

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

102-09-CA

YVES DOUCET and PETER DAUPHINEE

APPELLANTS

- and -

SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED
and JON MANSHIP

RESPONDENTS

Doucet and Dauphinee v. Spielo Manufacturing
Incorporated and Manship, 2011 NBCA 44

CORAM:

The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Green

Appeal from decisions of the Court of Queen's
Bench:

February 3, 2010
July 13, 2009
December 17, 2008

History of Case:

Decisions under appeal:

2010 NBQB 39
2009 NBQB 196
2008 NBQB 413

Preliminary or incidental proceedings:

Court of Appeal:

[2010] N.B.J. No. 125
[2009] N.B.J. No. 352
[2007] N.B.J. No. 510
[2007] N.B.J. No. 312
[2007] N.B.J. No. 432

Court of Queen's Bench

2008 NBQB 422
2008 NBQB 37
2008 NBQB 27
2007 NBQB 245
2006 NBQB 249
2006 NBQB 268

YVES DOUCET et PETER DAUPHINEE

APPELANTS

- et -

SPIELO MANUFACTURING INCORPORATED
et JON MANSHIP

INTIMÉS

Doucet et Dauphinee c. Spielo Manufacturing
Incorporated et Manship, 2011 NBCA 44

CORAM :

L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Green

Appel de décisions de la Cour du Banc de la
Reine :

Le 3 février 2010
Le 13 juillet 2009
Le 17 décembre 2008

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :

2010 NBBR 39
2009 NBBR 196
2008 NBBR 413

Procédures préliminaires ou accessoires :

Cour d'appel :

[2010] A.N.-B. n° 125
[2009] A.N.-B. n° 352
[2007] A.N.-B. n° 510
[2007] A.N.-B. n° 312
[2007] A.N.-B. n° 432

Cour du Banc de la Reine

2008 NBBR 422
2008 NBBR 37
2008 NBBR 27
2007 NBBR 245
2006 NBBR 249
2006 NBBR 268

Appeal heard:
September 16, 2010

Appel entendu :
Le 16 septembre 2010

Judgment rendered:
May 12, 2011

Jugement rendu :
Le 12 mai 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Green

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the appellants:
George W. MacDonald, Q.C.,
Richard J. Scott, Q.C. and
Crystal Gamble

Pour les appellants :
George W. MacDonald, c.r.,
Richard J. Scott, c.r., et
Crystal Gamble

For the respondents:
J. Gordon Petrie, Q.C.,
Catherine A. Lahey and
Clarence L. Bennett

Pour les intimés :
J. Gordon Petrie, c.r.,
Catherine A. Lahey et
Clarence L. Bennett

THE COURT

LA COUR

The appeal is allowed in part. The appeal on the main action is dismissed. The appeal with respect to the counterclaim and related costs order is allowed and the matter remitted to the Court of Queen's Bench for a new trial before a different judge. The costs order at trial is varied from \$838,490.62 to \$745,325. The respondents being largely successful on the appeal are entitled to costs of \$7,500. This award embraces two ancillary motions heard in the Court of Appeal prior to the appeal hearing.

Accueille l'appel en partie. L'appel relatif à l'action principale est rejeté. L'appel relatif à la demande reconventionnelle et à l'ordonnance connexe concernant les dépens est accueilli et l'affaire est renvoyée à la Cour du Banc de la Reine afin qu'un nouveau procès soit tenu devant un juge différent. Les dépens accordés au procès sont modifiés et ramenés de 838 490,62 \$ à 745 325 \$. Puisqu'ils ont eu, en grande partie, gain de cause en appel, les intimés ont droit à des dépens de 7 500 \$, dépens qui s'appliquent aussi à deux motions accessoires entendues devant la Cour d'appel avant l'audition de l'appel.

INDEX

	<u>Paragraph</u>
I. <u>Synopsis</u>	1
II. <u>The Overview – Non-Issues</u>	
A. <i>Background Facts</i>	20
B. <i>The Claims for Negligent Misrepresentation</i>	24
C. <i>The Alleged Pre-Contractual Duty to Bargain in Good Faith</i>	29
D. <i>Final Note – Summary Judgment</i>	39
III. <u>The Oppression Issue</u>	40
IV. <u>Wrongful Dismissal – Employment/Severance Package Issues</u>	64
V. <u>The Counterclaim – After Acquired Cause – Mr. Doucet</u>	
A. <i>The Legal Framework</i>	74
B. <i>The Dovico Allegations</i>	92
C. <i>The Kickback Allegation</i>	101
VI. <u>Awards of Costs– The New Brunswick Framework</u>	
A. <i>Introduction – Deference</i>	115
B. <i>The Purpose(s) of Awards of Costs</i>	117
C. <i>The Basic Framework – Rules 49 & 59 – Tariff “A”</i>	124
D. <i>Tariff “A” or Lump Sum – The Westinghouse Decision</i>	135
E. <i>Partial or Substantial Indemnification? The Beaverbrook Art Gallery Decision</i>	148
F. <i>The Relevance of Affidavit Evidence Regarding Legal Fees</i>	155
VII. <u>The Costs Issue Addressed</u>	
A. <i>The Trial Judge’s Cost Decision</i>	161
B. <i>Application of Tariff “A” to Present Case</i>	167
C. <i>The Impact of the \$1 Million Offer to Settle</i>	189
VIII. <u>Disposition</u>	192

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

I. Synopsis

[1] The pathway to this appeal left behind 14 reported decisions. Three are before this Court today. The underlying legal and factual issues were diverse as were the claims for compensation which exceeded \$30 million. All were rejected and the successful party was awarded party-and-party costs of \$838,490.62. The following synopsis circumscribes the essential facts, the trial judge’s findings, the issues raised on appeal and my conclusions, all of which are arterially tied to the trial judge’s three decisions spanning some 200 pages.

[2] In 2002, the appellants, Yves Doucet and Peter Dauphinee entered into formal negotiations with the respondent, Jon Manship, for the purchase of the “on-line division” of the respondent Spielo Manufacturing Corporation. Spielo is involved in the development and manufacture of gaming equipment, with annual sales of over \$500 million. It is located in Moncton, New Brunswick. In 2002, Mr. Manship was the president and majority shareholder (90%) of Spielo. Mr. Doucet and Mr. Dauphinee were employees. Collectively, they owned less than 2% of the corporation’s outstanding shares, acquired pursuant to a stock option plan and share subscription agreements. Mr. Doucet was the Vice-President in charge of the on-line division. Mr. Dauphinee, a solicitor, worked under the supervision of Mr. Doucet. Although a sale price for the on-line division had been agreed to, negotiations ended abruptly on August 29, 2002. On September 3, 2002, both men were dismissed without cause. Their letters of immediate termination placed the reason for dismissal on Spielo’s “desire to reorganize” the on-line division.

[3] Mr. Doucet received a severance package of \$250,000 based on 12 months’ notice for 10 years service. Mr. Dauphinee received \$69,000 premised on six

months' notice for seven years service. Pursuant to the employee stock plan and the share purchase agreements, the former employees were contractually bound to reconvey their shares to Spielo at "net book value". The obligation arose irrespective of whether their employment was terminated with or without cause. Mr. Doucet received \$250,000 for shares costing \$44,117. Mr. Dauphinee received \$83,000 for shares costing \$6,500.

[4] On September 15, 2003, twelve months after Messrs. Doucet and Dauphinee were fired, Mr. Manship announced that Spielo was about to be sold to a third party (GTECH) for up to \$185 million (US) or \$225 million (CDN). A formal contract was signed on November 7, 2003. The transfer of shares occurred on April 30, 2004. Had the two men remained employees of Spielo, they would have collectively received another \$5 million (CDN) for their shares.

[5] Three months after the announcement of the pending sale of Spielo to GTECH, Messrs Doucet and Dauphinee sued Spielo and Mr. Manship alleging breaches of various and sometimes overlapping legal obligations. The allegations were tied to four claims worth between \$30 and \$40 million:

(1) The largest claim was for "negligent misrepresentation" with respect to Mr. Manship providing Mr. Doucet with 12.5% of Spielo's issued shares. Based on an alleged share value of \$100 (CDN) this claim alone was worth \$31.9 million. Both plaintiffs also alleged misrepresentations that they would receive fair market value for their shares. A corollary plea of unjust enrichment was advanced.

(2) The next largest claim was tied to the abrupt termination of sale negotiations for the on-line division. The two plaintiffs alleged that the unilateral decision to walk away from the sale was in breach of the pre-contractual duty to bargain in good faith. Damages between \$10.2 and \$12.5 million were sought (difference between purchase price and fair market value of the on-line division).

(3) The third largest claim was tied to the oppression remedy provided for under s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44. The plaintiffs argued that the means chosen by Mr. Manship to reacquire their

shares at less than fair market value, and his reliance on the strict terms of the share subscription agreements, qualified as oppressive conduct under that legislation. They claimed the right to compensation of over \$5 million (the difference between what they received for their shares and what they were actually worth in the marketplace). The two plaintiffs also alleged that the forced disposition of their shares led to Spielo's (Mr. Manship's) unjust enrichment. This claim overlaps with the first claim in so far as the 12.5% included the shares already held by Mr. Doucet.

(4) The smallest claim was in relation to the wrongful dismissal component of the action. The severance packages were alleged to be materially deficient because of the inadequacy of the "reasonable notice". The plaintiffs also claimed certain bonuses paid prior to their dismissal were materially deficient. Together, these sub-claims totaled \$1.4 million.

[6] Four years after Spielo filed its defence to the action, and four months prior to trial, Spielo obtained the right to amend its defence and to add a counterclaim against Mr. Doucet. The counterclaim alleges "after acquired cause" for dismissal and a demand for repayment of his severance benefits together with interest. Having recently retrieved emails from Mr. Doucet's work computer, and gaining access to his electronic calendar, the respondents alleged that, while in the full-time employ of Spielo, Mr. Doucet took an active role in the management of his own company (Dovico) and used other Spielo employees and resources in furtherance of Dovico's interests (the "Dovico allegations"). The second ground of after-acquired cause for dismissal was raised for the first time on the cross-examination of Mr. Doucet at trial. Nine days into the trial, Mr. Doucet was confronted with the allegation that in May of 2000, he had demanded a "payback" from a supplier to the on-line division (Nanoptix) and in fact obtained a "kickback" of \$64,584.

[7] The litigation consumed the parties and their lawyers for nearly seven years. Of the 14 reported decisions arising out of the lawsuit, three of the reported interlocutory rulings deal with the thorny issue of document production. One was appealed to this Court. Indeed, the production of over 498 banker's boxes, containing

over 15,000 documents, together with the contents of 427 computer back-up tapes, was overwhelming and costly to both sides. The document search was driven largely by the plaintiffs' need to prove that Mr. Manship had terminated the employment contracts and contract negotiations because he had found, or was actively pursuing, a buyer for Spielo at a greatly enhanced share price. In short, Messrs. Doucet and Dauphinee saw plenty of smoke but they needed desperately to isolate the source of the fire.

[8] The examinations for discovery were extensive. The trial itself lasted 26 days. The trial judge rejected all of Messrs. Doucet's and Dauphinee's claims for compensation (see 2009 NBQB 196, 352 N.B.R. (2d) 1). There was no fire, no misrepresentations, no pre-contractual duty to bargain in good faith, no oppressive conduct and, therefore, no unjust enrichment. However, the counterclaim against Mr. Doucet was allowed on both grounds. Consequently, he was ordered to repay \$252,000 in severance benefits, plus interest at 7% per year from September 2002 to July 2009, together with party-and-party costs of \$17,000. As to the costs on the main action, the trial judge applied Tariff "A" under Rule 59 of the *Rules of Court* and determined the "amount involved" to be \$14.8 million. He then allowed for the maximum available under the Tariff (Scale 5: \$10,325 for the first \$100,000 and 5% on the excess amount). Finally, the trial judge increased the award by \$93,165.62, either to reflect the plaintiffs' failure to accept the defendants' \$1 million offer to settle or for having made the case more complex than was necessary, or for both reasons. In total, the defendants were awarded costs of \$838,490.62, plus reasonable disbursements (see 2010 NBQB 39, 355 N.B.R. (2d) 316). This is the largest costs award to have issued out of the Court of Queen's Bench of New Brunswick. The lawyers for the plaintiffs, now appellants, had billed their clients \$1.92 million (excluding HST). The lawyers for the defendants, now respondents, had billed \$1.97 million (including HST).

[9] The trial judge's findings with respect to the claims of bad faith bargaining, negligent misrepresentation and unjust enrichment were not appealed. Nonetheless, the first two issues remain relevant as they provide an insight into the "complexity" of the litigation, a factor vitally relevant to the issue of costs. The claim

based on unjust enrichment is of no moment. As to the remaining claims for compensation, the appellants' have indentified over 30 errors of both fact and law on the part of the trial judge. I have whittled the list down by grouping the errors under four umbrellas:

(1) Did the trial judge err in failing to find the respondents' acquisition of the appellants' shares amounted to oppressive conduct within the meaning of s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*?

(2) Did the trial judge err in failing to fully compensate the appellants with respect to their loss of employment?

(3) Did the trial judge err in finding the respondents had established after-acquired cause for Mr. Doucet's dismissal and in ordering repayment of the severance package together with interest and costs? In short, did the trial judge err in accepting the respondents' counterclaim?

(4) Did the trial judge err in awarding costs of \$838,490.62 on the main action?

[10]

While I have not been persuaded the trial judge committed reversible error in rejecting the claim of "oppression" within the meaning of s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*, I respectfully disagree with his reasoning. I do not accept the bald proposition that the oppression remedy is not available if the impugned conduct is sanctioned under the express terms of a contract (the employment and share purchase agreements). That pronouncement leaves no room for the understanding that neither party to a contract is entitled to engage in opportunistic or vindictive behaviour. Even the gestational tenets of the good faith doctrine in contract law support that proposition. The test for oppression under the *Canada Business Corporation Act* requires the decision-maker to identify a "reasonable expectation" and to decide whether the expectation was negated by the acts of the corporation or its directing force. In narrow terms, the appellants, in their capacity as minority shareholders, held the reasonable expectation they would not be forced to redeem their shares through the insidious exercise of the employer's right to terminate employment with or without cause, for the singular purpose

of reaping the capital gain that would otherwise have accrued to them. Hence, an employer who uses accounting scales to weigh the realizable profit from the forced redemption of an employee's shares against the damages payable for wrongful dismissal, and decides it is financially advantageous to dismiss the employee, should be caught by a plea of oppression or bad faith. Greed as a motive has yet to be formally recognized as an acceptable component of corporate law.

[11] Accepting the above framework to be true, the trial judge's comprehensive factual findings lay to rest any allegation of oppression based on Spielo's decision to terminate the appellants' employment and to rely on its contractual right to reacquire their shares at less than fair market value. The trial judge found the appellants' dismissals were not carried out in order to deprive them of their substantial and realizable capital gain. At the time of dismissals, there were no pending negotiations for the sale of Spielo. In fact, GTECH did not enter into the picture until after the termination of the appellants' employment and after Spielo had won key contracts in New York unrelated to the work of the on-line division (June, 2003). Also, the appellants' dismissals were found to be motivated by proper business considerations: job performance and the profitability of the on-line division. Sale negotiations with respect to the on-line division were terminated because of Mr. Doucet's refusal to provide a personal guarantee with respect to certain continuing obligations under the proposed sale, not because Mr. Manship had found a buyer for Spielo. Not one of the trial judge's findings was shown to be infected with palpable and overriding error.

[12] As to the contention the severance packages failed to include amounts legally owing, I find no reversible error. The trial judge's decision to decline the invitation to increase the period of reasonable notice to 24 months is not infected with error, nor is his finding the appellants failed to mitigate their loss of employment. The same holds true with respect to alleged deficiencies in bonuses paid prior to their dismissals.

[13] I find merit in the appellants' arguments directed at the counterclaim. While the concept of "after acquired cause" for dismissal provides employers with a valid defence to an action for wrongful dismissal, the defence is circumscribed by s. 30(2) of the *Employment Standards Act*, S.N.B. 1982, c. E-7.2. This provision overrides the common law by requiring employers to provide employees with written reasons if the dismissal is for cause. Despite the changes to the common law, there is still room for the employer in New Brunswick to invoke the concept of "after discovered cause" if two requirements are met: (1) at the time of the dismissal the employer did not know of the earlier misconduct; and (2) the misconduct, had it been known, would have warranted summary dismissal. In keeping with this framework, I hold there is a substantive difference between cause for dismissal based on discrete acts of misconduct hidden from the employer, or incapable of discovery in the normal course of the employment relationship, and acts which relate to job performance and which, with due diligence, should have been known to anyone who took the time to observe what was happening in the workplace. Above all else, the law should not encourage employers to take on the role of employment archaeologists, looking through the remnants of an employee's work history in the hope of unearthing grounds for dismissal where none was thought to exist. The employer's cry of "eureka" should fall outside the audible range of those judges who are tuned into the channel of righteous suspicion.

[14] With great respect, the trial judge's finding with respect to the Dovico allegations is non-compliant with the Supreme Court of Canada's decision in *McKinley V. B.C. Tel*, 2001 SCC 38, 2001 S.C.J. No. 40 (QL). Moreover, the finding is too closely tied or influenced by the finding regarding the kickback allegation. What we do know is that the Dovico allegations were based on 48 emails sent or received by Mr. Doucet, over the 19 months leading up to his dismissal, together with a copy of his electronic calendar. This information was retrieved four years after the commencement of the action. Obviously, this is scary stuff for those employees who use their employer's computers, during working hours, to attend to matters that do not fall within the employer's corporate agenda. We also know that Dovico is not a competitor of Spielo and, indeed, Mr. Manship once sat on Dovico's Board, albeit briefly. Mr. Doucet's involvement in

Dovico as its President was well known to Spielo management and the business community as a whole. Hence, there appears to be no element of deceit or a conflict of interest based on involvement in a competitive business, and yet the trial judge inexplicably relied on jurisprudence in which the dismissed employee had been involved in a competing business. The evidence of Mr. Doucet using Spielo employees for Dovico work appears to be threadbare (three emails). But even if Mr. Manship could not reasonably have known of the full extent of Mr. Doucet's involvement in Dovico, and even if he had crossed a line from passive to active management of Dovico, no one bothered to consider whether that breach warranted immediate dismissal. Inevitably, the law requires the employer to pursue more benign and effective measures to address employee failure before invoking the ultimate sanction of dismissal. All of those issues should have been pursued. The failure to do so constitutes reversible error. As this court is in no position to make the necessary findings of fact, the matter must be remitted for re-hearing unless the trial judge's ruling on the kickback allegation can be sustained.

[15] With respect to the finding of after acquired cause for dismissal based on the kickback allegation, this ground was neither pled nor alluded to in the amended pleadings. It was raised for the first time, at trial, during the cross-examination of Mr. Doucet. Yet the trial judge refused to permit Mr. Doucet to give "rebuttal evidence", after the defendants/respondents had called their witnesses and closed their case (see 2008 NBQB 422, 340 N.B.R. (2d) 145). The trial judge so ruled on the basis of their compliance with the rule in *Browne v. Dunn* (1894), 6 R. 67 (H.L.). In my respectful view, a defendant cannot establish a counterclaim through the application of that rule. While the refusal to allow rebuttal evidence was fatal to this half of the counterclaim, the trial judge's refusal to allow Mr. Doucet to question the very person who made the kickback allegation with respect to a document that purportedly countered that allegation also qualifies as reversible error, even though that document was not mentioned in the appellants' Affidavit of Documents. The trial judge's justification of "trial by ambush" rings hollow at the stage when the hunter unexpectedly becomes the hunted. The instinct to fire back should not be interrupted by references to the manual for safe hunting. The proper remedy is to order a new trial with respect to the entire counterclaim.

[16] A costs award predicated on an “amount involved” under a Tariff system is inherently problematic. There is no immediate or obvious relationship between the amount claimed and the costs incurred in either pursuing or defending the lawsuit. This case adds another layer of difficulty because it involves multiple and overlapping claims embracing a dollar amount that the drafters of the 1982 Tariff could not reasonably have envisaged. Of course, the cost of legal services has increased dramatically over the last three decades, thereby rendering the assumptions, on which the Tariff was first predicated, dated. The Tariff remains relevant today because of the residual discretion which Rule 59 of the *Rules of Court* vests in trial judges to make needed adjustments. Standing by itself, the Tariff continues to serve as a guidepost for those concerned about the financial ramifications of being declared an unsuccessful litigant, and as a protection against lump sum awards which are the product of “scratchpad justice”.

[17] This case retraces the analytical framework laid down in Rule 59 for determining the “amount involved” and to explain the approach the drafters of the 1982 Tariff had anticipated would be followed when moving away from the “basic” scale (Scale 3). But it is not so much the scale which is of critical significance to a costs award as it is the percentage rate to be applied to the amount exceeding the first \$100,000. Obviously, the difference between 1% and 5% is immense when the amount involved stretches into the millions. The jurisprudence cited to the Court forces us to reflect on the purposes underscoring a costs award, the difference between partial and substantial indemnification, and how our Tariff is able to provide the successful party with meaningful compensation without undermining the primary goal of ensuring “access to justice”. Affidavit evidence of actual legal fees (billed hours or time spent and hourly rate) in cases involving large scale litigation is unavoidable.

[18] I conclude the trial judge’s decision to fix the “amount involved” at \$14.8 million is justifiable even though the amount fails to include two of the monetary claims pursued at trial. I also agree with his decision to award costs based on Scale 5 and to apply 5% to the excess amount. In my view, there are valid reasons for moving from Scale 3 to Scale 5 and to apply the maximum percentage. Two of the claims which the

appellants pursued were erected on legal foundations of straw. One of those claims unnecessarily complicated the case by unduly lengthening the proceedings (pre-contractual duty to bargain in good faith). The appellants' persistence in obtaining documentation supporting their legal thesis, that the decisions to terminate their employment and the negotiations for the purchase of the on-line division were motivated by an impending sale to a third party such as GTECH, was even more costly to both sides. Seven years of persistence resulted in the production of over 15,000 documents, plus the contents of 427 back-up computer tapes, yet the appellants' continued to hurl accusations the respondents were hiding relevant and crucial documents. On the record presented to this Court, the accusations were premised on conjecture and ultimately proved to be unfounded.

[19] I am prepared to confirm the trial judge's decision to award party-and-party costs of \$745,325, plus reasonable disbursements. However, I do not agree with his decision to augment the costs award by \$93,165.62, because of the appellants' rejection of the respondents' offer to settle or because the appellants made the case unnecessarily complex. Despite first appearances, the offer was not "substantial" and the matter of complexity has already been examined. Hence, the trial judge's cost order should be varied accordingly. The fact the varied award approaches 40% of the lawyer's bill is in conformity with the understanding that, in New Brunswick, such awards are not intended to provide the successful litigant with substantial indemnification. Access to justice remains the overarching objective.

II. The Overview and Non-Issues

A. *Background Facts*

[20] Spielo and Mr. Manship represent the quintessential example of a commercial success story. A service technician of coin operated machines for nearly 10 years, Mr. Manship transformed a potential business opportunity into a development and manufacturing concern that would ultimately sell for \$185 million (US), all within a

period of 12 years and with an initial investment of \$200,000 supplied by a group of local investors, that included Mr. Doucet.

[21] The story begins with Mr. Manship working in the coin-operated machine business, in Moncton, as a service technician from 1977 until 1986. In 1986, he started a proprietorship and contacted CADMI Microelectronics Inc., a research and development engineering firm associated with the University of Moncton, to have them work on a coin conversion board and a technical feasibility study on building a gaming machine. In time, Mr. Doucet would rise to the position of “President” of CADMI. In 1988, Mr. Manship attended a trade show in Las Vegas and learned about the South Dakota Video Lottery Program. Upon return home, he met with a group of local coin operators to discuss the possibility of setting up such a program in New Brunswick. In 1989, the New Brunswick Coin Operators Association was formed and a proposal submitted to the New Brunswick Lottery Commission. Mr. Manship was the technology officer of the Association. When it became clear that the lottery system would be accepted, Mr. Manship left the Association and began working full-time on building a video lottery terminal (VLT). In June of 1990, Mr. Manship incorporated Spielo for the purpose of manufacturing and marketing VLT’s. At that time, he owned 100% of Spielo’s issued shares.

[22] To pursue its corporate objectives, Spielo needed an infusion of capital. In November of 1990, Spielo and Mr. Manship entered into an investment agreement with a numbered company, pursuant to which the numbered company acquired 50% of Spielo’s shares for \$250,000, while providing a shareholder’s loan for \$200,000. With an injection of \$50,000, Mr. Doucet acquired a one quarter interest in the numbered company (equal to 12.5% of Spielo’s shares). Through the numbered company, the parties also entered into a shareholder’s agreement which enabled Mr. Manship to repurchase the Spielo shares at fair market value. In 1993, Mr. Doucet commenced employment with Spielo. In July of 1994, a year earlier than expected, Mr. Manship exercised his option to repurchase all of the Spielo shares with the consent of the investors. They received, in total, \$3.5 million together with the \$200,000 advanced as a shareholder’s loan. By “resignation and release” dated October 28, 1994, Mr. Doucet waived any claims against

Mr. Manship and Spielo which he may have had as an investor, creditor or shareholder of Spielo. That release was subsequently amended to provide that the document would not serve as a release for “any entitlement” Mr. Doucet would have as an employee of Spielo. Later on, Mr. Doucet would argue this amendment was agreed to for the purpose of preserving his right to claim 12.5% of the Spielo shares. Mr. Manship said the amendment was inserted to make it clear that Mr. Doucet’s rights as an employee were not affected (e.g., rights under the share purchase agreement). The trial judge accepted Mr. Manship’s explanation, which accords with business realities and common sense. This explanation accords with the fact that Mr. Doucet received approximately \$850,000 in compensation, plus the return of his initial \$50,000 investment.

[23] In late 1994, Mr. Manship decided to set aside 15% of the shares of Spielo for purchase by employees. Mr. Doucet was one of the employees given the opportunity to subscribe for Spielo shares. Pursuant to the share subscription agreement dated January 31, 1995, Mr. Doucet paid \$4,411.70 for 44,117 shares (\$0.10 per share). During the sale negotiations for the on-line division conducted in 2002, Mr. Doucet iterated in correspondence that his entitlement to the Spielo shares was governed by the share subscription agreement (*i.e.*, he would receive net book value for his shares). In June of 1995, Mr. Dauphinee commenced employment with Spielo as corporate counsel responsible for information technology and eventually worked under the supervision of Mr. Doucet. Mr. Dauphinee was likewise offered the opportunity to purchase shares in Spielo, and he did so pursuant to a share subscription agreement. Mr. Dauphinee acquired 14,706 shares at a price of \$0.44 per share for a total of \$6,470.64. It is important to realize that both Mr. Doucet and Mr. Dauphinee signed a share subscription agreement which included a clause stating that Spielo “has made no representations, promises or agreements whether verbal or written”. Once their employment was terminated, Mr. Doucet received \$250,584.56 for his shares (\$5.68 per share as per net book value) while Mr. Dauphinee received \$83,530.08. Eventually, the trial judge would find that GTECH paid \$80 (CDN) for each of the Spielo shares.

B. *The Claims for Negligent Misrepresentation*

[24] At trial, Mr. Doucet argued that Mr. Manship “negligently misrepresented” that he would provide Mr. Doucet with 12.5% of Spielo’s shares, and that Mr. Manship had negligently misrepresented to both Mr. Doucet and Mr. Dauphinee that they would eventually receive fair market value for all of their Spielo shares. The two former employees maintained that Mr. Manship’s representations were untrue, inaccurate and/or misleading. Mr. Doucet did not receive 12.5% of Spielo’s shares, and neither Mr. Doucet nor Mr. Dauphinee received fair market value. With respect to Mr. Doucet’s claim to 12.5% of Spielo’s issued shares, Mr. Doucet argued that Mr. Manship had represented to Mr. Doucet that the latter would receive that percentage of Spielo shares in return for persuading the initial investors in the numbered company to sell their shares in Spielo back to Mr. Manship. The percentage rate of 12.5% was based on the understanding that, as Mr. Doucet had held a one quarter interest in the numbered company, this one quarter interest translated into 12.5% of Spielo’s shares at the time of the investment. Mr. Doucet agreed that the shares he had acquired under the share subscription agreements were to be included as part of the 12.5%. Mr. Doucet also argued detrimental reliance based on the fact that: he failed to pursue ownership of other companies; he convinced the investors to sell their shares and sold his own; he worked diligently to increase the value of Spielo; he incurred significant expense for the purchase of the on-line division and did not obtain full value for his Spielo shares. Mr. Dauphinee argued detrimental reliance on the basis that he accepted employment with Spielo, moved his family to Moncton and, having participated in the negotiations for the purchase of the on-line division, turned down a lucrative employment opportunity in Vancouver with an offer of early partnership before moving to Moncton from Ottawa (Mr. Dauphinee had 10 years experience as a lawyer before joining Spielo).

