:

Fair dealing

3.(1) Every franchise agreement imposes on each party a duty of fair dealing in its performance and enforcement.

Right of action

(2) A party to a franchise agreement has a right of action for damages against another party to the franchise agreement who breaches the duty of fair dealing in the performance or enforcement of the franchise agreement.

Interpretation

(3) For the purpose of this section, the duty of fair dealing includes the duty to act in good faith and in accordance with reasonable commercial standards.

[20] Timothy's argues that its conduct leading up to the expiration of the franchise agreement could not constitute a breach of the duty of good faith because s. 3(1) of the *Wishart Act* only imposes the duty of good faith and fair dealing in the "performance or enforcement" of the existing franchise agreement. In other words, the appellant would have it that a terminated agreement is not caught by the section. In my view, it is unnecessary in this case to consider the full scope of the words "performance or enforcement" as used in the *Wishart Act*. The premise underlying the appellant's submission has been negated by the trial judge's interpretation of the agreement between the parties and the effect of Schedule "A". On the facts as found by the trial judge, there can be no doubt that the conduct at issue arises squarely within the "performance or enforcement" of the franchise agreement.

[21] Since I find no error in the trial judge's conclusion that Schedule "A" applies to the whole shopping centre and that the right of renewal was triggered, the appellant's submission on the effect of s. 3(2) of the *Wishart Act* cannot succeed.

[22] I turn then to the conduct of the appellant. When Timothy's could no longer renew the head lease of the third floor location and was negotiating a new lease on the second floor, the

evidence showed that the franchisor deliberately kept Mr. Salah in the dark about its intentions. The trial judge found that “Mr. Black [the senior vice-president of development at Timothy’s] e-mailed Bayshore Shopping Centre representatives asking them to refrain from passing on any information about the second floor location to Mr. Salah”. The trial judge made further factual findings that Timothy’s “actively sought to keep the franchisee from finding out what was going on with the lease” and that Timothy’s deliberately withheld “critical information and did not return calls”. These findings of fact more than support the conclusion that there was a breach of the duty of good faith that franchisors owe franchisees under s. 3(1) of the *Wishart Act*.

iv. Damages

[23] The trial judge awarded damages under two heads: (1) damages flowing from the breach of contract, and (2) damages for the breach of the duty of good faith and for mental distress.

[24] For past and future losses flowing from the breach of contract, the trial judge had before her both the opinion of the appellant’s expert, who calculated the loss of profits only to 147, and the opinion of the respondents’ expert, who assessed the losses to Mr. Salah and 147 collectively. As the trial judge decided to treat Mr. Salah and his corporation as one and the same, it was open to her to prefer the evidence of the respondents’ expert, which took into account the loss of income to Mr. Salah as a result of the breach. I would not interfere with this decision.

[25] The appellant submits that it is not open to the trial judge to award damages under the *Wishart Act* for anything other than compensatory damages relating to pecuniary losses. In other words, it is not open to a trial judge to award damages under the head of compensatory damages relating to non-pecuniary losses, or under exemplary or punitive damages. It argues that any

damages flowing from the breach of the duty of good faith is limited to lost profits, and in particular the lost profits, if any, of 147. The latter point is addressed above. The trial judge treated Mr. Salah and 147 as a single entity for the purpose of determining losses flowing from the breach of contract and, on the evidence, she was entitled to do so.

[26] In like fashion, the argument advanced by the appellant with respect to the limitations applicable to damage awards under s. 3(2) of the *Wishart Act* is misconceived. The *Wishart Act* is *sui generis* remedial legislation. It deserves a broad and generous interpretation. The purpose of the statute is clear: it is intended to redress the imbalance of power as between franchisor and franchisee; it is also intended to provide a remedy for abuses stemming from this imbalance. An interpretation of the statute which restricts damages to compensatory damages related solely to proven pecuniary losses would fly in the face of this policy initiative.

[27] The right of action provided under s. 3(2) of the *Wishart Act* against a party that has breached the duty of good faith and fair dealing is meant to ensure that franchisors observe their obligations in dealing with franchisees. In that regard, the conduct that the trial judge found egregious in the present case is precisely the mischief that this legislation was enacted to remedy.

[28] Our courts have given limited recognition to the duty of good faith between contracting parties in general. However, by enacting legislation that addresses the particular relationship between franchisors and franchisees, the legislature has clearly indicated that such relationships give rise to special considerations, both in terms of the duties owed and the remedies that flow from a breach of those duties. This is evident in the wording of s. 3(2), which focuses on the conduct of the breaching party and not injury to the other side. The trial judge's award of damages was informed by these considerations.

[29] In summary, I am in agreement with the trial judge that s. 3(2) of the *Wishart Act* permits an award of damages for the breach of the duty of good faith, separate and in addition to any award in compensation of pecuniary losses. I would go further to say that any such award must be commensurate with the degree of the breach or offending conduct in the particular circumstances. Taking the conduct of the appellant as found by the trial judge into account, I see no error in her decision to award damages on a merged basis for the breach of duty of good faith and mental distress, either in principle or in respect of quantum. In my view, her findings as to the breach of duty of good faith alone would support the amount of the award.

[30] Accordingly, I would not interfere with her decision as to damages.

v. *The Pleadings Argument*

[31] I will deal summarily with the pleadings argument advanced by the appellant. The trial judge found that Mr. Salah and 147 should be treated as one entity with regard to the franchise agreement. As noted above, there was ample evidence to support this finding. Having done so, she was entitled thereafter to treat the pleadings of one as the pleadings of the other. This is a complete answer to the appellant's argument. Accordingly, I would not give effect to this ground of appeal.

CONCLUSION

[32] I would dismiss the appeal.

[33] The respondents shall have their costs in the amount of \$32,500, all inclusive.

RELEASED: October 14, 2010

“Winkler C.J.O.”
“I agree M. Rosenberg J.A.”
“I agree Pitt J.”

CITATION: Old Navy (Canada) Inc. v. The Eglinton Town Centre Inc., 2019 ONSC 3740

COURT FILE NO.: CV-17-00571262-0000

DATE: 20190621

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:)
)
)
 OLD NAVY (CANADA) INC.) *Jonathan Lancaster and Daniel Richer, for*
) *the Applicant*
)
 Applicant)
)
 – and –)
)
)
 THE EGLINTON TOWN CENTRE INC.)
) *Catherine Francis, for the Respondent*
)
 Respondent)
)
)
)
) **HEARD:** January 14-18, 2019, at Toronto

REASONS FOR DECISION

Michael G. Quigley J.

Overview	2
Background	2
(a) The Parties	2
(b) The Drafting of the Letters of Intent and Lease	3
(c) Key Lease Provisions	5
(d) The Danier bankruptcy and its aftermath	9
Legal Principles	14
(a) Principles of Contractual Interpretation	14
(b) The Lease Co-Tenancy Requirements	17
The Positions of the Parties	23
Issues	24
Analysis	25
(a) Interpretation of the Lease and the Co-Tenancy Requirements	25

(b) The parties' intentions in 2000: The LOI amendments and choice of Key Stores	27
(c) The parties' intentions and the contra proferentum rule	32
(d) The Intent of the Parties as Reflected in Their Conduct	39
(i) Danier's Assignment into Bankruptcy	39
(ii) GAP/Old Navy's Conduct Regarding the Key Stores Requirements	41
(e) Is the Alternative Rent Remedy an Unenforceable Penalty Clause?	43
(f) Should rectification be granted?	46
Conclusion and Disposition	47

Overview

[1] This proceeding involves the interpretation of a lease (the "Lease") between Old Navy (Canada) Inc. as tenant ("Old Navy") and The Eglinton Town Centre (the "Centre") as landlord (the "Landlord").

[2] Old Navy commenced this matter as an application for declaratory relief, but on May 28, 2018, Gans J. ordered that it be converted to an action to be heard at a two-day trial, with the application affidavits to serve as the pleadings. Firestone J. extended it to a five-day trial. In this action, the Landlord now also seeks equitable relief.

[3] In addition to declaratory relief, Old Navy seeks a refund of rents that it claims to have overpaid to the Landlord. At its core, the issues in this case involve the interpretation of certain provisions of the parties' Lease that went into effect on May 1, 2000. Old Navy asks the Court to give effect to a rent reduction provision contained in co-tenancy operating requirements in the Lease, (the "Co-Tenancy Requirements"), which applies in certain circumstances where one or more of a small number of stipulated "Key Stores" at the Centre leave or if there is a significant failure of the Centre as a whole.

[4] This decision focuses on whether the provisions of the Lease are clear, straightforward, and reflect the contract that the parties thought they had signed. It requires an interpretation of the Lease as well as an analysis of the parties' contractual intent, their respective understanding of the Lease, and whether their dealings with each other were in good faith. With hindsight, in a contractual context, this dispute can be analogized to two ships passing in the night because neither the Landlord nor Old Navy ever had the same understanding of the Lease, and in particular, the Co-Tenancy Requirements.

Background

(a) The Parties

[5] Old Navy is a prominent retailer of clothing. It operates stores throughout Canada, the United States, and worldwide. Old Navy is a subsidiary of GAP Inc. ("GAP"), which is headquartered in San Francisco, California. Old Navy's operations and stores are owned and

directed by GAP. Because GAP is the directing mind for Old Navy, the applicant and their store at the Centre are frequently referred to in these reasons collectively as “GAP/Old Navy.”

[6] GAP is the largest specialty retailer in the United States. It has approximately 3,700 stores worldwide, including 240 stores in enclosed malls, so-called lifestyle centres and strip/power centres across Canada, operating under the GAP, Banana Republic, and Old Navy brands. Of the three, Banana Republic is considered to be at the top end of the GAP family of brands, while Old Navy is the low level, inexpensive or budget brand.

[7] Mr. Ryan O’Connor testified for GAP/Old Navy at this trial. Mr. O’Connor is a member of the GAP Real Estate Department and is responsible for the retailer’s worldwide leases. Although Mr. O’Connor is not licensed to practice law, he is legally trained and has had extensive experience in GAP lease negotiations since he joined GAP in 2005. Importantly, that was five years after the Lease in this matter was negotiated and concluded. As explained in greater detail below, there were no witnesses at this trial who testified for GAP about these earlier lease negotiations.

[8] The Landlord is owned and operated by Lebovic Enterprises, a well-known Toronto and Canadian property developer. Amongst others, it owns and operates the Centre. The Centre is a so-called “Power Centre”, located at Eglinton Avenue East and Lebovic Avenue in Scarborough, Ontario.

[9] Old Navy was an original or at least early tenant at the Centre, before it was fully constructed, and it has remained a tenant under a Lease since May 2000. Old Navy’s Lease with the Landlord has been extended from time to time through several renewal options.

[10] The Centre has in place a varied mix of retail stores, restaurants, and service providers offering complementary goods and services to the same general demographic as Old Navy shoppers. As is typical in any Centre, there is a frequent change of tenants.

(b) The Drafting of the Letters of Intent and Lease

[11] The foundation for the Lease between the Landlord and Old Navy was three letters of intent (“LOIs”). The first and third LOIs between the parties were dated March 31 and April 4, 2000, with the second being of an unknown intermediate date.

[12] The Lease was negotiated between GAP and the Landlord. None of the individuals at GAP involved in this Lease negotiation still work for GAP, so there was no contemporaneous memory of the negotiations from their perspective. One individual who was involved still works in San Francisco for a private law firm, but was either not approached or unwilling to speak to her role in these matters.

[13] The Landlord’s Executive Vice-President, Lloyd Cherniak, signed the LOIs on behalf of the Landlord but he was not their principal negotiator. However, as an experienced and qualified

veteran in real estate and commercial leases, who has now been part of Lebovic Enterprises Limited for more than 37 years¹, Mr. Cherniak did formally represent the Landlord.

[14] In addition, the Landlord also had the assistance of Paracom Realty Corporation (“Paracom”), as represented by Seymour Schwartz. Paracom was the agent for the Landlord in the negotiation of the LOIs and the Lease. Discussions started in November, 1999, between GAP/Old Navy and Paracom regarding the possibility of a lease at the Centre. It was most likely that Paracom brought the parties together. Both sides were legally represented and there is no realistic suggestion of unequal bargaining power between them.

[15] The template used for Old Navy’s lease was the GAP standard form of lease as it read at that time. As is becoming increasingly common in commercial leases for space in shopping centres and malls like this one, as the Lease was being negotiated, GAP wanted there to be a co-tenancy requirement included.

[16] The original typed version of the LOI described what the content of the Lease and that provision was to include. Two prospective tenants of the Centre were stipulated as the Key Stores: Canadian Tire and Cineplex. These are the kinds of large, heavy draw businesses that are so-called “anchor tenants”. They are called anchor tenants because their premises occupy a significant amount of space, and more importantly because they are businesses that tend to draw a lot of traffic to the Centre. This is traffic that GAP wanted to ensure was present at the Centre in order to enhance the retail success and profitability of its Old Navy store.

[17] Canadian Tire is located in very close proximity to the Centre. At the time the LOI was drafted, Canadian Tire was situated on land that comprised part of the Centre. However, it later bought out the underlying freehold from the Landlord. While the store still has a significant presence in the area, it is now independently owned and no longer forms part of the Centre. As a result, there needed to be one or more other Key Stores to take its place.

[18] As the LOI negotiations progressed, after it was realized that Canadian Tire could not be a Key Store, Mr. Schwartz suggested the change to the Co-Tenancy Requirements to: (i) delete Canadian Tire and add Roots, Danier, and Globo Shoes as Key Stores; and (ii) change from a 80% to 70% store occupancy and opened requirement as of the date that Old Navy opened its retail space. As explained below, these provisions were included in the final terms of the Lease and form the heart of the subject matter of the dispute between the parties.

[19] There was no contemporaneous evidence of how the reference to Canadian Tire was struck out in the LOIs and “Roots, Globo and Danier Leather” were handwritten in its place. None of them were anchor tenants at the Centre. They were, however, all retail stores located in

¹ There were others involved in the negotiations as well, including John Temesvary, a lawyer of 35 years standing who was a partner at Fogler Rubinoff in the Business Law Department at the time. Mr. Temesvary was probably involved in the negotiations of the LOIs and he executed the Lease on behalf of the Landlord, together with Joseph Lebovic, as the sole officers and directors of the Landlord at the time.

the only fully completed section of the Centre at that time. Roots sells men's, women's and children's clothing, active wear, shoes and small home furnishings. Globo Shoes sells "affordable shoes for the family", and Danier Leather, at that time², sold upscale leather clothing from outlet type retail stores.

[20] There remains one very important difference between the LOIs as amended over the negotiation period and the final Lease terms as it relates to the operation of the Co-Tenancy Requirements: the LOI was amended in handwriting, evidently by the Landlord or its agent, providing that in the event Old Navy exercised its Co-Tenancy rights, then *either* the Landlord or the Tenant would be entitled to terminate the Lease not earlier than six months following the commencement of the payment of Alternate Rent.

[21] Notably, this provision was *not* incorporated into the final Lease terms. There was no evidence at trial of any negotiated agreement to *remove* that provision's reciprocal application to *both* Old Navy *and* the Landlord in the event of an election by Old Navy to enforce its Co-Tenancy rights.

[22] No one was able to cast light on that claimed oversight. None of the GAP/Old Navy personnel actually involved in the Lease negotiation provided evidence. As mentioned, Mr. O'Connor was not employed at GAP until 2005 and so had no reliable knowledge or history of these negotiations. The only evidence on point was that of Mr. Cherniak. I will refer to the evidence on this point later in these reasons.