[25] The two former employees argued they were not bound by the share subscription agreements. Correlatively, Mr. Doucet argued he was not bound by the Release signed in 1994 in regard to the \$200,000 loan investment effected through the numbered company, as they did not intend the Release or Subscriptions Agreements to

limit their right to sue for negligent misrepresentation (nor do those contracts expressly limit or exclude liability in tort). In short, the two men were suing in tort rather than in contract in order to avoid the clear wording of the release and share subscription agreements. I will say more of this understanding of the law shortly.

[26] The trial judge's disposition of the "negligent misrepresentation" issues is complete and not challenged on appeal. This is what he had to say:

The Plaintiff Doucet has stated that there was a commitment by Mr. Manship to the effect that he would be a 12.5% owner of shares in Spielo. Again, I find no evidence to support such allegation and as such I find that no agreement existed. One would think that as time went along, Mr. Doucet would have written a letter or e-mail or something that would have referenced this agreement. The Plaintiff did not point me to any such document. That being said, it was clear to me that there were discussions which indicate that Mr. Doucet would have liked to see the terms of the share subscription agreement changed from net book value to something else, but nothing concrete arose from those discussions and the subscription agreement remained in effect throughout all material times.

The evidence also satisfied me that Mr. Doucet and Mr. Dauphinee were both aware of the terms of the share subscription agreement which caused the shares to be repurchased at net book value. There is written evidence which shows Mr. Doucet's concern that should he die while a shareholder/employee, his widow would only get net book value. However, in the finalization of a letter of intent to purchase OLD, Mr. Doucet, and by reasonable inference Mr. Dauphinee, as a member of the negotiating team, clearly indicated that the share subscription agreement was to be maintained and thus net book value would be given for their shares.

I have already commented on Mr. Doucet's allegation that he received a commitment from Mr. Manship that he would own 12.5% of Spielo. I have great difficulty in accepting that position given the lack of evidence and issues as to the credibility of Mr. Doucet. I therefore do not accept there was negligent or any misrepresentation with respect to the number of shares Mr. Doucet would receive. The contract, the share

subscription agreement, speaks for itself and establishes the number of shares owned by Mr. Doucet. [paras. 174, 175, 235]

[27] In summary, the trial judge weighed the unambiguous documentary evidence against the *viva voce* evidence of Mr. Doucet and Mr. Dauphinee to conclude that Mr. Manship had made no representations either that Mr. Doucet would receive 12.5% of the Spielo shares, or that both former employees would receive fair market value for their shares instead of net book value. However, the negligent misrepresentation arguments were doomed to failure from the outset. Let me explain.

[28] This is not a case of actionable negligent misrepresentation as there is no element of negligence involved in the allegations. Either Mr. Manship promised Mr. Doucet 12.5% of the Spielo shares or he did not. Either Mr. Manship promised the two employees that they would receive fair market value for their shares or he did not. The enforcement of promises lies within the bailiwick of contract and not tort law. Of course, it is obvious why the two employees did not want to base their claim in contract law. They would have to directly confront the reality that the alleged promises are effectively negated by contractual provisions found in the release signed by Mr. Doucet and the share subscription agreements signed by both former employees. In light of these legal obstacles, both men mistakenly believed they could convert the alleged promises into negligent misrepresentations, thereby seizing upon a line of jurisprudence governing the issue of concurrent liability in tort and contract. What the employees failed to appreciate is that one cannot sue successfully in tort for negligent misrepresentation when the contract effectively precludes the making of the very representations that are alleged to have been made. To argue that neither Spielo nor Mr. Manship could rely on the provisions of the release contract or the share subscription agreements was, to say the least, pure folly. Counsel to Spielo and Mr. Manship pointed out these legal realities to their opponents. With respect to the law of concurrent liability in contract and tort see generally *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, [1993] S.C.J. No. 3 (QL), and *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] S.C.R. 12, [1993] S.C.J. No. 1 (QL).

C. *The Alleged Pre-Contractual Duty to Bargain in Good Faith*

[29] The two former employees also alleged that Spielo and Mr. Manship were under a pre-contractual duty to bargain in good faith with respect to the sale of the on-line division and that this duty was breached upon termination of the sale negotiations. The trial judge properly rejected this claim for compensation. The relevant and uncontested facts are as follows. In 2002, the parties entered into formal negotiations for the sale of the on-line division. In April a draft “Letter of Intent” was exchanged. On July 22, 2002, Mr. Manship sent a letter to Mr. Doucet which confirmed the general intent of the proposal at a purchase price of \$3.47 million (subsequently reduced to \$3.25 million). Ultimately, the parties signed a letter of intent which contained the following provision: “...this Letter is an expression of general intent only and is not binding on the parties”. However, the letter said nothing of personal guarantees being given by Mr. Doucet or Mr. Dauphinee, nor did it have to, as the letter was not a binding commitment.

[30] The employees alleged that Mr. Manship was under a duty to advise them of concurrent negotiations with potential purchasers, including GTECH, for the sale of Spielo. This allegation has no foundation in law. There is no legal impediment to any seller negotiating simultaneously with two or more interested purchasers and there is no corresponding obligation to inform any potential purchaser of other potential purchasers. Just as the claims for negligent misrepresentation were doomed to failure, so too was the claim based on the alleged duty to bargain in good faith for two additional reasons. First, the law does not recognize the existence of a pre-contractual duty to bargain in good faith and, second, if the law were to do so, the duty would arise under tort principles and the calculation of damages would be based on principles that differ from contract law. Both reasons require consideration.

[31] If a duty to bargain in good faith did exist, it would be tied to those cases in which the parties actually entered into a binding contract notwithstanding the breach of the duty. In this way, the duty to bargain in good faith (*e.g.*, failure to disclose certain information) would arise as an implied term of the contract. But as the law stands, there is no recognized pre-contractual duty to bargain in good faith. The Supreme Court of

Canada's decision in *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860, confirmed that understanding. In that case, the Supreme Court was being asked to decide whether Canadian tort law should be extended to cover negligence for pure economic loss arising out of contract negotiations. On the facts the Court replied in the negative and went on to observe: "Whether or not negotiations are to be governed by a duty of good faith is a question for another time" (para.73). The plaintiffs/appellants in our case built upon that sentence and other single sentence pronouncements to construct the argument that Canadian law has developed to the point that a duty to bargain in good faith arises in cases where there is a "special relationship".

[32] The appellants cited *978011 Ontario Ltd v. Cornell Engineering Co.*, [2001] O.J. No. 1446 (C.A.) (QL), in support of their thesis. In that case, the defendant unilaterally terminated its contract with the plaintiff who sued for generous compensation based on a provision of the underlying contract. The defendant defended the claim on the basis that it was unaware of the onerous provision and the plaintiff owed a duty to bring the provision to its attention. The defendant lost. There was nothing unconscionable about the contract and the failure to read a contract is not a legally acceptable basis for refusing to abide by its terms. The Ontario Court of Appeal did, however, offer a sentence which our plaintiffs used as a building block to their pre-contractual duty to bargain in good faith argument. The Court stated at para. 32: "Absent a special relationship, the common law in Canada has yet to recognize that in the negotiation of a contract, there is a duty to have regard to the other person's interests, namely, to act in good faith ...".

[33] The notion of the law recognizing a duty to bargain in good faith in cases where parties had been unable to reach a concluded contract and in circumstances where the parties had a "special relationship" can be traced to the Supreme Court of Canada's decision in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, [1989] S.C.J. No. 83 (QL). In that case, LaForest J. states: "The institution of bargaining in good faith is one that is worthy of legal protection in those circumstances where that protection accords with the expectations of the parties" (para. 189). However,

that statement was made in the context of negotiations in which one party, the plaintiff, conveyed “confidential information” to the other party, the defendant, and the latter turned around and used the information to acquire a property which was the subject matter of the negotiations. This was done in circumstances where the plaintiff would have acquired the asset but for the defendant’s use of the confidential information. In short, the Court in *Lac Minerals* found a special relationship existed between the parties that gave rise to an obligation to keep confidences. In my view, the defendant in that case was effectively guilty of opportunism. But the ruling has no application to the present case.

[34] In the end, there is simply no support for the proposition that Canadian law has recognized a generalized duty to bargain in good faith, and nothing said by this Court in *Crawford v. New Brunswick (Agricultural Development Board)* (1997), 192 N.B.R. (2d) 68, [1997] N.B.J. No. 368 (C.A.) (QL), at para. 7, suggests otherwise. The same holds true in regard to *Castle Bridge Real Estate v. G. Midwinter & Associates et al.*, 2002 NBQB 312, 253 N.B.R. (2d) 126, at paras. 107-108, or *Homburg v. S-Marque Inc.*, [1999] N.S.J. No. 94 (C.A.) (QL), at para. 57, or *Arton Holdings Ltd. et al. v. Gateway Realty Ltd.*, [1991] N.S.J. No. 362 (S.C.) (QL), at p. 191-197, aff’d for other reasons at [1992] N.S.J. No. 175 (C.A.) (QL), when the relevant passages are read in context. See generally John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto: Irwin Law Inc., 2005), at pp. 137 *et seq.*, S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5th ed. (Toronto: Canada Law Book Inc., 2005), at pp. 31 *et seq.*, and Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2nd ed. (Markham, Ont: LexisNexis Canada Inc., 2009), at pp. 287 *et seq.*

[35] In concluding the law does not recognize a pre-contractual duty to bargain in good faith, I do not want to leave the impression that the law would or should remain impervious to cases where the defendant fails to disclose pertinent and material information (see *Shunjing Trading Inc. v. E.B. Engineered Panels and Controls Inc. and Edward Barnes*, 2011 NBCA 29) and where the defendant enters into negotiations with no intention of entering into a contract because of an ulterior motive. With respect to the latter situation, I am not confident that a defendant who has knowingly caused the plaintiff to waste time and money in pursuing negotiations the defendant knew would

never lead to a concluded contract should be immune from the obligation to pay compensation. The law should not embrace the business morals of the opportunist. The intentional infliction of economic harm requires redress in the form of compensation tied to the innocent party's reliance interests. But it is to tort law that the aggrieved party should turn: See *Westcom TV Group Ltd. v. CanWest Global Broadcasting Inc.*, [1996] B.C.J. No. 1638 (S.C.) (QL), which holds otherwise, as discussed in McCamus at pp. 151 *et seq.*, and compare with *Cineplex Corp. v. Viking Rideau Corp.*, [1985] O.J. No. 304 (H.C.J.) (QL), cited and discussed in *Homburg v. S-Marque Inc.*, at para. 57.

[36] There was yet another fundamental flaw in the appellants' duty to bargain in good faith argument. By the time of trial, the appellants had abandoned their claim for damages based on out-of-pocket costs wasted in pursuing the negotiations and sought damages based on contractual principles. It is trite to state that contract law protects the innocent party's reliance and expectation interests, so long as there is no double compensation. Had a contract been concluded between Spielo and the two employees for the sale of the on-line division and had that contract been repudiated the two employees would have been entitled to the difference between the agreed purchase price and the fair market value of the division. But on the facts of the present case, no contract was concluded and, therefore, damages based on contractual principles should not be available. On the other hand, if the pre-contractual duty to bargain in good faith fell within the domain of tort law, the damages recoverable would be tied to the plaintiff's "reliance" as opposed to "expectation" interests. In short, the plaintiff should be entitled to recover the money equivalent for the out-of-pocket costs incurred in pursuing the unproductive negotiations (detrimental reliance). The appellants effectively abandoned this limited claim for obvious reasons. At best, the damages recoverable would have been nominal.

[37] In summary, the law does not recognize a generalized pre-contractual duty to bargain in good faith. If such a duty were to be recognized, it would have to be under tort law principles and, accordingly, damages would be calculated in accordance with tort and not contract principles. It follows that a claim for damages based on the difference

between the agreed sale price and the fair market value of the on-line division would not be allowed. Since there is no completed bargain, the remedy should be measured by reliance and not by expectation interests. All of this was explained to the plaintiffs by the defendants and yet the former persisted with the dream of claiming damages based on contractual principles for breach of a non-existent duty to bargain in good faith.

[38] It is evident from the trial judge's reasons for decision that considerable time and expense was spent with respect to determining the fair market value of the on-line division. His reasons discuss the issue in depth together with the competing valuations presented by the expert witnesses. Their reports stretched into hundreds of pages. While the parties had agreed to a sale price of \$3.5 million (later reduced to \$3.25 million), the appellants' expert valued the on-line division at \$16.1 million. Subsequently, the appellants' expert reduced his valuation to \$10.2 million. The respondents' expert valued the on-line division at between \$2.7 and \$3.7 million. The trial judge preferred the evidence of the respondent's expert and settled on a value of approximately \$3.5 million. All of these facts are relevant to the costs issue.

D. *Final Note – Summary Judgment*

[39] The legal foundation on which the negligent misrepresentation claim rested was as materially defective as the claim resting on a perceived pre-contractual duty to negotiate in good faith. Both issues should have been disposed of in a motion for summary judgment. In point of fact, the respondents brought a motion asking, *inter alia*, that the two claims be struck as disclosing no cause of action. Regrettably, the motion was denied without the benefit of fully-motivated reasons (see 2006 NBQB 268, [2006] N.B.J. No. 322 (QL)). The void is indefensible and would have generated further appellate comment had the matter been appealed to this Court. Of course, there was no obligation on the respondents to seek leave of this Court to appeal the interlocutory ruling. At the same time, the precedential significance of this Court's decision in *Lange v. Cannon* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (C.A.) (QL), encouraging the early resolution of lawsuits through the application of the *Rules of Court* relating to

summary judgment and preliminary rulings on questions of law, should not be lost on those who know the true cost of litigation, especially judges who are entrusted as keepers of the gateway to litigation. It is simply too expensive for parties to persist with litigation erected on foundations of straw, anchored in sand.

III. The Oppression Issue

[40] The appellants maintain the trial judge erred in rejecting their plea for relief based on the oppression remedy set out in s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*. Instead of the \$334,000 they received for their Spielo shares in accordance with the terms of the share subscription agreements, they claimed compensation based on the difference between what they received and what they would have received, in their capacity as minority shareholders, but for the termination of their employment. The amount sought exceeded \$5 million. I should point out that, at trial, the appellants included in their oppression claim further relief tied to Mr. Manship's alleged promise to provide Mr. Doucet with 12.5% of Spielo's shares. In my view, the question of whether an oral and enforceable contract was concluded falls to be decided on the principles of contract law. The proper remedy is found in the common law, not the *Canada Business Corporations Act*. Let me explain.

[41] Section 241(2) of the *Canada Business Corporations Act* provides that a court may grant appropriate relief in circumstances where a shareholder or corporate officer can establish that the corporation engaged in conduct that was "oppressive", "unfairly prejudicial" or that "unfairly disregarded" the interests of the applicant. The matter complained of must fall within one of three categories: (1) an act or omission of the corporation; (2) the business of the corporation; or (3) the exercise of power by the corporation's directors. The lead decision is from the Supreme Court of Canada: *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560. In that case, the Supreme Court outlined an analytical framework prefaced with the following observations: (1) oppression is an equitable remedy that seeks to ensure fairness and, therefore, courts should look at business realities, not merely narrow legalities; and (2)

like many equitable remedies, oppression is fact-specific. The Supreme Court goes on to explain that the conduct complained of is the conduct of the corporation or its directors who may make decisions in a way that unfairly maximizes a particular group's interest at the expense of other stakeholders. However, the Supreme Court goes on to acknowledge that the conduct of other actors, such as shareholders, may support a claim for oppression.

[42] The Supreme Court's analytical framework is two-pronged. The court must first ascertain the reasonable expectations of the stakeholders. The concept of reasonable expectations is objective and contextual. The actual expectation of a particular stakeholder is not conclusive. The question is whether the expectation is reasonable having regard to the facts, the relationships at issue, and the entire context of the case, in light of conflicting claims and expectations. From the existing jurisprudence, the Supreme Court was able to identify several useful factors in determining whether a reasonable expectation exists: general commercial practice, the nature of the corporation, the relationship between the parties; past practice; steps the claimant could have taken to protect itself; representations and agreements; and the fair resolution of conflicting interests between corporate shareholders. The second prong of the analytical framework requires the court to decide whether the reasonable expectation was violated by conduct falling within the meaning of the terms oppression, unfair prejudice or unfair disregard of a relevant interest. In brief, the claimant must show that the failure to meet a reasonable expectation involved unfair conduct and prejudicial consequences.

[43] The present case does not fit neatly within the fact situation that arose in *BCE Inc.* In that case, the application judge was presented with a case in which the directors of BCE Inc. rendered a decision that favoured the financial interests of one group of stakeholders over another (shareholders v. debentureholders). The present case pits two minority shareholders against the majority shareholder who has *de facto* control of the corporation. At trial, the appellants argued that they had a reasonable expectation that "they would be able to continue their employment at Spielo and benefit from its growth as long as they performed, and that Spielo would only terminate their

employment if it were in the company's best interest." The trial judge took this characterization of the reasonable expectation as one in which the remedy being sought was the right to continuing employment and, therefore, he was being asked to effectively rewrite both the employment contract and the share subscription agreements. The trial judge went on to hold that he was not prepared to imply terms that would have the effect of amending the contracts in question. Ultimately, the trial judge concluded the expectation of continued employment was neither reasonable nor well founded in law. He observed: "I believe the recent decisions conclude there is no oppression according to the reasonable expectations test if the transaction is within or does not change the underlying contract" (para. 202).

[44] Regrettably, the trial judge misconstrued the appellants' oppression argument. True, the appellants framed their reasonable expectation in terms of an expectation of continued employment. However, they were not seeking reinstatement or a remedy for wrongful dismissal under the oppression provisions of the *Canada Business Corporations Act*. The appellants knew their employment could be terminated with or without cause. They knew their employment could be terminated if, for instance, Spielo lacked sufficient grounds for immediate dismissal without notice, but decided to terminate their employment for reasons tied to their work performance or for reasons that were in Spielo's best corporate interests (e.g. corporate restructuring/redundancy). In such circumstances, the appellants knew that dismissal without cause would entitle them to severance pay in lieu of reasonable notice. They also recognized they had an obligation to sell back their shares to Spielo at net book value; that is to say, at a price that could be less than fair market value. What the appellants did not expect, in their capacity as minority shareholders, is that they would be forced to redeem their shares in Spielo through what they saw as the majority shareholders' insidious exercise of his *de facto* right to dismiss an employee with or without cause. Without expressly stating as much, the appellants were effectively arguing that the means chosen by Mr. Manship to reacquire their shares at less than fair market value was oppressive, or what I label "opportunistic" behaviour.

[45] I suspect the trial judge would not have mischaracterized the true nature of the appellants' oppression allegation had they formulated their "reasonable expectation" differently and not relied on *Naneff v. Con-Crete Holdings Ltd.*, [1993] O.J. No. 1756 (Gen. Div.) (QL); varied in [1994] O.J. No. 1811 (Gen. Div.) (QL). In that case, the plaintiff was a manager, director and 50-percent shareholder in a family group of companies founded and built by his father. The plaintiff had shared the management of the corporate group with his father and brother. Following his disclosure to the family of his intended marriage to a female employee of the group and the family's expression of virulent opposition, the plaintiff was removed as an officer of the company and from his position as employee. The action was allowed on the basis of the defendant family members having engaged in oppressive conduct. Blair J. (as he then was) noted that in normal circumstances the wrongful dismissal of an employee would not itself provide the basis or standing to grant an oppression remedy. But where the interests of the employee are integrally intertwined with his interests as a shareholder, officer and director and where the dismissal is part of a pattern of conduct designed to exclude the plaintiff from any active role in the companies, the dismissal was properly considered as an act of oppression. Blair J. went on to order the sale of the business and compensation for the loss of employment. But the facts before us do not involve an employee whose interests were integrally intertwined with his interests as a shareholder, officer and director. The plaintiffs in the present case were employees who had acquired shares from their employer by way of a stock option plan and in accordance with the contractual terms of a share subscription agreement. Parenthetically, the *Naneff* case is not about opportunistic conduct on the part of majority shareholders, but rather about vindictiveness and retribution tied to floundering interpersonal relationships that lead to the implosion of family businesses.

[46] The trial judge should have been alerted to the appellants' true oppression argument as reflected in their reliance on *Deluce Holdings Inc. v. Air Canada.*, [1992] O.J. No. 2382 (Gen. Div.) (QL). In that case, Mr. Deluce owned 100% of the shares in Deluce Holdings Inc., which was the minority shareholder in Air Ontario. Mr. Deluce worked for Air Ontario. The majority shareholder in Air Ontario was Air Canada. The

minority and majority shareholders were parties to a shareholder agreement that gave the majority the option of acquiring the minority's interest on the termination of Mr. Deluce's employment. The agreement did not require cause for termination. The court found that these facts did not warrant summary judgment dismissing the oppression claim brought under s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*. The motion judge concluded that the allegation that Mr. Deluce's employment had been terminated for the purpose of enabling Air Canada to buy out Mr. Deluce's minority interest in Air Ontario, and not because of concerns about his management of Air Ontario, warranted adjudication. Mr. Deluce had presented a "strong *prima facie*" case of oppression.

[47] The respondents countered the *Deluce Holdings* case with cases such as *Brock v. Matthews Group Ltd.*, [1988] O.J. No. 370 (H.C.J.) (QL), reversed in part on other grounds at [1991] O.J. No. 83 (C.A.) (QL). The *Brock* case also involved a share purchase agreement which obligated the plaintiff employee to reconvey his shares to the corporate defendant within three months after termination of the plaintiff's employment. The respondents in the present case rely on *Brock* in support of the proposition that the employer's right to strict enforcement of the share purchase agreement cannot qualify as oppression within the meaning of s. 247 of the Ontario *Business Corporations Act*, S.O. 1982, c. 4, which is now s. 248 of R.S.O. 1990, c. B.16. With great respect, I disagree with that interpretation of *Brock*. The oppression remedy was being argued in circumstances where the plaintiff's employment was terminated in November of 1984, which had the effect of limiting the shares he could purchase under an options agreement. The termination also had the effect of requiring the plaintiff to reconvey his shares to the defendant corporation, pursuant to the share subscription agreement, at a value determined as of December 31, 1984. The plaintiff argued that these consequences were oppressive because in the year 1985 the defendant corporation's financial results were much better than the previous year, and had the termination arisen at a later date he would have received more than he did. The argument was rejected out of hand and understandably so. In the circumstances, *Brock* does not support the respondents' argument.

[48] If one steps back for a moment from the concept of oppression under s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act* and turns to the principles of contract law that attempt to regulate unacceptable commercial behaviour, the goal of the legislation becomes evident. It seeks to bypass the largely ineffective solutions offered by the common law for placing restrictions or limits on the ability of a contractual party to pursue their self-interests without regard to the legitimate expectations of the other. The initial response of the common law was to address the problem through principles of contractual interpretation and to examine the exercise of contractual power in terms of isolating the intention of the parties. The next development in the law was the modern doctrine of good faith performance, which focuses on the expectations of the parties. The attractiveness of the oppression remedy is that the analysis circumvents the issues typically raised in regard to the interpretation of contract and the good faith performance doctrine, which remains in a state of legal gestation under Canadian law. Yet we know that both the oppression remedy and the good faith doctrine focus on the reasonable expectations of the parties, a concept classically articulated in the principles of contract interpretation as the exercise of identifying the intention of the parties. The trial judge's analytical framework makes no room for these realities. His framework makes no room for the understanding that neither party to a contract should be entitled to engage in what I term "opportunistic behaviour". It is worthwhile looking at the common law approach to the appellants' plea of "foul", if only to assist in the task of identifying the alleged reasonable expectation, which the appellants insist was destroyed by conduct that was oppressive or unfairly prejudicial.

[49] It could have been argued that, as a matter of contract interpretation, the right to demand a reconveyance of the Spielo shares under the share subscription agreements does not arise in cases where the employment was being terminated for reasons unrelated to the ongoing employment relationship. Arguably, the application of the expression "termination with or without cause", which triggers the obligation to reconvey Spielo shares, should be restricted to terminations of employment which occur in the ordinary course of business. It is one matter for a prospective employee to accept that he or she is obligated to reconvey shares acquired under the subscription agreement

if the employment relationship ends and quite another to learn that the employer may decide to terminate the relationship in order to reacquire the shares for the purpose of realizing a profit that would have otherwise accrued to the employee. Admittedly, there is nothing the law can do about the right of the employer to terminate the employment contract without cause other than to provide proper compensation. But why would a court want to interpret a contract in a manner which provides employers with a further incentive for terminating an employment contract; an interpretation that would deprive the employee of a benefit for which valid consideration has been paid?

[50] Simply put, many a judge would be reluctant to interpret a contract that rewards one party for engaging in what I regard as opportunistic behaviour (realizing the very profit that the employee expected to receive). The idea that an employer could weigh the financial cost of being sued for wrongful dismissal against the profit to be made upon a resale of the employee's shares to a third party at fair market value, and then decide to dismiss the employee, could not have been within the reasonable contemplation or intention of the parties at the time the contracts were exchanged.

[51] The interpretive argument advanced above will be unconvincing to the strict constructionist who insists the notion of fairness in contract law is measured by the written word and not by elusive standards of acceptable and unacceptable commercial behaviour. In response to the strict constructionist, the interpretative approach would counter that every contract contains an implied term that both parties must act in good faith during the currency of the agreement. This leads one to ask whether the good faith duty is a generalized principle of contract law predicated on the presumed intention of the parties. After all, what contracting party would object to a contractual term that states that neither party may act in "bad faith" during the currency of the contract? Admittedly, the prospect of having the parties agree to a term which is framed as a positive legal obligation (both parties will act in good faith) continues to be resisted if only because the parties have little faith in the law's ability to demarcate "good faith" conduct. It was Kerans J.A. in *Mesa Operating Ltd. Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.*, [1994] A.J. No. 201 (C.A.) (QL), who expressed concern that good faith may be too

vague a term, and may encourage "judges to wander unnecessarily far into the thicket of extra-contractual rules of conduct" (para. 18). In that case the majority used the good faith doctrine as an interpretative guide in order to construe the contract in accordance with the parties' so-called settled intentions.

[52] The approach adopted in *Mesa Operating Ltd.* contrasts sharply with the case most frequently cited in support of a good faith duty of performance in contract law: the trial decision of Kelly J. in *Gateway Realty Ltd. v Arton Holdings Ltd.* [1991] N.S.J. No. 362 (S.C.) (QL), affirmed at [1992] N.S.J. No. 175 (C.A.) (QL). Most everyone focuses on Kelly J.'s observation that a party acts in bad faith when their conduct is "contrary to community standards of honesty, reasonableness or fairness" (para. 58). He goes on to hold that "bad faith can be said to occur when one party, without reasonable justification, acts in relation to the contract in a manner where the result would be to substantially nullify the bargained objective or benefit contracted for by the other, or to cause significant harm to the other, contrary to the original purpose and expectation of the parties" (para. 60). Others insist the good faith doctrine has a broader objective: to prevent the "excessive promotion of self interest at the expense of a weaker party". See Boyle and Percy, *Contracts: Cases and Commentaries*, 7th ed. (Toronto: Thomson Canada Ltd., 2004) at p. 713, cases such as *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.*, [2003] O.J. No. 1919 (C.A.) (QL), and generally Shannon K. O'Byrne, "The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments" (2007) 86 C.B.R. 193.

[53] Parenthetically, I note a passing reference in one of our decisions to the effect that a finding of bad faith rests on a finding of fraud. I know of no judicial precedent for such a narrow proposition of law. It is well-established in Canadian law that bad faith conduct embraces more than fraudulent conduct and the law of New Brunswick should be deemed to be no different (see *Crawford v. New Brunswick (Agricultural Development Board)*, at paras. 7-8, and the comments of Glennie J. in *Castle Bridge Real Estate v. G. Midwinter & Associates et al.*, at paras. 107-108, as discussed in the trial judge's reasons for decision at paras. 227-228).

[54] Much of the relevant jurisprudence governing good faith conduct in a contractual setting is gathered in *McCamus* (784-805), where he examines a number of Canadian cases in which good faith has been found to be an implied term of the contract. He places the cases into three categories: (a) those imposing a duty to cooperate in achieving the objectives of the agreement; (b) those imposing limits on the exercise of discretionary powers provided for in the contract; and (c) those precluding parties from acting to evade contractual duties, such as by engaging in conduct not strictly prohibited by the letter of the terms of their agreement but that has the effect of defeating rights under the agreement. The present case appears more suited to the second category. *Spielo* had the discretion to dismiss with or without cause under the employment contract, which had the automatic effect of triggering a right and obligation under a second contract, the share subscription agreement. It is the exercise of discretion and the interaction of those two contracts that attracts the tenets of the good faith doctrine.