(c) Key Lease Provisions

[23] Article 13 of the Lease contains the Co-Tenancy Requirements as reflected in the final Lease terms that were intended to be consistent with the terms of agreement in the LOIs. Section 13.3 of the Lease provides as follows:

13.3 Operating Requirements

(A) Notwithstanding anything to the contrary in this Lease, Tenant shall not be required to open the Premises for business at all nor operate during Designated Times (or, in the absence thereof, Minimum Times) unless the Key Stores plus retail stores (other than the Premises and the Key Stores) having an aggregate of eighty percent (80%) or more of the total built GLA, as at the expiry of the Construction Period, of the Shopping Centre (other than the Premises and the Key Stores) are also open for business during the Designated Times (or, in the absence thereof, Minimum Times) (the "Operating Requirements");

² Since its bankruptcy, Danier has re-opened under new ownership. It has deleted the word "Leather" from its branding and now simply sells apparel.

(B) The Key Stores are the following retailers occupying the floor area indicated:

<u>Trade Name</u>	<u>Floor Area</u>
Cineplex	68,000 sf
Roots	6,545 sf
Globo Shoes	12,084 sf
Danier Leather	6,548 sf

(C) A store shall not be considered open for business if such store is open and operating

(1) less than the Designated Times (or, in the absence thereof, Minimum Times), or

(2) in less than substantially all of its space. Any of the foregoing events shall be deemed a failure of the Operating Requirements and may sometimes be referred to as a “Co-Tenancy Failure.” Landlord shall immediately notify Tenant of any Co-Tenancy Failure. If the Operating Requirements are not being met because a store is closed by reason of casualty, expropriation or the making of repairs or alterations (collectively, an “Excused Closure”), such Excused Closure shall not give rise to Tenant’s right to pursue Operating Requirement Remedies unless such Excused Closure continues for more than a period of sixty (60) days. Any waiting period before which Tenant may exercise the Operating Requirement Remedies shall be deemed to run concurrently with such 60-day grace period for an Excused Closure.

[24] As can be seen, s. 13.3(A) of the Lease appears to contain two operating requirements: the presence of Key Stores *and* a percentage of GLA based operating requirement. Section 13.3(B) of the Lease then identifies the Key Stores and their respective areas in square feet. This is to enable the calculations to be performed that determine when the provision applies. Finally, section 13.3(C) of the Lease identifies when a co-tenancy failure has occurred and sets out a Landlord notice requirement to the Tenant. Collectively, these are the three elements of the Co-Tenancy Requirements.

[25] Section 13.3(D) contemplated that the Landlord would deliver annually to Old Navy, at Old Navy’s request, a notice certifying the then current trade name and GLA of each tenant. Additionally it also permitted Old Navy to conduct an audit and inspect the Landlord’s records on 30 days’ notice at its expense. However, Old Navy never required annual listings of tenants or their GLA at the Centre and it never conducted any audits in relation to the tenancies and leasable GLA. Old Navy did request tenant listings from time to time, but that only occurred on

several occasions over the years connected with and in anticipation of exercising lease renewal options for additional terms.

[26] Section 13.4(A) of the Lease goes on to describe the Tenant's recourse in the event that the Landlord does not achieve the operating requirements, either for the purposes of whether the Tenant is required to open for business at all, or continue to operate. This is the provision Old Navy relies upon in its ongoing payment of reduced rent. Section 13.4(A)(2) of the Lease (the "Alternate Rent Section") provides as follows:

13.4 Operating Requirement Remedies

(A) If the Operating Requirements are not met within 30 days' written notice, then, effective immediately, Tenant shall have the following rights:

(1) Right to Close Remedy. Tenant may close the Premises for business and, during such period of closure, Tenant shall pay Minimum Rent in lieu of all other Rent and perform all of such other obligations as are applicable to a vacant premises. This remedy is referred to herein as the "Right to Close Remedy." If at any time during the Term the Premises have been closed for business for a continuous period of six (6) months pursuant to the Right to Close Remedy, Landlord shall have the right to terminate this Lease upon written notice to Tenant effective on a date stipulated in such notice, which date shall be not less than sixty (60) days and not more than one hundred and twenty (120) days following the date on which such notice is given to Tenant. Tenant shall be entitled, within thirty (30) days after receipt of Landlord's notice of termination, to give Landlord written notice undertaking to re-open the Premises for business within ninety (90) days after the termination date set out in Landlord's notice of termination, and provided Tenant does re-open the Premises for business by such time, Landlord's notice of termination shall be automatically revoked and of no effect.

(2) Alternate Rent Remedy. Tenant may remain open for business and pay monthly, as "Alternate Rent" during the period that the Operating Requirements are not being met, in lieu of Minimum Rent and Other Charges, an amount equal to: (a) for the first three (3) months of the Co-Tenancy Failure, fifty percent (50%) of the amount of Minimum Rent then applicable; and (b) thereafter, until the Operating Requirements are once again met, twenty-five percent (25%) of the amount of Minimum Rent then applicable. Each such payment of the Alternate Rent shall be made on the same days as monthly instalments of Minimum Rent are payable hereunder. This remedy is referred to herein as the "Alternate Rent Remedy."

[27] As is apparent from section 13.4(A)(2), it provides for a rent adjustment during the period of a co-tenancy failure. The Co-Tenancy Requirements found in Article 13 of the Lease are *not*

entitled “Default”. The Co-Tenancy provisions are not events of default contained in Article 22 of the Lease, but instead purport merely to regulate the amount of rent payable (as, for example, a percentage rent³ provision may also do, albeit in other ways).

[28] Finally, section 13.5, which deals with the substitution of tenants, is of relevance to this dispute. It provides as follows:

13.5 Substitution

(A) If Landlord desires to substitute a retailer for one of the Key Stores for purposes of satisfying the Operating Requirements, Landlord shall submit the name of such substitute retailer to Tenant for its prior written approval. The approval of Tenant shall not be unreasonably withheld if: (1) the use to be conducted by such substitute retailer is substantially the same as that conducted by the Key Store it is intended to replace; (2) the merchandise sold by such substitute retailer is of equal or better quality, and is offered at similar price points as the Key Store that it is intended to replace; and (3) such substitute retailer will operate a retail business from substantially all of the premises being vacated by the Key Store it is intended to replace.

(B) The aforementioned right of approval of Tenant is solely for the purpose of determining whether such proposed replacement retailer qualifies as a Key Store for purposes of determining Tenants rights under this Lease and is not intended to impair or restrict the freedom of Landlord to enter into leases or operating agreements with any party with whom Landlord desires in the exercise of its sole and absolute discretion.

[29] Old Navy, through the GAP head office and as represented by Mr. O’Connor, and the Landlord, as represented by Mr. Cherniak, differ in their interpretation of this provision.

[30] As noted above, the LOIs expressly provided that in the event Old Navy exercised its co-tenancy rights, either the Landlord or the Tenant would be entitled to terminate the Lease after six months. While this provision was *not* included in the final Lease terms, I note there was no agreement to remove that reciprocal entitlement, and indeed, that is the provision for which the Landlord seeks rectification.

[31] Section 27.12 of the Lease is entitled “Landlord and Tenant and their Respective Representatives to Act Reasonably and in Good Faith” and it expressly provides as follows:

³ A common provision in a commercial retail lease is a percentage (or participating) rent clause under which a tenant pays a rent based on a fraction of gross sales on gross revenues, in addition to base (or minimum) rent, and additional rent for taxes, maintenance, insurance and other charges.

27.12 Landlord and Tenant and their Respective Representatives to Act Reasonably and in Good Faith

Landlord, and each person acting for Landlord, in making any determination (including, without limitation, any determination as to whether or not to grant any consent or approval required of it), designation, calculation, estimate, conversion, or allocation under this Lease, will act reasonably and in good faith and each accountant, architect, engineer, surveyor and other professional person employed or retained by Landlord will act in accordance with the applicable principles and standards of such person's profession.

Tenant, and each person acting for Tenant, in making any determination (including, without limitation, any determination as to whether or not to grant any consent or approval required of it), designation, calculation, estimate, conversion, or allocation under this Lease, will act reasonably and in good faith and each accountant, architect, engineer, surveyor and other professional person employed or retained by Tenant will act in accordance with the applicable principles and standards of such person's profession.

[32] The Lease was dated as of May 1, 2000 but because of the custom building work required to outfit its store consistent with its branding, Old Navy did not take possession under the Lease until December 8, 2000 and it opened for business on April 4, 2001. Old Navy did receive a significant leasehold allowance from the Landlord of \$16.00 per square foot, that is, \$360,000, as a contribution towards the construction and outfitting of the store to meet GAP's spatial and branding requirements.

[33] The original term of the Lease was from May 1, 2000 to April 30, 2006. It was renewed and amended, without material change on three occasions: (i) by a simple renewal letter dated September 6, 2005, for the period from April 30, 2006 to April 30, 2011; (ii) by a renewal letter dated July 30, 2010 and agreement dated April 5, 2012, for the period from May 1, 2011 to April 30, 2016; and (iii) by a renewal and amendment dated January 16, 2014, for the period from May 1, 2016 to April 30, 2021, with a further 5-year optional renewal period stipulated in the last renewal. There is no evidence the parties had any material discussions about the other Lease terms during the three successive Lease renewals.

(d) The Danier bankruptcy and its aftermath

[34] Danier was a prominent Canadian retailer of leather goods. The Landlord entered into a lease with Danier for an initial 10-year term from June 10, 1999 to June 9, 2009. Danier's lease was renewed in 2009 and Danier remained a tenant of the Centre until 2016. Danier's premises were comprised of 6,548 square feet of space out of a total of 285,425.37 square feet of GLA in the Centre. In other words, Danier's retail outlet accounted for only 2.3% of the current GLA.

[35] Danier was a public company. Its shares were listed on the Toronto Stock Exchange. However, public filings showed that Danier had been struggling financially since its 2014 fiscal year, with declining revenues and annual losses. This decline is believed to have been attributable to a change in tastes of the purchasing public away from leather products and apparel. On February 4, 2016, Danier filed a Notice of Intention to File a Proposal under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C., 1985 c. B-3 (the “NOI”).

[36] Certainly, Danier’s bankruptcy filing was a significant event in the retail industry and it was publicly reported in the national media. At the time of the NOI filing, Danier operated 84 stores across Canada. All of the stores were leased. In the end, however, Danier decided not to file a bankruptcy proposal and instead made an assignment in bankruptcy. A receiver was appointed over Danier to liquidate the stores. Danier continued operating until July 2016.⁴

[37] Certainly all of the tenants at the Centre, including the local management of the Old Navy store, would have known that Danier was conducting a “store closing” sale, as authorized by the court orders in Danier’s insolvency filing. However, no one appears to have advised the GAP/Old Navy Head Office that Danier had closed until late summer of 2016.

[38] Importantly, throughout the period of the closing of the Danier outlet, the other retail businesses at the Centre were thriving. The Centre’s construction had long been completed and was well over 90% leased at the time of Danier’s bankruptcy and the subsequent store closure. Cineplex was drawing movie audiences every day and the remaining three pods of stores including the building in which the Old Navy store was situated, across the parking lot from the Danier outlet, were all operating. There was no evidence they were not operating profitably.

[39] The Landlord insists that the closure of Danier had no material impact whatsoever on foot traffic at the Centre or on Old Navy’s sales. Given its interpretation of the Co-Tenancy Requirements, the evidence showed that the Landlord did not consider that a co-tenancy failure had occurred, and accordingly that it had any obligation at that time under section 13.3 (C) of the Lease. Consequently, the Landlord did not provide any notice to GAP/Old Navy of Danier’s closure.

[40] By September 15, 2016, GAP/Old Navy claimed they had finally learned about Danier’s failure. As such, Old Navy issued a Notice of Co-Tenancy Failure to the Landlord (the “Co-Tenancy Failure Notice”) and took the position that: (i) Danier Leather’s bankruptcy constituted a “co-tenancy failure” under the Lease; (ii) that the Landlord had breached the Lease by failing to advise Old Navy of Danier’s bankruptcy; and (iii) that Old Navy was therefore exercising its “right” under the Lease to pay Alternate Rent to the Landlord, retroactive to May 1, 2016.

⁴ I note as an aside, that there was at least one Danier Leather Store, located in downtown Toronto in the Toronto Dominion Centre, which continued to operate after the insolvency of the other stores. It was evidently owned by one of the former principals of Danier Leather. It continues to sell leather goods to this day. In addition, as noted, under new ownership, Danier has now resurrected itself, but selling a broader range of apparel.

[41] Unfortunately GAP/Old Navy sent the Co-Tenancy Failure Notice to a former address for the Landlord, so that notice did not come to Mr. Cherniak's attention until the end of September, 2016. That was after Ms. Erin Rowe from GAP Head Office left Mr. Cherniak a voicemail message on or about September 28, 2016, and then sent a follow-up email. She took the position that the Centre was "currently in co-tenancy failure due to the closure of Danier Leather" and advised that Old Navy would be pursuing the Alternate Rent remedy under the Lease.

[42] The Landlord disputed that the Centre was "currently in co-tenancy failure due to the closure of Danier" and advised that if the current rent was not paid, the Landlord would consider Old Navy to be in default under the terms of the Lease. At the same time, the Landlord retained counsel, Mr. Jason Cherniak, to provide a formal legal response to Old Navy's September 15, 2016 letter. Mr. Jason Cherniak is Mr. Cherniak's son, who practices law on his own entirely separate from the Landlord's business. As counsel for the Landlord and on its instructions, Mr. Jason Cherniak responded to this letter on October 24, 2016. In that response, Mr. Jason Cherniak proposed to substitute Party City, an existing tenant at the Centre, as an alternative Key Store under the Lease.

[43] After approximately six weeks, GAP/Old Navy provided a formal response to the Landlord. The Landlord's proposal for Party City appeared to go through at least two departments at GAP Head Office before the Landlord received a substantive response on December 6, 2016.

[44] First, on October 26, 2016, Magdalena Silva-Baneulos took the position that Mr. Cherniak's alternative Key Store proposal would have to be submitted by way of written request to the proper GAP legal address as set out in the Lease. Eight days later, on November 3, 2016, Ms. Silva-Banuelos advised that GAP's legal department was reviewing the claim. In the meantime, she requested that the Landlord provide to GAP a Tenant Listing and/or Site Plan by November 16, 2016. Finally, Mr. Ryan O'Connor wrote a formal letter to the Landlord on December 6, 2016 advising that GAP would not accept Party City as a substitute Key Store under the Lease.

[45] It was GAP's position that Party City could not meet the criteria for substitution under section 13.5 of the Lease for four reasons. First, it was insufficient to GAP that both Danier and Party City were retail stores. Second and third, in its view, Party City's business sold different merchandise than had been sold by Danier Leather and it was not of equal or better quality and not at similar price point to Danier merchandise. Finally, GAP rejected the proposal because it was GAP's position that a substitute retailer would only be acceptable if it took over and commenced to operate out of the *same* retail space formerly occupied by Danier. Another location in the Centre would not be acceptable.

[46] As a result, Old Navy ceased paying rent under the Lease. It took the position that it was entitled to offset its retroactive rent decrease under its claimed Alternative Rent rights against its current rent payments.

[47] The Landlord responded a week later on December 13, 2016, when Mr. Jason Cherniak wrote to GAP/Old Navy formally putting them on notice that the Landlord considered them to be in default of the Lease due to the Tenant's election under the Alternate Rent section. The December 13 Notice letter contains the usual draconian boilerplate language typical of a Landlord's assertion of default on the part of a tenant, but it also specifically required as follows:

You are hereby required to forthwith remedy the aforesaid default by delivering to the Landlord, by not later than December 24, 2016, a certified cheque in the amount of One-Hundred Two Thousand, Five Hundred Fifty-Seven Dollars and Seventy-Five Cents (\$102,557.75) (comprising all arrears to December 14, 2016 as set out on the enclosed statement of account plus legal fees). If a certified cheque in the aforesaid amount is not received by that time, the Landlord will thereupon and thereafter have the right, without further notice, to exercise such remedies under the Lease or at law as it may be advised including, without limitation, the right to terminate the Lease and take possession of the Premises. Any such termination will be without prejudice to all of the Landlord's other rights under the Lease and at law in respect of any defaults, including without limitation, the right to collect any amounts owing and the right to hold you responsible for all future losses over what would have been the unexpired term of your tenancy but for such termination.

[48] GAP/Old Navy paid the disputed amount with two certified cheques, one issued on December 21, 2016 for \$15,057.86, and a second for between \$125,000 and \$135,000, subject to verification, to be sent to the Landlord on Friday, January 6, 2017.

[49] Mr. Daniel Byma, Old Navy's external Canadian counsel in Vancouver, sent a letter advising the Landlord that any further and future rent payments in excess of the Alternative Rent amounts were being paid under protest. The letter also advised that Old Navy was reserving its right to commence legal proceedings against the Landlord. Old Navy has continued to pay rent under protest since that time. The amount paid under protest now exceeds \$1.5 million.

[50] In a subsequent letter sent on December 23, GAP/Old Navy reiterated its position that there was a Co-Tenancy Failure under s. 13.3 of the Lease, that it was entitled to the Alternate Rent Remedy pursuant s. 13.4, and that it was not obligated to pay the \$97,557.75 as demanded.

[51] Mr. Byma also sent an email stating that he did not have instructions from GAP to accept service of the Notice and instructed Mr. Cherniak to serve it at GAP's San Francisco office. Mr. Cherniak sent the Notice to Old Navy by UPS courier on December 23, 2016.

[52] By this time, the Landlord was in advanced negotiations with Ren's Pets Depot ("Ren's") to lease Danier's space at the Centre. Ren's is a growing Canadian retail chain selling principally pet supplies. The Landlord was of the view that Ren's sold high quality merchandise within the

same price range as Danier, and that the presence of a Ren's would actually be complementary to the retail mix at the Centre and increase traffic draw.

[53] On December 23, 2016, Jason Cherniak wrote to Mr. Byma advising Old Navy that the Landlord had entered into a lease with Ren's. While the letter formally proposed Ren's as the substitute Key Store for Danier, the Landlord would be proceeding with a lease with Ren's regardless of the position taken by GAP/Old Navy. Mr. Cherniak also enclosed a corporate profile on Ren's and an exterior photo of one of its stores.

[54] Neither Mr. Byma nor any official from GAP/Old Navy provided an answer to the Landlord's request to substitute Ren's as a Key Store in the Danier retail space. They simply never responded. Mr. O'Connor testified, frankly, that they saw no point in responding because by that time GAP/Old Navy appears to have decided that they would take the matter to litigation and seek a determination from the courts on their position.

[55] In its written materials, Old Navy submitted that it saw no point in responding to the Landlord's suggestion to bring in Ren's because, at least in its view, Ren's was clearly not qualified to be a substitute Key Store as it was not a retailer of "upscale apparel", but rather was a pet food and supplies retailer.

[56] At its core, GAP maintains that the merchandise sold by Ren's was not of equal or better quality than that offered by Danier, and that no evidence had been provided by the Landlord to show that Ren's and Danier's merchandise were at similar price points. In its view, the use of the premises by Ren's, a supplier of pet products, would clearly have been different than that of Danier, a retailer of upscale leather apparel and accessories. In other words, as far as GAP/Old Navy was concerned, Ren's was not a qualifying substitute retailer within the meaning of section 13.5(A) of the Lease.

[57] In support of this position, GAP/Old Navy relied on the terms of Danier's 1999 lease with the Landlord in arguing that the only retailer that could qualify as a Key Store would need to meet the following, very constrained attributes: "a retail business featuring principally the retail sale of men's, ladies' and children's leather, fur, suede and sheepskin garments and as ancillary to such principal use, the sale at retail of belts, leather handbags and purses, leather hats and other items from time to time being sold in the majority of the Tenant's other retail stores located in Canada."

[58] Although GAP/Old Navy considered the information provided by the Landlord about substituting Ren's to be sparse and inadequate, GAP/Old Navy's counsel asserts that GAP was nevertheless able to determine from the information provided that Ren's did *not* meet the criteria in sections 13.5(A)(1) and (2) of the Lease.

[59] While GAP claims to assess each mall/centre on a case-by-case basis, the evidence before me suggests that GAP plainly prefers other apparel stores and sometimes cinemas as Key Stores, but definitely not pet stores or novelty stores. Indeed, while GAP did not ever provide a copy of

its current Standard Form Lease, I understood from Mr. O'Connor's evidence that it now contains an outright ban on pet stores being located in shopping centres where GAP rents premises. As a result, GAP felt no need to respond to the request concerning Ren's.

[60] In the end, the Landlord rented the former Danier premises to Ren's and on March 20, 2017, GAP/Old Navy issued the Notice of Application that gave rise to this action. Notably, nothing in the Application Record made any reference at all to the Landlord's request that Old Navy approve of Ren's as a substitute Key Store, or the fact that the former Danier premises had been rented to Ren's.

[61] The Landlord asserts that by failing to respond to its efforts to find replacement tenants, GAP/Old Navy did not act in good faith. In response, GAP/Old Navy claims that the Landlord's threat to terminate the Lease in the December 13 notice letter is germane to their position that the Landlord did not act in good faith. In their position, the Landlord's conduct during that time clearly demonstrates an underlying absence of good faith on the Landlord's part.

Legal Principles

(a) Principles of Contractual Interpretation

[62] The "interpretation of a written contractual provision must always be grounded in the text and read in light of the entire contract."⁵ The interpretive exercise is objective rather than subjective: "[t]he goal in interpreting an agreement is to discover, objectively, the parties' intention at the time the contract was made."⁶ Equally and fundamentally, commercial contracts must be interpreted with sound commercial principles and good business sense.⁷

[63] At para. 2.5.2, in his seminal text on *Canadian Contractual Interpretation Law*⁸, Geoff Hall writes as follows:

Courts seek a commercially sensible interpretation of the contract to give effect to the intentions of the contracting parties. Since those who enter into commercial contracts generally have sensible goals, a commercially sensible interpretation is more likely to be consistent with their intentions and is one that does not make commercial sense. This point was made by the Manitoba Court of Appeal in the following way:

In determining the meaning of the language of a commercial contract, and unilateral contractual notices, the law therefore

⁵ *Creston Moly Corp. v. Sattva Capital Corp.*, 2014 SCC 53, at para. 57.

⁶ *Gilchrist v. Western Star Trucks Inc.*, [2000] B.C.J. No. 164 (B.C. C.A.) at para. 17.

⁷ *Scanlon v. Castlepoint Development Corp.*, [1992] O.R. No. 2692, 11 O.R. (3d) (C.A.), 744 at p. 770, leave to appeal to S.C.C. refused [1993] S.C.C.A. No. 62 (S.C.C.).

⁸ G. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law*, 3rd ed. (Markham: Lexis Nexis, 2016) at pp. 24-26.

generally favours a commercially sensible construction. The reason for this approach is that a commercial construction is more likely to give effect to the intention of the parties.⁹ [Emphasis added]

The House of Lords, in a passage which has been applied in Canada, put the point the following way: “the more unreasonable the result the more unlikely it is that the parties can have intended it, and if they do intend that the more necessary it is that they shall make that intention abundantly clear”.¹⁰

[64] Since contractual interpretation is an objective exercise, commercial reasonableness cannot be judged solely from the perspective of one of the contracting parties, but rather must be assessed objectively:

[T]he document should be construed in accordance with sound commercial principles and good business sense. Care must be taken, however, to do so objectively rather than from the perspective of one contracting party or the other, since what might make good business sense to one party would not necessarily do so for the other.¹¹

[65] The corollary of the commercial efficacy principle is the precept that commercially absurd interpretations are to be avoided¹², and it is the duty of the Court in interpreting commercial documents, to avoid an interpretation that would result in a commercial absurdity.¹³

[66] In a recent decision, *Park Royal Centre Holdings Ltd. v. GAP (Canada) Inc.*¹⁴, DeWitt-Van Oosten J. analysed a co-tenancy provision that was at issue in that lease, and which had similarities to this co-tenancy provision. However, she commenced her analysis by emphasizing the fundamental rule that:

[t]he contractual intent of parties to a written contract is objectively determined by construing the plain and ordinary meaning of the words of the contract in the context of the contract as a whole and the surrounding circumstances (or factual matrix) that existed at the time the contract was made, unless to do so would result in an absurdity.¹⁵

⁹ *Nickel Developments Ltd. v. Canada Safeway Ltd.*, 2001 MBCA 79 at para. 34.

¹⁰ *Schuler A.G. v. Wickman Machine Tools Ltd.*, [1974] A.C. 235 at 251 (H.L.)

¹¹ *Kentucky Fried Chicken Canada v. Scotts Food Services Inc.*, [1998] O.J. No. 4368 (C.A.), at para. 27. See Hall, *supra* note 8 at para. 2.5.3.

¹² *Ibid* at para. 27. *Buildevco Ltd. v. Monarch Construction Ltd.*, 73 O.R. (2d) 627 at 634 (H.C.)

¹³ *City of Toronto v. W.H. Hotel Ltd.*, [1996] S.C.R. 434 at p. 548. See Hall, *supra* note 8 at para. 2.5.5.

¹⁴ *Park Royal Centre Holdings Ltd. v. GAP (Canada) Inc.*, 2017 BCSC 1257.

¹⁵ *Athwal v. Black Top Cabs Ltd.*, 2012 BCCA 107.

[67] As such, the courts have long adhered to the principle enunciated by Jessel M.R. in *Wallis v. Smith*¹⁶ as “...the well-known doctrine that in the construction of written instruments you may depart from the literal meaning of the words, if reading the words literally leads to an absurdity”.¹⁷ Put another way: “[contracts] should be interpreted in a reasonable way to give “business” efficacy and in such a way to avoid all absurd results”.¹⁸

[68] The wording of relevant provisions may be ambiguous or capable of more than one meaning looked at in the context of the contract as a whole and the negotiations that took place between the parties to produce the contract. While it may not always be possible to discern the parties’ intent, the Court should strive to do so.

[69] In circumstances where the contract is found to contain ambiguity, the *contra proferentem* rule can be applied to resolve the ambiguity. Under the *contra proferentem* rule, the ambiguous clause or portion of the contract will be interpreted against the interests of the drafter.¹⁹ In this case, since the GAP/Old Navy standard form lease was used as the template for the Lease, and since Old Navy had control of ensuring all terms in the LOIs were included in the Lease, if found to apply here, this rule would require that any ambiguity be resolved in the Landlord’s favour and against Old Navy.

[70] Another principle central to the positions of the parties in this case is the requirement that they demonstrate good faith in their conduct under the contract. In *Bhasin v. Hrynew*²⁰, the Supreme Court of Canada recognized an organizing principle of good faith in contractual performance. In carrying out his or her own performance of the contract, a contracting party should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of the contracting partner. This requires, in certain respects, honest, candid, forthright, and reasonable contractual performance.

[71] In *Mohamed v. Information Systems Architects Inc.*²¹, the defendant terminated the plaintiff’s consulting contract in circumstances where the contract expressly provided for termination rights. Perell J. held that the defendant improperly terminated the contract and acted in bad faith and awarded the plaintiff damages. The Court of Appeal found that Perell J. had made extricable errors of law in his interpretation of the contract. However, his decision was upheld on the basis that the defendant had exercised its contractual termination rights in bad faith.

¹⁶ *Wallis v. Smith*, (1882), 21 Ch. D. 243 (C.A.), at 257

¹⁷ *1525292 Ontario Ltd. v. Canadian Tire Real Estate Ltd.*, 2004 CanLII 15587 (ON SC), citing *Holt v. Thunder Bay (City)* 65 O.R. (3d) 257 (C.A)

¹⁸ *TDL Group Ltd. v. P.J.P. Developments Ltd.*, [1997] O.J. No. 5357 (C.J.)

¹⁹ *Consolidated-Bathurst v. Mutual Boiler*, [1980] 1 S.C.R. 888, at pp. 899-900.

²⁰ *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 SCR 494.

²¹ *Mohamed v. Information Systems Architects Inc.*, 2018 ONCA 428.

[72] Recently the duty of good faith was re-examined by the Supreme Court of Canada in *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Quebec*.²² There, the Court determined that good faith confers a broad, flexible power to create law and serves as a basis for a court to intervene and to impose on contracting parties, obligations that are based on a notion of contractual fairness.

(b) The Lease Co-Tenancy Requirements

[73] Co-tenancy provisions are well-known features of shopping centre leases. GAP/Old Navy is by no means the only retailer that has a policy of including operating requirements and co-tenancy provisions when it leases commercial retail space. Mr. Cherniak acknowledged that the Landlord also employs co-tenancy provisions in its standard form of lease, so certainly such clauses are not new to either of these parties now, nor were they at the time they negotiated the Lease. However, as the evidence and disagreement on the meaning of the nuanced wording showed, the purposes each appears to have had in mind were different.

[74] Regardless, co-tenancy provisions are a matter of bargain between a landlord and a tenant, and the case law appears to accept that they are intended conceptually to reflect a balancing of landlords' and tenants' interests. This will be particularly true in cases (unlike this one) where there has been no financial contribution by the Landlord to outfitting the tenant's space, but less true in circumstances, like in this case, where a substantial contribution has been made by the Landlord to the Tenant's initial capital costs.²³

[75] Retail tenants in shopping centres rely not only on their own brand to attract customers but also on spin-off traffic generated by other occupants of the shopping centre, particularly so-called anchor tenants. Tenants may seek remedies against landlords if the traffic is too low for any number of reasons, including shopping centre vacancy rates being too high, or where part of the shopping centre is incapable of being rented because the landlord has undertaken renovations or failed to complete construction on a timely basis. However, in the absence of language specifically addressing such tenant concerns, courts have dismissed claims for such remedies and instead have suggested that the tenant should have required a specific clause in the lease to deal with those specific issues.²⁴

[76] In 9202-9131 *Québec Inc. c. 6943870 Canada Inc.*, for example, the Court refers to 9142-9134 *Québec Inc. c. 9180-9293 Québec Inc.*, where Mayer J. dismissed the tenant's claim that the high vacancy rate constituted an unacceptable change by the landlord in the permissible use of the property. He stated:

²² *Churchill Falls (Labrador) Corp. v. Hydro-Québec*, 2018 SCC 46.

²³ See H. Haber et al., *Shopping Centre Leases*, below, at p. 353. The authors suggest that where the landlord has invested significant capital in the tenancy, as the Landlord did in this case, in the form of construction work or allowance/inducement funding, it will seek to tighten the co-tenancy conditions as much as possible as it does not wish to risk the loss of both the lease and its investment.

²⁴ 9202-9131 *Québec Inc. c. 6943870 Canada Inc.*, 2015 QCCS 1209 at paras. 37-40.

[155] To begin, when synergies are an important aspect of a tenant's success, it is wise to negotiate a co-tenancy provision in a lease, which gives a tenant the right to terminate his lease or reduce his rent if a prescribed percentage of neighbouring tenants become vacant or anchor tenants leave the shopping centre. This type of clause will help ensure that a tenant will obtain a certain relief in the event that there is not sufficient customer traffic that enables his business to remain viable. [Emphasis Added]

[77] That need for such specific situation focused remedies appears to be the driver behind increased use of co-tenancy provisions in shopping centre leases, not only in Quebec, but across Canada and elsewhere.