[55] It could be argued that the law of good faith performance has developed to the point where the exercise of contractual discretion is subject to a “reasonableness” requirement. Reasonableness being a slippery concept, one might want to invoke the language of the trial judge in *Mesa Operating Ltd.*, as stated by Kerans J.A.: “As the trial judge said, a party cannot exercise a power granted in a contract in a way that “substantially nullifies the contractual objectives or causes significant harm to the other contrary to the original purposes or expectations of the parties”. Curiously, this formulation of the good faith standard mirrors the language used by the Supreme Court in *BCE Inc.* with respect to the application of the oppression remedy under s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*. The notion of reasonable expectations of the parties is but a restatement of the classical notion of contractual intention, which looked more to the terms of the contract as opposed to what conduct should be regarded as acceptable commercial behaviour.

[56] If an employer terminates an employee for reasons not tied to a valid corporate objective (e.g. employee effectiveness) but rather for the purpose of acquiring and realizing the fair market value of company shares that were issued as an incentive to

ensure employee loyalty and productivity, surely the employer is guilty of bad faith when it comes to insisting on the contractual right to reacquire the shares without offering proper compensation. The employer is guilty of engaging in opportunistic behaviour under the guise of exercising a contractual right. To be blunt, what employee would want to be part of a share purchase scheme which provides the employer with an additional incentive for dismissing that employee without cause? Surely, that could not have been the intention or the reasonable expectations of the parties at the time the share purchase agreements were signed. For greater certainty, and lest there are those who hold a contrary view, I find it paradoxical that an employee could be forced to explain to family members that his or her dismissal was a consequence of the company doing too well.

[57] The advantage of s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act* is that an applicant shareholder or corporate officer need not be concerned with the legal obstacles or uncertainty surrounding the principles of contractual interpretation or the application of the good faith doctrine. The reality of the statutory solution is that the applicant for relief need only establish a reasonable expectation, one that was negated by conduct otherwise permissible on a literal reading of the contract. The easy cases are those in which the corporation, director or majority shareholder is guilty of opportunistic or vindictive behaviour. This is why the trial judge erred in rejecting the appellants' plea of oppression under s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*, based on the simple notion that Spielo and Mr. Manship had the contractual right to do what they did. Certainly, they had the right to terminate the appellants' employment with or without cause. But this leaves us to ask whether Spielo's decision, requiring the appellants to redeem their shares, qualifies as unfair conduct in the sense that the acquisition defeated the appellants' reasonable expectation that the obligation would only arise if their employment was terminated for reasons related to the employment relationship. The remedy they seek is neither reinstatement nor the right to retain the shares. They want compensation based on the difference between the monies received for their shares and what they would have received had their employment continued for another 15 months. In other words, they wanted to receive the full value of what GTECH paid for their shares.

[58] Returning to the analytical framework established in *BCE Inc.*, the first task is to identify the reasonable expectation held by the appellants and that Spielo supposedly breached. In broad terms, Mr. Doucet and Mr. Dauphinee held the reasonable expectation that they would not be fired simply because Spielo and Mr. Manship wanted to reacquire their shares for the purpose of realizing on the full capital gain that would materialize from a possible or impending sale of the business to a third party. In narrow terms, the two employees held the reasonable expectation that they would not be forced to sell their shares back to Spielo unless their employment was terminated for reasons tied to the employment relationship, as was the case in *Dashney v. McKinlay*, [1996] O.J. No. 2037 (Gen.Div.) (QL). Hence, the first prong of the two-prong framework articulated in *BCE Inc.* has been established. The next prong is to consider whether the narrow expectation was breached by Spielo and Mr. Manship by virtue of conduct that can be described as oppressive or unfairly prejudicial. Why did Spielo terminate the appellants' employment? The answer qualifies as a finding of fact and is central to the plea of oppression within the meaning of s. 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*.

[59] The trial judge made a number of factual findings that destroy the appellants' contention of oppressive or opportunistic conduct on the part of Spielo and Mr. Manship. Those findings are scattered throughout the trial judge's comprehensive reasons and, although made in the context of other legal issues and arguments, they are consistent with and supportive of the finding that the appellants failed to establish the right to relief under s 241(1) of the *Canada Business Corporations Act*. The critical finding addresses the following question: Did Mr. Manship terminate the appellants' employment and the sale negotiations with respect to the on-line division for the purpose of reacquiring their shares in Spielo, and reaping the benefit of their full capital gain, because of an impending or possible sale of Spielo to a third party? The trial judge effectively answered that question with a "no". This is what he had to say:

The evidence satisfies me that Mr. Doucet and Mr. Manship spoke of the possible sale or a public offering of Spielo throughout the time Mr. Doucet was with Spielo and in particular when Spielo won the Netherlands' contracts and were part of the Virgin proposal. I do find as a fact that

from time to time during the period the Plaintiffs were employed by Spielo, different companies expressed an interest in purchasing some or all of Spielo's assets or shares. As mentioned, there were overtures just before and just after the negotiations to purchase OLD failed. None of these overtures came to anything and the GTECH overture did not arise until ten months after the collapse of the OLD sale. There was no evidence that established that GTECH was considering or advancing a proposal to purchase Spielo during the period of negotiations for the purchase of OLD by Mr. Doucet. In fact, GTECH only became interested when Spielo won part of the New York Lottery tender. The other parties made what can only be described as preliminary inquiries and when pushed, failed to respond with proposals. [para. 179]

[60] In light of the above finding, there is no need to ask what the reasons were for Mr. Manship's decision to terminate the appellants' employment. For the sake of completeness, I address this question. At paragraph 269 of the trial judge's reasons he holds: "I am satisfied that both employees were dismissed for proper business reasons, given what was happening in the on-line division." The trial judge accepted the evidence that the on-line division of Spielo, headed by Mr. Doucet, was performing below expectations and that Mr. Doucet's and Mr. Dauphinee's performance evaluations were "negative". This is what the trial judge had to say in his reasons:

I find, as well, that Mr. Doucet and Mr. Dauphinee's performance did not meet expectations. The performance evaluations were poor or negative for both men. Mr. Doucet accepted these assessments and indicated that he would try to improve. In addition, Ernst & Young were negative to Mr. Doucet. Mr. Dauphinee indicated that he did not receive a raise in pay for five years. Consequently, I find that his performance did not meet expectations. [para. 177]

[61] The trial judge went on to find that Mr. Manship's decision to end negotiations for the sale of the on-line division was tied to Mr. Doucet's refusal to provide a personal guarantee in regard to the indebtedness to be assumed by the holding company that would acquire the on-line division on behalf of the two employees.

Moreover, the trial judge ruled that Mr. Manship's insistence on the granting of personal guarantees was consistent with prudent business practice: securing payment of the purchase price.

[62] In summary, Spielo and Mr. Manship did not terminate the sale negotiations with a view to forcing a redemption of the appellants' shares in Spielo. The fact that termination of the appellants' employment followed immediately upon cessation of sale negotiations undermines any argument that Spielo was acting oppressively, in bad faith or opportunistically. The long and the short of it is, the trial judge found that there was no evidence to support the allegation that the appellants' employment was terminated because Spielo (Mr. Manship) wanted to reap the benefit of the full capital gain to be realized because of a possible or anticipated sale to a third party.

[63] In conclusion, and as a matter of law, the trial judge erred in rejecting the appellants' plea of oppression under the *Canada Business Corporations Act* because the impugned conduct is expressly authorized by the express terms of one or more contracts. However, the application of the proper framework leads to the same result. Everything Spielo and Mr. Manship did was in furtherance of valid corporate objectives. There is no evidence of either party engaging in opportunistic behaviour. Were the facts otherwise, any employee would be justified in questioning the employer's decision to effect a dismissal because the company was doing too well as measured by the increase in the business' share value. The normal expectation is that an employer will not fire an employee to capture a profit that would otherwise accrue to the employee because the gain is larger than the damages payable for wrongful dismissal.

IV. Wrongful Dismissal - Employment/Severance Package Issues

[64] The appellants maintain the trial judge erred in rejecting their claim for "bonus shortfalls" for the period 2000-2002, even though Spielo eventually conceded the on-line division was more profitable than initially thought. It is true that Spielo conceded it had made a \$4 million error in calculating the revenue for the on-line division by

failing to include an amount relating to the difference in exchange rates with respect to monies received in regard to certain foreign contracts (the Netherlands contracts). The appellants take the position that, but for that error, they would have received another \$400,000 in bonuses for the period in question (\$257,000 for Mr. Doucet and \$143,000 for Mr. Dauphinee) because they would have met “EBITDA” budgeted targets. The trial judge rejected this argument for the following reasons:

Exhibit 3 is a calculation of EBITDA with the revised number arising from currency rate miscalculation and issues related to SNS contract dispute. As a result, it is the submission of Mr. Doucet that OLD achieved the EBITDA budget targets for the three years (2000-2002). In my view, there are other factors which were not included in this calculation, such as the amount that had to be paid to correct printer problems on the Netherlands contracts and the adjustments when Spielo was noted in default by the Netherlands' lotteries and adjustments which had to be made to obtain and keep the Netherland software maintenance contracts. Also, there were changes to the goals or targets on the Performance Evaluations. Finally, there was the termination of the Plaintiffs before the year 2002 was completed, consequently, they did not contribute fully to the attainment of the 2002 EBITDA budget target. [para. 282]

[65] The above reasoning has not been shown to be infected with palpable and overriding error. Moreover, I am mindful of the trial judge's finding that the on-line division was a “drain” on Spielo (para. 55) and it was Spielo's “weakest” (para. 58). Also, it has not escaped my attention that following GTECH's purchase of Spielo, GTECH made the decision to close down the on-line division. Finally, the trial judge ruled that Spielo had established that the on-line division was not performing well and that part of the problem rested squarely on Mr. Doucet's shoulders (para 57). For these reasons, this ground of appeal must be dismissed. Frankly, I am not convinced that an employer which pays a bonus in good faith but based on an innocent miscalculation with respect to the true revenue stream of a business should be required to account for any alleged deficiency several years after the fact.

[66] Turning to the claim for wrongful dismissal and the severance package, the appellants maintain the trial judge erred in principle in finding the period of reasonable notice which Spielo accorded to Mr. Doucet (12 months) and Mr. Dauphinee (six months) was proper. In their pre-trial brief, the appellants argued that each employee was entitled to an additional 12-months notice. In their post-trial brief, the appellants argued that proper notice for both former employees was 24 months (an additional six months for Mr. Dauphinee). In his reasons for judgment, the trial judge first speaks of each plaintiff asking for an additional 12-months notice, but later on refers to the argument being predicated on each employee receiving 24 months notice.

[67] The trial judge's formal analysis includes references to the latest decision of this Court on the issue of wrongful dismissal and proper notice: *Covered Bridge Golf and Country Club v. Schurman*, 2009 NBCA 1, 340 N.B.R. (2d) 168. In affirming Spielo's decision to accord Mr. Dauphinee six months' salary in lieu of notice, the trial judge concluded that he would have been entitled to an additional three months notice but for his failure to mitigate. The trial judge noted that although the respondents' pleadings failed to raise the mitigation issue, all parties dealt with the issue in their written submissions and no one was taken by surprise. The trial judge also ruled that the "non-competition" clauses in their employment contracts did not undermine their duty to mitigate. Mr. Dauphinee did not look for alternative employment following his dismissal and instead spent his time in pursuing the present lawsuit.

[68] During the notice period, Mr. Doucet did not work for Dovico nor did he draw down a salary until the notice period expired. The trial judge concluded that the 12 months salary in lieu of notice paid to Mr. Doucet was proper having regard to the relevant factors. As well, the trial judge concluded that the appellants' request to have the notice period cover 24 months for each employee was "substantially outside the range". Against this background, the trial judge affirmed the notice periods for which the appellants received compensation.

[69] The appellants insist that they were taken by surprise with respect to the mitigation issue. The record does not support their argument. The transcript reveals cross examination of the appellants on the issue. During closing arguments the issue was raised. The appellants argue that even if the trial judge properly considered the mitigation issue, he erred by not fixing the proper notice period and then deducting an amount for the appellants' failure to mitigate. This argument allows the appellants to claim benefits that would have accrued during the extended notice period. As best I can determine, the appellant's were claiming \$176,000 in lost dividends and \$367,000 in lost salary if the notice period were extended to 24 months. For the sake of completeness, I shall deal with this argument.

[70] On appeal, the appellants have lowered, but only marginally so, their expectations with respect to reasonable notice, insisting that Spielo was obligated to provide 18 to 20 months salary in lieu of notice, instead of 24 months, once the relevant factors and authorities are properly considered. Recall that at the time of dismissal, Mr. Doucet had spent 10 years with Spielo while Mr. Dauphinee's tenure was around seven years. In truth, the appellants sought to have the notice period extended for a specific reason. In addition to increasing their claim for lost salary and benefits, they argued that as the sale to GTECH occurred within the extended notice period, they were entitled to redeem their shares for the same price that the other shareholders received at that time. The sale to GTECH occurred within 15 months of the appellants' dismissal, which explains why the appellants were willing to reduce the notice period from 24 to 18 months. In this way, the appellants could argue that the obligation to sell their shares back to Spielo did not arise until the end of the extended notice period and, therefore, they should be compensated for the difference between they received and what they would have received had their employment continued during the extended period.

[71] The appellants' argument was properly tied to the legal principle that employees who are dismissed without cause are entitled to compensation benefits that would have been available had the employee remained with the employer during the notice period. Indeed, it might be argued that some courts have been generous in

extending the notice period in order to allow the former employee to capture the value of benefits that would have otherwise accrued to the employee but for the dismissal (see *Gillies v. Goldman Sachs Canada Inc.*, 2001 BCCA 683, [2001] B.C.J. No. 2542 (QL)). In the present case, however, both the share subscription agreement and the company stock option plan dictate that the price to be paid for the shares is to be determined as of the “last full month prior to the termination of employment”. The appellants’ employment was terminated on September 2, 2002. This is not a case where notice of termination was given to take effect at a later date. Accordingly, whatever period of reasonable notice is selected, the date of termination is not altered. In my view, the trial judge did not err in concluding that, even if the notice period were extended to 24 months, the terms of the share subscription agreement precluded the appellants from claiming compensation based on the price which GTECH paid for the shares. The unambiguous wording of the contracts disposes of the appellants’ argument.

[72] This leaves us to consider whether the notice period fixed by Spielo and affirmed by the trial judge because of the appellants’ failure to mitigate was in error. The appellants cite seven cases in support of a longer notice period. Four of the cases were decided in the 1980s and cannot be considered of persuasive force for the following reason. In *Medis Health and Pharmaceutical Services Inc. v. Bramble* (1999), 214 N.B.R. (2d) 111, [1999] N.B.J. No. 307 (C.A.) (QL), per Drapeau J.A. (as he then was), this Court cautioned that use of prior rulings which are dated is of limited value: “It is therefore essential that the results obtained in the comparable cases used to define an appropriate range be adjusted to take into account the current context” (para. 72). Two of the seven cases cited involve a notice period of 12 months and, thus, are of no assistance to the appellants: *Link v. Venture Steel Inc.*, [2008] OJ No. 4849 (S.C.J.) (QL), rev’d on other grounds in 2010 ONCA 144, [2010] O.J. No. 779 (QL), and *Murphy v. Clarica Life Ins.*, 2003 NBQB 381, 266 N.B.R. (2d) 100. The final case, *Johnson v. James Western Star Ltd.*, 2001 BCSC 1008, [2001] B.C.J. No. 1514 (QL), aff’d in 2003 BCCA 151, [2003] B.C.J. No. 604 (QL), involved an employee who had been employed for three years before being dismissed and who was found to be entitled to 24 months pay in lieu of notice. However, in that case, the employee had been enticed away from his previous

employer on the understanding that he would be promoted to branch manager which in fact never happened.

[73] The role of an appellate court is not to examine every cited case and decide whether any one is of persuasive force because of factual similarities. As was stated in *Covered Bridge Golf and Country Club v. Schurman*, at para. 29, per Drapeau C.J.N.B., the task of fixing a reasonable notice period is an art, not a science. This Court is not entitled to substitute its view for that of the trial judge unless the trial judge is found to have erred in principle, misapprehended the evidence, failed to consider relevant factors or considered irrelevant ones, or made a wholly erroneous assessment. I accept there are cases where the employee may have worked for his or her employer for the same time period as the appellants had worked for Spielo and yet the notice period was considerably greater than the ones fixed in the present case. But there are always extenuating circumstances or unusual fact patterns that propel a trial judge to increase the notice period beyond what might normally be expected. In summary, a bald allegation that a trial judge erred in fixing the notice period, together with a reference to possibly relevant case law, does not warrant appellate intervention. The appellants' task was to identify reversible or palpable and overriding error or to establish that the notice period was so inordinately low as to warrant intervention having regard to the relevant jurisprudence. Counsel failed to meet that threshold. Of course, even if the threshold were met, an argument for a longer notice period would have no application to Mr. Doucet if he were properly dismissed for after acquired cause.

V. The Counterclaim - After Acquired Cause - Mr. Doucet

A. *The Legal Framework*

[74] Typically, the employer's defence of after acquired cause for dismissal is invoked in circumstances where, following the employee's dismissal, the employer discovers employee misconduct which occurred prior to the dismissal; misconduct that would have justified summary dismissal had the employer known of it earlier. While the

defence is often referred to as a common law doctrine, this description is not entirely accurate for the following reason. At common law, it was unnecessary for the employer to provide the employee with the exact ground for dismissal provided that sufficient cause for dismissal existed in fact and could be established at trial. Better still, the common law held the employer could rely on grounds for dismissal differing from those alleged at the time of the dismissal and it was immaterial whether or not the ground was known to the employer at that time. The central question was whether, at the time of dismissal, there were facts sufficient in law to support the employer's decision. Those propositions of law were affirmed by the Supreme Court of Canada in *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*, [1961] S.C.R. 553, [1961] S.C.J. No. 33 (QL), citing the law as found in Halsbury's Laws of England, 2nd ed., vol. 22, p. 155. The Supreme Court held it was of no moment that the employer did not know of the employee's "dishonest conduct" at the time of the dismissal and that it was first pled by way of an amendment to its defence. The only issue was whether the employer could establish just cause at the time of trial as outlined in its pleadings.

[75] The other Canadian authority which is regarded as a lead decision in this area of the law is *McIntyre v. Hockin*, [1889] O.J. No. 36 (C.A.) (QL), recently applied by this Court in *Backman v. Maritime Paper Products Limited, a body corporate*, 2009 NBCA 62, 349 N.B.R. (2d) 171. In *McIntyre v. Hockin*, at page 501, the Ontario Court of Appeal held: "It is now settled law that if a good cause of dismissal really existed, it is immaterial that at the time of the dismissal the master did not act or rely upon it, or even did not know of its existence, or that he acted upon some other cause in itself insufficient. The main question always is, were there at the time of dismissal facts sufficient in law to warrant it" (para. 10). However, the Court of Appeal went on to explain that the plea of after acquired cause could be defeated in cases where the employer had knowledge of the prior misconduct and did nothing to address the situation. The employer's omission leads to the counter-plea of condonation as explained in *McIntyre v. Hockin*:

It may be proper, however, to add a few words on the subject of condonation. When an employer becomes aware of misconduct on the part of his servant, sufficient to justify

dismissal, he may adopt either of two courses. He may dismiss, or he may overlook the fault. But he cannot retain the servant in his employment, and afterwards at any distance of time turn him away. It would be most unjust if he could do that, for one of the consequences of dismissal for good cause is, that the servant can recover nothing for his services beyond the last pay day, whether his engagement be by the year or otherwise: Smith's Law of Master and Servant, 4th ed., p. 220; *Boston Deep Sea Fishing Co. v. Ansell*, 39 Ch. D. 339. If he retains the servant in his employment for any considerable time after discovering his fault, that is condonation, and he cannot afterwards dismiss for that fault without anything new. No doubt the employer ought to have a reasonable time to determine what to do, to consider whether he will dismiss or not, or to look for another servant. So, also, he must have full knowledge of the nature and extent of the fault, for he cannot forgive or condone matters of which [h]e is not fully informed. Further, condonation is subject to an implied condition of future good conduct, and whenever any new misconduct occurs, the old offences may be invoked and may be put in the scale, against the offender as cause for dismissal. [para. 13]

[76] To the extent nineteenth century principles of employment law were based on the classical contract model of two parties of equal bargaining strength, those principles favoured the employer and were carried forward into the twentieth century. For example, in *Carr v. Fama Holdings Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 1888 (C.A.) (QL), aff'g [1988] B.C.J. No. 1149 (S.C.) (QL), the British Columbia Court of Appeal held that if an employee's incompetence was known, though not asserted, at the time of the dismissal, the employer may still rely on it as grounds for dismissal should the employee bring an action for wrongful dismissal. *Carr* was a case in which the employer did not provide the employee with the true reasons for her dismissal in order to spare her feelings and went so far as to provide the employee with letters of recommendation. Justice Randal S. Echlin and Matthew L.O. Certosimo, in their text *Just Cause: The Law of Summary Dismissal in Canada*, looseleaf (Aurora, Ont: Thomson Reuters Canada Ltd., 2010) at p. 8-9 cites the *Carr* case as standing for the following proposition: "So long as a pre-

existing factual basis demonstrates incompetence, an employer need not provide reasons or any reason at all, at the time of dismissal.”

[77] The notion of condonation certainly took much of the sting out of the employer’s common law right to elect silence or non-disclosure at the time of dismissal. The courts would also rely on pleadings to weed out those cases where employers sought to build a case for just cause where none had been contemplated until the writ of wrongful dismissal had been served. In *Cyril Leonard & Co. v. Simo Securities Trust Ltd et al.* (1971), 3 All E.R. 1313 (C.A.) at 1324, Stamp L.J. commented that while subsequently discovered cause may be relied on, the doctrine does not permit an employer to generally plead cause without sufficient particulars in the hope of “fishing out” just cause on discovery.

[78] The respondents built their case for after acquired cause for dismissal around the Supreme Court’s decision in *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*. Yet they fail to acknowledge the relevance of the *Employment Standards Act*. This *Act*, and in particular s. 30(2), was initially raised during the motion to amend the respondents’ pleadings to include the defence of after acquired cause for dismissal based on the Dovico allegations (see 2008 NBQB 27, [2008] N.B.J. No. 63 (QL)). At that time, Mr. Doucet argued that, as his letter of termination did not set out grounds for dismissal based on cause, it was too late to raise the issue because of s. 30(2). The motion judge (later the trial judge) observed that this argument might have validity if the evidence established that Spielo knew of the “cause” at the time of the termination but that the issue of knowledge should be determined at trial (para. 27). While the issue was forgotten at trial, it cannot be avoided.

[79] Pursuant to s. 2 and s. 76(2) of the *Employment Standards Act* and the weight of judicial authority, there is nothing to prevent an employee from invoking rights set out in the *Act* even though those rights are being asserted in an action for wrongful dismissal and not before the administrative tribunal established under the legislation: *Cormier v. Royal Canadian Legion, Saint John Branch No. 14* (1994), 154 N.B.R. (2d)

335, [1994] N.B.J. No. 504 (Q.B.) (QL); *Jagoe v. Recount Investments Ltd.*, [1997] N.B.R. (2d) (Supp.) No. 50, [1997] N.B.J. No. 179 (Q.B.) (QL), per Larlee J. (as she then was), not following *Snodgrass v. Brunswick Chrysler Plymouth Ltd.* (1989), 98 N.B.R. (2d) 1 (Q.B.), [1989] N.B. J. No. 366 (Q.B.) (QL), dealing with s. 89 of the *Act* and affirmed on appeal on another point in (1989), 103 N.B.R. (2d) 91, [1989] NBJ No. 1039 (C.A.) (QL). See also *Hamilton v. International Brotherhood of Boilermakers, Iron Shipbuilders, Blacksmiths, Forgers and Helpers, Local Lodge No. 73*, [1998] N.B.J. No. 302 (Q.B.) (QL).

[80] Section 30(1) of the *Employment Standards Act* provides that, except where cause for dismissal exists, an employer cannot terminate an employee without having given minimum notice in writing. For example, under s. 30(1)(b), an employee with five or more years of continuous service must be provided with “at least” four weeks’ notice. Section 30(2) goes on to provide that where an employer dismisses an employee with cause, the employer shall do so in writing setting out the reasons for dismissal. Section 30(2) also states that, unless the employee is provided with reasons, no dismissal without notice is valid notwithstanding that cause for dismissal exists. If there is non-compliance with s. 30, the employer is liable to the employee for the pay the employee would have earned during the notice period pursuant to s. 34(2). Finally, s. 29 of the *Act* provides that s. 30 applies only to employees who are not covered by a collective agreement. There is an immediate reason for this qualification. Under collective bargaining regimes the option of reinstating the employee remains available. Section 30 does not seek to alter the common law fact that reinstatement is not an option available to the courts in actions for wrongful dismissal.

[81] In brief, an employer who dismisses an employee must either give written reasons for the dismissal for cause or provide the employee with reasonable notice. If the employer fails to give reasons for the dismissal then it must give reasonable notice. If the employer fails to do both, the dismissal is invalid and the employee is entitled to be paid salary in lieu of reasonable notice even if cause for dismissal exists, in which case, the judicial inquiry will focus on the length of the notice period. This leads me to ask

whether an employer who provides written reasons for the employee's summary dismissal is permitted to amend its reasons by introducing entirely new reasons for dismissal, that is to say, after acquired cause for dismissal. Alternatively, if the employer provides the employee with notice, or salary in lieu of notice, and the employee sues the employer for wrongful dismissal over the length of the notice period, is the employer entitled to raise for the first time the defence of just cause? At common law, the answer is yes.

[82] This leaves us to consider whether s. 30(2) of the *Act* was intended to alter the common law. In *Cormier v. Royal Canadian Legion, Saint John Branch No. 14*, the motion judge so found. In that case, an employee who had been with his employer for 17 years was let go from his position as bartender on the basis that the employer was about to restructure its business. The employer went so far as to state this reason to the "Unemployment Insurance Commission". The employee, who was given four months' pay in lieu of notice, sued the employer and took default judgment. The employer sought to have the default judgment set aside on the ground that just cause for the dismissal existed. Apparently, if the after acquired reasons for dismissal were true, the reasons would have justified the employee's immediate dismissal. The motion judge held that s. 30(2) was intended to change the common law and, invoking the Supreme Court of Canada's decision in *Machtiger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, [1992] S.C.J. No. 41 (QL), rejected the employer's argument it could advance different reasons for dismissal. The motion judge's reasoning as to the inequities of the situation from the employee's vantage point is persuasive:

This case is a classic example of what can happen when an employee is not advised that he is being fired for cause and the alleged grounds therefor. Mr. LeMesurier [the plaintiffs' lawyer] complains that a year has passed and he cannot advise his client on whether or not he has a cause of action even though he has instituted action. All he can advise is that restructuring is not a sufficient ground for dismissal for cause and on the face of it four months pay in lieu of notice for seventeen years of service is not sufficient. He does not know why his client was dismissed.

The employee who is dismissed in such circumstances is in a dilemma. He has the "restructuring letter" which he can show to prospective employers. He or she must always be worried that they will phone the previous employer for a recommendation and will never know what the answer will be. At most such a person can claim several months of salary and there is the cost, uncertainty and emotion of litigation. [paras. 15-16]

[83] The precedential significance of *Cormier v. Royal Canadian Legion, Saint John Branch No. 14* is obvious. It solidifies the obligation on employers to provide, in writing, the true reasons for the decision to dismiss an employee, thereby effectively overruling the precedential significance of cases such as *Carr v. Fama Holdings Ltd.* In my view, the ruling in *Cormier* is in compliance with principles of statutory interpretation and the Supreme Court's general approach to the interpretation of employment standards legislation. The opening words of s. 30(2) require the employer to set out in writing the reasons for the dismissal with cause. The concluding words are equally clear. The dismissal is invalid even if cause exists, unless of course the employer effects a dismissal with notice. I also find it revealing that, in drafting s. 30(2), the Legislature imposed an obligation on employers to provide the employee with written reasons for a dismissal with cause (presumably within a reasonable time of leaving the job site) and not simply a bald notice that the employee was being dismissed for cause. The difference between the two requirements is significant. The latter formulation would leave open the possibility of changing the reasons for the dismissal should the dismissal lead to litigation. In my view, the drafters of s. 30(2) appreciated fully the impact this provision would have on the common law. Parenthetically, I could find no equivalent provision in the employment standards legislation in force in other Provinces.

[84] The ruling in *Cormier* and the application of s. 30(2) of the *Employment Standards Act* comes as no surprise to those familiar with arbitral jurisprudence. Interestingly, the majority of adjudicators acting on their own, but under the protection of privative clauses found in labour legislation, have adopted the same approach as it provides a measure of protection from the ability of employers to exercise their authority to dismiss in a capricious or arbitrary manner. The lead decision is of Arbitrator Laskin

(who later became C.J.C.) in *Aerocide Dispensers Ltd. v. United Steelworkers of America*, [1965] O.L.A.A. No. 1 (QL). See generally Stacey R. Ball, *Canadian Employment Law*, Vol. 2, looseleaf (Aurora, Ont.: Thomson Reuters Canada Ltd., 2010) at p. 21-39, and Peter Barnacle and Roderick Wood, *Employment Law in Canada*, 4th ed., Vol. 2, looseleaf (Markham, Ont.: LexisNexis Canada Inc., 2010) at para. 17.136, where reference is made to the minority position of applying the Supreme Court's decision in *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner*.