[78] In his seminal and authoritative text, *Shopping Centre Leases*²⁵, H.M. Haber, Q.C. et al. comments on the underlying purposes of co-tenancy provisions, and provides insight into what the parties' likely intent was or would have been in agreeing to include co-tenancy provisions in the Lease. Those purposes are borne out by the evidence that I accept in this case. I refer specifically to the commentary at pp. 352-353, which reads in part as follows:

A retail tenant enters into a shopping centre lease in expectation of neighbouring tenants who will create synergy that will enhance the retailer's business. No retailer wants to be the only tenant in the shopping centre. A co-tenancy clause (sometimes called a co-occupancy clause) is included in a shopping centre lease to protect the retailer if a certain threshold level of other retail tenants leave the shopping centre and are not promptly replaced by other viable retailers.

...

Co-tenancy clauses vary to a great degree and are susceptible to prolonged negotiation but there are several common elements to be found in a typical co-tenancy clause:

- if a certain level of occupancy (expressed as a percentage of the total number of leasable stores in the shopping centre or a percentage of leasable area in the shopping centre) is not continuously present, the tenant will be entitled to rent reduction (often expressed as a gross rent calculated as a percentage of gross sales) pending the occupancy condition being restored;

²⁵ Edited by H.M. Haber, Q.C., 2nd ed. (Aurora: Canada Law Book, 2008).

- if the critical level of occupancy is not restored within a set period (often, a year), the tenant will be entitled to terminate the lease without bonus or penalty; and
- if the tenant does not in fact terminate the lease within a set period (often, 30 days), the termination right lapses and co-tenancy “remedy” of reduced rent no longer applies, i.e., the tenant will be required to revert to paying full rent.

Sometimes a co-tenancy clause stipulates that in order for the tenant to be entitled to the contemplated rent reduction, it must first demonstrate that gross sales for the subject period have decreased (or decreased by a material percentage) when compared to gross sales for the same period in the preceding year.

...

As to the scope of the conditions included in a co-tenancy clause, this depends entirely on the shopping centre. Some shopping centres are more dependent on the presence of ‘anchor tenants’ than others. Depending on the layout, co-tenancy conditions may be defined in relation to neighbouring tenants or certain specialty stores/tenants (e.g., restaurant tenants may tie their obligations to the presence of the cinema tenant, whereas electronics or fashion retailers may tie their obligations to the presence of department stores and/or other electronics or fashion retailers).

[79] While co-tenancy provisions are becoming increasingly common features of shopping centre leases, only seldom have they been the subject of litigation, at least in Canada. One instructive case is the recent British Columbia decision in *Park Royal Shopping Centre Holdings Ltd. v. GAP (Canada) Inc.*²⁶ There are also cases from the United States and more recently in Canada, involving the interpretation of co-tenancy provisions that have arisen out of Target Canada’s insolvency, as well as the insolvency and restructuring of Eaton’s of Canada about 20 years ago. Beyond that, there are no reported decisions that counsel were aware of or that I was able to discover.

[80] *Park Royal* is relevant not only because GAP was one of the parties to that lease and litigation, as they are here, but because the co-tenancy provision at issue in that decision had similarities to the provisions present here. As well, the Court recognized the authoritative commentary in *Shopping Centre Leases*²⁷, reproduced above, and in part, in DeWitt-Van Oosten J.’s reasons.

²⁶ *Park Royal Shopping Centre Holdings Ltd. v. GAP (Canada) Inc.*, 2017 BCSC 1257.

²⁷ H.M. Haber, *supra* note 25.

[81] In *Park Royal*, GAP had leased retail premises in the Park Royal Shopping Centre in North Vancouver, on its own under the GAP brand and under its Banana Republic brand. The leases provided there, as they do here, for reduced rent in defined circumstances, including if there was a failure in relation to operating requirements of the centre. The landlord undertook extensive renovations that included demolishing parts of the shopping centre and rebuilding them from the ground up. Both GAP and Banana Republic stopped paying their regular rent under their lease agreements and instead paid no rent or alternative rent as stipulated in the lease. They claimed this remedy on the basis that the demolished areas in the shopping centre had to still be counted as areas “designated for leasing to tenants” for the purposes of determining whether the landlord was in compliance with the percentage of GLA operating requirements.

[82] The landlord issued notices to GAP that they and Banana Republic were in default and subsequently brought an action against the two stores for rent owing. GAP and Banana Republic claimed they were entitled to pay alternative rent because they claimed that the landlord had failed to meet the ongoing operating requirements. While the operating requirements were somewhat different from those in this case, there were similarities regarding the GLA provisions.

[83] In *Park Royal*, the landlord argued that GAP could only pay alternative rent when one of two thresholds were met: if either (i) stores representing 85% of the “Gross Leasable Area” of the interior North Mall that *is capable of being leased* are not open for business; or (ii) 65% of the stores in the interior North Mall that *are capable of being leased* are not open for business. For Banana Republic, the applicable percentage was 80% of the “Gross Leasable Area” of the North Mall.

[84] For purposes of these calculations, however, the landlord, Park Royal, took the position that the relevant GLA area had to be *reduced* during demolition and reconstruction because once demolition had occurred, there was no longer a leasable area, store or premise in place. However, DeWitt-Van Oosten J. disagreed and found that “[h]ad it been intended that demolished stores within the North Mall would be carved out of the triggering thresholds, the signatories would have made this express.” This would have been expressed because the demolition certainly could have caused adverse impacts to the tenants’ businesses, including the risk or potential for decreased traffic-flow to the centre as a whole for a prolonged period and its resulting revenue deprivation to the tenants from what their expectations would otherwise have been.

[85] Notably, in that case, unlike in this case, GAP and Banana Republic produced financial evidence of the negative impact the construction had caused to their profitability.

[86] There have also been some limited legal developments in the United States and in Canada that cast some light on the efficacy of co-tenancy provisions that permit the payment of alternative rent in prescribed circumstances. Those cases have focused on the issue raised by the Landlord here, relative to the enforceability of co-tenancy provisions. The first of those cases is relied upon here by the Landlord for the proposition that GAP/Old Navy’s claim of Alternative Rent under this Lease owing to the insolvency of Danier is unenforceable because it is a penalty clause.

[87] There are no Canadian cases directly on point dealing with the enforceability of co-tenancy provisions and whether they represent penalty clauses.²⁸ However, this issue has been litigated in the United States, including in GAP's home state of California.

[88] In *Grand Prospect Partners, L.P. v. Ross Dress for Less, Inc.*²⁹, Ross was given an opening co-tenancy clause, which did not require Ross to commence business and pay rent until both Target and Mervyns, a department store, were open for business. The clause also said that if the co-tenancy requirement was not met within 12 months of Ross taking possession of the premises (but not opening), Ross could terminate the lease. Ross took possession, but before it opened, Mervyns went bankrupt and closed its store in the shopping centre. As a result, the co-tenancy requirement was not satisfied and Ross elected to not open and more importantly, to not pay rent. After the 12-month period expired, Ross terminated its lease.

[89] The landlord sued Ross arguing that the co-tenancy clause was unconscionable and constituted an unlawful penalty. The California Court of Appeal agreed with respect to the rent abatement component based on the general principle that a contractual provision will be an unlawful penalty if the value of the money or property given up under it is not reasonably related to the harm that is anticipated to be caused. The evidence in that case, accepted by the trial judge and similar to the evidence or absence of evidence in this case, showed that Ross did not think the closure of the Mervyn's department store would actually have *any* measurable impact on their store's viability, that is, they did not anticipate *any* lost sales.

[90] The Court of Appeal of California accepted that "a contractual provision that provides a party with a true alternative method of performance – that is, an alternative that provides a rational choice between two reasonable possibilities – does not involve an unenforceable penalty."³⁰ It described the test for unenforceability at p. 1361 as follows:

Generally, a contractual provision is an unenforceable penalty if the value of the money or property forfeited or transferred to the party protected by the provision bears no reasonable relationship to the range of harm anticipated to be caused to that party by the failure of the provision's requirements.

[91] Consequently, while emphasizing that the determination of the enforceability of a co-tenancy provision will always depend heavily on the particular facts of each case, the Court found that Ross had breached the lease and required it to pay several hundred thousand dollars in damages in respect of the rent payments that it did not make prior to terminating the lease.

²⁸ But see Sharpe J.A., in *869163 Ontario Ltd. v. Torrey Springs II Associates Ltd. Partnership*, 76 O.R. (3d) 362 (C.A.) at paras. 19-34, discussed below, that unconscionability is the preferred analytical route in Ontario.

²⁹ *Grand Prospect Partners, L.P. v. Ross Dress for Less, Inc.*, 232 Cal. App. 4th 1332 – Cal: Court of Appeal, 5th Appellate Dist. 2015.

³⁰ *Ibid.* at p. 1358.

[92] Importantly, and surprisingly in that case, there was *no* stipulated time limit on the rent abatement. It could continue indefinitely, or at least until the 12-month period passed when Ross could then break the lease. Yet in this case, there is exactly the same absence of a stipulated time limit to GAP/Old Navy's claim to pay the Alternative Rent remedy, and at least up until the commencement of this trial, Old Navy appeared to take the position that it could continue to pay Alternative Rent indefinitely merely because of Danier's insolvency. That issue is addressed below.

[93] I note that the Court's analysis and conclusion in *Ross* relative to the rent abatement clause constituting an unlawful penalty is similar to the results that have been reached by some Canadian courts. Under Canadian law, penalty clauses are generally not enforceable. Generally, a provision that specifies the payment of an amount upon a breach, regardless of the damages actually sustained, will be regarded as a penalty clause. To avoid being characterized as unenforceable, the amount to be paid needs to be reasonable and a genuine pre-estimate of damages. If both of those elements are not present, the Court may not find the clause to be enforceable.

[94] Alternatively, as the Ontario Court of Appeal has concluded in several cases, referenced further below³¹, so-called penalty clauses may simply breach principles of unconscionability. The argument is that within the context of good-faith performance under the contract, it would be unconscionable to permit such a clause to be enforced, particularly where no time limit is specified for the period during which it may operate, and no alternative remedies given to either party to bring the lease to an end, say six months after such an event has occurred.

[95] Regrettably, given their reliance on it, counsel for the Landlord did not provide me with any update to the California decision, but it now appears from more recent developments that it may be limited to its own specific circumstances. I learned from my own noting up of the decision in *Grand Prospect Partners, L.P. v. Ross Dress for Less, Inc.*, that the *opposite* result was reached in a 2017 Pennsylvania decision upholding the award of a panel of Arbitrators, and that also involved *Ross Dress for Less, Inc.*, as defendant.

[96] In that case, Ross had a lease for retail space in the Lycoming Crossing Centre in Eastern Pennsylvania, owned by a company named VIWY. That lease contained a co-tenancy provision. It permitted Ross to pay reduced alternative rent in the event of the business failure of *any one of* the three anchor tenants stipulated for that shopping centre. One of the three, a company named Circuit City, went out of business in 2009. It was one of the named anchor tenants expected to draw traffic to that mall. The landlord could have satisfied the anchor tenant provision of the lease by finding another similar store but it did not, yet it continued to demand that Ross pay full rent.

³¹ 869163 *Ontario Ltd. v. Torrey Springs II Associates Ltd. Partnership*, 76 O.R. (3d) 362 (C.A.) per Sharpe J.A. at paras. 19-34; *Redstone Enterprises Ltd. v. Simple Technology Inc.*, 2017 ONCA 282, 137 O.R. (3d), at paras. 21-26 and 30-32.

[97] Ross demanded a refund, the landlord refused and terminated Ross' lease. Ross then alleged breach of lease in U.S. District Court. The case was ultimately decided at arbitration, but in contrast to the California case, the arbitrators awarded Ross \$1.9 million in damages including legal fees.

[98] Ross then moved for confirmation of the arbitration panel's June 26, 2017 decision on its breach of contract claim against the defendant, and the defendant brought a motion to vacate the arbitration award, arguing that the arbitration panel failed to properly apply the Statute of Limitations to Ross' claim. In the result, the award was confirmed by Sanchez J. of the United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania in September 2017.³²

[99] As a result, in contrast to the California decision, in this latest U.S. instalment on co-tenancy provisions, the tenant's right to claim alternate rent under the co-tenancy provisions of that lease *was* upheld by the approval of the arbitrators' award, but the case as reported does not permit great insight into the arbitrator's reasoning. It instead focuses on a limitation period issue that is of no import in this context.

[100] Finally, in *T. Eaton Co., Re*³³, as in the more recent failure of Target Canada, tenants who sought to enforce co-tenancy rights following the business failure of an anchor tenant, like Eatons of Canada or Target Canada, have seen their alternate rent and closure remedies curtailed to permit insolvency restructuring. Recent developments have also occurred in Canada relative to the enforcement of co-tenancy rights in the wake of the insolvency of Target Canada.

The Positions of the Parties

[101] Old Navy relies on section 13.3 (A) of the Lease. It takes the position that the clause is crystal clear. According to Old Navy's interpretation, if any one of the Key Stores ceases to operate at any time during the term of the Lease or extensions, this is a "Co-Tenancy Failure", entitling Old Navy to reduce its rent to 50% of minimum rent for three months and 25% of minimum rent thereafter and indefinitely. In other words, GAP/Old Navy regards the test as containing two distinct elements. One is related to the identity and continuing operation of the Key Stores. The other relates to the overall occupancy and operations of the GLA of the Centre. In GAP's view, both elements, which it regards as distinct, apply at all times,

[102] Further, in GAP/Old Navy's interpretation, both of the Co-Tenancy Requirements: (i) presence of the named Key Stores; and (ii) the occupied and operative GLA requirement, subsisted on an ongoing basis, and were not simply operative as a two-prong test to be met at the initial opening point of the Old Navy Store, that is, not just at the commencement of the Lease during the construction and immediate post-construction period, as claimed by the Landlord.

³² *Ross Dress for Less, Inc. v. VIWY, L.P., et al.*, United States District Court, Eastern District of Pennsylvania, Civil Action No. 12-131, dated September 19, 2017.

³³ *T. Eaton Co., Re*, (1997), 46 CBR (3d) 293 (Ont. Gen. Div)

[103] There is a further important interpretive component to GAP's position. The evidence shows that it was GAP/Old Navy's view that if a Key Store closed, it would be entitled to commence and to continue to pay Alternate Rent for its premises unless and until: (i) the Landlord replaced the failed Key Store with another retailer; (ii) such other retailer was also engaged, not simply in retail, but in the sale of "upscale high quality apparel" consistent with Old Navy's view of its products; and (iii) the new Key Store actually took over the exact same premises as had been occupied by the failed store. Nevertheless, GAP also took the position that the Landlord could lease space to anyone it wished, without complying with these three criteria, but if it did, then the Co-Tenancy remedies would be operative, with no apparent end date.

[104] GAP's position changed somewhat at trial, and Old Navy ultimately conceded that other provisions of the Lease would limit and prevent the payment of Alternative Rent from continuing indefinitely. That seems likely to have been a change of position encouraged by counsel, but there is nothing in the original application materials that suggests that GAP/Old Navy were not adhering to their original expansive view when these matters first became a source of conflict between the parties.

[105] In contrast, the Landlord was adamant that it was not its intention, nor did Mr. Cherniak ever understand that it was Old Navy's intention and belief that the future loss of any Key Store would trigger Old Navy's co-tenancy rights under the Lease, provided the GLA operating requirements continued to be met.