[85] This leads me to ask whether there is room for the concept of after acquired cause in light of s. 30(2) of the *Employment Standards Act*. The general view is that s. 30(2) does not apply to cases where the employer was ignorant of the prior misconduct and, therefore, unable to include reference to the prior misconduct when providing reasons for the dismissal: *Lindsay v. Peace Hills Trust*, 2008 NBQB 303, 336 N.B.R. (2d) 299. This understanding resonates with common sense and the principles of statutory interpretation. This is the same approach generally taken in arbitral jurisprudence.

[86] If the concept of after acquired cause applies in the context of cases involving dismissal for cause, the concept should apply equally in cases where the employee was dismissed with notice but, subsequently, the employer learns of earlier misconduct that would have warranted summary dismissal. Those are the facts of the present case. At this juncture, however, it would be better to abandon the term "after-acquired cause" and replace it with the expression "after discovered cause" for dismissal. The term "subsequently ascertained cause" is equally appropriate (see Howard A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada*, 3rd ed., looseleaf (Aurora, Ont.: Thomson Reuters Canada Ltd., 2010) at p. 6-11). This reformulation eliminates from consideration those cases which focus on employee misconduct following the employee's dismissal, a topic I need not address and wish to avoid (see *Aasgaard v. Harlequin Enterprises Ltd. (c.o.b. Starways Books)*, [1993] O.J. No. 1484 (Gen. Div.) (QL), and Echlin and Certosimo at p. 8-2).

[87] In summary, the plea of after discovered cause for dismissal has two key elements: (1) the employer must not have known of the misconduct at the time of the dismissal; and (2) the misconduct, had it been known, would have warranted summary dismissal. If the employer was aware of the misconduct and the notice of dismissal failed to specify that the misconduct was the reason for the dismissal, s. 30(2) of the *Employment Standards Act* would preclude the employer from subsequently raising the matter.

[88] At this point, it is best to summarize how s. 30(2) of the *Employment Standards Act* differs from the common law when it comes to the concept of after discovered cause for dismissal. At common law, it makes no difference whether the employer knew of the earlier misconduct. If, however, the employer knew of the earlier misconduct, the employee has the right and obligation to establish employer condonation. By contrast, under s. 30(2), if the employer knew of the earlier misconduct and does not specify this fact as a ground of dismissal, that is the end of the matter. The employer may not amend its reasons by adding a new cause for dismissal. Accordingly, the employee does not have to go the further step of establishing employer condonation. On the other hand if the employer complies with s. 30(2) and gives written reasons for the dismissal, the employee can raise the defence of condonation as happened in *Backman v. Maritime Paper Products Limited, a body corporate*, dealing with the issue of condonation in the context of cumulative cause for dismissal.

[89] There is one other matter that I want to draw attention to. In my view, there is a substantive difference between cause for dismissal based on discrete acts of misconduct, hidden from the employer, or incapable of discovery in the normal course of the employment relationship, and acts which relate to matters of job performance and which, with due diligence, would have been known to anyone who took the time to observe what was happening in the workplace. In my view, the difference is in keeping with the objectives underscoring the *Employment Standards Act*. Hence, I am not one who subscribes to the view that evidence of incompetence, supposedly unknown at the time of dismissal, may be relied on to establish just cause for dismissal. If an employer has failed to supervise an employee in an effort to assess the employee's continuing level

of competence in performing assigned tasks, that is the employer's problem. The omission should be deemed to negate any plea of after discovered cause for dismissal. In short, the easy cases are those in which the employer did not know of the pre-dismissal conduct. The difficult cases are those where it is alleged that the employer ought to have known of the alleged misconduct.

[90] I subscribe to the general view that the policy rationale underscoring the concept of after discovered cause is to ensure that an employee is not permitted to rebut allegations of wrongdoing merely because efforts to conceal the misconduct during the employee's tenure were successful, or because the nature of the transgressions were beyond the normal reach of those who are entitled to assume every employee is fulfilling their employment obligations based on loyalty and honesty. In this way, the plea of after discovered cause prevents an employee from benefiting from his or own misconduct. However, the plea should be rejected in cases where a review of the employee's file or work reveals deficiencies that would have warranted negative comment or remedial action by the employer before invoking the ultimate sanction: dismissal for cause. As stated at the outset, the law should not encourage employers to assume the role of employment archaeologists, looking through the remnants of an employee's work history, in an effort to unearth grounds for dismissal.

[91] Assuming that at the time of dismissal the employer did not know of the earlier misconduct, one is left to consider whether the misconduct subsequently discovered would have warranted immediate dismissal. Not surprisingly, much of the jurisprudence is concerned with misconduct involving acts of employee dishonesty: e.g. *Ennis v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1986] B.C.J. No. 1742 (S.C.) (QL). This is not to suggest that in every instance dishonest conduct warrants summary dismissal. This understanding of the law is based on *McKinley v. B.C. Tel.* However, some cases are easier to decide than others. These are the cases where the result is justified on policy grounds. Employees should not be able to benefit from their own dishonesty. As stated in *Echlin and Certosimo* at p. 8-6: "The doctrine of after acquired cause seeks to ensure that an employee is not permitted to rebut allegations of

wrongdoing merely because efforts to conceal the misconduct were successful until after dismissal.” *Lake Ontario Portland Cement Co. v. Groner* is on point. In that case the employee, unbeknownst to the employer, had back-dated a key employment document. Then there are the cases dealing with misappropriation of money, secret commissions, and payment of kickbacks. An employee who establishes a competitive business is also guilty of misconduct warranting immediate dismissal: *Knowlan v. Trailmobile Parts & Services Canada Ltd.*, 2006 BCSC 337, [2006] B.C.J. No. 457 (QL). In brief, the law is looking for egregious conduct that destroys the very foundation of the employment relationship when deciding whether the misconduct in question warrants immediate dismissal. There are many instances of employee misconduct that warrant discipline or the imposition of other relatively benign remedial options, at least when compared to the ultimate sanction of summary dismissal.

B. *The Dovico Allegations*

[92] In 1993, Mr. Doucet, Mr. Manship and Michel Vienneau incorporated Dovico which was to develop time management software for businesses. Mr. Vienneau is the brother of Daniel Vienneau, President of Nanoptix. Daniel Vienneau is the man who made the kickback allegation. Mr. Doucet has been Dovico’s President from the outset. It is clear Spielo and Dovico have never been competitors of one another. In 1993, Dovico had only two employees, Mr. Doucet and his sister, Diane Doucet. Apparently, the latter was to have day to day control of the business. Until 1994, Mr. Manship was a shareholder and director of Dovico. Mr. Doucet joined Spielo in 1994. Michel Vienneau appears to have worked for Dovico until 2001.

[93] The trial judge held that throughout the years Mr. Doucet and Mr. Manship discussed the potential of Dovico on numerous occasions and, therefore, Mr. Manship had knowledge of Dovico. In 2002, the local newspaper reported Mr. Doucet as being named “Young Entrepreneur of the Year” as a result of Dovico’s success. Mr. Manship testified he was upset by the story and the message it sent to employees of the on-line division who were having difficulties meeting certain contractual obligations to

its foreign customers. Mr. Manship addressed his concern to Mr. Doucet and Mr. Doucet responded by saying he agreed with Mr. Manship. Nothing else was said or done about the matter.

[94] In July of 2006, a motions judge ordered Spielo to provide the plaintiffs with access to back-up tapes which contained Spielo's electronic records. In February of 2007, Spielo retained a consultant to assist in the recovery of the back-up material including emails. The task was completed in December of 2007. Amongst the emails recovered were those sent and received by Mr. Doucet. As best I could determine there were 48 emails that support the understanding that Mr. Doucet was involved in the business affairs of Dovico. Those emails were sent or received within a 19 month time frame. Together with Mr. Doucet's recently recovered electronic diary, this evidence lead Spielo to allege that he was running the day to day affairs of Dovico and improperly using Spielo resources and his subordinates at Spielo to carry out work on behalf of Dovico. For example, access to Mr. Doucet's electronic calendar showed scheduled weekly meetings of Dovico. As to the use of other Spielo employees to do Dovico work, I am left to believe the allegation was based on three emails sent or received by Mr. Dauphinee with respect to trademark issues concerning Dovico. Based on this information, Spielo obtained the right, on motion, to amend its pleadings to include a counterclaim against Mr. Doucet alleging "after acquired cause" for dismissal and a demand for repayment of severance benefits (\$252,000) together with interest (see 2008 NBQB 27, [2008] N.B.J. No. 63 (QL)). The right arose four years after Spielo filed its defence to the action and four months prior to trial.

[95] The amended pleading alleges Mr. Doucet to have acted in "breach of his fiduciary duty to Spielo and in a blatant conflict of interest". The amendment went on to state that: "The serious misconduct displayed by Doucet demonstrates that he lacks the requisite level of trust and responsibility required of a senior management employee of Spielo." I should also mention that at one point Spielo also alleged that Mr. Doucet, while working for Spielo, was instrumental in awarding a contract to Nanoptix at a time when Mr. Doucet was a director and shareholder of Nanoptix. The trial judge makes a passing

reference to this allegation and to the fact that Mr. Doucet had relinquished his shares and position prior to the contract being awarded to Nanoptix.

[96] Mr. Manship testified he knew of Mr. Doucet's involvement in Dovico but that he (Mr. Manship) had assumed Mr. Doucet's involvement in the affairs of Dovico was minimal. Mr. Manship also testified that had he known of the true extent of Mr. Doucet's involvement he would have effected an immediate dismissal. Mr. Doucet testified that he did not spend extensive time doing Dovico work while working for Spielo. Dovico meetings were scheduled for the early morning and most of the meetings were not attended. Mr. Doucet also testified that on occasion Spielo employees were doing work for Dovico in the same way they did personal work for Mr. Manship. In effect, he testified that Mr. Manship knew or ought to have known the full nature and extent of Mr. Doucet's involvement in Dovico. The trial judge rejected Mr. Doucet's evidence. This leaves us to consider whether the trial judge's legal analysis can withstand appellate scrutiny.

[97] In my respectful view, the trial judge's legal analysis is flawed. The central problem is that his legal analysis deals with the Dovico and kickback allegations in the same breath, and it is difficult to discern the impact on which the latter finding had on the former. At paragraph 295 of his reasons, the trial judge concluded: "However, it is my view that the [Dovico allegations establish] just cause and the added effect of the kickback or secret commission more than establishes Spielo's just cause for terminating Mr. Doucet." Again, the trial judge speaks of both allegations in the same breath and of the failure of Mr. Doucet to call his sister, Diane, to testify: "Applying the law to the issues of whether Mr. Doucet was actively assisting Dovico and had invoiced [Nanoptix] for \$60,000.00 and whether there was a kickback or secret commission, I believe the Court can draw an adverse inference from the failure to call Diane Doucet" (para. 301). Finally, the trial judge holds: "I can only conclude that Mr. Doucet was actively involved with Dovico, attending meetings, being Named Young Entrepreneur of the year and invoicing for services he supplied while he was working full time for Spielo" (para. 302). All of these findings were made in the context of the trial judge declaring that Mr. Doucet

did in fact demand and receive a kickback from Nanoptix. This leads one to ask whether the trial judge's finding with respect to the kickback allegation provided a summary route to declare the Dovico allegations to be true.

[98] This is a case in which the employer did not prohibit all forms of "outside" work. This is a case where there is evidence that on occasion other employees were asked to perform tasks that furthered the interests of the employee's business. This is a case where the employer knew of the employee's business venture. There is no element of deceit. Mr. Doucet's role in Dovico as President was no secret in the business community and certainly no secret to those who worked with Spielo. The trial judge framed the issue in terms of whether Mr. Doucet had taken an active or passive role in the management of Dovico. Yet there never has been a suggestion that Mr. Doucet's efforts on behalf of Dovico intruded on his ability to perform his job. Indeed, Mr. Manship testified that Mr. Doucet's involvement did not have a tangible effect on his work. As a matter of principle, Mr. Manship insisted the work done for Dovico during Spielo business hours was improper.

[99] We know that Dovico is not a competitor of Spielo and, indeed, Mr. Manship once sat on Dovico's Board, albeit briefly. Hence, there appears to be no element of deceit or a conflict of interest based on involvement in a competitive business, and yet the trial judge inexplicably relied on jurisprudence in which the dismissed employee had been involved in a competing business. Cases such as *Burse v. Acadia Motors Ltd.* (1979), 28 N.B.R. (2d) 361 [1979] N.B.J. No. 308 (Q.B.) (QL), var'd in (1980), 35 N.B.R. (2d) 587, [1980] N.B.J. No. 364 (C.A.) (QL), *Tozer v. Hutchinson* (1869), 12 N.B.R. 540, and *Atkins v. Windsor Star*, [1994] O.J. No. 623 (Gen. Div.) (QL), were discussed and relied on by the trial judge, but they are not relevant and should not have informed the trial judge's decision to find after discovered cause for dismissal. This is not a true conflict of interest case involving divided loyalties, except to the extent that Mr. Doucet's involvement with Dovico affected his work obligations to Spielo and there is no reference in the trial judge's reasons with respect to that matter.

[100] Returning to the bifurcated framework applicable to after discovered cause for dismissal, the trial judge should have reflected on the difference between cause based on discrete acts of misconduct which had been hidden from the employer (*e.g.*, dishonesty) and acts which relate to matters of job performance, which would have been evident to anyone who took the time to observe what was happening in the workplace. But even assuming Mr. Manship could not reasonably have known of the full extent of Mr. Doucet's involvement in Dovico, and even if he had crossed the Rubicon from passive to active management of Dovico, no one bothered to consider whether that breach warranted immediate dismissal. Inevitably, the law requires the employer to pursue more benign and effective measures to address employee failure before invoking the ultimate sanction of dismissal. The Supreme Court of Canada's decision in *McKinley V. B.C. Tel* outlines the principle of proportionality that is to be applied and has been applied by this Court most recently in *Hall v. Boise Alljoist Ltd.* (2006), 306 N.B.R. (2d) 396, [2006] N.B.J. No. 498 (QL) and *Henry v. Foxco. Ltd.* (2004), 269 (2d) 63, [2004] N.B.J. No. 109 (QL). All of those issues should have been pursued. As they were not, so too must this aspect of the counterclaim go back for a new trial before a different judge.

C. *The Kickback Allegation*

[101] The bifurcated framework for after discovered cause is easy to apply in cases where the employer alleges cause for dismissal based on employee dishonesty tied to the extraction of kickbacks from suppliers. No one questions that Spielo and Mr. Manship knew nothing of the matter until the 9th day into the trial. It is also common ground that, if established, the kickback allegation would warrant summary dismissal and there is nothing in the jurisprudence or the *Employment Standards Act* which challenges those assumptions. See *McEwan v. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1995), 161 N.B.R. (2d) 328, [1995] N.B.J. No. 199 (Q.B.) (QL), *Thorn v RGO Office Products Ltd.*, [1993] A.J. No. 1038 (Q.B.) (QL). This leads us to consider whether the trial judge erred in rejecting the testimony of Mr. Doucet and accepting the evidence of Mr. Vienneau, the man who came forward and testified to the events surrounding the alleged kickback. Mr. Doucet alleges procedural unfairness surrounding the trial judge's finding.

[102] The allegation Mr. Doucet had demanded and received a kickback from one of Spielo's suppliers (Nanoptix) was not pled as an amendment to the counterclaim. The allegation was first raised during Spielo's cross-examination of Mr. Doucet at trial. The source of the allegation needs to be identified. During the early days of the trial, Mr. Manship ran into the President of Nanoptix, Daniel Vienneau, at a local bank. As the lawsuit and trial had garnered much attention in the local media, Mr. Vienneau gratuitously offered to provide assistance in the proceedings. Mr. Manship asked Mr. Vienneau if he would speak to Spielo's lawyers. Mr. Vienneau agreed and a meeting was arranged that evening. It was at that meeting (in the absence of Mr. Manship) that the kickback scheme was first revealed. Mr. Vienneau stated that in 2000 Mr. Doucet had demanded a "payback" with respect to a contract that Spielo had earlier awarded to Nanoptix. Mr. Vienneau said he received, and paid, invoices from Dovico totaling \$64,584, including HST. Mr. Vienneau produced invoices issued by Dovico to Nanoptix with respect to consulting services which Mr. Vienneau said Nanoptix never received. The next day the kickback allegation was put to Mr. Doucet who at that time was being cross-examined by Spielo counsel. The allegation was denied. Mr. Doucet testified that his sister Diane Doucet was the controller of Dovico and the one who would normally prepare any invoices. Diane Doucet was not called to testify and Mr. Doucet was unable to explain the reasons behind the issuance of the documents. On re-direct, counsel for Mr. Doucet elected not to pose any questions to his client dealing with the new allegation. Mr. Doucet did not call any other witness to counter the kickback allegation, including Mr. Doucet's sister, the one who purportedly prepared the invoices in question. However, Mr. Doucet had yet to hear what Mr. Vienneau had to say with respect to the allegation.

[103] Mr. Vienneau testified on behalf of the defendant/respondents. He stated that he felt compelled to honour the demand because the underlying contract between Spielo and Nanoptix would allow Spielo to assume control of Nanoptix's operation with respect to the Netherlands contracts. He acknowledged that Spielo had threatened to sue Nanoptix for \$1.9 million in cost overruns suffered because of Nanoptix breaches with respect to that contract. Mr. Vienneau advised Mr. Manship that if he proceeded against

his company he would have no choice but to have the company declare bankruptcy. Spielo took no further action against Nanoptix. Mr. Vienneau also acknowledged that he was presently suing Mr. Doucet's brother. I have no time line as to who did what when, and the trial judge's reasons on this point are not as robust as they are in regard to the issues surrounding the main action.

[104] During the appellants' cross-examination of Mr. Vienneau, the trial judge refused to admit into evidence and allow cross-examination of Mr. Vienneau with respect to a letter that purportedly contradicted Mr. Vienneau's testimony regarding the kickback. The trial judge ruled that, as the document in question was not listed in the appellants' Affidavit of Documents and not covered in the appellants' general statement respecting litigation privilege, the document was inadmissible. It was also said that the introduction of the letter would raise the spectre of "trial by ambush". Once the defendants closed their case on the main action and counterclaim, counsel for Mr. Doucet moved the plaintiffs be given the opportunity to recall Mr. Doucet for rebuttal purposes with respect to the counterclaim. The defendants objected. In separate and lengthy reasons, the trial judge upheld the objection and refused to allow Mr. Doucet to offer reply evidence (see 2008 NBQB 413, 340 N.B.R. (2d) 198).

[105] The trial judge's reasoning in regard to whether Mr. Doucet should be permitted to give "rebuttal" evidence runs as follows. While it is trite law that a plaintiff cannot split his or her case, Rule 54.07(d) of the *Rules of Court* confers on the trial judge the discretion to allow reply evidence: "when the defendant's evidence is concluded, the plaintiff may adduce whatever evidence he may properly call in reply". Case law supports the understanding that the plaintiff has the right to adduce reply evidence to contradict or qualify new fact issues raised in defence. Case law also supports the understanding that the plaintiff is not permitted to adduce evidence which is merely confirmatory of the plaintiff's case: *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1966] O.J. No. 1067 (C.A.) (QL). The law is clear, a plaintiff cannot leave part of its case until cross-examination of the defendant's witnesses

and then, when that goes badly, make up for it in reply: *Mersey Paper Co. Ltd. v. County of Queens*, [1959] N.S.J. No. 9 (S.C.) (QL).

[106] Mr. Doucet cited a number of cases where a trial judge exercised his or her discretion to allow a plaintiff to offer reply evidence, including the recall of the employee, in response to the defendant employer's evidence of just cause for dismissal. At this juncture, the trial judge's reasons deal extensively with a non-issue: reply evidence in relation to the issue of just cause for dismissal as it pertains to the allegation of after discovered cause in regard to Mr. Doucet's work for Dovico. As I understand it, the reply or rebuttal evidence that Mr. Doucet wanted to provide related only to the kickback allegation. In any event, the trial judge's subsequent analysis focused on Spielo's "compliance" with the rule in *Browne v. Dunn* which the Supreme Court of Canada has confirmed remains a sound rule of general application (see *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193). In brief, the rule requires counsel to confront a witness in cross-examination before impeaching the witness by contradictory evidence.

[107] The trial judge went on to rule that the defendants had complied with the rule in *Browne v. Dunn* and that Mr. Vienneau's evidence was "very close" to what Mr. Doucet was told when being cross-examined. As well, the trial judge noted that Mr. Doucet's counsel elected not to ask questions of Mr. Doucet on re-direct and that the rule in *Browne v. Dunn* is equally applicable to Mr. Doucet who should have posed questions to Mr. Vienneau as to what Mr. Doucet would be offering in his rebuttal evidence. The trial judge went on to rule that the evidence that Mr. Doucet wanted to provide would only contradict his earlier testimony or reinforce it. The crux of the trial judge's reasoning for rejecting Mr. Doucet's motion to introduce reply evidence is found in the following paragraph of the trial judge's reasons for decision in 2008 NBQB 413, 340 N.B.R. (2d) 198:

I am satisfied that while the evidence of Mr. Vienneau relates to something the Defendant bears the onus of proof, in the circumstances of this case the rebuttal evidence proposed is inappropriate. The Plaintiff had ample time during the conduct of their case, particularly during re-

direct of Mr. Doucet, to raise this new evidence. During the examination of Mr. Doucet, other aspects of the Defendants' case concerning "just cause" for termination were explored. This was particularly so in relation to Mr. Doucet's work at Dovico and the e-mails which were acknowledged by Mr. Doucet. The Plaintiffs, in the presentation of their case, also presented evidence concerning other employees of Spielo being utilized by Dovico. All of which, I understand, was being introduced to counter the Defendants' claim that they had "just cause" to terminate Mr. Doucet. In my view, this obligated Mr. Doucet to produce all the evidence on this issue as noted in the authorities at paragraph 21 of these reasons. [para. 33]

[108] At paragraph 235 of his decision, the trial judge alludes to Mr. Doucet having credibility problems. At paragraph 302 he holds: "...Daniel Vienneau's evidence stands uncontradicted but for Mr. Doucet's comments." In the subsequent paragraph the trial judge finds that Mr. Doucet was terminated for after discovered cause. In reaching that conclusion, the trial judge noted that Mr. Doucet could not explain why Dovico had invoiced Nanoptix for over \$60,000.

[109] In my respectful view, the trial judge erred in refusing to allow Mr. Doucet to offer reply evidence and in refusing to permit the cross-examination of Mr. Vienneau with respect to a letter which purportedly contradicts his kickback allegation. Simply put, this is not a *Browne v. Dunne* case. Spielo and Mr. Manship were not simply seeking to undermine Mr. Doucet's credibility. They were seeking to establish a counterclaim that involved the return of hundreds of thousands of dollars. More importantly, they were seeking to establish their claim on the basis of a distinct sub-ground of just cause for dismissal not alluded to in the pleadings and which formed an additional ground of after discovered cause that could have far reaching consequences with respect to Mr. Doucet's credibility on other issues. As well, Spielo itself had introduced into evidence documents (the kickback invoices) that were not identified in any affidavit, admittedly, for reasons which are understandable. But I am at loss to explain how the trial judge could exclude the introduction of Mr. Doucet's rebuttal letter

on the ground of trial by ambush while ignoring Mr. Doucet's own right to be free of trial by ambush.

[110] I pause here to note the obvious. Not only was the kickback allegation of critical significance to the counterclaim, it was critical to Mr. Doucet's credibility with respect to his various claims for compensation on the main action. In other words, the finding that Mr. Doucet had demanded and accepted a kickback was bound to infect the trial judge's other findings to the extent those findings turned on the issue of credibility. If that is so, how can the trial judge's other findings be allowed to stand? Were it not for the powerful documentary evidence presented in this case, and the trial judge's lengthy and persuasive reasons dealing with critical factual issues, the question might have formed a ground of appeal in which the relief being sought would be a new trial. My point is simply this: the timing of the kickback allegation had the potential to undermine seven years of litigation. Civil cases are often hard fought, but the stakes are much higher when, during the course of the trial, the defendant accuses the plaintiff of criminal activity based on the testimony of a third party who has remained silent for nearly nine years.

[111] This case was not supposed to be about a \$60,000 kickback. It was and is about a multi-million dollar lawsuit where the plaintiff's credibility is as important as the defendant's. The trial must be conducted fairly and appear to be conducted fairly. The trial judge should have granted the relief sought. The notion that Mr. Doucet's counsel should have posed questions to Mr. Doucet on re-direct is, with the greatest of respect, unfair.

[112] It is true that Mr. Doucet's counsel could have done a number of things to thwart the trial from proceeding on the kickback allegation. The fact that he did not do so, in the circumstances of this case, is of no moment. The trial judge erred in persisting with the mistaken notion that this was a proper case for the application of the rule in *Browne v. Dunn*. A defendant cannot and should not be able to establish a counterclaim through the application of that rule. Mr. Doucet had the right to hear from Mr. Vienneau

and others who testified on behalf of Spielo before offering *viva voce* and documentary evidence in response to this new and unexpected ground of dismissal for cause. Once the defendant employer had closed its case, Rule 54.07(d) of the *Rules of Court* authorizes the trial judge to permit the plaintiff employee to offer reply evidence that addresses new matters arising out of the defendant's case. The kickback allegation fell clearly within that category.

[113] I agree that the trial judge's refusal to permit Mr. Doucet to provide reply evidence, in regard to the kickback allegation, warrants appellate intervention. The trial judge accepted the verbal and documentary evidence tendered by Mr. Vienneau over that of Mr. Doucet. As a result Mr. Doucet was ordered to repay his severance package of \$272,000, plus interest (7%) spanning a period of nearly seven years. In the circumstances, I agree with the appellants' submission that the proper relief is to allow the appeal with respect to the counterclaim and remit the matter to the Court of Queen's Bench for a new trial before a different judge pursuant to Rule 62.21(8) and (9)(b) of the *Rules of Court*. To hold otherwise would, in the words of Rule 62, result in the sanctioning of a "substantial wrong or miscarriage of justice".

[114] On two occasions, the trial judge drew an adverse inference from the fact Mr. Doucet did not call his sister, Diane Doucet, to testify even though she appeared on the plaintiffs' tentative witness list provided to the defendants prior to trial. I am not prepared to deal with this issue other than to point out to counsel this Court's decision in *Doiron v. Hache*, 2005 NBCA 75, 290 N.B.R. (2d) 79, which neither party cited in their respective submissions.

VI. Awards of Costs – The New Brunswick Framework

A. *Introduction - Deference*

[115] No one needs reminding of the principle that cost orders are owed deference. Appellate interference is not warranted unless it is established that the trial

judge erred in principle, or fixed costs that are so inordinately high or so low as to be manifestly wrong. With respect to the deference issue see *Becker et al. v. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 N.B.R. (2d) 542, [1981] N.B.J. No. 198 (C.A.) (QL); *Boyle v. Atherton, Atherton Estate and Eureka Holdings* (1983), 51 N.B.R. (2d) 151, [1983] N.B.J. No. 345 (C.A.) (QL); *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) v. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Co. and Frechette* (1987), 91 N.B.R. (2d) 189, [1987] N.B.J. No. 1019 (C.A.) (QL); *Proenca v. Squires Home Improvements & Total Renovations, Perry and Melanson*, 2001 NBCA 45, 252 N.B.R. (2d) 274; *Saint John Regional Hospital v. Comeau*, 2001 NBCA 113, 244 N.B.R. (2d) 201; and *Province of New Brunswick v. Stephen Moffett Ltd.*, 2008 NBCA 9, 326 N.B.R. (2d) 242; and *Townsend-Grant v. Grant*, 2011 NBCA 12, [2011] N.B.J. No. 33 (QL).

[116] This is not simply a deference case. We are required to go back to first principles and the legal framework set out in Rule 59 of the *Rules of Court*. As noted at the outset, the trial judge's costs award is the largest to have issued out of the Court Queen's Bench of New Brunswick. This case adds another layer of difficulty because it involves multiple and overlapping claims embracing a dollar amount that the drafters of the 1982 Tariff could not reasonably have envisaged. Moreover, the cost of legal services has increased dramatically over the last three decades, thereby rendering certain assumptions on which the Tariff was first predicated extremely dated. As well, the parties have cited jurisprudence which brings into issue whether awards of costs in New Brunswick are intended to provide the successful party with substantial indemnification. In one case, party-and-party costs equalled 80% of the lawyer's bill. By contrast, another case saw the successful party being awarded around 3% of the legal costs of defending the action. In each case, the successful litigant had spent millions. The discrepancy leads one to seek the conceptual difference between partial and substantial indemnification and, ultimately, to look at the purposes underscoring an award of party-and-party costs.

B. *The Purpose(s) of Awards of Costs*

[117] It is hornbook law that, absent special circumstances, the purpose of a costs award in a “loser pay” system is to provide the successful party with partial indemnification with respect to the lawyer’s fees incurred in either pursuing or defending an action or proceeding. What continues to baffle most is the level of indemnification that can balance two competing principles. A costs award should properly compensate the successful party and awards of costs should not deter plaintiffs from pursuing meritorious claims. When it comes to an award of party-and-party costs, the jurisprudence speaks generally of partial and substantial indemnification. The notion of full indemnification persists, but usually in the context of an award for solicitor-client costs which is based on reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, [1993] S.C.J. No. 112 (QL). Aside from the purpose of providing the successful party with indemnification, awards of costs have been used as a tool to influence the way in which the parties conduct themselves and to prevent abuse of the court’s process. Hence, for example, in Ontario, three other recognized purposes of awards of costs are to encourage settlement, to deter frivolous actions and defences, and to discourage unnecessary steps that unduly prolong the litigation: *1465778 Ontario Inc. v. 1122077 Ontario Ltd.*, [2006] O.J. No. 4248 (C.A.) (QL), at para. 26. More recently, the Ontario Court of Appeal has sought fit to hold that the overriding principle governing awards of costs is “reasonableness”, otherwise the result could be contrary to the fundamental objective of ensuring “access to justice”: *Davies v. Clarington (Municipality)*, 2009 ONCA 722, [2009] O.J. No. 4236 (QL). This approach should be compared to that in *Catalyst Paper Corp. v. Companhia de Navegacao Norsul*, 2009 BCCA 16, [2009] B.C.J. No. 52 (QL), where the British Columbia Court of Appeal summarized the recent trend in that jurisdiction to utilize the cost rules as a means of achieving a “winnowing” effect on the litigation process. See generally Mark M. Orkin, *The Law of Costs*, 2nd ed., Vol. 1, looseleaf (Toronto: Canada Law Book Inc., 2010) at pp. 2-1 *et seq.*

[118] In Ontario, the application of s. 131 of the *Courts of Justice Act* and Rule 57.01 of the *Rules of Civil Procedure* has resulted in the understanding that “partial indemnification” means 60% of the lawyer’s billed time. Apparently, the “substantial indemnity” rate is 1.5 times the “partial indemnity” rate which equals 90% of the lawyer’s billed time. The annotated *Rules of Court* refer to maximum hourly rates based on the lawyer’s experience and rates also for students-at-law and law clerks. Obviously, the matter of reasonable disbursements is dealt with separately. It is the trial judge who reviews the lawyer’s costs submission and the lawyer’s hourly account to determine whether it is reasonable in the circumstances. Nova Scotia, on the other hand, utilizes a Tariff system similar to ours when fixing costs. The Tariff focuses on the “amount involved” and provides for three scales, each with a percentage rate to be applied to amounts greater than \$1 million. At the same time, the Court of Appeal of that province has ruled that the purpose or goal of its costs system is to provide the successful party with “substantial indemnification”, which has been judicially defined to mean between two-thirds and three-quarters of the lawyer’s billed time or time spent: *Williamson v. Williams*, [1998] N.S.J. No. 498 (C.A.) (QL).

[119] The jurisprudence of this Province does not support the proposition that a costs award in New Brunswick is or was originally intended to provide the successful party with substantial indemnification. Those who have practiced law in the Province for the last thirty years can speak for themselves. One has to ask whether our 1982 Tariff bears any relationship to the realities of litigation costs today. To the extent the 1982 Tariff sets out party-and-party costs payable in actions involving \$1,000 to \$100,000, based on one of five scales, the Tariff is arguably reflective of a legal era long past and, therefore, is unresponsive to a party’s plea for fair and meaningful reimbursement for costs in successfully pursuing or defending an action. The Tariff’s other obvious short-fall is the lack of a logical relationship between the amount being claimed and the amount reasonably needed to pursue or defend a law suit. Such a relationship may have existed in 1982, but too much time has passed. This observation is reinforced once it is recognized that the Tariff contains a notation that costs on appeal shall be 40% of the costs awarded at trial. Understandably, the word “shall” is read in this Court as being directory, not

mandatory. But the inclusion of a 40% award in the Court of Appeal reinforces the notion that the drafters of the Rule did not envisage multi-million dollar commercial claims being regularly advanced in the courts. After all, who in 1982 would have predicted that in 2010, actions in the “Small Claims Court” would have a limit of \$30,000?

[120] Despite obvious shortcomings, the Tariff possesses an advantage that simply does not exist if the trial judge elects to make a lump sum costs award. The Tariff promotes certainty and predictability in the law by providing lawyers and clients with the ability to anticipate or calculate the potential magnitude of a costs award. This is true irrespective of whether there is a relationship between the amount involved and the costs prescribed under the Tariff. Let me explain. The modern jurisprudence will speak of the need to craft a costs award which is “fair and reasonable”. I assume this means that the award must be fair from the perspective of both parties in accordance with their reasonable expectations. Those reasonable expectations are informed by the Tariff. Both lawyers and litigants are provided with beacons surrounding the size of a potential costs award and to a certain degree are insulated from the possibility of an award which departs substantially from the expectations as outlined in the Tariff. After all, what lawyer or litigant wants a costs award predicated on the vague standard of “fair and reasonable”?

[121] Another practical advantage of the Tariff is that it forces the parties to evaluate the merits of each claim and to estimate fairly the amount of damages likely to be recovered. If the claim is not grounded in law, or the damages being claimed are inflated or assessed on wrong principles, the client runs the risk of having that figure being used to calculate the “amount involved”. Lawyers are also aware that awards of costs are frequently viewed as an appropriate deterrent to advancing questionable claims and a means for dealing with misguided conduct (missteps on the part of the lawyer). If the case is made more complex than necessary, the costs award will reflect that reality. The general goal is not to punish but to compensate the innocent party for the added expense. But I should also emphasize that the *Rules of Court* applicable to summary judgment and rulings on questions of law are also available: see *Lange v. Cannon*.

[122] The other advantage of our Tariff system is that it is not really as rigid as one thinks. The discretion built into Rule 59, for the benefit of trial judges to craft an award that responds to present day realities and the facts of the case, cannot be overlooked. For example, the authority to depart from the limits of the Tariff is an accepted feature of our jurisprudence. Indeed, the Tariff may be applied to provide the successful party with fair and reasonable compensation based on what the parties would have expected had they taken the time to review the Tariff and Rule 59. In short, the Tariff system based on an amount involved is not without its redeeming features.

[123] The essential feature of New Brunswick's Tariff, despite its outdated scales, is that it continues to ensure that access to justice remains the fundamental objective. The Tariff system has survived because it provides useful guidance to the lawyers, and correlatively the litigants, as to potential awards of costs. Frankly, large scale litigation of the kind presently before this Court is an exception to what is typically encountered in the Court of Queen's Bench. The Tariff system combined with Rule 59 offer sufficient flexibility to ensure that a costs award provides meaningful compensation to the successful party despite the Tariff's antiquity. The trial judge's right to exercise his or her discretion in a principled fashion is what makes the Tariff relevant today. It is for others to decide upon the extent of needed revisions.

C. *The Basic Framework – Rules 49 and 59 - Tariff “A”*

[124] Starting on the accepted premise that costs normally follow the event and acknowledging that success in this case was not divided, equally or otherwise, the fixing of party-and-party costs is subject to adjustment based on any offer to settle made prior to trial. Within this narrowed context, the framework for fixing costs in New Brunswick is governed generally by Rule 59 of the *Rules of Court*. Rule 59.01 provides that costs of a proceeding or a step in the proceeding remain at the discretion of the court. Pursuant to Rule 59.01(2)(a), the trial judge retains the discretion to order costs based on either a lump sum or in accordance with Tariff “A”. Rule 59.02 contains a list of 12 potential factors to be looked at when making a costs award generally. Rule 59.08 states that,

subject to Rule 59.01 and 59.02, the Court “shall” fix costs relating to fees for solicitors services in accordance with Tariff “A”. In other words, if you are dealing with a quantifiable claim, you start on the premise Tariff “A” will be used to fix costs. But this does not prevent the court from deciding to make a costs award based on a lump sum or, for example, to order costs on a solicitor-client basis. It depends on the circumstances of each case.

[125] Critical to the fixing of costs under the Tariff is the task of determining the “amount involved” in the litigation. Rule 59.09(1)(a) provides that where the main issue is a monetary claim which is allowed in whole or in part the amount involved is to be determined by reference to three criteria: (1) the amount allowed; (2) the complexity of the proceedings; and (3) the importance of the issues. Rule 59.09(1)(b) provides that where the main issue is a monetary claim which is dismissed the amount involved is an amount determined having regard to the following factors: (1) the amount of damages provisionally assessed; (2) the amount claimed; (3) the complexity of the proceeding; and (4) the importance of the issues.

[126] There may be cases where the trial judge makes no provisional assessment with respect to damages because the parties obtained an order under Rule 47.03 of the *Rules of Court* with respect to severance of liability and damages issues. The parties should also reflect on how costs will be determined if liability is not established. The option of making a lump sum award is available as was required in the well-known case of *Domenicantonio v. Finnigan* (1998), 84 N.B.R. (2d) 362, [1988] N.B.J. No. 103 (Q.B.) (QL). But this option is not without its difficulties (see discussion below). In commercial cases, it is instructive to look at the pleadings and the pre-trial submissions before looking at any concessions that may be made at trial that would have the effect of reducing or increasing the costs award. At the end of the day, the trial judge may have to address a basic but vital question: Realistically speaking, what was the plaintiff seeking in terms of compensation? That very question has to be addressed in the present case as the amount claimed vacillated over time.

[127] Consideration must also be given to the “complexity of the proceeding” as a criterion for fixing the amount involved. There are a number of ways in which to assess the complexity of the case. The law may be complex as when dealing with the tort liability of public authorities. The facts may be difficult as when dealing with scientific evidence and competing expert evidence. If you combine the two you may have a truly complex case and a lengthy trial: see *Adams v. Borrel et al.*, 2008 NBCA 62, 336 N.B.R. (2d) 223, where the trial lasted over 18 weeks. In general terms, complexity is measured in terms of the length of the trial and the evidential foundation needed to establish one or more claims. Obviously, a one day trial to establish the continuing validity of a \$1 million debt is not going to be characterized as “a complex case”. The present case was most certainly complex. However, the question as to whether one or both parties made the case unnecessarily complex is an entirely different matter. Normally, that kind of issue would be addressed when selecting the appropriate scale.

[128] The remaining factor set out in Rule 59.09(1)(b) is the “importance of the issues”. I read this criterion as applying to cases, for example, where the monetary issue may be relatively insignificant but the issues raised transcend the interests of the immediate parties and are of general importance in the law. The person who advances a valid constitutional argument to recover a relatively large amount of money may not be burdened with the same level of costs awarded in a civil proceeding because of the public importance of the case. I also look at the “importance of the issues” as a relevant factor when the trial judge is presented with a number of monetary claims, some of which can be disposed of handily and without adding an element of complexity or length to the trial. For example, the question of what constitutes reasonable notice in a wrongful dismissal suit is relatively straightforward. The legal framework is set down in the jurisprudence, the case law is self-evident and the trial judge makes what most regard to be a factual ruling. This is why many if not most reported wrongful dismissal cases in New Brunswick reveal no more than two or three days of trial. By contrast, there are cases where there are multiple monetary claims. Some are straightforward and not labour intensive because they are peripheral to the main claim. But if three-quarters of the trial is devoted to one issue, one should assume that the amount involved will be tied closely to

this claim. At the end of trial, the trial judge must reflect on one simple question: What were the issues that made the parties true adversaries and propelled them into costly litigation? Except for the fool and the deep pocket litigant, no one can afford to pursue litigation in which the monetary claim is less than the lawyer's expected bill.

[129] It is trite to acknowledge that the drafters of the 1982 Tariff could not have contemplated the possibility of multiple and overlapping claims based in both tort and contract law. The notion of concurrent liability in Canadian law was still in its gestational phase. From an examination of the 1970s and 1980s jurisprudence it is equally clear that the prospect of encountering litigation in which the claims reached \$30 to \$100 million was not within their contemplation. In the reasons that follow, I accept that at times the task of fixing the "amount involved" may be difficult and, at times, it may seem contrived. But I also believe it is far better for trial judges to adhere to the Tariff than to make lump sum awards of costs based on unarticulated criteria, that is to say, awards that are the product of scratchpad justice: a "guesstimation" of what might be fair and reasonable compensation to the successful litigant. A lump sum award cannot be the product of an unprincipled exercise of discretion. I will say more of this option below.

[130] The task of fixing costs under the Tariff does not end with a determination regarding the "amount involved". The court must then decide which of the five Scales should be used. Each scale provides for amounts involved ranging from a low of \$1,000 to a high of \$100,000. Scale 3 is identified as the "basic" scale. It is the scale which the drafters of Rule 59 "anticipated" would be selected in most cases. In the Practice Manual produced for lawyers at the time the 1982 *Rules of Court* were adopted, the drafters stated they expected that Scale 3 would be most often used and therefore the maximum percentage on the excess would be up to 3%. The Practice Manual goes on to pose a question: "In what circumstances would the Court move to a higher or lower scale." The answer includes reference to the "complexity of the proceeding" and the "manner in which the lawyers have conducted themselves, steps that have been taken to either increase or decrease the length of the trial." In that regard this Court held in *Liquid Carbonic Inc. v. Marché de Poisson du Quai Ltée, McGraw Fresh & Frozen Fish Ltd.*,

Thorne Riddell Inc. and National Bank of Canada (1985), 61 N.B.R. (2d) 395, [1985] N.B.J. No. 159 (C.A.) (QL), at paras. 14-15, that the factors of complexity and difficulty are to be considered both in fixing the amount involved and the appropriate scale. As noted earlier, a list of other potential factors that could influence a costs order is found in Rule 59.02. For example, Rule 59.02(e) states the court may look to the conduct of any party which “tended to shorten or unnecessarily lengthen the duration of the proceeding”.

[131] From a costs perspective, there is an obvious difference between a case which is complex and one which is unnecessarily complex. Complex cases invite the trial judge to move from Scale 3 of the Tariff to either Scale 4 or 5. Cases are not unnecessarily complex because a number of claims are pled, some of which rest on alternative grounds, or because the law is difficult. Cases which are unnecessarily complex are those in which a party has adopted a position or pursued a course of conduct that adds time and expense to the proceedings, but which fail to advance the interests of the party. I take for granted the legal proposition that the purpose underscoring a decision to increase a cost award because of a party’s missteps is to compensate the innocent party, not to penalize the guilty one. Admittedly, on occasion courts are tempted to increase a costs award based on the conduct of a party, or more often the party’s lawyer. However, judicial restraint or reflection is usually required for two reasons. The law provides for solicitor-client costs against those guilty of egregious or reprehensible conduct and Rule 59.13 of the *Rules of Court* provides for the personal liability of a solicitor.

[132] Some might argue that the difference between the costs awarded under each of the five Scales is more illusionary than real when the amount involved greatly exceeds \$100,000. Surely in cases involving multi-million dollar litigation, no one really cares whether the costs awarded on the first \$100,000 is \$7,375, as set down in Scale 3, or \$10,325 as prescribed under Scale 5. What remains of vital concern is the percentage rate to be applied to the amount exceeding the first \$100,000. For Scale 1 the percentage is “up to 1%”. In turn, an additional one percent is added to each succeeding scale. Hence, for Scale 5 the percentage is “up to 5%”. Despite the fact that the percentage is

described as a maximum, I have found only two cases in which the maximum was not applied. In *Fowler v. Crawford and Barton* (1991), 114 N.B.R. (2d) 181, [1991] N.B.J. No. 215 (Q.B.) (QL), the fixed percentage with respect to the excess amount was applied on a progressively decreasing basis. In *Guimond Estate v. Fiberglas Canada Inc.* (1999), 207 N.B.R. (2d) 355, [1999] N.B.J. No. 11 (Q.B.) (QL), affirmed in (1999), 221 N.B.R. 118, [1999] N.B.J. No. 525 (C.A.) (QL), the trial judge found the amount involved to be \$1.3 million and adopted Scale 5. However, he did not apply 5% to the excess amount over \$100,000. Instead, the trial judge adopted the rate of 2%. Aside from these two cases, the tendency is to fix the percentage rate in accordance with the maximum specified. But this reality is not meant to suggest that the discretion to use a lower percentage has been displaced in New Brunswick. As I stated at the outset, Rule 59 has built in a considerable degree of discretion for trial judges who are prepared to exercise that discretion in a principled fashion. Parenthetically, my reading of the Nova Scotia jurisprudence leads me to believe that the practice of applying the maximum percentage is widespread.

[133] One must also recognize the residual or overriding discretion of trial judges to adjust a costs award even though the award departs from the strict application of the Tariff. This residual discretion can be traced to Rule 59.01(2)(a) which states that nothing in the Rule shall be construed so as to interfere with the authority of the court to fix costs of a proceeding with or without reference to the Tariff. The decision of this Court in *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) v. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Co. and Frechette* illustrates this point. The case involved a wrongful death. The trial judge awarded the deceased's family \$278,000 which on appeal was varied to \$242,000. The maximum costs available under the Tariff (Scale 5 at 5%) would have been \$19,225. However, the trial judge awarded costs of \$25,000 without giving reasons within the following context. The trial involved three different but interrelated actions involving five parties and eight lawyers with respect to a trial that lasted 17 days and resulted in a 70-page trial decision. As this Court stated: "... having in mind the complexity of the case and the duration of the trial, the trial Judge properly exercised his discretion in awarding the costs he did" (para. 30). As to the trial judge's

failure to provide reasons for the decision to augment the costs award, this is how our Court responded: “While it is desirable that a trial judge state his reasons for [not applying the Tariff] I do not agree that in the exercise of his discretion in awarding costs a trial Judge must always state his reasons as to why and how the amount was reached” (para. 27). However, the context in which that statement was made is extremely important. There was no need for the trial judge to provide reasons for the decision to depart from the Tariff because the reasons were self-evident. In summary, not only does the trial judge retain the discretion to adopt the appropriate Scale and percentage rate to be applied to the excess amount, he or she retains the discretion to make an award that deviates from the strict application of the Tariff in order to respond to the exigencies of the case.

[134] Rule 59 of the *Rules of Court* is not the only Rule relevant to the court’s task of fixing costs. Rule 49 is applicable in cases where an offer to settle has been extended. Rule 49.09(1) provides that in cases where the plaintiff makes an offer to settle at least 10 days prior to trial, which is not accepted and not revoked, and the plaintiff obtains a judgment as favourable or more favourable than the offer to settle, then the plaintiff is entitled to 1.5 times the costs fixed pursuant to Rule 59.08(1). Rule 49.09(2) provides that in cases where a defendant makes an offer to settle, at least 10 days prior to trial, and the offer is not accepted or revoked, and the plaintiff fails to obtain a judgment more favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled only to party-and-party costs to the date of the offer to settle. Thereafter it is the defendant who is entitled to party-and-party costs. However, both sub-rules are subject to Rule 49.11 which provides that, notwithstanding the other provisions of Rule 49, the court in exercising its discretion as to costs may take into account any offer to settle made in writing, the date of the offer to settle and the terms thereof. In short, even if the offer to settle does not fit squarely within Rules 49.01(1) or (2), the court retains the discretion to decide whether a rejected offer to settle should have costs consequences. As will be explained below, it is not uncommon in this Province for a party to make an offer to settle that on its face is likely to be rejected. If that party is successful at trial, party-and-party costs are sought up to the date of the offer. Thereafter solicitor-client basis are sought on

the basis of jurisprudence crafted in Ontario. However, more recent jurisprudence from the Ontario Court of Appeal has reformulated the law such that egregious conduct is still required before an award of solicitor-client costs is available.

D. *Tariff “A” or Lump Sum – The Westinghouse Decision*

[135] In New Brunswick, the trial judge is normally faced with one of two options when awarding party-and-party costs in cases involving quantifiable claims. Either the Tariff is applied or a lump sum is awarded. The option of remitting the matter to a judicial officer for an assessment with respect to party and party costs under Rule 59.10 has never been pursued; it being understood that the Rule applies only to those proceedings identified in the *Rules of Court* which authorize the court to order an assessment (e.g. Rule 59.08(3)). The *Rules of Court* make no reference to assessment of costs in regard to lawyers’ fees pertaining to trial proceedings.

[136] One would think that in cases involving quantifiable claims where the damages issue has not been severed from the liability issue, the decision to apply the Tariff would be self-evident. This topic must be pursued as the appellants have relied on a recent Court of Queen’s Bench decision in which the trial judge bypassed the Tariff and made a lump sum award equal to a little over 3% of the \$3 million in legal fees incurred by the defendant in successfully defending a claim, valued at between \$12 and \$15 million. I shall come to this case shortly.

[137] There may be cases where the determination of the amount involved is too complicated or contrived because of the nature of the monetary claims or the interrelationship between monetary and non-monetary claims. There may be cases where the trial judge cannot determine the amount involved because the issue of damages was severed from the issue of liability. If that is the case and the trial judge elects not to apply the Tariff, the only alternative is to make a lump sum award. But this option is inherently problematic unless there is a rational basis for fixing the lump sum. What is the legal framework being applied by trial judges in New Brunswick when making a lump sum

costs award? If there is no framework or there are no general guidelines or precedents does this mean that the matter of costs is largely dependent on the judicial district in which the action is tried and the personal experience of the judge making the order?

[138] An enlightened form of scratchpad justice would see the trial judge scribbling on a post-it, adding up the number of discovery and trial days, doubling that figure based on the principle of one day of preparation for every day in court and then multiplying that figure by 10, which represents the presumed number of hours worked each day. The trial judge then multiplies that total by a guess at the lawyer's hourly rate and then taking a respectable percentage of the whole as representing fair and partial indemnification. A simpler approach would be to award, for example, \$2,000 for each trial day on the understanding this amount includes pre-trial work. Curiously, the "2004 Tariff" in force in Nova Scotia allows for three scales embracing "amounts involved" from under \$25,000 to \$1 million. Costs under all of the scales are to be augmented by \$2,000 for each trial day. As well, in that Province, lump sum awards are usually predicated on the Court being provided with an affidavit as to the legal fees (billed time or time spent plus hourly rate). The lump sum award is based on a percentage of the legal fees incurred and presumably is guided by the principle of providing the successful party with substantial indemnification.

[139] Jurisprudence from this Court supports the understanding that in some types of cases it may be more appropriate to make a lump sum award of costs rather than apply the tenets of Rule 59 and Tariff A. The first case is *Simms v. Simms*, [1996] N.B.J. No. 570(C.A.) (QL), where this Court cautioned against the use of the Tariff in determining costs in family matters: "Its use might often upset an otherwise delicate division of marital property." At issue in that case was the value of the husband's interest in a family business. The wife claimed a 25% interest. The trial judge awarded her a 15% interest. The trial judge awarded a lump sum costs award of \$17,500 with respect to a four day trial and an amount involved of \$707,000. This Court found the award reasonable. Had Scale 3 of the Tariff been applied, the costs award would have approached \$26,000. Had the Court applied *Daigle and Workers' Compensation Board*

(*N.B.*) *v. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Co. and Frechette*, the trial judge could have tentatively applied the Tariff and then adjusted the costs award based on his inherent discretion by referring to the fact that the case was not complex and the wife had not called expert evidence to challenge the valuation of the family business.

[140] More recently, this Court has restated the scope of the *Simms* ruling in *Rademaker v. Rademaker* 2002 NBCA 47, 251 N.B.R. (2d) 177, per Larlee J.A. referring to *Simms v. Simms*: “I agree that in cases involving family disputes regarding the custody and access of children and child and spousal maintenance orders awarding costs under Rule 59 may generally not be appropriate. However, in cases where division of property is at issue and an amount involved is easily determined, as in a civil case, then it is appropriate to apply the tariff under Rule 59” (para. 28) (see also *Townsend-Grant v. Grant*).

[141] This takes me to the appellants’ reliance on *NB Power v. Westinghouse*, 2010 NBQB 78, 359 N.B.R. (2d) 170, decided within a few weeks after the trial judge in the present case released his costs’ decision. The costs award in *Westinghouse* equaled approximately 3% of the legal costs incurred by the successful party. The trial judge declined to apply the Tariff and instead awarded a lump sum of \$80,000, plus \$20,000 with respect to a rejected offer to settle. I agree that *Westinghouse* supports a much lower costs award than the one crafted by our trial judge and, therefore, this decision cannot be avoided. The essential facts are too similar to those under review. I hasten to add that *Westinghouse* filed no appeal from the costs decision and the time for filing an appeal has long since passed.

[142] Between 1972 and 1975, NB Power purchased eight power transformers for approximately \$4 million from the manufacturer Westinghouse. Each of the sales contracts provided for a one-year warranty with respect to all defects and a limitation on liability. The warranties were negotiated at the time of the purchase. The transformers remained in service for some 15 to 25 years before one of the transformers began showing signs of overheating. Since all eight transformers shared a common design

feature, over time, NB Power spent \$12.5 million either repairing or replacing the defective products. In 1997, it sued Westinghouse in both contract and tort for the recovery of monies expended. In effect, NB Power was seeking a “forever warranty”. Although the trial judge concluded that Westinghouse was negligent in its design of the transformers and had breached its contract with NB Power by supplying defective transformers, the action was dismissed. Properly interpreted, the trial judge held that the “warranty” and “limitation of liability” clauses insulated Westinghouse from liability in both contract and tort and that the doctrine of fundamental breach did not alter the outcome. The trial judge awarded costs of \$35,000. The trial decision is reported as 2006 NBQB 370, 309 N.B.R. (2d) 299, and was affirmed on appeal to this Court, except with respect to the issue of costs: 2008 NBCA 70, 337 N.B.R. (2d) 138. Note: the recent Supreme Court of Canada decision of *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at para. 62, has laid to rest the ever-so-troublesome doctrine of fundamental breach.

[143] On appeal to this Court, the matter of costs in *Westinghouse* was remitted to the trial judge. She had forgotten that the parties were to be given the opportunity to make submissions with respect to this issue following the trial and before delivering her decision. As well, this Court noted that the trial judge had failed to give reasons for departing from the Tariff. On reconsideration the trial judge declined the invitation to adopt precedents from Nova Scotia that support the understanding that the successful party is entitled to “substantial indemnification”. The trial judge also decided not to apply our Tariff. She held she was not prepared to fix costs based on a “fictitious” amount involved. The award would be too high having regard to earlier New Brunswick precedents. Instead she awarded lump sum costs of \$80,000, plus \$20,000 with respect to the plaintiff’s rejection of a \$2 million offer to settle made two months prior to trial. Had the Tariff been applied in the manner outlined in these reasons, Westinghouse would have established a *prima facie* right to costs from over \$360,000 to \$450,000 under Scale 3 and costs ranging from \$600,000 to \$750,000 under Scale 5.

[144] The essential facts of *Westinghouse* are strikingly similar to those under consideration. In that case the plaintiff was claiming damages in the vicinity of \$12 to \$15 million. The case was hard fought. The litigation lasted nearly a decade and the trial itself lasted 29 days and involved much expert testimony concerning the design of power transformers. The defendant spent \$3 million in legal fees in successfully defending the action. Yet the trial judge initially awarded the defendant costs of \$35,000 and on further reflection or prodding lifted the award to \$80,000, plus \$20,000 in regard to a rejected offer to settle. As stated earlier, however, one would not expect the trial judge in *Westinghouse* to be aware of the ruling in *Spielo* given the release date of that decision.

[145] I agree with the judge in *Westinghouse* that it would be inconsistent with the jurisprudence of this Province to accept the proposition that costs are intended to provide substantial indemnification to the successful party. I shall deal with that proposition shortly. I also accept that some of our early jurisprudence suggests a restrained approach when it came to awarding costs, but it is equally true that the amount of damages involved in each was relatively modest when compared with the amounts being considered in similar fact cases: see *J.D. Irving Ltd. v. Mojan Ltee.* (1984), 52 N.B.R. (2d) 361, [1983] N.B.J. 386 (Q.B.) (QL); *Fowler v. Crawford and Barton*; and *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) v. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Co. and Frechette*. But, with great respect, I do not subscribe to the finding that the plaintiff's claim in *Westinghouse* of between \$12 and \$15 million was a fictitious amount involved. The reality is that NB Power was seeking at least \$12 million with respect to repairs and the purchase of replacement transformers. There was no valid reason for the trial judge not to have applied the Tariff and to adopt, as the starting point, an amount involved of between \$12 and \$15 million. She could have then tentatively adopted Scale 3 and the percentage rate of 3% in regard to the excess amount. At that point, arguments in support of a higher or lower percentage could have been entertained.