[106] As his evidence showed, instead, Mr. Cherniak's understanding of these provisions was quite different. He believed that the requirement for the listed Key Stores being in place referred only to the initial lease-up period/opening requirements, and that *thereafter* only the 80% percentage occupancy test was applicable. The Landlord understood and believed that the purpose of the Co-Tenancy Requirements was to protect Old Navy from a catastrophic loss of tenants at the Centre, which would or could have resulted in the loss of the foot traffic that the Landlord understood GAP required in order to protect the economic viability of its Old Navy store. Mr. Cherniak also made clear that he relied on Old Navy and GAP to act reasonably and in good faith, and in accordance with the usual and understood reasonable expectations between a landlord and a tenant in a long-term shopping centre lease.

Issues

[107] This case raises four questions. First and foremost is the question of contractual interpretation:

- (i) Is the Lease clear, as GAP/Old Navy argues, with Old Navy entitled to pay Alternative Rent following the insolvency of Danier, and with the Landlord having failed in its notice obligations, and to put in place a satisfactory replacement Key Store?

or

- (ii) Is the Lease unclear and poorly drafted, as the Landlord argues, suffering from latent ambiguity, not reflective of the parties' intent and leading to absurd and inefficacious business results?

[108] The case law shows that the answer to this question must necessarily be informed by a number of factors: (i) the commercial purpose of the Co-Tenancy provisions; (ii) the evidence relative to the importance and identity of Key Stores in this particular Lease; (iii) the understanding and intent of the parties at the time the Lease was negotiated; and (iv) the understanding and intent of the parties as reflected in their subsequent conduct.

[109] The second question is whether either of the parties adhered to their obligations to act reasonably and in good faith in their performance of the entirety of the contract.

[110] Third and fourth, but subsidiary in importance to the first two questions, are the validity of the two further claims made by the Landlord. The first is that the Co-Tenancy Requirements amount to an unenforceable penalty clause. The second is that the failure to include a key term in the final Lease terms, a term which the LOIs show was intended to be included, requires that the Court exercise its equitable jurisdiction to rectify the Lease.

[111] I consider each of these questions in the paragraphs that follow.

Analysis

(a) Interpretation of the Lease and the Co-Tenancy Requirements

[112] GAP/Old Navy claims the provisions of the Lease are straightforward and should be given effect despite the Landlord's arguments of perceived unfairness. The Landlord raises numerous grounds to support its position that the language the parties have used is not only unclear, but is also unreasonable, not what was ever intended, and absurd. It says that GAP/Old Navy's interpretation of the Lease and the co-tenancy-related provisions is untenable.

[113] I find that the provisions of the Lease relating to co-tenancy are not straightforward nor unambiguous as claimed by GAP/Old Navy. I find that the language used in section 13.3(A) is unclear and capable of two different interpretations. The parties' beliefs greatly differ on the operation of the provision. These were not after-the-fact positions – both appeared to have different understandings of what the Lease said from the moment it was signed. The 15 plus years of co-operative and largely uninvolved dealings further demonstrates that each party did have different understandings of what the contract said from the moment it was signed, because the issue never came up before until Danier's insolvency.

[114] Further, the language used in the Lease differs from the description of the Co-Tenancy Requirements that the parties agreed to as set out in the LOIs. Yet no explanation for that variance can be found in the evidence. GAP/Old Navy produced no evidence outside of the Lease to support its position, and yet its claim makes no sense in the context of how events actually unfolded.

[115] Stated summarily, I find that there is no clarity on what the final common intention of the parties was meant to be, assuming they had a common intention, which, frankly, is arguably belied by the evidence of their conduct.

[116] GAP/Old Navy offered no evidence from anyone who was actually involved or participated in the negotiation of this Lease. Mr. O'Connor testified based solely on his own experiences in *other* leases and conceded that he cannot testify reliably about what was in the minds of the parties from GAP's perspective at the relevant time because he simply was not there.

[117] Neither did Mr. O'Connor have *any* discussions with *anybody* from GAP who was involved at the time of the negotiation of the Lease. No other GAP personnel participants came forward to provide evidence. Ms. Carol Hee had been in-house counsel for GAP/Old Navy at the time, and she was clearly involved, because she wrote some of the correspondence that went back and forth between GAP and the Landlord at the time. Blair Hodgson, the Director of Real Estate at GAP and GAP's Canadian real estate representative at the time was also certainly involved. As GAP's signatory during the Lease negotiation phase, it is Mr. Hodgson's initials which can be seen on the LOIs and the handwritten amendments to those LOIs.

[118] However, Mr. Hodgson no longer works for GAP and there was no evidence of any effort made to find him. Further, by the time this litigation was underway, Ms. Hee had left GAP and was working for a San Francisco law firm. However, Mr. O'Connor never spoke to her and it was his understanding that "she had no recollection at all" of this Lease transaction. Unfortunately this information did not come from Ms. Hee, but from some other unnamed partner at that firm.

[119] In contrast, Mr. Cherniak, who testified for the Landlord, was directly involved in the negotiations of and drafting of the Lease. As I explain in greater detail below, in my view, his evidence speaks volumes about what the Landlord understood, which I find seems contextually and objectively reasonable having regard to the language used. This is plainly at odds with what GAP/Old Navy now advances as the meaning of the clause. It was his direct and blunt testimony that the interpretation now put forward by GAP was neither ever understood, nor would it have ever been agreed to by the Landlord.

[120] While I find both parties at fault in their conduct relative to the drafting of the Lease, overall I accept Mr. Cherniak's evidence and prefer it to that of Mr. O'Connor, as his evidence relates to the relevant time period including what happened, what the parties agreed to, and what they would have understood at the time, not sixteen years later. I examine these issues separately in the subsections that follow.

[121] Regardless, the ambiguity I have found in the language used in ss. 13.3 and 13.4, combined with the absence of a reciprocal provision that was intended but not included in the Lease, requires me to consider the intent of the parties in 2000 when the Lease was concluded

and to use their conduct thereafter to assist in understanding their intent and determining the appropriate disposition in this matter.

(b) The parties' intentions in 2000: The LOI amendments and choice of Key Stores

[122] In considering the interpretation of the Lease and what the reasonable understanding of the parties would have been, I find it important to make several observations.

[123] First, this started out in a new and unusual situation. This was one of the first Old Navy stores opened in Canada, and that appears to have affected the negotiations that led to the conclusion of this Lease.

[124] Second, a unique aspect of the Lease was the unusual and last minute circumstances and impromptu process that led to the determination of the Key Stores. That is important since none of the Roots, Globo Shoes, or Danier Leather Outlet stores would normally have been considered to be anchor tenants and they were not designated as Key Stores in any other GAP or Old Navy leases.

[125] Finally, there is the obvious discrepancy between the LOIs and the Lease relative to what was certainly intended to be a reciprocal termination right.

[126] I find I am unable to accept Mr. O'Connor's contention that Danier and the other Key Stores at the Centre, apart from Cineplex, were intentionally chosen because of their particular retail specialties. That contention is not borne out on the evidence.

[127] First, the evidence shows that Mr. O'Connor had no real knowledge of who any of Danier, Roots, or Globo Shoes were as Canadian retailers before the time Danier failed in 2016, and there is no evidential reason to believe GAP/Old Navy would have had any specific knowledge of these retailers before then.³⁴ In fact, this is the only shopping centre where GAP had any outlets, for any of its brands, that also had a Danier as a named Key Store tenant.

[128] Nevertheless, at questions 178-182 of his examination for discovery, Mr. O'Connor stated that the choice of these Key Stores by GAP was specific and intentional. He was asked if he had any knowledge of the demographic of shoppers who would shop at Danier or know why they were named. He responded that "[i]t would be consistent with the demographic of an Old Navy, that's why we named them as a key store", but had to acknowledge that he had no personal knowledge as to why they were named, had not asked anyone else why they were named, and could find nothing in GAP's files indicating why any of Danier, Roots or Globo Shoes were named as a Key Store.

³⁴ Excerpts from Cross Examination of Ryan O'Connor held November 15, 2017, read in as part of the Landlord's case: Q. 144-145, Q. 163-175.

[129] While Mr. O'Connor may have claimed that the choice of these Key Stores by GAP was specific and intentional, that construction is not supported on the evidence. There is no evidence that GAP/Old Navy itself "selected" or "named" these tenants as Key Stores. Indeed, Mr. O'Connor later admitted this.³⁵ More importantly, seemingly undermining his own claim, Mr. O'Connor gave evidence that these stores would not generally have qualified as Key Stores according to GAP's internal policies or under the provisions of its standard form Lease, to the very limited extent GAP was willing to reveal them in the course of these proceedings.

[130] Mr. O'Connor explained that GAP generally identified key stores based on size guidelines. GAP generally preferred so-called "big box stores", meaning a retail store comprising somewhere between 50,000 to 100,000 square feet, depending on the size of the Centre. He acknowledged that GAP's preferred key stores could typically be regarded as anchor tenants, but GAP does not use the "anchor tenant" phraseology in its standard form Lease, preferring the use of the term Key Store in this Lease.

[131] Regardless of which term may be used, however, the point here was that none of the identified Key Stores at this Centre, except Cineplex, came even close to fitting that profile. I found these answers to be telling relative to the selection process, given that the square footage of Danier was only about 6,500 sq. ft. That store was about the same size as Roots, but only about half the size of Globo Shoes, and just over one-tenth the size of Cineplex.

[132] Most importantly, when asked in reference to "big box tenants" whether he was referring to anchor tenants, Mr. O'Connor confirmed that the selection of key stores was all about identifying the so-called "drivers of traffic." He confirmed in his evidence that the purpose of picking key stores was to pick the traffic generators, the drivers of traffic to the Centre, the businesses which would most strongly attract customers and shoppers. These would typically be the big box stores, that is, retail outlets or service providers comprising 50,000 to 100,000 square feet, like Canadian Tire and Cineplex. [Emphasis added]

[133] Rather than having been specifically selected by GAP, however, it is evident that the Key Stores here were proposed by Seymour Schwartz of Paracom, the Landlord's Agent, acting in effect for both parties, and it is plain on the evidence before me that they came to be chosen, almost as an afterthought.

[134] Initially, the LOI shows that GAP/Old Navy preferred Canadian Tire and Cineplex as Key Stores for the Co-Tenancy Requirements. These choices would have been consistent with their corporate policy respecting key stores. It is unknown whether the GAP representatives knew anything about Canadian Tire in 2000 when the Key Stores were chosen, other than that it was a so-called "big box" store.

[135] However, Mr. O'Connor knew nothing when examined in 2018 about the pervasive retail presence of Canadian Tire across Canada or the range of products it sells. It would probably

³⁵ Q. 239-244

surprise many Canadian shoppers given the ubiquitous presence of Canadian Tire as a pan Canadian retailer, but Mr. O'Connor was not familiar with the store or aware that it sold a wide variety of products, from car parts and tires to tools, appliances, hardware, furniture and sporting goods, clothing, and pet supplies. He betrayed this lack of knowledge when asked on discovery whether he knew what kind of merchandise it sold. His answer is telling:

249. Q. Do you know what kind of merchandise it sells?

A. I imagine tires. I...

250. Q. You truly are not familiar with it then?

A. Right.

[136] Mr. O'Connor was also not aware if there were any other shopping centres in Canada where GAP had a presence where any of Canadian Tire or the other three alternative choice stores were key stores. Although at the time the LOI was drafted, GAP representatives wanted Canadian Tire as a Key Store, that was not possible as it was learned that the Canadian Tire store freehold was independently owned and therefore not technically part of the Centre.³⁶

[137] The evidence shows that during the construction of the Centre, a CIBC bank branch, a Tim Horton's, another chain restaurant outlet, and the retail stores in Pod B (where all of Globo Shoes, Danier Leather and Roots were located, along with Party City) were the only retail outlets that were actually up and running at the time this Lease was being negotiated. Several of the current building pods that now exist at the Centre had not yet been constructed and had no tenants committed to those spaces at the time Old Navy entered into the Lease, or were under construction but some time away from opening. Consequently, these were amongst the only stores that were available to be chosen as Key Stores, and that could have been chosen, regardless of their retail specialties or size.

[138] When asked if he had ever been told that GAP/Old Navy particularly wanted to have Roots, Globo Shoes, and Danier in the Centre as Key Stores, Mr. Cherniak responded:

No. As I said yesterday, we were at the agent's office. I raised the issue that Canadian Tire had been sold and I had no control over it. And he said okay,

³⁶ Ironically, I note that in the *Grand Prospect Partners, L.P. v. Ross Dress for Less, Inc.* case, note 29 above, the Mervyns Department Store that failed and caused that litigation was an anchor tenant, but like Canadian Tire in this case, its store was not actually part of the shopping centre there, but was on land separately owned by Mervyn's. Nevertheless, the Landlord chose to permit a co-tenancy provision based upon its occupancy. Thus, since that land was outside of the control of the Landlord, that severely curtailed the landlords ability to cure the default within 12 months, which would have required not only the purchase of the Mervyn's property, but also new tenants to be located who would have been acceptable to Ross. That was an important factor in the decision reached.

we'll put in these three tenants to replace Canadian Tire. My assumption was simply - it was the only other building, really, where there were retailers. So, Old Navy chose at the agent's advice. I assumed he was acting for both parties, quite frankly, that this was sort of a standard way of dealing with it. [Emphasis added]

[139] An examination of the December 15, 1999 LOI, as updated to April 4, 2000, confirms how the thinking of the parties progressed. That LOI originated from Blair Hodgson and was addressed, not to the Landlord, but rather to Paracom Realty Corporation, the Landlord's agent, to the attention of Seymour Schwartz. This LOI went back and forth between the parties and contains handwritten amendments and initials reflecting the progress of the negotiations, as well as the changes made to the intended and agreed terms of the Lease as those negotiations moved forward.

[140] The ongoing Co-Tenancy Requirements were set out at p. 3 of the December LOI, as follows:

Ongoing Co-Tenancy Requirements: Tenant shall not be required to open the Premises for business at all nor operate during the designated times for the Centre unless (a) Canadian Tire and Cineplex are open during the designated times for the Centre and (b) stores occupying at least 80% of the gross leasable area of the Centre are open in the Centre* in which event tenant shall immediately have the following remedies:

- Operate its business and pay, in lieu of Rent (including minimum rent, any additional rents, CAM and taxes) 50% of tenants' monthly Minimum Rent for the first three months and 25% of tenants' monthly Minimum Rent thereafter until such conditions are met
- If such condition is not satisfied for six months, tenant may terminate the lease at any time before such condition is satisfied upon 30 days' notice to Landlord.

[141] As mentioned, handwritten changes were made to the language of the above provisions. First, the Co-Tenancy Requirement was changed to substitute "Roots, Globo Shoes and Danier Leather" in lieu of "Canadian Tire". Further, the words "as of the date Old Navy opens" were inserted by the Landlord's agent at point * in the text (above), but then that addition was struck through and replaced by the words "given the shopping centre size at the time Old Navy opens."

[142] There was also an important change made to the second remedy. Rather than being solely in favour of the Tenant, the second remedy was amended to read:

If such condition is not satisfied for six months, the Landlord or the Tenant may terminate the lease at any time before such condition is satisfied upon 30 days' notice to Landlord.

[143] The evidence established that all of the changes were handwritten by Seymour Schwartz, at Paracom, acting effectively as agent for both parties.

[144] The date on which Blair Hodgson signed the final LOI is unclear, but Lloyd Cherniak appears to have signed his name to that amended LOI on March 31, 2000. The dates of initialization of the handwritten interlineations and changes, is also uncertain. Be that as it may, the final terms of the Occupancy Requirements as set out in the Lease are as described above.