[146] There is one aspect of the costs decision in *Westinghouse* which requires comment. We are not told why costs of \$80,000 were awarded as opposed to the initial award of \$35,000. Accepting that the exercise of discretion must be on a principled basis,

how does one go about fixing costs without use of the Tariff? As stated earlier, trial judges who exercise their discretion not to apply the Tariff must continue to guard against the allegations of unprincipled discretion. In cases involving large scale litigation, the discretion not to apply the Tariff is an invitation to appellate review. In summary, and with great respect, the costs ruling in *Westinghouse* can no longer be considered good law. (*Quaere: Would Debly Construction Ltd. v. R.*, 2009 NBQB 105, 344 N.B.R. (2d) 275, have withstood appellate review? The defendant was successful in defending a \$2.3 million claim, after a weeklong trial, and was awarded costs of \$9,000).

[147] In conclusion, as well-worn as the legal framework set out in Rule 59 may be, it offers more to the litigants than the option of having the trial judge fix a lump sum payment based on unarticulated reasons or reasons that cannot be reasonably inferred from the circumstances of the case. The Tariff reminds lawyers of the need to evaluate persistently the potential consequences of litigation failure, and to inform their clients of the potential financial fallout of being declared an unsuccessful litigant in cases involving quantifiable claims. Trial judges who elect not to apply the Tariff in cases involving quantifiable claims must be able to deflect allegations of the exercise of unprincipled discretion. The use of affidavit evidence respecting the legal fees incurred by the successful party, as discussed below, is one way of avoiding such attacks.

E. *Partial or Substantial Indemnification? The Beaverbrook Art Gallery Decision*

[148] The question of whether the 1982 Tariff was intended to provide substantial indemnification has not been the subject of judicial comment in New Brunswick. Curiously, our 1982 Tariff was adopted in Nova Scotia in 1989 and remained in force in that Province until replaced by the “2004 Tariff”. As explained in *Landymore v. Hardy*, [1992] N.S.J. No. 79 (S.C.) (QL), the 1989 Tariff was adopted on the underlying principle that costs should represent substantial contribution towards the successful parties’ reasonable expenses. In *Williamson v. Williams*, *supra*, the Nova Scotia Court of Appeal suggested that a range for party-and-party costs between two-thirds and three-quarters of the lawyers’ bill with respect to time spent on the matter

would be compatible with the notion of “substantial”. The Court went on to observe that there had been considerable “slippage” since the adoption of the 1989 Tariff because of escalating legal fees, and that awards of costs representing a much lower ratio had become standard and accepted practice except in cases involving misconduct or special circumstances. The reason for the Court’s excursion into the law of costs is instructive. The plaintiff lost on the issue of liability at trial, but was successful on appeal, and the matter was remitted to the trial judge for an assessment with respect to damages. The trial judge had assessed damages at \$75,000 and awarded costs of \$8,500 under Scale 5. The plaintiff’s lawyer had “booked-time” equivalent to \$80,000 in fees through to the end of the first trial. The Court of Appeal increased the damages award to \$97,000. Costs under the Tariff, including costs on appeal, totalled \$14,000 which the Court held to be insufficient. The costs award was augmented by \$30,000.

[149] The extent to which the 1989 Tariff failed to reflect present day exigencies concerning the true cost of litigation in Nova Scotia was addressed by trial judges of that province. For example, in *Morash v. Burke*, 2007 NSSC 68, [2007] N.S.J. No. 95 (QL), the 1989 Tariff would have generated costs of \$9,200 applying Scale 3 and an amount involved of \$162,000 in circumstances where the successful party had incurred legal fees and disbursements of around \$60,000. The trial judge opted not to apply the Tariff. Instead he ordered a lump sum payment of \$22,500 in lieu of taxed costs under the Tariff, plus allowable disbursements (30% partial indemnification). The trial judge went on to note that had the revised 2004 Tariff applied, it would have produced a similar result which, in his view, reinforced the appropriateness of the lump sum award. As to the revised “2004 Tariff”, there are a few aspects worth noting. There are only three scales which deal with amounts from less than \$25,000 to \$1 million. If the amount involved is more than \$1 million, the “Basic Scale” (Scale 2) is derived by multiplying the amount involved by 6.5%. The length of the trial is an additional factor. For each day of trial, as determined by the trial judge, an additional \$2,000 is to be added to the Tariff award.

[150] The Nova Scotia jurisprudence has developed to the point that if it is felt the Tariff will not produce a result which is compatible with the principle of substantial

indemnity, the courts will not select an “artificial” amount involved in order to make the Tariff serve the principle. Therefore, when either the scale or reasonable approaches to the amount involved fail to produce a substantial indemnity, the court may exercise its discretion to make a lump sum award. To determine what an appropriate lump sum is, the court will have regard to the actual hourly billed fees facing the successful party, or the time expended by counsel. The courts, however, have avoided adopting percentages. As it is the court’s responsibility to assess the fairness and reasonableness of the effort expended, it is expected that counsel will outline the amount of time spent on the file and the total fees charged the client, preferably in the form of a short affidavit filed with the court. As Saunders J. (as he then was) stated in *Landymore v. Hardy*: “Only then will a judge be able to assess whether those expenses were “reasonable before going on to decide whether the costs to be awarded will in fact represent a significant contribution to such expenses” (para. 18). The pre-2004 Nova Scotia jurisprudence is conveniently collected and discussed in *Campbell v. Jones*, 2001 NSSC 139, [2001] N.S.J. No. 373 (QL), paras 54-69; rev’d on other grounds at 2002 NSCA 128, [2002] N.S.J. No. 450 (QL). See also *Morash v. Burke*, paras. 21-24, and *Bevis and Karela v. CTV Inc., Burns and Kelly*, 2004 NSSC 209, [2004] N.S.J. No. 454 (QL), para. 13.

[151] Until the present case, the largest reported costs award in New Brunswick was \$500,000. In *Khoury v. Khoury* (1994), 149 N.B.R. (2d) 1, [1994] N.B.J. No. 188 (Q.B.) (QL), each party to the divorce proceedings incurred legal fees of \$1.25 million. The trial lasted 12 weeks, there were 11 pre-trial motions and the defendant husband was found to have pursued the litigation with the object of winning at any cost. The trial judge applied Scale 5 of the Tariff and awarded costs of \$500,000 (40% indemnification) but without referring to an amount involved. The husband’s net worth was around \$8.5 million. The successful party received an equalization payment of \$532,000 and a lump sum of \$2.5 million. Despite the relative magnitude of the costs award, it does not approach the level of substantial indemnification contemplated in Nova Scotia (2/3 to 3/4).

[152] If one examines the 1980s jurisprudence in New Brunswick surrounding the application of the Tariff, one appreciates that the amounts involved were relatively small when compared to the type of large scale commercial litigation that is more frequently encountered today. In 1982 claims of \$100,000 to \$200,000 were considered “rich”. At best, the Tariff was looked upon as providing fair but not substantial compensation, but undoubtedly there are those who would even disagree with this benign statement. The one constant in all of this is that the Tariff was designed to ensure access to justice.

[153] While there is nothing in the post-1982 jurisprudence to support the belief that awards of costs in New Brunswick were intended to provide substantial compensation, there is one relatively recent decision rendered in this Province in which the costs award approached 80% of the successful party’s legal bill. The respondents, Spielo and Mr. Manship, were quick to draw this case to our attention. In *Beaverbrook Foundation v. Beaverbrook Art Gallery* (2007), 325 N.B.R. (2d) 72 (Arb.), the Hon. Peter Cory sat on a private arbitration in which the parties were disputing ownership of paintings valued at \$100 million. The Art Gallery was successful. With respect to costs, Arbitrator Cory rejected the claim for solicitor-client costs (\$6.2 million) and went on to accept that the New Brunswick Tariff should be applied. The amount involved was fixed at \$100 million, the value of the disputed paintings. Scale 5 was selected and the percentage rate to be applied to the excess amount was fixed at 5% without comment. Scale 5 was selected because of the factual complexity of the case. However, before reaching a final decision on the costs issue, Arbitrator Cory considered numerous competing considerations advanced by the respective parties for increasing or lowering the costs award. All things considered, he based his costs award on Scale 5 and 5% on the excess. This resulted in a costs award of \$4.9 million with respect to an arbitration that lasted 32 days. The award represented 80% of the successful party’s bill.

[154] I do not view the *Beaverbrook Art Gallery* case as supporting the proposition that New Brunswick’s Tariff was or is intended to provide the successful party with substantial indemnification. Indeed, the respondents, Spielo and Mr. Manship,

did not cite that case for that proposition. They simply want costs to be fixed in accordance with the Tariff, subject to an adjustment for the rejected offer to settle. In short, the Art Gallery was substantially indemnified, not because of a principle of law, but because of the mechanical application of the Tariff in circumstances where the accepted value of the paintings in question was \$100 million. While I agree with that submission, I cannot help but note the magnitude of the costs award in the *Beaverbrook Art Gallery* case and ask whether there comes a point where the monetary amount involved is so large as to make the Tariff totally unresponsive to the question of proper indemnification. For purposes of deciding this case, I need only state that the principle of substantial indemnification has never taken hold in New Brunswick. But this is not to suggest that such an award is not possible through the proper exercise of judicial discretion and the application of the Tariff. As stated several times, Rule 59.01 has been drafted in the broadest of terms to preserve the discretion of trial judges when it comes to the task of fixing costs, so long as that discretion is exercised in a principled manner.

F. *The Relevance of Affidavit Evidence Regarding Legal Fees*

[155] I question whether the trial judge would have awarded costs of \$838,000 without having some idea of the costs actually incurred in defending the lawsuit. I also question whether Arbitrator Cory would have awarded part-and-party costs of \$4.9 million had he not known that the Art Gallery had incurred legal expenses of \$6.1 million. Speaking for myself, I would have balked at awarding costs based on amount involved of \$14.8 million without having any idea of whether the Tariff provided Spielo and Mr. Manship with reasonable indemnification as measured against the legal principles governing awards of costs in New Brunswick.

[156] It seems axiomatic that in large scale commercial litigation, such as the *Westinghouse* and *Beaverbrook Art Gallery* decisions, the successful party is going to provide affidavit evidence respecting the actual legal costs incurred in pursuing or defending an action. The record before the trial judge and this Court includes affidavit evidence as to the total amount the lawyers had billed their respective clients, from the

commencement of the litigation to the filing of post-trial submissions. Most of the evidence was introduced because of the claim for solicitor-client costs, tied to the offer to settle. A small portion of the evidence came about as a result of a request of this Court under Rule 62.21(2)(c) and (3)(b), with the consent of the party to whom the request was made (Spielo). As well, ancillary motions were pursued in this Court in regard to the appellants' motions in this Court for stays of judgment with respect to enforcement of the judgment on the counterclaim and then the enforcement of the \$838,000 costs award. Those motions disclosed evidence relating to the appellants' indebtedness to their counsel (see [2009] N.B.J. No. 352 (QL) and [2010] N.B.J. No. 125 (QL)).

[157] It must be asked whether affidavit evidence of the actual cost of legal services, incurred by the successful litigant, is relevant to the application of the Tariff. After all, there has been no assessment as to the reasonableness of the lawyer's fees as evaluated by a disinterested third party. There are two additional problems as outlined in Orkin. Some litigants are able to afford what is described as a Cadillac level of service, while others will be guided by the services of the reasonably competent solicitor. As Orkin states: "It is incorrect to calibrate costs on the basis of litigiousness of the losing party or the depth of its pocket, or the ability of the successful party to pay for a Cadillac level of service... At the same time, the fact that one side in litigation is in a better financial position than the other side to call more experts or pay for more hours of preparation does not mean that such costs are necessarily recoverable from the losing side" (p. 2-8). An additional problem will arise in cases where a party retains counsel from another jurisdiction where the hourly cost of legal services is markedly different from those charged by counsel in this Province. In this Province a successful party's costs expectations must be molded by New Brunswick standards.

[158] In my view, in cases involving large scale litigation, the successful party has no option but to provide the trial judge with evidence of the cost of pursuing or defending the lawsuit (hourly rate(s) and time spent). It is an established principle of law that a costs award cannot be a source of profit to the successful litigant, as nearly happened in one Nova Scotia case: *Smith v. Michelin North America (Canada) Inc.*, 2008

NSCA 107, [2008] N.S.J. 508 (QL). The evidence may also be regarded as a reality check for those judges who view themselves as being too far removed from the daily practice of civil litigation in this Province. The evidence also confirms that a costs award in New Brunswick represents only partial indemnification. Access to justice remains the overarching principle.

[159] The successful party will want to avoid an affidavit that simply states the total amount of the legal bill. The immediate objective is to filter out those components which represent disbursements, some of which may not be recoverable. An affidavit which shows the number of hours spent, at various stages, and the lawyer's hourly rate offers more meaningful information. It should be apparent that I have made no mention of the relevance of the legal fees incurred by the unsuccessful party. In jurisdictions where the trial judge assesses the reasonableness of the lawyer's hourly rate and time spent, this evidence becomes relevant where the unsuccessful party questions the reasonableness of the successful party's legal expenditure by reference to what the unsuccessful party expended. There is jurisprudence on this point but it is not germane to the task at hand (see Orkin at 2-37).

[160] Ultimately, trial judges must attempt to provide the successful party with meaningful compensation. In cases where the Tariff is applied, it may still be necessary to offer affidavit evidence of legal fees incurred if only to eliminate the possibility of the successful party profiting from the costs award. In large scale commercial litigation with quantifiable claims, the need will be obvious. The same holds true in regard to large scale litigation where the Tariff is inapplicable. Correlatively, lump sums awards crafted in darkness are no longer permissible (*e.g.* the *Westinghouse* decision).

VII. The Costs Issue Addressed

A. *The Trial Judge's Cost Decision*

[161] The trial judge's reasons for decision on the issue of costs are as comprehensive as are his reasons for decision on the main action (see 2010 NBQB 39,

355 N.B.R. (2d) 316). I start with the respondent's request of the trial judge to provide them with party-and-party costs of \$1.87 million in circumstances where there was no allegation of egregious or flagrant conduct on the part of the appellants (conduct that would warrant solicitor-client costs). The respondents submitted that the amount involved was \$31.5 million and that party-and-party costs, based on Scale 5 and 5% on the excess amount, should be awarded from the date the action was commenced (December 9, 2003) up to the date the offer to settle was made (May 8, 2008). Thereafter, solicitor-client costs should be awarded up to the filing of post-trial submissions (February 25, 2009). With respect to the offer to settle, the respondents acknowledged that Rule 49.09 of the *Rules of Court* had no application, but instead relied on Rule 49.11 and jurisprudence from Ontario to the effect that a defendant who makes a substantial offer to settle, in circumstances where the plaintiff eventually recovers nothing, is entitled to party-and-party costs up to the date of the offer and, thereafter, solicitor-client costs: *S. & A. Strasser Ltd. v. Richmond Hill (Town)*, [1990] O.J. No. 2321 (C.A.) (QL); and *Scapillati v. A. Potvin Construction Ltd.*, [1999] O.J. No. 2187 (C.A.) (QL). However, the most recent decisions of the Ontario Court of Appeal have held that the earlier jurisprudence should be interpreted such that solicitor-client costs are only available after the date of the offer if reprehensible conduct is found: *Davies v. Clarington*, *supra*, at para. 40, and *St. Elizabeth Home Society v. Hamilton (City)*, 2010 ONCA 280, [2010] O.J. No. 1515 (QL), at para. 92.

[162] According to the respondents, the action lasted a total of 1906 days, 85% of which applied to the days leading up to the date of the offer to settle. The straight application of the Tariff would have resulted in an award of costs equal to \$1.6 million. The respondents sought 85% of that amount (\$1.3 million) and as well solicitor-client costs for the period May 8, 2008 to February 25, 2009. The actual legal costs incurred during this period were \$518,107.63. In sum, the respondents sought costs of \$1.87 million, plus provable disbursements.

[163] When it came to the hearing before the trial judge on the matter of costs, the appellants' understanding of the amount involved bore no resemblance to the amounts

claimed at first instance. They referred to the trial judge's \$4.6 million provisional assessment of damages and their claims for damages in the range of \$6.5 to \$10.2 million. The appellant's then argued that the amount involved should fall within this range, and that Scale 5 should be applied but with the percentage rate of 2% being applied to the excess amount. For the offer to settle, the appellants' argued that Rule 49.11 had no application and that the offer to settle was not "substantial". The offer amounted to only a small percentage of the claims being advanced. The appellants concluded their argument with the submission that having regard to the principle of access to justice, a costs award of \$200,000 was "fair".

[164] The trial judge's analysis begins with the respondents' rejected offer to settle. Curiously, the defendants' argued that Rule 49.09(2) of the *Rules of Court* did not apply to the facts at hand as the Rule applies only in cases where the plaintiff fails to obtain a more favourable judgment. In short, the defendants argued the Rule has no application where the plaintiff fails to recover any judgment and cited Mark M. Orkin, *The Law of Costs*, 2nd ed., Vol. 1, looseleaf (Toronto: Canada Law Book Inc., 2010) at pp. 2-177 to 2-179 to that effect. The trial judge accepted the defendants' argument and went on to consider the Ontario jurisprudence to the effect that a defendant who makes a substantial offer to settle, in circumstances where the plaintiff eventually recovers nothing, is entitled to party-and-party costs up to the date of the offer and, thereafter, solicitor-client costs. The trial judge rejected this option, principally for two reasons. First, the offer was made ten days before the commencement of the trial after the plaintiffs had expended "tremendous efforts" in preparation for trial. Second, the risk of "putting litigation beyond the reach of the loser" outweighed the need to "chastise" the plaintiffs. In the next breath, the trial judge ruled that there should be additional costs consequences because the appellants had made the case more complex than was necessary. Analogizing to Rule 49.09(1), the trial judge ruled that the defendants should be awarded party-and-party costs at the rate of 1.5 times the costs normally awarded after the making of the offer to settle. I shall come back to this point shortly.

[165] In determining the amount involved, the trial judge referred to his \$4.6 million provisional assessment of damages. To that amount he added \$10.2 million which was the amount the plaintiff's expert had placed on the value of the on-line division. The trial judge combined these two amounts and ruled that the amount involved equaled \$14.8 million. The trial judge went on to select the highest of the five scales set out in Tariff "A" (Scale 5) because of the "complexity" of the matters raised by the plaintiff, and to apply the percentage amount of 5% to the excess amount (\$14.8 million - \$100,000 = \$14.7 million x 5% = \$735,000 + \$10,325 on the first \$100,000 = \$745,325). Next the trial judge factored in an amount with respect to the offer to settle. The add-on was based on the assumption that the post-offer time spent on the case equaled 25% of the total time spent on the action, and that the appellants were entitled to one-half of one-quarter percent of the total costs attributable to this period. When calculated, this meant an additional \$93,165.62 had to be added to the Tariff award of \$745,325.

[166] In summary, with respect to the main action, the trial judge awarded costs of \$838,490.62, plus provable disbursements. On the counterclaim, Mr. Doucet was ordered to pay additional costs of \$17,825 based on an amount involved of \$250,000, using Scale 5 at 5% on the excess. Although the trial judge made no comment with respect to whether the costs award was joint and severable, the formal judgment entered shows each plaintiff to be responsible for one half of the costs only, save for the costs on the counterclaim.

B. *Application of Tariff "A" to Present Case*

[167] The appellants' first challenge to the trial judge's costs decision is in regard to the "amount involved". I agree that the path taken by the trial judge to arrive at an amount of \$14.8 million is problematic. But I am also of the view that part of the problem lies with the appellants. Their pre-trial and post-trial submissions lack consistency. For example, the first factor to be examined under Rule 59.09(1)(b) is the "amount claimed". Yet the amount claimed in the appellants' pre-trial submission inexplicably differs from that in its post-trial submission. Moreover, at the hearing on the

costs issue, the appellants urged the trial judge to accept that the total amount being claimed was \$6.5 million. That figure is not reconcilable with the appellants' earlier submissions. Hence, it is necessary to begin afresh by looking at the four claims and the amounts the appellants were seeking.

[168] In their pre-trial brief, the appellants refer to only three claims. The first claim is for \$5.5 million and is tied to the oppression remedy under the *Canada Business Corporations Act*. This claim is for the difference between what the appellants received for their Spielo shares, pursuant to the share subscription agreements, and what they would have received had they remained employees until the time GTECH acquired Spielo. The claim is premised on GTECH paying \$100 per share of Spielo. Eventually the trial judge fixed the value at \$80 per share. The second claim is founded on the alleged breach of a perceived per-contractual duty to bargain in good faith. That duty was supposedly breached when Mr. Manship unilaterally terminated negotiations for the sale of the on-line division. The amount claimed was \$10.2 million. This figure is taken from the revised value which the appellants' expert determined to be the value of the on-line division. Initially, that expert had fixed the value at \$16.1 million. The third claim was tied into the wrongful dismissal component of the lawsuit, which consisted of four sub-claims worth \$1.4 million.

[169] In their post-trial submission, the appellants quantify their claims under the four headings outlined in these reasons. The claim for negligent misrepresentation was also tied to the oppression remedy. The amount claimed was \$31.9 million (\$100 times the number of shares). The claim for breach of the good faith duty in regard to the negotiations for the purchase of the on-line division was pegged at \$12.5 million which is based on the difference between the purchase price (\$3.5 million) and the sale price which Mr. Manship had originally asked (\$16 million). With respect to the claim for wrongful dismissal, the dollar amount remained the same: \$1.4 million.

[170] In short, at the pre-trial stage the appellants were claiming around \$17.1 million in damages. Following trial, they claimed an additional \$31.9 million.

Admittedly, there would be some overlap between the \$5.5 million oppression claim and the \$31.9 million claim based on negligent misrepresentation because both applied to the shares held by Mr. Doucet until the time of his dismissal.

[171] In his costs decision, the trial judge does not look to the amount claimed but instead refers to the appellants' argument that he should use his provisional assessment of \$4.6 million as the starting point. The trial judge accepted this argument and then added \$10.2 million to arrive at the "amount involved". Regrettably, if one goes back to the section dealing with the provisional assessment of damages in the trial judge's reasons on the main action, there is no mention of a combined provisional assessment of \$4.6 million and no way of reasonably extrapolating that figure from the analysis (paras 305-319). In point of fact, the trial judge did state that, had the appellants succeeded on the issue of negligent misrepresentation, they would have been entitled to an amount less than the \$31.9 million claimed, as the trial judge rejected the appellants' per share value of \$100 and settled on a value of \$80. Therefore, the provisional assessment for this particular claim should have included an additional \$25.5 million. In the circumstances, and with great respect, I am unable to confirm the trial judge's determination as to the "amount involved" or his "provisional assessment" of damages.

[172] It seems to me that the only way of extracting ourselves from the present conundrum is to ask a fundamental question. What propelled Messrs. Doucet and Dauphinee to sue Spielo and Mr. Manship? To me the answer is obvious, once the essential facts are restated. Following their dismissal from Spielo, the two former employees took no legal action to vindicate any perceived injustice. No complaint appears to have been lodged with respect to the size of their severance packages, and Mr. Doucet took no immediate action with respect to Mr. Manship's alleged broken promise to be provided with 12.5% of Spielo's share issuance. From the date of their firing, September 3, 2002, until the announcement of the sale of Spielo to GTECH on September 15, 2003, Messrs. Doucet and Dauphinee stood silent. It is at that time they realized that what they had received for their shares was in fact far below fair market value. The loss was palpable: around \$5 million. They also believed that the reason for

termination of the sale negotiations had to be the sale of GTECH. Here the loss was around \$10 to \$12 million. The claims for wrongful dismissal and negligent misrepresentation are peripheral to the primary claims: the oppression claim based on the appellant's obligation to reconvey their shares to Spielo at net book value, and the claim based on the failed negotiations with respect to the sale of the on-line division. Together the value of those claims hovered around \$15 million. But what of the two peripheral claims? Should they not be factored into the amount involved? I turn now to that question.

[173] With respect to the \$1.4 million claim for wrongful dismissal, this claim turned mostly on the question of "reasonable notice". In relative terms the issue is straightforward and could not have contributed greatly to the complexity of the case. Most reported wrongful dismissal cases in this Province involve a trial of one to three days and turn on that very issue. Neither is the \$31.9 claim for negligent misrepresentation complex. Let me explain. The issue of negligent misrepresentation really involved a straightforward question. Did Mr. Manship make an oral promise to Mr. Doucet that he would receive a 12.5% stake in Spielo? The answer depends on documentary evidence that both parties were aware of from the outset and the trial judge's determination as to which of the parties' argument was more credible ("he said/I said"). In my view, this could not be reasonably said to have complicated the proceedings in the sense of adding substantial cost to the litigation. Had I been the trial judge I would have added an amount to take into account these two claims. The two primary claims were worth around \$15 million and the two peripheral claims could have been valued at, say, \$2 million. But I was not the trial judge. And the respondents have not sought an increase in the costs award. That is why I am prepared to accept the trial judge's determination that the "amount involved" equals \$14.8 million.

[174] Having settled on the amount involved, the next task is to decide which scale should be applied, and which percentage rate should be applied to the excess amount. Once the trial judge found the case to be "unnecessarily complex", he moved immediately from Scale 3, the basic scale, to Scale 5, and then applied the maximum of

5% to the excess amount involved. It should now be apparent that the true significance of the appropriate scale lies in the discretion to fix the percentage rate to be applied to the excess. In cases involving multimillion dollar litigation, no one really cares whether the costs awarded on the first \$100,000 is \$7,375, as set down in Scale 3, or \$10,325 as prescribed under Scale 5. What is of vital concern is the percentage rate to be applied to the excess amount: in this case \$14.7 million. If Scale 3 were chosen the rate can be up to 3% and if Scale 5 is chosen the rate can go to a high of 5%. This is the point where the appellants asked us to intervene and fix a lower percentage rate (2%).

[175] In cases where the litigation is obviously complex, it is common for the trial judge to jump to Scale 5 and to apply 5% to the excess amount. However, in cases in which there are allegations that a party contributed unnecessarily to the complexity of the case, the trial judge will be faced with an immediate conundrum: how to place a dollar figure on the perceived added costs of a party's misstep. The decision in *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) v. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Co. and Frechette*, discussed earlier, serves as a precedent. Of course, the other option is to begin with Scale 3, which is described as the "basic" scale. From there, the option of moving up or down the ladder is available, as the circumstances dictate. This is the option contemplated by the drafters of the 1982 Tariff. It is the one I am going to pursue in this case.

[176] The question I am left with is whether the trial judge erred in principle in moving immediately from Scale 3 to either Scale 4 or 5. In his costs decision, the trial judge does not explain in detail why the appellants presented an unnecessarily complex case. He refers to the testimony of three of the appellant's witnesses whose evidence added nothing to the case. He also questioned the appellants' decision to adduce expert evidence in regard to the fair market value of the on-line division, when the parties in "free and open negotiations" arrived at a value "totally encumbered by debt". This leaves me to believe the trial judge held the opinion that if the on-line division was encumbered by debt, equal to the agreed purchase price, the division had no value. Indeed, the trial judge alludes to this understanding on at least two other occasions in his decision on the

main action. Counsel was unresponsive to my inquiry regarding the trial judge's approach to establishing value. It may be that I have missed a critical fact and so I shall not dwell on this point.

[177] I am sympathetic to the trial judge's frustration with the unending and interrelated web of legal arguments which the appellants advanced and developed throughout the history of the litigation. The sheer volume of issues and alternative, sometimes tenuous, arguments based on wide ranging legal principles supported by hundreds of legal citations, only complicates the trial judge's adjudicative tasks. It also means additional work for the opposing party called upon to produce pre-trial and post-trial written submissions which reflect only the end product of countless hours of legal research and review of documentary evidence.

[178] The reality is that the appellants pursued the negligent misrepresentation claim based on a flawed misunderstanding of the law. I am willing to accept that this claim did not add unduly to the complexity of the case in the way the claim based on a non-existent pre-contractual duty to negotiate in good faith did. As explained earlier, even if the law recognized such a duty, the damages recoverable would not have approached the amount being claimed. There was no need for expert opinion as to the value of the on-line division because the law would not allow recovery with respect to a lost expectation interest. The reality is that both parties spent considerable time and money trying to establish, through expert evidence, the fair market value of part of an on-going business in circumstances where there was no need to do so. The respondents explained the legal flaws in the appellants' argument at the start of the litigation. Yet the appellants persisted. This misstep requires compensation and, hence, must be factored into the costs award.

[179] The appellants' challenge the trial judge's finding they were guilty of "missteps" that made the case unnecessarily complex. First, they counter with the argument that the respondents' lack of cooperation surrounding the production of documents prior to trial contributed significantly to the cost of the litigation. The second

alleged misstep is that the respondents failed to make a timely admission with respect to the miscalculation of the profitability of the on-line division (the \$4 million foreign exchange error). I shall deal with the second allegation first.