[145] I find that the Lease documents contain material differences from the concepts that appeared to have been agreed in the terms of the LOIs. The three important differences are:

- (i) There was no apparent intent in the LOIs that each of the Key Stores be open at all times that Old Navy was open;
- (ii) There is uncertainty about the ongoing test relative to the GLA of the Centre and whether a co-tenancy default could occur merely because one Key Store accounting for less than 2% of the GLA might fail, when the Centre was otherwise fully operational; and
- (iii) There was no provision included in the Lease for the Landlord to have a reciprocal right as GAP/Old Navy did, to terminate the Lease six months after a default in the Co-Tenancy operating requirements, and as had clearly been written in by hand.

[146] The last point is particularly important because that omission left the Landlord in a materially disadvantaged position under the Lease. Under this interpretation Old Navy could claim it was entitled to continue to pay alternative rent for the duration of a lease term following an alleged Co-Tenancy Failure, when the Centre was otherwise busy and fully operational with a lot of shopping traffic. The failure to include that provision in the Lease, even though it was obviously intended to be included, meant there was no reciprocal escape provision available to the Landlord.

[147] In his evidence, Mr. Cherniak testified that he had a different understanding of the Co-Tenancy Provisions at the time they were negotiated. He said he never understood that a failure at any time after opening of any one of the three of the smaller Key Stores would be enough to trigger Old Navy's Alternative Rent remedy. Instead, it was the Landlord's understanding that to activate Old Navy's Alternative Rent remedy, not only would all three of the Key Stores have to fail, but in addition, that the Landlord would also have had to fail the operational square footage requirement. Mr. Cherniak testified that:

I had assumed that we had an agreement in terms of the key tenants. They were there. And that Old Navy was satisfied with the key tenants. And that the clause

that remained was simply that there was a square footage requirement. So, that if there were major catastrophe in the mall, a failure of Cineplex, or the three tenants that were replacing Canadian Tire, that they would be in some financial problem, and that there would be kicking in some reductions in rent, and that we could terminate the lease, or we replace defaulting covenant. I always assumed there would be a conversation with Old Navy on any kind of issue like that. [Emphasis added]

[148] Later, he was asked what his understanding was of the application of the Co-Tenancy Requirements in the summer of 2016 after Danier had failed. Mr. Cherniak responded:

Well, as I said, I mean, I didn't think they applied. The lease specified there was a percentage of the Centre had to be achieved. I felt that the clause gave me permission to basically provide the tenant mix that best suited the plaza, subject to any reasonable provisions. And we were nowhere near in a position where there was any sort of default in co-tenancy. I mean, in my mind that provision only applied if there were catastrophic failure in the mall. If Cineplex left and suddenly the Centre started to depopulate, then there would be the situation were a tenant might either leave or ask for a reduced rent. [Emphasis added]

[149] I find on the basis of all of this evidence that much clearer wording would have been needed if the actual contractual intention had been that the loss of any one of these tenants, on its own, at any time during the term of the Lease, and any renewals, whether by failure to renew, relocation, closure, bankruptcy, or for any other cause, could reasonably have been expected or understood to trigger such onerous co-tenancy rights as GAP/Old Navy is now asserting in this case.

[150] In particular, I find that much clearer wording would have to have been used if such a relatively inconsequential event, such as the failure of one small retailer, was intended to relieve GAP/Old Navy of its primary obligation under the Lease to pay rent for the use of its leased retail premises. Yet, that is the effect of GAP/Old Navy's claimed interpretation, because under the Alternative Rent remedy, GAP/Old Navy effectively pays only part of the Common Administration costs for the Centre, and no rent at all. I reject this construction of the Lease.

(c) The parties' intentions and the *contra proferentum* rule

[151] While the Lease was based on GAP/Old Navy's standard form of lease, it has provided no evidential explanation for the variance between the LOIs and the final Lease terms.

[152] GAP/Old Navy’s counsel contends that there is no room for the *contra proferentum* rule to operate in circumstances where both parties are sophisticated commercial parties, like these two were. He relies upon Holden J.’s admonition in *McKee v. Montemarano*³⁷, at paras. 27-28:

27. Mr. Monaghan submits that the context of this Agreement is that each party had a sales representative acting for him, Mr. Ingram for McKee and Mr. Whetung for Montemarano. They are both associated with the one agent-broker, Re/Max, which had the duty to share all information (subject to the exceptions in the Confirmation of Co-operation and Representation signed by the parties). The Agreement must be read as a whole and within its factual matrix, not through a literal parsing of individual words, which could defeat the objective of the parties in signing the agreement. *Dumbrell v. Regional Group of Cos.* (2007), 85 O.R. (3d) 616 (Ont. C.A.); J.D. McCamus, *The Law of Contracts*, Toronto, Irwin Law, 2005, at p.717-719.

28. Mr. Monaghan further submitted that the *contra proferentem* doctrine should play no part in the exercise because in Estey J.’s words:

A contra proferentem approach, a device often used by courts to avoid injustice, does not seem appropriate where the contracting parties are sophisticated, of equal bargaining power and where Antorisa contracted with the benefit of competent legal advice after considering the scope of the limitations on liability, including the indemnities, and after being provided with the opportunity to amend them.

Antorisa Investments Ltd. v. 172965 Canada Ltd., [2007] O.J. No. 195 (Ont. S.C.J.), at para. 6. I agree. There is no inequality in bargaining power and access to legal advice in this case.

[153] However, I find that it is the very next paragraph that more accurately, by contrast, frames the problem of interpretation here, and the problems raised by the absence of explanatory evidence. In *McKee*, Holden J. found as follows at para. 29:

29. Where I cannot accept Mr. Monaghan’s submission on this branch of his argument is the proposition that a harmonious contractual approach requires that express provisions in the contract should be ignored in order to achieve a reading more in line with one party’s present requirements. The parties agreed to a general notice provision in paragraph 6 of the Agreement, there is no doubt of that. But, contrary to Mr. Monaghan’s suggestion that part of the factual matrix of this Agreement was a complete lack of contemplation or concern by the parties over possible delay in providing notice or waiver, this Agreement includes a “time of the essence” clause and, added as part of the contract, a term in Schedule “A”

³⁷*McKee v. Montemarano*, 2008 CanLII 36163 (Ont. S.C.).

specifically directed at the due diligence condition and a change to the deadline at Mr. McKee's request to move it forward. That clause and that change were specifically initialled by both parties.

[154] I find the decision in *McKee* to be different from the case before me here. In *McKee* the Court found that it was able to give unambiguous meaning to the words of the clause through a harmonious contractual approach and rejected counsel's submissions that "express provisions in the contract should be ignored in order to achieve a reading more in line with one party's present requirements."

[155] In contrast, in this case, I find that I am *unable* to give unambiguous meaning to the words of the co-tenancy clauses through a harmonious contractual approach, because the provisions appear, on their face, to be ambiguous, unclear, and capable of alternative meanings.

[156] The Supreme Court's seminal decision in *Consolidated Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler & Machine Insurance Co.*³⁸ also assists in understanding *contra proferentum*. That decision involved the interpretation of an insurance contract, where the rule for centuries had been that "where an ambiguity is found to exist in the terminology employed in the contract, such terminology shall be construed against the insurance carrier as being the author, or at least the party in control of the contents of the contract."³⁹ Even there, however, Estey J. accepts the earlier admonition of Cartwright J., as he then was, that resort is to be had to the *contra proferentum* rule "only when all other rules of construction fail to enable the Court of construction to ascertain the meaning of a document."⁴⁰

[157] Estey J. completes the thought at para. 26 as follows:

26. Even apart from the doctrine of *contra proferentem* as it may be applied in the construction of contracts, the normal rules of construction lead a court to search for an interpretation which, from the whole of the contract, would appear to promote or advance the true intent of the parties at the time of entry into the contract. Consequently, literal meaning should not be applied where to do so would bring about an unrealistic result or a result which would not be contemplated in the commercial atmosphere in which the insurance was contracted. Where words may bear two constructions, the more reasonable one, that which produces a fair result, must certainly be taken as the interpretation which would promote the intention of the parties. Similarly, an interpretation which defeats the intentions of the parties and their objective in entering into the commercial transaction in the first place should be discarded in favour of

³⁸ *Consolidated Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler & Machine Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, per Estey J. for the majority.

³⁹ *Ibid* at para. 25.

⁴⁰ *Reliance Petroleum Limited v. Canadian General Insurance Company*, [1956] S.C.R. at p. 951. See also Lindley L.J. in *Cornish v. Accident Insurance Company* (1889), 23 Q.B. 453 (C.A.), at p. 456.

an interpretation of the policy which promotes a sensible commercial result. It is trite to observe that an interpretation of an ambiguous contractual provision, which would render the endeavour on the part of the insured to obtain insurance protection nugatory, should be avoided. Said another way, the courts should be loath to support a construction which would either enable the insurer to pocket the premium without risk or the insured to achieve a recovery which could neither be sensibly sought nor anticipated at the time of the contract.

[158] Based on this background, I do not accept the contention that *contra proferentum* cannot apply here, not because of the rule *per se*, but for two other reasons. First, GAP/Old Navy was in control of the drafting, but it took no steps to adduce contemporaneous evidence that would support its interpretation of what the words were intended to mean. GAP had no evidence to offer from anyone who was actually involved or participated in the negotiation of this Lease. Mr. O'Connor's evidence cannot fill that lacuna because he simply was not there and does not know what happened.

[159] Second, while GAP admits that the reciprocal termination right was in the final version of the LOIs, it also acknowledges that it did not include that term in the Lease. The final production of the Lease was within GAP's control – it sent the Lease to the Landlord with the ambiguous provisions regarding the Key Stores and the absence of a reciprocal right in the Landlord to bring the Lease to an end after six months of Alternative Rent being paid. This was despite the fact that a handwritten amendment had been specifically inserted in the LOI.

[160] When questioned on the handwritten insertion of a reciprocal termination right in favour of the Landlord as well as the Tenant, Mr. O'Connor acknowledged the handwritten words, "The landlord or the tenant", were inserted after the phrase: "...If such a condition is not satisfied for six months...", but he did not know whose handwriting it was. More importantly, he acknowledged that provision disappeared and was not contained in the final version of the Lease, that he was not aware of any discussion between the Landlord and the Tenant leading to the removal of that provision, knew of no-one from whom he could obtain such information and did not know whether the Landlord was ever sent the clause that appeared to have been intentionally deleted.

[161] However, while the Landlord acknowledged the Co-Tenancy Requirements, he believed they would only be triggered if a catastrophic event occurred that affected major tenants and caused the traffic in the Centre to decline as a result of a failure of the percentage GLA tests. The Landlord did not believe that a relatively insignificant tenant that went into insolvency after 15 years constituted such an event. I find this interpretation to be more consistent with the evidence as a whole, the case law, and legal commentary on the purposes of co-tenancy clauses.

[162] I reject GAP/Old Navy's contention that as a consequence of this omission, the Landlord is now bound to accept rent that barely covered common area expenses. It is not a commercially reasonable position and offends the business efficacy rule of interpretation.

[163] GAP's claims make no sense in the context of how events actually unfolded, and I am unable to find that the parties actually shared a common intention consistent with GAP's interpretation, because, frankly, the existence of such a common intention is belied by the evidence of their conduct. Amongst the ambiguities that I find in s. 13.3 of the Lease, apart from seemingly poor and ambiguous drafting, characterized by the presence and confusing use of punctuation and parenthetical phrases, are the following:

- (i) The clause does not state that each of the Key Stores must be open for business at all times during the term of the Lease and renewals thereof;
- (ii) Consistent with Mr. Cherniak's understanding, the clause addresses the conditions for the opening and initial operations of Old Navy and refers specifically to GLA at the expiry of the construction period (in 2000);
- (iii) Instead, it appears that for ongoing operations, the clause requires that 80% of the Key Stores and other retail stores in the Centre be open for business.

[164] Having considered the evidence as a whole, I find that it was reasonable for the Landlord to have understood that the Lease required the Key Stores to be open for business at the commencement of the Lease, but that thereafter that requirement reduced to 80% of the Key Stores and other retail stores being open for business. That is a reasonable construction because it appears to be what the LOIs contemplated. Moreover, that construction would have avoided the business absurdity of the failure of a business occupying less than 2.5% of the GLA of the Centre to have the same consequence as if Cineplex or Canadian Tire had failed, assuming it had continued to be a named Key Store. That is simply not a rational result.

[165] Even then, I consider the Landlord's understanding that the provisions were intended to apply only to a catastrophic situation, not to an inconsequential technical default, to be a reasonable interpretation, consistent with the business efficacy rule.

[166] Moreover, no catastrophe occurred here. The Centre was well over 90% leased, occupied and operational at the time of Danier's insolvency and the subsequent closure of the Danier Leather Outlet at the Centre. GAP/Old Navy adduced no evidence that there was any diminished shopper traffic as a result of Danier closing at the Centre – I add that they had the high-tech surveillance cameras to substantiate such a claim, if they had wanted to or such a claim was merited.⁴¹

⁴¹ I was somewhat disturbed to learn from the evidence to learn that GAP/Old Navy actually used surveillance cameras to surreptitiously record and keep track of not only all foot traffic into and out of its Old Navy outlet, provided the potential customers stayed in the store for a *de minimis* period of time, but also that reach of the surveillance camera also extended to capture traffic outside of the store, recording anybody that walked or drove within a set distance of the front of the store. It maintained statistics of that traffic at head office in San Francisco, but I note there was no evidence produced that showed any decline in traffic attendant on the Danier Leather Outlet failure.

[167] GAP/Old Navy did not produce a shred of financial evidence to suggest that Danier's business failure had *any* impact on the financial success or operations of its Old Navy outlet. To the contrary, the evidence was that the Centre has been and continues to be a very successful commercial operation. Mr. Cherniak's evidence about the turnover of stores and restaurants shows that there is nothing unusual about changes of tenancy over time, and so long as the percentage GLA occupancy requirements are being met, there is no diminution in traffic, and no factual foundation for the highly-technical Key Store replacement system interpretation adopted by Old Navy.

[168] A technical interpretation of language that leads to commercially absurd results is to be avoided. If the language used in s. 13.3 of the Lease literally means what GAP/Old Navy says it means, then this leads to a commercially absurd situation where Old Navy would be entitled to continue to enjoy the use of the leased premises for the duration of the Lease and all extensions, while paying considerably less than its share of the operating costs, let alone paying any rent to the Landlord. Plainly, such an interpretation fails to take into consideration the legitimate expectations of the Landlord. It fails the business efficacy test.

[169] In *1525292 Ontario Ltd. v. Canadian Tire Real Estate Ltd.*⁴², this Court addressed a similar situation, where a literal interpretation of the lease would result in Canadian Tire effectively being excused from payment of rent for an indefinite period of time. The Court found that this would result in a commercial absurdity. O'Connor J. writes:

To excuse CTREL from rent payments for an indefinite period (possibly up to 25 years) while it enjoyed the use of the premises for its business ends would result in a commercial absurdity. The courts have long adhered to a principle enunciated by Jessel M.R. in *Wallis v. Smith*⁴³ as "...the well-known doctrine that in the construction of written instruments you may depart from the literal meaning of the words, if reading the words literally leads to an absurdity".

In *Holt v. Thunder Bay (City)*⁴⁴, Rosenberg J.A. writing for the Court of Appeal, instructed that:

[T]he contract should be construed as a whole, giving effect to all of its terms, so long as it does not result in an absurdity. In the case at bar, I interpret the words at issue to mean the term of the renewal starts when CTREL opens for business, that is, the first ten years of the renewal. While usually the obligation for the payment of rent also commences with the term, the clause does not specifically say that. An interpretation that rent commences with the term, in the circumstances of this agreement, leads to the

⁴² *1525292 Ontario Ltd. v. Canadian Tire Real Estate Ltd.* 2004 CanLII 15587 (Ont. S.C.).

⁴³ *Supra* note 16 at 257.

⁴⁴ *Holt v. Thunder Bay (City)* 65 O.R. (3d) 257 (C.A.).

absurdity of the tenant occupying premises rent free for as long as it wishes, possibly up to 25 years, if it forgoes opening the gas bar for business. The true intent of the parties cannot have been to require the owner/landlord to bear the costs of a valuable piece of property while precluded from occupying it or enjoying any of the commercial benefits of it, i.e. rents.

Another way of putting the courts' function of interpreting contracts to prevent absurdities is to say contracts should be interpreted to give 'business efficacy' to the terms of the agreement. In *TDL Group Ltd. v. P.J.P. Developments Ltd.*⁴⁵, Farley J. of the Ontario Court of Justice (General Division) said at 6, "...they (contracts) should be interpreted in a reasonable way to give "business" efficacy and in such a way to avoid all absurd results". In *The Law of Contracts*, Fourth Edition, S.M. Waddams, in discussing the circumstances in which the courts will imply terms in contracts, says at para. 497, "Even under the most restrictive approach terms are regularly implied to give business efficacy to agreements..."

In this case, not only does CTREL's interpretation of clause 18(e)(i) result in an absurdity but it also subverts the court's obligation to give business efficacy to its interpretation of it. Furthermore, CTREL's paying rent for seven months without a valid explanation leads the court to the conclusion that CTREL also initially interpreted the clause as does this Court.

[170] I find this analysis to be directly applicable here. It was not commercially reasonable for GAP/Old Navy to expect to be able to occupy the premises for the balance of its existing Lease term without paying rent, and presumably during the further extension, at least as it did initially, merely because of an event which had no evident impact on its business operations.

[171] Old Navy's minimum monthly rent was \$39,390.75 plus HST and its share of the common area maintenance costs and taxes ("CAM") was \$16,800.00 per month plus HST, for a gross monthly rent of \$56,190.75 plus HST.

[172] Under the Alternative Rent provision, Old Navy claims the right to reduce its rent to only \$9,578.84 per month plus HST. Under its interpretation of the Lease, the total "rent" payable by Old Navy covers only 57% of its share of CAM, and results in the Landlord receiving no rent for the actual use of the premises at all, indefinitely.

[173] I find this was a commercially unreasonable position. It is an interpretation that leads to an absurd result and that violates the foundational principles of business efficacy. Moreover, it results in a circumstance where the Landlord had no way of avoiding the problem continuing indefinitely because Old Navy failed to include the reciprocal termination right that had been

⁴⁵*TDL Group Ltd. v. P.J.P. Developments Ltd.*, [1997] O.J. No. 5357.

agreed would be included in the formal Lease document. This is a further reason why I reject Old Navy's claim that any co-tenancy failure took place in the circumstances of this case. The ambiguity of the co-tenancy language cannot support Old Navy's highly technical, but in my view, inaccurate interpretation of that provision.

(d) The Intent of the Parties as Reflected in Their Conduct

(i) Danier's Assignment into Bankruptcy

[174] In determining whether the language of the Lease is clear, and reflects a meeting of minds and common contractual intent, the case law shows that subsequent conduct of the parties is one of the best ways of determining what the parties intended, and whether their agreement was ambiguous or uncertain. In *Montreal Trust Co. of Canada v. Birmingham Lodge Ltd.*⁴⁶, Laskin J.A. instructs as follows at paras. 23-24:

23 ...Subsequent conduct may be used to interpret a written agreement because "it may be helpful in showing what meaning the parties attached to the document after its execution, and this in turn may suggest that they took the same view at the earlier date." S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 3d edition (Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993), at 323. Often, as Thomson J. wrote in *Bank of Montreal v. University of Saskatchewan* (1953), 9 W.W.R. (N.S.) 193, at p. 199 (Sask. Q.B.), "there is no better way of determining what the parties intended than to look to what they did under it."

24 Lambert J.A. discussed the relevance of subsequent conduct in *Canadian National Railway v. Canadian Pacific Ltd.*, [1979] 1 W.W.R. 358, at p. 372 (B.C. C.A.), affirmed (1979), 105 D.L.R. (3d) 170 (S.C.C.):

In Canada the rule with respect to subsequent conduct is that, if, after considering the agreement itself, including the particular words used in their immediate context and in the context of the agreement as a whole, there remain two reasonable alternative interpretations, then certain additional evidence may be both admitted and taken to have legal relevance if that additional evidence will help to determine which of the two reasonable alternative interpretations is the correct one.⁴⁷

[175] The conduct of the parties associated with the failure of Danier shows just how accurate these observations are in the particular circumstances of this case.

⁴⁶ *Montreal Trust Co. of Canada v. Birmingham Lodge Ltd.*, 125 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.).

⁴⁷ See also *Arthur Andersen Inc. v. Toronto Dominion Bank* (1994), 17 O.R. (3d) 363, at p. 372 (C.A.).

[176] It was GAP/Old Navy's evidence that it received no information from its local store manager notwithstanding that any of the tenants operating at the Centre would unquestionably have known that Danier had failed nationally, that it was in receivership, and that its inventory was being liquidated.

[177] However, it was not until August 29, 2016 when a GAP employee named Steven Fastenau contacted P. Ghandi at the Landlord's office that GAP appears to have become aware of Danier's liquidation. Despite the alleged importance of Danier as a Key Store at the Centre, Mr. O'Connor acknowledged that before this problem arose, he had never heard of Danier or any of the other named Key Stores, apart from Cineplex, that had been identified and named in this Lease. Even though GAP had been willing initially to have Canadian Tire be one of the Key Stores, apart from Mr. O'Connor's unfamiliarity with Canadian Tire as one of the largest and most successful retail chains in Canada, he also did not know that it also sold certain products, in particular pet food and pet-related products, which GAP claimed was counter to its policies on acceptable shopping centre co-tenant retailers.

[178] As a result, GAP/Old Navy accused the Landlord of failing to comply with its obligations to notify GAP of the failure of a Key Store.

[179] However, the Landlord saw no need to provide notice to GAP/Old Navy because, based on its understanding of the provision, the event of Danier's bankruptcy had not triggered the operation of the co-tenancy remedies in the Lease. It was only by mid to late September that the Landlord became aware that GAP was regarding Danier's assignment in bankruptcy as a Co-Tenancy Failure. Mr. Cherniak stated he was shocked to learn of GAP/Old Navy's position and consequently retained his son to prepare a legal response. Equally, the evidence showed that the Landlord was astonished when GAP sent notice that it was going to start to pay Alternative Rent.

[180] By the end of September, the Landlord started discussions with Ren's to take over Danier's space, as Ren's had done in several other shopping plazas in Ontario where there had been a Danier outlet.

[181] Mr. Cherniak made clear in his evidence that turnover of tenants is normal and expected in a Centre. Old Navy's Lease was for an initial five-year term with three options to renew for successive five-year terms. In his testimony, there could never have been a reasonable expectation on GAP's part that each of Roots, Globo Shoes, and Danier would remain tenants of the Centre for the entire duration of Old Navy's tenancy, absent which, if not replaced by a specific tenant approved by GAP, Old Navy could pay Alternative Rent indefinitely.

[182] Indeed, Danier's initial lease was only for an initial 10-year term, although Danier ended up remaining as a tenant for over 16 years. Roots and Globo are still tenants. I accept Mr. Cherniak's evidence that it was never within the reasonable contemplation of the parties that there would be no turnover of these three retail tenants at any time during the term of Old Navy's Lease. This finding is important, because it emphasizes the absurdity of the technical position advanced by GAP.

(ii) GAP/Old Navy's Conduct Regarding the Key Stores Requirements

[183] GAP/Old Navy was not content that a replacement Key Store be simply a retail store, but instead wanted a store that was very similar in character to Danier. As Mr. O'Connor explained, that required that the replacement store be a retailer of upscale clothing.

[184] Given that the principal purpose of co-tenancy provisions is the creation of traffic, it is difficult in my view to square that purpose with GAP's read of the provisions. The reason is because any number of types of retailing could have achieved the increased traffic objective, and indeed the Landlord was focused on that objective.

[185] I do acknowledge that the stipulated Key Stores requirements are clear in their language, even though I have found that it is not clear that the individual Key Stores requirement had to be met at all times as GAP insisted. It follows, in part for that reason, that I have found that no co-tenancy failure occurred. Since no co-tenancy failure occurred based on what I have found to be the most objectively reasonable interpretation of the relevant provisions of the Lease, while there was a need to replace Danier, no alternative rent entitlement arose.

[186] One troubling aspect of that process was the stipulation that a retailer be of exactly the same nature as GAP viewed itself and that such replacement retailer would occupy exactly the same space as Danier had occupied. As such, even if a substitute retailer of upscale clothing (only) had been identified as a potential Key Store, a chain perhaps like Club Monaco or Ralph Lauren, they could still have been refused by GAP unless they agreed to take *exactly* the same space Danier had occupied.

[187] GAP acknowledges that it has no ability to tell the Landlord who it can rent space to, but it says that until at least June of 2017, when it claims it first learned of the precise terms of the Ren's lease, it would continue to be entitled to pay virtually nothing for its space because of non-compliance. That was its amended position, but originally, when this litigation commenced, it claimed that could continue for the duration of the Lease, potentially a period of years.

[188] Initially, the Landlord proposed Party City as a replacement for Danier, but not to put it into Danier's space. Mr. Cherniak explained that Party City had bought Party Packagers, the Canadian operation, and they wanted a bigger store, 12,000 square feet in the Centre but double the size of the Danier store. I was advised that Party City is a huge company operating in over a hundred countries, with 40,000 stores around the world and with billions of dollars in sales.

[189] The Landlord believed having Party City as a Key Store would be very complementary to Old Navy, given the overlap of marketing to children. The Landlord considered it to be a reasonable request to substitute Party City for Danier, but GAP first provided no reaction and then rejected Party City as non-compliant with the Key Store parameters.

[190] During that same period, the Landlord was in ongoing discussions with Ren's. They were anxious to take over Danier's space, which was empty by this time. However, Ren's was not interested in other space at the Centre – it wanted to lease the former Danier space, and only that

space. The Landlord offered another suitable location for Ren's in one of the other vacancies in the plaza, but they refused to accept it.

[191] Finally, an email was sent from Jason Cherniak to Mr. Byma on January 4, 2017. At the end of the message it indicates that "[w]ithout prejudice, before beginning any court action my client proposes a meeting in Toronto the week of January 16 to discuss the situation and try to come to an agreement. Please advise when your client would be available."

[192] GAP/Old Navy never responded, either to that proposal, or to the Landlord's request that GAP approve Ren's as the replacement Key Store for Danier. Further, the evidence showed that the Landlord never knew and was confounded by learning that Old Navy had a policy against pet stores being in the same plazas as any of its brand stores. There was no such policy in the Lease. Even more surprising to the Landlord was GAP's acceptance of Canadian Tire, evidently without knowing that most if not all Canadian Tire stores do sell pet food and pet-related products.

[193] Despite GAP's stated position regarding Ren's or other pet or pet food and supply stores, being unsuitable co-tenants at shopping centres where it maintains retail outlets, the evidence showed that, contrary to that position, there is another power centre in the west end of Toronto where the opposite is true. That centre was the Stock Yards Village, where the anchor tenant was Target until it failed several years ago. What is important in this context, however, is that there is an Old Navy store operating in the same complex along with a PetSmart retail outlet, seemingly contradicting GAP's position on suitable co-tenants. The two outlets are in different buildings of the same power centre at the Stock Yards Village, just as they are located in different buildings at the Centre.

[194] Regardless whether Old Navy had the right to insist on the payment of Alternative Rent unless a substitute Key Store meeting the requirements of the relevant provisions was chosen, that right would only have arisen where there was a Co-Tenancy Failure. I have found that there was no Co-Tenancy Failure triggered by the insolvency of Danier, because I have rejected GAP/Old Navy's interpretation of how the Co-Tenancy Requirement operates.

[195] However, even if a technical Co-Tenancy Failure had arisen, issues arise whether the conduct of the parties was reasonable and in good faith. In interpreting a contract, the entire contract must be considered. Both parties in this case make allegations of unreasonable and bad faith conduct on the part of the other. Both claim that the other has ignored the good faith requirement imposed under s. 27.12 of the Lease.

[196] I have found that no Co-Tenancy Failure occurred in this case so the question may be moot, but I feel it is important to comment on the conduct of both parties. I do not criticize the parties for an absence of good faith, and from their subjective perspectives, there were reasonable grounds for each to believe that its interpretation of the relevant provisions was the correct one. Nevertheless, I have found that both acted somewhat unreasonably in the circumstances and cannot help but feel this entire situation and dispute could have been avoided with a bit more reasonable conduct from both of them.

[197] In my view, there are several examples of unreasonable conduct by GAP/Old Navy:

- (i) Old Navy's retroactive claim of reduced rent to the very low level contemplated in the Alternative Rent remedy was based on what was, at best, a very technical position, because Danier's failure had no impact on Old Navy's operations or sales, its ongoing viability as a retail store, or its profitability. As such, in my view it was not reasonable to demand the reduced Alternative Rent remedy in those circumstances;
- (ii) It was unreasonable for GAP/Old Navy to retroactively reduce rent when there is no provision of the Lease that contemplates a retroactive rent reduction. Old Navy had no right to unilaterally cease paying rent and never provided a proper notice under the Lease;
- (iii) I find that Old Navy acted unreasonably in stalling in response to the Landlord's proposal of an alternative Key Store; and
- (iv) Lastly, Old Navy's position regarding Ren's unsuitability is based on an unreasonable and unarticulated policy against pets, but is contradicted by other evidence such as the finding that Old Navy and PetSmart are located within the same complex at the Stock Yards Village.

[198] Nevertheless, I also find that Gap/Old Navy had what they considered to be a reasonable belief that their conduct was correct and in accordance with the terms of the Lease, even if those provisions made no business sense under the circumstances, or were objectively unreasonable. However, Old Navy took no steps to actually communicate with the Landlord about the situation, as one would reasonably have expected, given the language of s. 27.12 of the Lease, and therein lies the unreasonable conduct.

[199] However, I regard the Landlord's aggressive approach with the almost immediate issuance of legal threats of default to be equally unreasonable. Its conduct may be only slightly less reprehensible once the alleged failure was claimed, but it hardly acted in the rational or reasonable manner that Mr. Cherniak said was his custom.

[200] The evidence shows that the Landlord's response to GAP in these circumstances was to make an immediate demand for GAP to cease claiming the Alternative Rent remedy and comply with its rent obligations, absent which the Landlord would declare GAP/Old Navy to be in default and pursue proceedings to have them removed as a tenant. Neither of these supposedly sophisticated parties is blame-free in this sorry story.

(e) Is the Alternative Rent Remedy an Unenforceable Penalty Clause?

[201] The Landlord argues that the Co-Tenancy Requirements should be struck down as an unenforceable penalty clause if interpreted in the manner proposed by Old Navy. It relies upon the *Grand Prospect* decision, and the American case law discussed there, in support of this

claim, on the basis that there is no resemblance between the amount of remedy, which Old Navy seeks under the Alternative Rent remedy, and any actual loss or damages that have been suffered by Old Navy. Indeed, no evidence has been provided of any loss having been suffered, including no evidence of either: (i) a reduction in Old Navy's sales or profitability; or (ii) reduced foot traffic at the Centre.