[180] With respect to the respondents' supposed failure to make a timely admission to the miscalculation, the appellants maintain the admission went to the "very heart" of the action. My response is curt: no it did not. When it came to giving reasons for the appellants' dismissal, the question was not whether the on-line division was actually profitable but whether Mr. Manship honestly believed that the on-line division was performing below expectations. The appellants also assume, and wrongly so, that if they could prove they were not fired because of the on-line division's poor financial performance the case for oppression had been made out. Not so. Mr. Manship may have fired the two employees because he no longer had confidence in their abilities to run the online division, and because he was willing to pay close to \$500,000 as compensation for their wrongful dismissal. Were that so, the appellants still had to show that the purpose or reason for their dismissal was to effect a forced redemption of their shares because of an impending sale of Spielo shares to a third party such as GTECH. The oppression remedy is available to redress opportunistic behaviour. Contract law provides a remedy for wrongful dismissal. When it came to the issue of valuing the on-line division, the question of understating the revenue of the on-line division was most certainly relevant, but the question went to the claim of damages with respect to a non-existent pre-contractual duty to negotiate in good faith. This leaves me to consider the appellants' argument based on the disclosure and production of documents.

[181] From the outset, the appellants complained bitterly and incessantly about the respondents' failure to honour their legal obligation to provide timely disclosure of relevant documents. The rhetoric of a frustrated litigant is found in the appellants' trial submissions where they speak of the respondents' concealment and spoliation of relevant documents. The reality is that the appellants embarked on litigation armed only with a thesis that Mr. Manship terminated their employment contracts and negotiations for the sale of the on-line division because of an impending sale of Spielo to a purchaser. In

time, the thesis developed into a conspiracy theory in which Mr. Manship, with the assistance of Ms. Hicks, conceived a plan as early as 2000 to sell Spielo to a third party and to gather in its outstanding shares and reap the capital gain that would otherwise have accrued to each shareholder. The fact that no other employee/shareholder of Spielo was forced to redeem their shares was conveniently overlooked. In pursuit of that thesis, the appellants went on what can only be described as one of the grandest fishing expeditions. How this state of affairs arose requires explanation.

[182] Between 2005 and 2008, the appellants brought four motions for further production of documents and for relief from the respondents' alleged failure to produce what the appellants considered to be relevant documentation. A significant portion of the documents first sought related to the financial performance of the on-line division and the accounting treatment accorded the foreign exchange factor. The first motion was resolved without court adjudication. The respondents agreed to provide all relevant documents. The second motion for disclosure and discovery was brought in June of 2006. The motions judge concluded that the respondents had failed to meet all of their disclosure obligations and ordered what I can only describe as the production of massive amounts of information (see 2006 NBQB 249, Schedule "A", 300 N.B.R. (2d) 169). In the motions judge's formal order (outside Schedule "A") is buried a provision with immense significance. He ordered the defendants to provide access to Spielo's computer system, including the archives of the system.

[183] A year later, the appellants brought a motion to strike the respondents statement of defence on the ground they failed to comply with the earlier production order (see 2007 NBQB 245, 319 N.B.R. (2d) 14). The appellants still lacked the information needed to establish their thesis. The motion record itself contained 2,600 pages. The motion decision reveals that, in fact, the respondents had provided the appellants with 498 banker's boxes of documents. The respondents had advised the appellants that 330 of those boxes had been inspected in 2004. There were over 15,000 documents contained in these boxes. The appellants spent eight days inspecting the documents. But the respondents had yet to comply with the order requiring access to the

computer system, including the back-up files, containing deleted emails which are transferred to back-up tapes every six months. Spielo also acknowledged that the documents could be retrieved, but that the cost would be significant (upwards of \$40,000). The motions judge ordered further and extensive compliance with the earlier production order, including the obligation to access the back-up tapes, together with an order for production of a further and better Affidavit of Documents. However, she deferred consideration of argument dealing with the question of whether the Statement of Defence should be struck.

[184] With leave, that part of the motion decision dealing with the production of documents was unsuccessfully appealed to this Court. All but one of the grounds of appeal related to the matter of access to the computer system and the back-up files. Spielo argued that there are relatively few Canadian authorities that address a party's obligation to produce electronically stored documents, and that the original production order should have been fashioned in such manner as to balance the obligations of the parties by reference to factors such as cost, delay and the relevance of the documents. This Court held those issues should have been raised by way of an appeal with respect to the original production order. At the same time, the Court acknowledged that the existing rules of practice may be inadequate to resolve complex issues arising out of the discovery of electronically stored information (see 2007 NBCA 85, [2007] N.B.J. No. 510 (C.A.) (QL)).

[185] Within a month of this Court rendering its judgment, but before issuing its reasons for decision, the parties were back before the same motion judge to deal with the other part of the motion: the motion to strike the respondents' Statement of Defence (see 2008 NBQB 37, [2008] N.B.J. No. 27 (QL)). This time the parties added another 1306 pages to the original motion record of 2600 pages. We now learn that Spielo expended between \$10,000 and \$15,000 to retrieve the electronically stored documents on the back-up tapes. We also learn that there were 427 back-up tapes for which meaningful access was provided. The motions judge concluded that no further order concerning disclosure should be granted. But the appellants still did not have the documentation they needed to

support their thesis. Hence, they argued that the respondents had failed to meet their disclosure obligations and the only reasonable inference is that the defendants had hidden or destroyed prejudicial evidence, and that striking the defence would be proportionate to the respondents' "intentional and blatant misconduct". The appellants went on to ask for solicitor-client costs from the commencement of the lawsuit to the day of the motion hearing because of the "defendants' contempt of court, spoliation and abuse of process". The motions judge held the trial judge would be in a better position to assess the conduct of the parties throughout the proceedings. The motions judge denied the motion to strike, but ordered the respondents to pay costs of \$20,000 because of insufficient compliance and reluctance to comply with the original production order. She also commented that "...the defendants did not exercise the degree of care and caution that is expected from a party in order to meet their disclosure obligations. This has added to the complexity of these proceedings" (para. 19). The motion judge qualified her criticism by saying that cross-examination at trial may shed more light on this issue of deliberate non-disclosure.

[186] There is not a scintilla of evidence on the record before us to support the allegation of deliberate non-disclosure. More importantly, nowhere in his comprehensive reasons for decision does the trial judge advert to or rule that the respondents' were guilty of deliberate non-disclosure of documents. Instead, it is the trial judge who repeatedly holds that the appellants were the ones who made the case unnecessarily complex. Armed with hindsight, I have great sympathy for the predicament the respondents found themselves in once the original order for production issued. That order effectively allowed the appellants to pursue what is nothing less than an extended fishing expedition. It is one matter to troll the still waters of the Petitcodiac with a runabout and quite another to be given permission to bring in a trawler with drag nets. Indeed, the production of over 498 banker's boxes containing over 15,000 documents, together with massive amounts of electronic information stored on 427 back-up computer tapes, proved to be overwhelming and costly to all sides. Yet, the appellants included only 608 documents in their Exhibit Books and relied on only 230 of those documents at trial.

[187] There are two questions which the reported motion decisions do not address and which I believe were pivotal to the issue of document production. First, what evidence did the appellants' possess which supported their thesis that their dismissal from employment and termination of negotiations for the purchase of the on-line division were motivated by a potential sale of Spielo to a third party such as GTECH? Second, what evidence did the appellants possess to support the allegation that the respondents were hiding documents? I could find no answers to those questions. With the record before me, I am left to infer the appellants were pursuing a hunch and developing a thesis based on conjecture, and then turned the conjecture into a conspiracy theory when the necessary documentation to support their thesis failed to materialize. The defamatory pleas of deliberate non-disclosure and spoliation propelled motion judges to grant broad orders for production. But the pleas proved to be unfounded. It is the appellants who failed to find the smoking gun and it is the appellants who gambled they would be able to find sufficient evidence to support their thesis. They failed and must pay the costs consequences.

[188] In conclusion, the trial judge's decision to fix the amount involved at \$14.8 million can be justified; the same holds true with respect to his decision to move from Scale 3 to Scale 5 and to apply 5% to the excess amount. Hence, the decision to award the respondents costs of \$745,325, plus reasonable disbursements, must stand. This leaves us to consider the effect of the respondents' offer to settle.

C. *The Impact of the \$1 Million Offer to Settle*

[189] The final issue is whether the appellants' failure to accept the respondents' \$1 million offer to settle should be reflected in an enhanced costs award. I have already referred to the Ontario jurisprudence which now precludes the granting of solicitor-client after the date of the rejected offer to settle unless reprehensible or egregious conduct on the part of the unsuccessful litigant can be established. No one has suggested that the appellants' misguided efforts to establish their claims falls within that category. This

leads one to identify the principles to be applied when the rejected offer is one which does not fall squarely within Rule 49.09 of the *Rules of Court*.

[190] Frankly, the parties spent little time on this issue and so I am going to restrict my analysis to one consideration. Generally, the offer to settle must contain an element of “compromise”. This element seeks to bring about an end to the litigation (see Orkin at 2-191). In the present case, not only did the offer fail to cover the appellants’ legal fees to date, the offer was not substantial having regard to the size of the monetary claims, realistically assessed, and that warranted adjudication. Putting aside the appellants’ puffed-up claim of \$31.9 million and the \$12 million claim based on a non-existent pre-contractual duty to bargain in good faith duty, the claim under the oppression remedy warranted adjudication. It involved a claim for approximately \$5 million and there was some evidence to support it. In short, it was not frivolous. To this amount could be added the \$ 1.4 million claim tied to the lost employment. In my view, these facts lead me to believe that the \$1 million offer to settle lacked substance.

[191] It goes without saying that a defendant who offers the plaintiff twenty cents on the dollar 10 days prior to trial is going to be accused of extending a nuisance offer with a view to preserving the right to seek greater costs if successful at trial. In the present case, however, the respondents’ lawyers continually drew to the appellants’ attention the legal precariousness of a number of the appellant’s claims. They thought and still believe the entire action was frivolous. As a matter of principle, however, the respondents were not prepared to make an offer that supported the inference of liability with respect to those claims which warranted consideration. Hence, the rejected offer should not have informed the decision to increase the costs award. For these reasons, the trial judge’s costs award should be varied by deducting the so-called premium of \$93,165.62.

VIII. Disposition

[192] I would allow the appeal in part. The appeal on the main action should be dismissed. The appeal on the counterclaim should be allowed and a new trial ordered, before a different judge. The costs order on the counterclaim should be set aside. The costs order made at trial on the main action should be varied from \$838,490.62 to \$745,325, plus reasonable disbursements. As the respondents were largely successful on the appeal, they are entitled to costs which I would fix at \$7,500. The matter of costs on two motions in this Court, heard prior to the present appeal, was left for our consideration. The \$7,500 costs award embraces the costs of those motions.

TABLE DES MATIÈRES

	<u>Paragraphe</u>
I. <u>Résumé</u>	1
II. <u>Le cadre général – les questions qui ne sont pas en litige</u>	
A. <i>Aperçu général des faits</i>	20
B. <i>Les demandes pour assertion négligente et inexacte</i>	24
C. <i>La prétendue obligation préalable au contrat de négociateur de bonne foi</i>	29
D. <i>Une dernière observation – le jugement sommaire</i>	39
III. <u>La question de l'abus des droits</u>	40
IV. <u>Le congédiement injustifié – les questions ressortissant aux indemnités de départ</u>	64
V. <u>La demande reconventionnelle – le motif obtenu subséquemment – M. Doucet</u>	
A. <i>Le cadre juridique</i>	74
B. <i>Les allégations concernant Dovico</i>	92
C. <i>L'allégation de pot-de-vin</i>	101
VI. <u>Le régime d'octroi des dépens au Nouveau-Brunswick</u>	
A. <i>Introduction : la déférence</i>	115
B. <i>Objet(s) de l'octroi de dépens</i>	117
C. <i>Le régime de base – Règles 49 et 59, tarif A</i>	124
D. <i>Tarif A ou somme forfaitaire – Le jugement Westinghouse</i>	135
E. <i>Indemnisation partielle ou substantielle? La décision rendue dans Beaverbrook Art Gallery</i>	148
F. <i>Pertinence d'une preuve par affidavit relative aux honoraires d'avocat</i>	155
VII. <u>Examen de la question des dépens</u>	
D. <i>La décision du juge du procès en matière de dépens</i>	161
E. <i>Application du tarif A en l'espèce</i>	167
F. <i>Effet de l'offre de règlement amiable d'un million de dollars</i>	189
VIII. <u>Dispositif</u>	192

LE JUGE ROBERTSON

I. Résumé

[1] Quatorze décisions publiées jonchent le sentier qui mène au présent appel. Notre Cour est aujourd'hui saisie de trois d'entre elles. Les questions juridiques et factuelles sous-jacentes étaient variées tout comme l'étaient les demandes d'indemnisation qui s'établissaient à plus de 30 millions de dollars. Ces demandes ont toutes été rejetées et la partie qui a eu gain de cause s'est vue attribuer des dépens entre parties de 838 490,62 \$. Le résumé qui suit expose les faits essentiels, les conclusions du juge du procès, les questions soulevées en appel ainsi que mes conclusions, lesquelles sont toutes inextricablement liées aux trois décisions du juge du procès qui s'étendent sur quelque deux cents pages.

[2] En 2002, les appelants, Yves Doucet et Peter Dauphinee ont engagé des négociations officielles avec l'intimé, Jon Manship, en vue de l'achat de la « Online Division » de l'intimée Spielo Manufacturing Corporation. Spielo œuvre dans le domaine de la conception et de la fabrication d'appareils de jeux de hasard et son chiffre d'affaire annuel dépasse 500 millions de dollars. Elle a son siège à Moncton, au Nouveau-Brunswick. En 2002, M. Manship était le président et actionnaire majoritaire (90 %) de Spielo. M. Doucet et M. Dauphinee étaient des employés. Collectivement, ils étaient propriétaires de moins de 2 % des actions en circulation de la société, actions qu'ils avaient achetées dans le cadre d'un programme d'options d'achat d'actions et conformément à des conventions de souscription d'actions. M. Doucet était le vice-président responsable de la Online Division. M. Dauphinee, qui est avocat, travaillait sous la supervision de M. Doucet. Bien que l'on se fût entendu sur le prix de vente de la Online Division, les négociations ont abruptement pris fin le 29 août 2002. Le 3 septembre 2002, les deux hommes ont été congédiés sans motif valable. Dans les lettres

leur signifiant leur congédiement immédiat, on invoquait comme motif de renvoi le [TRADUCTION] « désir [de Spielo] de réorganiser » la Online Division.

[3] M. Doucet a reçu une indemnité de départ de 250 000 \$ au titre d'un préavis de douze mois pour dix années de service. M. Dauphinee a reçu 69 000 \$ au titre d'un préavis de six mois pour sept années de service. Conformément au programme d'options d'achat d'actions et aux conventions d'achat d'actions, les ex-employés étaient tenus, par contrat, de rétrocéder leurs actions à Spielo à la [TRADUCTION] « valeur comptable nette ». Cette obligation prenait naissance que la cessation d'emploi ait eu lieu avec ou sans motif valable. M. Doucet a reçu 250 000 \$ pour des actions qui avaient coûté 44 117 \$. M. Dauphinee a reçu 83 000 \$ pour des actions qui avaient coûté 6 500 \$.

[4] Le 15 septembre 2003, soit douze mois après que MM. Doucet et Dauphinee eurent été congédiés, M. Manship a annoncé que Spielo était sur le point d'être vendue à un tiers (GTECH) pour une somme pouvant aller jusqu'à 185 millions de dollars (US) ou 225 millions de dollars (CAN). Un contrat en bonne et due forme a été signé le 7 novembre 2003. Le transfert des actions a eu lieu le 30 avril 2004. Si les deux hommes étaient demeurés des employés de Spielo, ils auraient collectivement reçu 5 millions de dollars (CAN) de plus pour leurs actions.

[5] Trois mois après l'annonce de la vente imminente de Spielo à GTECH, MM. Doucet et Dauphinee ont poursuivi Spielo et M. Manship en invoquant la violation de diverses obligations juridiques dont certaines se chevauchaient. Les allégations étaient liées à quatre demandes d'une valeur de 30 à 40 millions de dollars :

(1) La demande la plus importante était une demande pour « assertion négligente et inexacte » fondée sur le fait que M. Manship devait remettre à M. Doucet 12,5 % des actions émises de Spielo. Compte tenu d'une valeur que l'on prétendait être de 100 \$ (CAN) l'action, cette demande s'établissait à elle seule à 31,9 millions de dollars. Les deux demandeurs ont également prétendu qu'il y avait eu assertions inexactes du fait qu'on leur avait fait valoir que leurs actions leur seraient payées à leur juste valeur

marchande. Une prétention accessoire d'enrichissement injustifié a été formulée.

(2) La deuxième demande en importance concernait la cessation abrupte des négociations en vue de la vente de la Online Division. Les deux demandeurs ont prétendu que la décision unilatérale de renoncer à cette vente a constitué un manquement à l'obligation préalable au contrat de négociateur de bonne foi. Des dommages-intérêts s'établissant entre 10,2 et 12,5 millions de dollars ont été sollicités (savoir la différence entre le prix d'achat et la juste valeur marchande de la Online Division).

(3) La troisième plus importante demande se rapportait au recours pour abus de droits prévu au par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44. Les demandeurs ont prétendu que les moyens qu'avait choisis M. Manship pour racheter leurs actions à un prix inférieur à leur juste valeur marchande et son recours aux conditions strictes des conventions de souscription d'actions constituaient une conduite abusive au sens de cette disposition législative. Ils ont prétendu avoir droit à une indemnité de plus de 5 millions de dollars (soit la différence entre ce qu'ils ont reçu en échange de leurs actions et ce que celles-ci valaient réellement sur le marché). Les deux demandeurs ont également prétendu que l'aliénation forcée de leurs actions a donné lieu à l'enrichissement injustifié de Spielo (ou de M. Manship). Cette prétention fait double emploi avec la première dans la mesure où les 12,5% en question comprenaient les actions déjà détenues par M. Doucet.

(4) La demande la moins élevée se rapportait à la partie de l'action qui ressortissait au congédiement injustifié. On a prétendu que les indemnités de départ étaient substantiellement insuffisantes, vu l'absence d'un « préavis raisonnable ». Les demandeurs ont également prétendu que certaines primes versées avant leur congédiement étaient substantiellement insuffisantes. Ensemble, ces demandes secondaires totalisaient 1,4 million de dollars.

[6] Quatre ans après avoir déposé sa défense dans l'action et quatre mois avant le procès, Spielo a obtenu le droit de modifier sa défense et de former une demande reconventionnelle contre M. Doucet. Dans cette demande reconventionnelle, elle invoque

un [TRADUCTION] « motif obtenu subséquemment » de congédiement et demande le remboursement des indemnités de départ versées à M. Doucet, plus les intérêts. Parce qu'ils avaient récemment retrouvé des courriels dans l'ordinateur qu'utilisait M. Doucet pour le travail, et avaient pu consulter son calendrier électronique, les intimés ont prétendu que pendant qu'il occupait un poste à temps plein à Spielo, M. Doucet a joué un rôle actif dans la gestion de sa propre compagnie (Dovico) et a eu recours à d'autres employés et d'autres ressources de Spielo pour servir les intérêts de Dovico (les « allégations concernant Dovico »). Le deuxième motif de congédiement obtenu subséquemment a été évoqué pour la première fois lors du contre-interrogatoire de M. Doucet au procès. Neuf jours après le début du procès, M. Doucet a été confronté à une allégation voulant qu'en mai 2000, il ait mis un fournisseur (Nanoptix) de la Online Division en demeure de [TRADUCTION] « payer » et ait en fait obtenu un [TRADUCTION] « pot-de-vin » de 64 584 \$.

[7] Le litige a occupé les parties et leurs avocats pendant presque sept ans. Sur les quatorze décisions publiées qui ont découlé de la poursuite, trois des décisions interlocutoires publiées traitent de l'épineuse question qu'est la production des documents. Une a été portée en appel devant notre Cour. Chose certaine, la production de plus de quatre cent quatre-vingt-dix-huit boîtes-classeurs, contenant plus de quinze mille documents, ainsi que du contenu de quatre cent vingt-sept bandes de sauvegarde de données informatiques a été onéreuse pour les deux parties. La recherche de documents était essentiellement mue par le besoin qu'avaient les demandeurs de prouver que M. Manship avait résilié les contrats de travail et mis fin aux négociations préalables au contrat parce qu'il avait trouvé ou recherchait activement une personne qui achèterait Spielo à un prix par action considérablement majoré. En somme, MM. Doucet et Dauphinee ont vu beaucoup de fumée mais il leur fallait absolument trouver la source du feu.

[8] Les interrogatoires préalables ont été longs. Le procès lui-même a duré vingt-six jours. Le juge du procès a rejeté toutes les demandes d'indemnité de MM. Doucet et Dauphinee (voir 2009 NBBR 196, 352 R.N.-B. (2^e) 1). Il n'y avait eu

aucun feu, aucune assertion inexacte, aucune obligation préalable au contrat de négociier de bonne foi, aucune conduite qui avait abusé des droits des demandeurs et, donc, aucun enrichissement injustifié. Toutefois, la demande reconventionnelle formée contre M. Doucet a été accueillie sur le fondement des deux moyens invoqués. Il s'en est suivi qu'il a été condamné à rembourser l'indemnité de départ de 252 000 \$, plus des intérêts calculés au taux de 7 % par année de septembre 2002 à juillet 2009, ainsi qu'à des dépens entre parties de 17 000 \$. Pour ce qui concerne les dépens afférents à l'action principale, le juge du procès a eu recours au Tarif « A » de la règle 59 des *Règles de procédure* et a estimé que le « montant-clé » était de 14,8 millions de dollars. Il a ensuite accordé le montant maximal autorisé en vertu de ce tarif (échelle 5 : 10 325 \$ pour la première tranche de 100 000 \$ et 5 % sur l'excédent). Finalement, le juge du procès a ajouté 93 165,62 \$ aux dépens accordés, soit en considération du fait que les demandeurs avaient refusé l'offre de règlement amiable de 1 million de dollars des défendeurs, soit parce qu'ils avaient rendu l'affaire plus complexe que cela était nécessaire, ou pour ces deux raisons. Au total, les défendeurs ont obtenus des dépens de 838 490,62 \$ plus les débours raisonnables (voir 2010 NBBR 39, 355 R.N.-B. (2^e) 316). Ce sont là les dépens les plus importants à avoir jamais été accordés par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. Les avocats des demandeurs, maintenant les appelants, avaient facturé 1,92 million de dollars (TVH non comprise) à leurs clients. Les avocats des défendeurs, maintenant les intimés, avaient facturé 1,97 million de dollars (TVH comprise) à leurs clients.

[9] On en n'a pas appelé des conclusions du juge du procès en ce qui concerne les prétentions voulant qu'il y ait eu négociation de mauvaise foi, assertion négligente et inexacte et enrichissement injustifié. Néanmoins, les deux premières questions demeurent pertinentes parce qu'elles nous permettent de mieux saisir la « complexité » du litige, facteur dont la pertinence est cruciale pour ce qui concerne la question des dépens. La demande fondée sur l'enrichissement injustifié est sans importance. En ce qui concerne les autres demandes d'indemnisation, les appelants ont soulevé plus de trente erreurs de fait et de droit de la part du juge du procès. J'en ai réduit la liste en les regroupant sous quatre catégories :

(1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de conclure que l'achat des actions des appelants par les intimés avait constitué un abus de droits au sens du par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* ?

(2) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant d'indemniser entièrement les appelants pour la perte de leur emploi ?

(3) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en concluant que les intimés avait établi l'existence d'un motif obtenu subséquemment de congédier M. Doucet et en condamnant ce dernier au remboursement de l'indemnité de départ, plus les intérêts, ainsi qu'aux dépens ? En résumé, le juge du procès a-t-il commis une erreur en faisant droit à la demande reconventionnelle des intimés ?

(4) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en adjugeant des dépens de 838 490,62 \$ au titre de l'action principale ?

[10]

Bien que l'on ne m'ait pas convaincu que le juge du procès a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision pour avoir rejeté la prétention voulant qu'il y ait eu « abus des droits » au sens du par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*, je ne souscris pas, en toute déférence, à son raisonnement. Je n'accepte pas la proposition lapidaire voulant que le recours pour abus ne soit pas possible si la conduite contestée est sanctionnée par les clauses explicites d'un contrat (le contrat de travail et la convention d'achat d'actions). Cet énoncé ne tient aucun compte du principe qui veut qu'aucune des parties à un contrat n'ait le droit d'agir par opportunisme ou par vengeance. Même les principes qui sous-tendent la doctrine de la bonne foi en droit des obligations contractuelles appuient cette dernière proposition. Le critère qui régit l'abus au sens de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* exige que le décideur constate l'existence d'« attentes raisonnables » et décide si les actes de la société ou de son âme dirigeante ont frustré ces attentes. À strictement parler, les appelants, à titre d'actionnaires minoritaires, avait une attente raisonnable selon laquelle ils ne seraient pas forcés de vendre leurs actions par suite de l'exercice insidieux du droit de l'employeur de mettre fin à leur emploi, avec ou sans motif valable, dans l'unique but de récolter le gain en capital qui leur serait par ailleurs accru. Par conséquent, l'employeur qui se sert

d'échelles comptables pour mettre en balance le profit qu'il pourrait tirer du rachat forcé des actions d'un employé et les dommages-intérêts à payer pour congédiement injustifié et décide qu'il est avantageux, sur le plan financier, de congédier l'employé, devrait être tenu de répondre d'un plaidoyer d'abus de droits ou de mauvaise foi. La cupidité est un motif qui n'a pas encore été reconnu officiellement comme composante acceptable du droit des sociétés.

[11] Si l'on reconnaît le bien-fondé des postulats énoncés ci-dessus, les conclusions de fait exhaustives qu'a tirées le juge du procès ont définitivement écarté toute allégation d'abus de droits fondée sur la décision de Spielo de mettre fin à l'emploi des appelants et d'exercer son droit, d'origine contractuelle, de racheter leurs actions à un prix inférieur à leur juste valeur marchande. Le juge du procès a conclu que le congédiement des appelants n'avait pas eu lieu dans le but de les priver du gain en capital substantiel qu'ils étaient susceptibles de réaliser. Au moment des congédiements, il n'y avait aucune négociation en cours en vue de la vente de Spielo. En fait, c'est seulement après la cessation d'emploi des appelants et après que Spielo eut réussi à conclure à New York d'importants contrats sans rapport avec les travaux de la Online Division (en juin 2003) qu'il a commencé à être question de GTECH. De plus, le juge a conclu que le congédiement des appelants avait été motivé par des considérations commerciales légitimes : le rendement au travail et la rentabilité de la Online Division. On avait mis fin aux négociations en vue de la vente de la Online Division en raison du refus de M. Doucet de fournir une garantie personnelle au titre de certaines obligations permanentes dans le cadre de la vente envisagée et non pas parce que M. Manship avait trouvé un acheteur pour Spielo. Il n'a pas été établi que l'une ou l'autre des conclusions du juge du procès était entachée d'une erreur manifeste et dominante.

[12] En ce qui concerne la prétention selon laquelle les indemnités de départ ne comprenaient pas les sommes légalement exigibles, je ne vois aucune erreur justifiant l'infirmité de la décision. La décision du juge du procès de décliner l'invitation qui lui était faite d'accroître la durée de préavis raisonnable et de la porter à vingt-quatre mois n'est pas viciée par une erreur, non plus que sa conclusion voulant que les appelants aient

omis de limiter les dommages découlant de la perte de leur emploi. La même chose est vraie en ce qui concerne la prétendue insuffisance des primes qui leur ont été versées avant leur congédiement.

[13] Je conclus que les arguments des appelants concernant la demande reconventionnelle sont bien fondés. Bien que la notion de [TRADUCTION] « motif [de congédiement] obtenu subséquemment » constitue pour les employeurs un moyen de défense valable dans le cadre d'une poursuite pour congédiement injustifié, ce moyen de défense est limité par le paragraphe 30(2) de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.N.-B. 1982, ch. E-7.2. Cette disposition déroge à la common law en obligeant les employeurs à donner aux employés des motifs écrits s'ils sont licenciés pour un motif valable. Malgré les changements apportés à la common law, un employeur peut encore, au Nouveau-Brunswick, invoquer le concept de [TRADUCTION] « motif obtenu subséquemment » si deux conditions sont remplies : (1) au moment du congédiement, l'employeur n'était pas au courant de l'inconduite antérieure et (2) l'inconduite, pour peu qu'elle eût été connue, aurait justifié un congédiement sommaire. Conformément à ce postulat, je conclus qu'il y a une différence fondamentale entre un motif de congédiement fondé sur des inconduites discrètes qui ont été cachées à l'employeur, ou qui ne pouvaient être découvertes dans le cours normal de la relation de travail, et des actes qui se rapportent au rendement au travail et qui, si l'on avait fait preuve de la diligence requise, auraient été connus de quiconque aurait pris le temps d'observer ce qui se passait sur le lieu de travail. Par-dessus tout, le droit ne devrait pas encourager les employeurs à jouer le rôle d'archéologues de l'emploi, en fouillant dans les vestiges des antécédents professionnels d'un employé dans l'espoir d'exhumer des motifs de congédiement là où on ne pensait en trouver aucun. L'eurêka que pousse l'employeur devrait tomber en dehors de la zone d'audibilité des juges qui sont branchés sur la chaîne de la juste suspicion.