[202] On this basis, the *Grand Prospect* decision might provide a basis for the Alternative Rent remedy to be construed to be an unenforceable penalty clause. However, in my view there is no need in this case to decide that question. I reach that conclusion for several reasons.

[203] First, while counsel did not provide additional case law on unenforceable penalty clauses beyond the *Grand Prospect* decision, it appears to me that the subsequent legal developments raise a question on whether *Grand Prospect* is authoritative, or should be confined to its own circumstances. More importantly, in a Canadian context, courts have cautioned against striking down damages clauses as being unenforceable penalty clauses.

[204] Rather, as the Ontario Court for Appeal has concluded in several cases, referenced further below⁴⁸, so-called penalty clauses may simply breach principles of unconscionability, that is equitable rather than common law principles. The argument is that within the context of good-faith performance under the contract, it would be unconscionable to permit such a clause to be enforced, particularly when there is no time limit specified for the period during which it may operate, and no alternative remedies given to either party to bring the Lease to an end, say six months after such an event has occurred as would have been the case had the reciprocal termination right been included in the Lease as I have found was intended.

[205] I would adopt the discussion on this subject by in *Redstone Enterprises Ltd. v. Simple Technology Inc.*⁴⁹, at paras. 15, 18, and, in part, at paras. 21-32. In essence, the questions to be asked in considering relief against penalties and forfeitures are: (i) whether the forfeited deposit was out of all proportion to the damages suffered; and (ii) whether it would be unconscionable for the seller to retain the deposit.⁵⁰

[206] In *Redstone Enterprises Ltd.*, Lauwers J.A. found that a consideration of the relevant factors showed there was no unconscionability in that case. Instead, he found it to be a straightforward commercial real estate transaction undertaken in the expectation of profit by both sides, who were previously strangers. There was no inequality of bargaining power between them. There was no fiduciary relationship, and both parties were sophisticated.

⁴⁸ 869163 *Ontario Ltd. v. Torrey Springs II Associates Ltd. Partnership*, 76 O.R. (3d) 362 (C.A.) at paras. 19-34; *Redstone Enterprises Ltd. v. Simple Technology Inc.*, 2017 ONCA 282, 137 O.R. (3d), at paras. 21-26 and 30-32.

⁴⁹ *Redstone Enterprises Ltd. v. Simple Technology Inc.*, 2017 ONCA 282, 137 O.R. (3d) 374.

⁵⁰ See also *Varajao v. Azish*, 2015 ONCA 218 at para. 11.

[207] *869163 Ontario Ltd. v. Torrey Springs II Associates Ltd. Partnership*⁵¹ is also instructive. The case explored the distinction between penalties and forfeitures. Sharpe J.A. notes, at paras. 31-32:

[C]ourts should, if at all possible, avoid classifying contractual clauses as penalties and, when faced with a choice between considering stipulated remedies as penalties or forfeitures, favour the latter.

[C]ourts should, whenever possible, favour analysis on the basis of equitable principles and unconscionability over the strict common law rule pertaining to penalty clauses.

[208] Accordingly, Sharpe J.A. pointed out that in the interests of furthering the policy of upholding freedom of contract, “the strict rule of the common law refusing to enforce penalty clauses should not be extended.” At para. 25 he expressed his agreement that “the finding of unconscionability must be an exceptional one, strongly compelled on the facts of the case.” Nevertheless, he went on to add that:

30 The list of the indicia of unconscionability is never closed, especially since they are context-specific. But the cases suggest several useful factors such as inequality of bargaining power, a substantially unfair bargain, the relative sophistication of the parties, the existence of bona fide negotiations, the nature of the relationship between the parties, the gravity of the breach, and the conduct of the parties.

[209] In this case, looked at from the front end of the Lease, as I am required to do, I cannot conclude that the possibility of the Alternative Rent remedy being activated causes it to be unenforceable, because the question of enforceability depends on the size and context of the penalty. Certainly, in a meltdown situation, if the percentage GLA tests were not being met and/or there had been a failure of a number of the Key Stores, not just one occupying only 2% of the GLA of the Centre, then the reduction of traffic that would obviously and necessarily result would seem to entitle Gap/Old Navy to the agreed penalty. On the other hand, the quantum of rent that Old Navy claims to be entitled to pay here is out of proportion to any damage sustained by Old Navy, indeed there is no evidence of damage.

[210] Accordingly, I would not characterize the Alternative Rent remedy as an unenforceable penalty clause *per se*. While I accept that arguments can be made to permit Old Navy to pay only Alternative Rent in the particular circumstances of this case, for the duration of time it claims would be unconscionable, despite the sophistication of the parties. There is no need to reach a conclusion on that point. The finding that the failure of Danier Leather did not trigger a Co-Tenancy failure eliminates the need to answer the question.

⁵¹ *869163 Ontario Ltd. v. Torrey Springs II Associates Ltd. Partnership* 2005), 76 O.R. (3d) 362 (C.A.), leave to appeal refused, [2005] S.C.C.A. No. 420 (S.C.C.).

(f) Should rectification be granted?

[211] It is plain from a comparison of the words between the Lease and the LOIs that there was a failure on the part of the parties, to include a key term of the LOIs: the ability of the Landlord to terminate the Lease after six months, in the event the Tenant invoked its Co-Tenancy “rights”.

[212] As Old Navy did not suffer any losses from Danier’s closure, it seems unlikely that it would have invoked its purported Co-Tenancy rights, if taking that action would have caused it to face the termination of the Lease. There is nothing in GAP/Old Navy’s submissions that takes issue with the characterization of the exclusion of the reciprocal termination right as anything other than a mutual mistake.

[213] In the decision of *Alguire v. The Manufacturers Life Insurance Company (Manulife Financial)*⁵², Hourigan J.A. set out the tests that must be met in order for an order of rectification to be made. The Landlord relies upon this language as supportive of its claim for rectification of the Lease in the circumstances of this case:

12. Rectification is an equitable doctrine that is available when it is clear that the parties’ written agreement does not accord with their actual agreement. In such circumstances, a court may rectify the agreement so that it gives effect to the parties’ true intentions: *Canada (Attorney General) v. Fairmont Hotels Inc.*, 2016 SCC 56, [2016] 2 S.C.R. 720 (S.C.C.), at para. 12.

13. In the present case, Manulife argued that rectification was necessary to correct a common mistake. Such a mistake arises where the parties, “subscribe to an instrument under a *common* mistake that it accurately records the terms of their antecedent agreement”: *Fairmont*, at para. 14. To obtain an order for rectification in these circumstances, Manulife was required to show, “that the parties had reached a prior agreement whose terms are definite and ascertainable; that the agreement was still effective when the instrument was executed; that the instrument fails to record accurately that prior agreement; and that, if rectified as proposed, the instrument would carry out the agreement”: *Fairmont*, at para. 14.

[214] In *Alguire*, the plaintiff argued that there was an insufficient evidentiary basis at trial to permit the trial judge to conclude that the parties had entered into an antecedent agreement. In other words, he claimed that it was not open to the trial judge on the evidentiary record to find that the agreement was definite and ascertainable, and as such, claimed that the remedy of rectification was not available. Interestingly, as part of his argument in that case, Mr. Alguire took the position that the trial judge had erred “in finding that Mr. Elias acted as his agent in securing the Policy.” Hourigan J.A. rejected that contention, concluding at para. 15 that:

⁵² *Alguire v. The Manufacturers Life Insurance Company (Manulife Financial)*, 2018 ONCA 202, 140 O.R. (3d) 1, at paras. 12-13.

15. I am unable to give effect to this submission. In my view, there was ample evidence to ground the trial judge's conclusion that there was an antecedent agreement based on the Quote, which was for the issuance of a \$5,000,000 key man insurance policy with no special provision for inflation protection.

[215] I see no material difference between the circumstances in *Alquire* that caused the Court to support the request for an order of rectification in that case, and the facts and circumstances that underlie the Landlord's request for rectification here. In my view, the evidence shows that the parties here had reached a prior agreement to include the reciprocal Lease termination right, for both Old Navy and the Landlord. The interlineations in the final LOI with handwritten changes make that clear. The language reads:

If such condition is not satisfied for six months, the *Landlord or the Tenant* may terminate the lease at any time before such condition is satisfied upon 30 days' notice to Landlord.

[216] The evidence established that all of the changes to the LOIs were handwritten by Seymour Schwartz, at Paracom, acting effectively as agent for both parties. The date on which Blair Hodgson signed the final LOI is unclear, but Lloyd Cherniak appears to have signed his name to that amended LOI on March 31, 2000. The dates of initialization of the handwritten interlineations and changes is uncertain, but there was no evidence presented to suggest that the final version of the LOIs reflecting this common intent of the parties was not known by both to contain this revision and intended by them to be included in the final Lease terms. Nevertheless, the provision did not find its way into the Lease.

[217] As such, I find that GAP/Old Navy and the Landlord had reached a prior agreement whose terms were definite and ascertainable, that the agreement was still effective when the Lease was executed, and that, if rectified as proposed, the Lease would carry out the agreement in that respect. Accordingly, I find that the Landlord is entitled to the rectification remedy it seeks.⁵³

Conclusion and Disposition

[218] On this application, GAP/Old Navy claimed that the provisions of the Lease, particularly the Co-Tenancy Requirements and the remedies for an operational failure, are straightforward and should be given effect. On the other hand, the Landlord raised numerous grounds to support its position that the language of the Lease as interpreted by Old Navy is not only unclear, but

⁵³ I note that GAP/Old Navy appeared to resist the Landlord's efforts to secure this remedy, in part on the basis of *Limitations Act* considerations. However, in *Alquire*, Hourigan J.A. refused to give effect to this ground of appeal. He concluded that the rectification relief sought by Manulife was not barred by the *Limitations Act* because it was an independent claim. In my view, the same considerations apply here. See *Alquire*, above, at paras 25-26.

also unreasonable, not what was ever intended, and absurd. It says that GAP/Old Navy's interpretation of the Lease and the Co-Tenancy Requirements is untenable.

[219] As these reasons show, I have rejected Old Navy's interpretation and found that the provisions of the Lease relating to the Co-Tenancy Requirements are not straightforward or unambiguous. The language of s. 13.3(A) is unclear and capable of two different interpretations. The language used in the Lease differs from the description of the Co-Tenancy Provisions that the parties agreed to as set out in the LOIs. Both parties appeared to have different understandings of what the Lease said from the moment it was signed.

[220] Stated summarily, I have found that there is no clarity on what the final common intention of the parties was meant to be, assuming they had a common intention. Moreover, the evidence suggests they did not share a common understanding or intention.

[221] As a result, I have accepted the Landlord's interpretation of the relevant provisions as being the most objectively reasonable. Unlike GAP/Old Navy's evidence which was speculative and not supported by testimony of anyone who was involved in the negotiation of the Lease, the evidence of the Landlord was provided by one of the main individuals involved in the negotiation of the Lease at that time, and who still has day-to-day responsibility for the operation of the Centre.

[222] I have found that it was not commercially reasonable for GAP/Old Navy to expect to be able to occupy the premises for the balance of its existing Lease term, effectively without paying rent, merely because of a technical event that had no evident impact on its business operations.

[223] Old Navy's rent and its share of the common area maintenance costs and taxes totaled \$56,190.75 plus HST per month. However, by invoking the Alternative Rent remedy in response to the alleged Co-Tenancy failure that resulted from Danier's insolvency, Old Navy was able to reduce its rent by over 60% to only \$9,578.84 per month plus HST, an amount that covered only 57% of its share of common area maintenance costs, but more importantly resulted in the Landlord receiving no rent for the actual use of the premises at all, for a potentially indefinite period.

[224] I found that this was not a commercially reasonable position. It flows from an interpretation that, in my view, violates the foundational principles of business efficacy and leads to an absurd result. Moreover, while the Landlord may be faulted for not catching the omission at the time the Lease was signed, Old Navy's failure to include the reciprocal termination right that had been agreed would be included in the formal Lease document left the Landlord with no mechanism to avoid the problem from continuing indefinitely. This is a further reason why I have rejected Old Navy's claim that any co-tenancy failure took place in the circumstances of this case. The ambiguity of the co-tenancy language cannot support Old Navy's highly technical, but in my view, inaccurate interpretation of that provision.

[225] Old Navy commenced this matter as an application for declaratory relief relative to the interpretation of the Lease and for a refund of rents that it claims to have overpaid to the Landlord. That application for declaratory relief and a refund of alleged overpayments of rent is dismissed. I also dismiss the Landlord's claim that the Co-Tenancy Requirements of the Lease are unenforceable as an impermissible penalty clause. There is no need to answer that question in light of my conclusion that no co-tenancy failure took place here under this Lease, reasonably and properly interpreted.

[226] However, the Landlord's request for equitable relief by way of rectification to amend the Lease to include the reciprocal termination right as intended by the parties as reflected in the LOIs is granted.

[227] Based on the result, it would seem likely that costs would presumptively go to the Landlord, but I have no knowledge if there were offers or counteroffers that might affect the costs result. I would be grateful to be advised of those matters by both counsel in writing within two weeks of the release of this decision.

[228] If the parties are unable to address and resolve issues of costs between themselves, they may contact me through the Trial Coordinator to schedule a date and time when the matter may be spoken to in order to establish a schedule for the preparation and exchange of costs submissions, if necessary.

Michael G. Quigley J.

Released: June 21, 2019

CITATION: Old Navy (Canada) Inc. v. The Eglinton Town Centre Inc., 2019 ONSC 3740

COURT FILE NO.: CV-17-00571262-0000

DATE: 20190621

ONTARIO

SUPERIOR COURT OF JUSTICE

BETWEEN:

OLD NAVY (CANADA) INC.

and –

THE EGLINTON TOWN CENTRE INC.

REASONS FOR DECISION

Michael G. Quigley J.

Released: June 21, 2019

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Old Navy (Canada) Inc. v. The Eglinton Town Centre Inc.,
2020 ONCA 679
DATE: 20201023
DOCKET: C67224

Huscroft, Nordheimer and Harvison Young JJ.A.

BETWEEN

Old Navy (Canada) Inc.

Applicant (Appellant)

and

The Eglinton Town Centre Inc.

Respondent (Respondent)

Jonathan F. Lancaster, for the appellant

Catherine Francis, for the respondent

Heard and released orally by videoconference: October 22, 2020

On appeal from the judgment of Justice Michael G. Quigley of the Superior Court of Justice, dated June 21, 2019.

REASONS FOR DECISION

[1] On consent, the appeal is dismissed without costs.

“Grant Huscroft J.A.”

“I.V.B. Nordheimer J.A.”

“Harvison Young J.A.”

CLEARFLOW COMMERCIAL FINANCE CORP.
Applicant (Respondent in Appeal)

- and - TRIGGER WHOLESale, INC. et al.
Respondents (Jaimee Lynn Gdak Appellant in Appeal)
Court File No.: C69603

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

PROCEEDING COMMENCED AT
TORONTO

**BOOK OF AUTHORITIES
OF THE RESPONDENT, CLEARFLOW
COMMERCIAL FINANCE CORP.**

TORKIN MANES LLP
Barristers & Solicitors
151 Yonge Street, Suite 1500
Toronto ON M5C 2W7

Jeffrey J. Simpson (39663M)
jsimpson@torkinmanes.com
Tel: 416-777-5413

Lawyers for the Applicant (Respondent),
ClearFlow Commercial Finance Corp.