[14] En toute déférence, la conclusion du juge du procès relativement aux allégations concernant Dovico n'est pas conforme à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *McKinley c. BC Tel*, 2001 CSC 38, 2001 A.C.S. n° 40 (QL). De

plus, cette conclusion est trop étroitement liée à la conclusion concernant l'allégation de pot-de-vin ou est trop influencée par celle-ci. Ce que nous savons, c'est que les allégations concernant Dovico étaient fondées sur quarante-huit courriels envoyés ou reçus par M. Doucet au cours des dix-neuf mois qui ont précédé son congédiement ainsi que sur une copie de son calendrier électronique. Ces renseignements ont été retrouvés quatre ans après l'introduction de l'action. Il va sans dire que c'est le genre de situation qui fait peur aux employés qui utilisent les ordinateurs de leur employeur, pendant les heures de travail, pour s'occuper de choses qui ne font pas partie des activités d'entreprise de leur employeur. Nous savons également que Dovico n'est pas une concurrente de Spielo et d'ailleurs, M. Manship a déjà été membre du conseil d'administration de Dovico, quoique brièvement. Le rôle que jouait M. Doucet au sein de Dovico, à titre de président de cette société, était bien connu de la direction de Spielo et du milieu des affaires dans son ensemble. Il ne semble donc y avoir aucun élément participant du dol ni de conflit d'intérêts imputable à une participation à une entreprise concurrente et pourtant, le juge du procès s'est inexplicablement appuyé sur des précédents dans lesquels l'employé congédié avait participé à une entreprise concurrente. Les éléments de preuve établissant que M. Doucet s'est servi des employés de Spielo pour du travail de Dovico semblent plutôt minces (trois courriels). Toutefois, même si M. Manship ne pouvait raisonnablement connaître toute l'ampleur de la participation de M. Doucet à Dovico, et même si ce dernier avait franchi la limite qui sépare la gestion passive de la gestion active de Dovico, personne n'a pris la peine de se demander si ce manquement justifiait un congédiement immédiat. Le droit exige inévitablement que l'employeur prenne des mesures moins sévères et plus efficaces pour remédier au manquement de l'employé avant de recourir à l'ultime sanction qu'est le congédiement. Toutes ces questions auraient dû être examinées. L'omission de le faire constitue une erreur justifiant l'infirmité de la décision. Puisque notre Cour n'est pas en mesure de tirer les conclusions de fait nécessaires, l'affaire doit être renvoyée en vue de sa réinstruction à moins que la décision du juge du procès sur les allégations de pot-de-vin puisse être confirmée.

[15] En ce qui concerne la conclusion de motif de congédiement obtenu subséquemment fondée sur l'allégation de pot-de-vin, ce moyen n'a été ni plaidé ni évoqué dans les plaidoiries modifiées. Il a été soulevé pour la première fois, au procès, pendant le contre-interrogatoire de M. Doucet. Pourtant, le juge du procès a refusé de permettre à M. Doucet de présenter une [TRADUCTION] « contre-preuve » après que les défendeurs intimés eurent appelé leurs témoins et clos leur preuve (voir 2008 NBBR 422, 340 R.N.-B. (2^e) 145). Le juge du procès a tiré cette conclusion pour la raison que ces derniers avaient respecté la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* (1894), 6 R. 67 (Ch. des lords). Je suis respectueusement d'avis qu'un défendeur ne saurait établir sa demande reconventionnelle par l'application de cette règle. Bien que le refus d'autoriser la contre-preuve ait entraîné le rejet de cette moitié de la demande reconventionnelle, le refus du juge du procès d'autoriser M. Doucet à interroger la personne même qui avait formulé l'allégation de pot-de-vin relativement à un document qui aurait, prétendait-on, réfuté cette allégation constitue aussi une erreur justifiant l'infirmité de la décision, malgré le fait que le document en question n'était pas mentionné dans l'affidavit des documents des appelants. La justification invoquée par le juge du procès, savoir le [TRADUCTION] « piège pendant le procès », est vide de sens dès lors que le chasseur devient tout à coup la proie. L'instinct de riposte ne devrait pas être étouffé par des références au manuel sur la sécurité à la chasse. La réparation appropriée consiste à ordonner la tenue d'un nouveau procès en ce qui concerne la demande reconventionnelle dans son ensemble.

[16] L'attribution de dépens fondée sur un « montant-clé » prévu par un régime de tarification est en soi problématique. Il n'y a pas de rapport immédiat ou évident entre le montant sollicité et les frais engagés soit pour faire instruire l'action soit pour présenter une défense dans l'action. La présente instance présente une difficulté encore plus grande parce qu'elle comporte des demandes multiples qui se chevauchent et qui visent une somme que les rédacteurs du Tarif de 1982 n'auraient pas raisonnablement pu envisager. Bien entendu, le coût des services juridiques a augmenté considérablement au cours des trois dernières décennies de sorte que les hypothèses sur lesquelles le tarif reposait au départ commencent à dater. Si le tarif reste pertinent aujourd'hui, c'est en raison du

pouvoir discrétionnaire résiduel que la règle 59 des *Règles de procédure* confère au juge du procès de faire les rajustements nécessaires. Pris isolément, le tarif continue de servir de balise pour ceux et celles que préoccupent les conséquences financières que doit supporter la partie qui est déclarée perdante, et de protection contre l'attribution, en guise de dépens, de sommes forfaitaires qui sont le produit d'une justice pratiquée au « bloc-notes ».

[17] La présente instance reconstitue le cadre analytique énoncé à la règle 59 aux fins de déterminer le « montant-clé » et explique la démarche qui, selon ce qu'avaient prévu les rédacteurs du Tarif de 1982, serait suivie lorsqu'un tribunal s'écarterait de l'échelle « de base » (l'échelle 3). Toutefois, ce n'est pas tant l'échelle qui a une importance cruciale pour l'attribution des dépens mais bien le pourcentage appliqué au montant qui excède la première tranche de 100 000 \$. Il va sans dire que la différence entre 1 % et 5 % est immense lorsque le montant-clé atteint les millions de dollars. La jurisprudence citée devant la Cour nous oblige à réfléchir aux objets qui sous-tendent l'attribution des dépens, à la différence entre une indemnisation partielle et une indemnisation substantielle et à la façon dont notre tarif peut permettre à la partie qui a gain de cause d'obtenir un dédommagement significatif sans compromettre l'objectif principal qui consiste à assurer [TRADUCTION] l'« accès à la justice ». Dans les instances se rapportant à des litiges de grande envergure, une preuve par affidavit faisant état des honoraires d'avocats réels (heures facturées ou temps consacré au dossier et taux horaire) est inévitable.

[18] Je conclus que la décision du juge du procès de fixer le « montant-clé » à 14,8 millions de dollars est justifiable malgré le fait que ce montant ne comprenne pas deux des demandes pécuniaires formulées au procès. Je souscris également à sa décision d'accorder des dépens sur la base de l'échelle 5 et d'appliquer 5 % à l'excédent. J'estime qu'il y a des raisons valables de passer de l'échelle 3 à l'échelle 5 et d'appliquer le pourcentage maximal. Deux des demandes que les appelants ont avancées reposaient sur un fondement juridique précaire. L'une d'entre elles a inutilement compliqué l'affaire en prolongeant d'une façon abusive la durée de l'instance (obligation préalable au contrat de

négociier de bonne foi). L'obstination des appelants à obtenir des documents étayant leur thèse juridique, savoir que les décisions de mettre fin à leur emploi ainsi qu'aux négociations en vue de l'achat de la Online Division ont été motivées par une vente imminente à un tiers tel que GTECH, s'est révélée encore plus coûteuse pour les deux parties. Sept années de persistance ont donné lieu à la production de plus de quinze mille documents, plus le contenu de quatre cent vingt-sept bandes de sauvegarde de données informatiques, et pourtant, les appelants ont continué à lancer des accusations selon lesquelles les intimés cachaient des documents pertinents et cruciaux. D'après le dossier qui a été déposé devant notre Cour, ces accusations étaient fondées sur des conjectures et se sont finalement révélées sans fondement.

[19] Je suis disposé à confirmer la décision du juge du procès d'accorder des dépens entre parties de 745 325 \$, plus les débours raisonnables. Toutefois, je ne souscris pas à sa décision de majorer les dépens accordés de la somme de 93 165,62 \$, parce que les appelants avaient rejeté l'offre de règlement amiable des intimés ou parce que les appelants avaient inutilement accru le degré de complexité de l'affaire. Malgré les premières apparences, l'offre n'était pas « substantielle » et la question de la complexité a déjà été examinée. Il s'ensuit qu'il y a lieu de modifier en conséquence l'ordonnance qu'a rendue le juge du procès quant aux dépens. Le fait que le nouveau montant des dépens s'établisse à environ 40 % de la note de l'avocat est conforme avec le principe qui veut qu'au Nouveau-Brunswick, l'attribution de dépens n'a pas pour but de permettre à la partie qui a gain de cause d'obtenir une indemnisation substantielle. L'accès à la justice demeure l'objectif primordial.

II. Le cadre général et les questions qui ne sont pas en litige

A. *Aperçu général des faits*

[20] Spielo et M. Manship sont l'exemple parfait d'une entreprise commerciale réussie. Après avoir été technicien en entretien et en réparation d'appareils de jeux payants pendant presque dix ans, M. Manship a transformé une simple possibilité

d'affaires en une entreprise de conception et de fabrication qui allait finalement être vendue au prix de 185 millions de dollars (US), le tout en une période de douze ans et avec un investissement initial de 200 000 \$ fourni par un groupe d'investisseurs de la région, dont M. Doucet faisait partie.

[21] L'histoire commence à l'époque où M. Manship travaillait comme technicien en entretien et en réparation dans le secteur de l'exploitation des appareils de jeux payants, à Moncton, emploi qu'il a occupé de 1977 à 1986. En 1986, il a démarré une entreprise individuelle et a communiqué avec CADMI Microelectronics/Microélectronique Inc., une firme d'ingénierie spécialisée en recherche et en développement associée à l'Université de Moncton, afin qu'elle travaille à un système de conversion de la monnaie et à une étude de faisabilité technique en vue de la construction d'un appareil de jeux de hasard. Avec le temps, M. Doucet s'est élevé au poste de [TRADUCTION] « président » de CADMI. En 1988, M. Manship a assisté à un salon professionnel à Las Vegas et a appris l'existence du South Dakota Video Lottery Program. Une fois rentré chez lui, il s'est réuni avec un groupe d'exploitants d'appareils de jeux payants afin qu'ils discutent de la possibilité de mettre sur pied un programme du même genre au Nouveau-Brunswick. En 1989, la New Brunswick Coin Machine Operators Association a été constituée et une proposition a été présentée à la Commission des loteries du Nouveau-Brunswick. M. Manship était le responsable de la technologie au sein de l'Association. Lorsqu'il est devenu manifeste que le système de loterie serait accepté, M. Manship a quitté l'Association et a commencé à se consacrer à temps plein à la construction d'un terminal de loterie vidéo (TLV). En juin 1990, M. Manship a constitué Spielo aux fins de la fabrication et de la commercialisation de TLV. À ce moment-là, il était propriétaire de la totalité des actions émises de Spielo.

[22] Pour réaliser ses objectifs globaux, Spielo avait besoin d'un apport de capitaux. En novembre 1990, Spielo et M. Manship ont passé avec une société à dénomination numérique une convention d'investissement aux termes de laquelle cette dernière se portait acquéresse de 50 pour cent des actions de Spielo au prix de 250 \$ tout en consentant un prêt aux actionnaires de 200 000 \$. Moyennant un apport de 50 000 \$,

M. Doucet a acheté un quart de la société à numéro (ce qui correspondait à 12,5 % des actions de Spielo). Par l'intermédiaire de la société à numéro, les parties ont également passé une convention d'actionnaires aux termes de laquelle M. Manship était en droit de racheter les actions de Spielo à leur juste valeur marchande. En 1993, M. Doucet a commencé à travailler pour Spielo. En juillet 1994, soit un an plus tôt que prévu, M. Manship a exercé son option de rachat de la totalité des actions de Spielo avec le consentement des investisseurs. Ceux-ci ont reçu, au total, 3,5 millions de dollars en plus des 200 000 \$ qu'ils avaient avancés à titre de prêt aux actionnaires. Aux termes d'une [TRADUCTION] « formule de libération et de décharge » datée du 28 octobre 1994, M. Doucet a renoncé à toute demande qu'il pouvait faire valoir contre M. Manship et Spielo à titre d'investisseur, de créancier ou d'actionnaire de Spielo. Cette décharge a par la suite été modifiée afin qu'elle dispose que le document ne constituait pas une renonciation aux [TRADUCTION] « droits ou protections, quels qu'ils soient » dont M. Doucet pouvait jouir à titre d'employé de Spielo. Plus tard, M. Doucet a prétendu que cette modification a été acceptée afin de protéger son droit de revendiquer 12,5 % des actions de Spielo. M. Manship a dit que cette modification a été apportée afin qu'il soit précisé que les droits dont jouissait M. Doucet à titre d'employé n'étaient pas touchés (par exemple, les droits prévus par la convention d'achat d'actions). Le juge du procès a accepté l'explication de M. Manship, laquelle est conforme à la réalité commerciale et au bon sens. Cette explication est compatible avec le fait que M. Doucet a reçu une indemnité d'environ 850 000 \$, plus le remboursement de son investissement initial de 50 000 \$.

[23] À la fin de 1994, M. Manship a décidé de mettre en réserve 15 % des actions de Spielo afin que certains employés puissent les acheter. M. Doucet était un des employés à qui l'on a donné la possibilité de souscrire des actions de Spielo. Conformément à la convention de souscription d'actions datée du 31 janvier 1995, M. Doucet a acheté 44 117 actions au prix de 4 411,70 \$ (soit 0,10 \$ l'action). Pendant les négociations en vue de la vente de la Online Division qui ont eu lieu en 2002, M. Doucet a, à maintes reprises, affirmé dans sa correspondance que son droit aux actions de Spielo était régi par la convention de souscription d'actions (c'est-à-dire que

ses actions lui seraient payées à leur valeur comptable nette). En juin 1995, M. Dauphinee a pris un emploi à Spielo à titre de conseiller juridique responsable de la technologie de l'information au sein de l'entreprise et a finalement travaillé sous la supervision de M. Doucet. M. Dauphinee s'est vu lui aussi offrir la possibilité d'acheter des actions de Spielo, ce qu'il a fait conformément à une convention de souscription d'actions. M. Dauphinee s'est porté acquéreur de 14 706 actions au prix de 0,44 \$ l'action pour un total de 6 470,64 \$. Il importe de savoir que M. Doucet et M. Dauphinee ont signé une convention de souscription d'actions qui comportait une clause portant que Spielo [TRADUCTION] « n'a fait aucune assertion ou promesse ni pris aucun engagement, que ce soit oralement ou par écrit ». Après la cessation de leur emploi, M. Doucet a reçu 250 584,56 \$ en paiement de ses actions (5,68 \$ l'action selon leur valeur comptable nette) et M. Dauphinee a reçu 83 530,08 \$. Au bout du compte, le juge du procès a conclu que GTECH avait payé 80 \$ (CAN) chacune des actions de Spielo.

B. Les demandes pour assertion négligente et inexacte

[24] Au procès, M. Doucet a prétendu que M. Manship avait [TRADUCTION] « fait une assertion négligente et inexacte » selon laquelle il lui remettrait 12,5 % des actions de Spielo et que M. Manship avait fait croire faussement à M. Doucet et à M. Dauphinee qu'ils recevraient éventuellement la juste valeur marchande de toutes leurs actions de Spielo. Les deux ex-employés ont soutenu que les assertions de M. Manship étaient fausses, inexactes ou trompeuses. M. Doucet n'a pas reçu 12,5 % des actions de Spielo et ni M. Doucet ni M. Dauphinee n'ont reçu la juste valeur marchande de leurs actions. En ce qui concerne la prétention de M. Doucet à 12,5 % des actions émises de Spielo, M. Doucet a prétendu que M. Manship lui avait affirmé qu'il, M. Doucet, recevrait ce pourcentage des actions de Spielo pour avoir convaincu les personnes qui avaient initialement investi dans la société à numéro de revendre leurs actions de Spielo à M. Manship. Le pourcentage de 12,5 % était fondé sur le principe que puisque M. Doucet avait détenu un quart de la société à numéro, ce quart correspondait à 12,5 % du capital-actions de Spielo au moment de l'investissement. M. Doucet a reconnu que les actions dont il s'est porté acquéreur aux termes de la convention de souscription d'actions

devaient être incluses dans ces 12,5 %. M. Doucet a également invoqué la créance désavantageuse en s'appuyant sur le fait qu'il n'avait pas cherché à devenir propriétaire d'autres compagnies, qu'il avait convaincu les investisseurs de vendre leurs actions et avait vendu les siennes, qu'il avait travaillé avec diligence à accroître la valeur de Spielo, et qu'il avait engagé des frais considérables en vue de l'achat de la Online Division mais que ses actions de Spielo ne lui avaient pas été payées à leur pleine valeur. M. Dauphinee a invoqué la créance désavantageuse pour les motifs suivants : il avait accepté un emploi à Spielo, avait déménagé sa famille à Moncton et, ayant participé aux négociations en vue de l'achat de la Online Division, avait refusé une offre lui proposant un emploi lucratif à Vancouver ainsi que la qualité d'associé, dans un avenir très proche, avant de déménager d'Ottawa à Moncton (M^e Dauphinee avait dix ans d'expérience comme avocat avant de prendre son emploi à Spielo).

[25] Les deux ex-employés ont prétendu qu'ils n'étaient pas liés par les conventions de souscription d'actions. Corrélativement, M. Doucet a prétendu qu'il n'était pas lié par la décharge qu'il avait signée en 1994 relativement à l'investissement sous forme de prêt de 200 000 \$ qu'il avait effectué par l'intermédiaire de la société à numéro, parce qu'ils n'avaient pas voulu que les décharges ou les conventions de souscription viennent limiter leur droit d'engager des poursuites pour assertion négligente et inexacte (d'ailleurs, ces contrats ne limitent ni n'écartent non plus expressément la responsabilité civile délictuelle). Bref, les deux hommes ont engagé une action en responsabilité délictuelle plutôt qu'en responsabilité contractuelle afin de se soustraire au libellé clair de la décharge et des conventions de souscription. Je reviendrai sur cette interprétation du droit sous peu.

[26] La décision du juge du procès sur les questions ressortissant à l'« assertion négligente et inexacte » est complète et elle n'a pas été contestée en appel. Voici ce qu'il avait à dire :

[TRADUCTION]

Le demandeur Doucet a déclaré que M. Manship avait pris envers lui l'engagement qu'il détiendrait 12,5 % du

capital-actions de Spielo. Encore une fois, je ne trouve aucune preuve étayant cette allégation et je conclus donc qu'il n'existait aucune entente à cet effet. On penserait en effet qu'avec le temps, M. Doucet aurait rédigé une lettre, un courriel ou quelque chose qui aurait fait état de cette entente. Or, le demandeur ne m'a indiqué aucun document de ce genre. Cela étant dit, il est clair pour moi qu'il y avait des discussions indiquant que M. Doucet aurait aimé que les clauses de la convention de souscription soient modifiées pour que la valeur comptable nette soit remplacée par quelque chose d'autre, mais rien de concret n'est sorti de ces discussions et la convention de souscription est restée en vigueur à toutes les époques pertinentes.

La preuve me donne également la conviction que M. Doucet et M. Dauphinee étaient tous deux au courant des clauses de la convention de souscription d'actions qui prévoyaient que les actions devaient être rachetées à leur valeur comptable nette. Il existe une preuve écrite montrant que M. Doucet craignait que s'il venait à décéder alors qu'il était encore actionnaire/employé, sa veuve n'obtiendrait que la valeur comptable nette de ses actions. Toutefois, lors de la mise au point d'une lettre d'intention concernant l'acquisition de l'OLD [Online Division], M. Doucet, et par inférence raisonnable M. Dauphinee, à titre de membre de l'équipe de négociation, ont clairement indiqué que la convention de souscription d'actions devait être conservée et qu'ils recevraient donc la valeur comptable nette pour leurs actions.

[...]

J'ai déjà parlé de l'allégation de M. Doucet selon laquelle il a reçu de M. Manship l'engagement qu'il acquerrait un bloc de 12,5 % du capital-actions de Spielo. J'ai énormément de mal à accepter cette thèse compte tenu du manque de preuve et des problèmes associés à la crédibilité de M. Doucet. Je n'accepte donc pas que le nombre d'actions que M. Doucet devait recevoir a fait l'objet d'une assertion négligente et inexacte ou d'une fausse déclaration quelconque. Le contrat, la convention de souscription d'actions est on ne peut plus clair quant au nombre d'actions détenues par M. Doucet. [Par. 174, 175 et 235.]

[27] En somme, le juge du procès a mis en balance la preuve documentaire non ambiguë et le témoignage de vive voix de M. Doucet et de M. Dauphinee pour conclure que M. Manship n'avait fait aucune assertion selon laquelle M. Doucet recevrait 12,5 % du capital-actions de Spielo ou selon laquelle les deux ex-employés obtiendraient la juste valeur marchande de leurs actions plutôt que leur valeur comptable nette. Toutefois, les arguments ressortissant à l'assertion négligente et inexacte étaient voués à l'échec dès le départ. Je m'explique.

[28] Il n'y a pas, en l'espèce, d'assertion négligente et inexacte susceptible d'action parce que les allégations formulées ne comportent aucun élément de négligence. Soit M. Manship a promis à M. Doucet 12,5 % des actions de Spielo soit il ne les a pas promis. Soit M. Manship a promis aux deux employés qu'ils obtiendraient la juste valeur marchande de leurs actions soit il ne l'a pas promis. L'exécution des promesses relève du droit des obligations contractuelles et non du droit de la responsabilité délictuelle. Certes, la raison pour laquelle les deux employés n'ont pas voulu fonder leur demande sur le droit des obligations contractuelles est évidente. Ils se seraient trouvés directement confrontés au fait que l'existence des prétendues promesses est effectivement réfutée par les dispositions contractuelles contenues dans la décharge que M. Doucet a signée ainsi que dans les conventions de souscription d'actions que les deux ex-employés ont signées. À la lumière de ces deux obstacles juridiques, les deux hommes ont erronément cru pouvoir convertir les prétendues promesses en assertions négligentes et inexactes et ainsi profiter d'un courant jurisprudentiel régissant la question de la responsabilité concomitante engagée délictuellement et contractuellement. Ce dont les employés ne se sont pas rendu compte, c'est que l'on ne peut avoir gain de cause dans une poursuite en responsabilité délictuelle engagée pour assertion négligente et inexacte lorsque le contrat interdit effectivement de faire les assertions mêmes qui ont, prétend-on, été faites. C'était pure folie, c'est le moins que l'on puisse dire, que de prétendre que ni Spielo ni M. Manship ne pouvaient s'appuyer sur les dispositions de la décharge ou sur les conventions de souscription d'actions. Les avocats de Spielo et de M. Manship ont souligné ces réalités juridiques à leurs adversaires. En ce qui concerne le droit de la responsabilité concomitante en matières délictuelle et contractuelle, voir en général les

arrêts *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, [1993] A.C.S. n° 3 (QL), et *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, [1993] A.C.S. n° 1 (QL).

C. *La prétendue obligation préalable au contrat de négociier de bonne foi*

[29] Les deux ex-employés ont également prétendu que Spielo et M. Manship avait l'obligation préalable au contrat de négociier de bonne foi en ce qui concerne la vente de la Online Division et qu'il y a eu violation de cette obligation lorsque les négociations en vue de la vente ont pris fin. Le juge du procès a, à bon droit, rejeté cette demande d'indemnisation. Les faits pertinents et incontestés sont les suivants. En 2002, les parties ont entamé des négociations officielles en vue de la vente de la Online Division. En avril, il y a eu échange d'un projet de [TRADUCTION] « lettre d'intention ». Le 22 juillet 2002, M. Manship a fait parvenir à M. Doucet une lettre qui confirmait l'intention générale de la proposition; le prix d'achat devant être de 3,47 millions de dollars (prix qui a subséquemment été ramené à 3,25 millions de dollars). Finalement, les parties ont signé une lettre d'intention qui contenait la disposition suivante : [TRADUCTION] « [L]a présente lettre est uniquement l'expression d'une intention générale et elle ne lie aucunement les parties ». Toutefois, la lettre ne disait rien des garanties personnelles fournies par M. Doucet ou M. Dauphinee, et il était inutile qu'elle le fasse, puisque la lettre n'était pas un engagement obligatoire.

[30] Les employés ont prétendu que M. Manship avait l'obligation de les informer des négociations qui avaient lieu en même temps avec des acheteurs potentiels, dont GTECH, en vue de la vente de Spielo. Cette allégation est sans fondement en droit. Il n'y a rien, en droit, qui empêche un vendeur de négocier simultanément avec deux acheteurs éventuels ou plus et il n'existe aucune obligation correspondante d'informer un acheteur potentiel de l'existence d'autres acheteurs potentiels. Tout comme les demandes pour assertion négligente et inexacte étaient vouées à l'échec, la demande fondée sur la prétendue obligation de négociier de bonne foi l'était elle aussi et ce, pour deux raisons supplémentaires. En premier lieu, le droit ne reconnaît pas l'existence d'une obligation

préalable au contrat de négociateur de bonne foi et en deuxième lieu, si le droit reconnaissait cette obligation, celle-ci prendrait naissance en vertu des principes de la responsabilité délictuelle et le calcul des dommages-intérêts serait fondé sur des principes différents de ceux du droit des obligations contractuelles. Ces deux raisons doivent être examinées.

[31] Si l'obligation de négociateur de bonne foi existait, elle serait liée aux instances dans lesquelles les parties ont effectivement passé un contrat obligatoire malgré la violation de l'obligation. Ainsi, l'obligation de négociateur de bonne foi (par exemple, l'omission de divulguer certains renseignements) verrait le jour à titre de condition implicite du contrat. Dans l'état actuel du droit, toutefois, il n'existe aucune obligation préalable au contrat de négociateur de bonne foi qui soit reconnue. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Martel Building Ltd. c. Canada*, 2000 CSC 60, [2000] 2 R.C.S. 860, a confirmé l'absence d'une telle obligation. Dans cette affaire, on avait demandé à la Cour suprême de décider s'il y avait lieu d'élargir la portée du droit canadien de la responsabilité civile délictuelle afin qu'il englobe la négligence pour perte purement économique imputable aux négociations préalables à la conclusion d'un contrat. D'après les faits, la Cour a répondu par la négative et a fait observer que « la question de savoir [...] si les parties devraient être tenues de négociateur de bonne foi [...] devra être tranchée une autre fois » (par. 73). En l'espèce, les demandeurs appelants s'appuient sur cette phrase et sur d'autres énoncés d'une seule phrase pour construire l'argument selon lequel le droit canadien a évolué au point où une obligation de négociateur de bonne foi prend naissance dans les cas où il existe un [TRADUCTION] « rapport spécial ».

[32] Les appelants ont invoqué l'arrêt *978011 Ontario Ltd c. Cornell Engineering Co.*, [2001] O.J. No. 1446 (C.A.) (QL), à l'appui de leur thèse. Dans cette affaire, la défenderesse avait unilatéralement résilié le contrat qu'elle avait passé avec la demanderesse, laquelle avait engagé une action fondée sur une disposition du contrat sous-jacent afin d'obtenir une généreuse indemnisation. La défenderesse a invoqué, pour sa défense, le fait qu'elle n'était pas au courant de cette onéreuse disposition et que la demanderesse avait l'obligation d'attirer son attention sur cette disposition. La

défenderesse a perdu. Le contrat n'avait rien d'inique et l'omission de lire un contrat ne constitue pas un motif légalement acceptable pour refuser d'en respecter les clauses. La Cour d'appel de l'Ontario a toutefois formulé une phrase que les demandeurs ont utilisée comme élément de base de leur argumentation concernant l'obligation préalable au contrat de négociier de bonne foi. La Cour a dit ceci, au par. 32 : [TRADUCTION] « En l'absence d'un lien spécial, au Canada, la common law ne reconnaît pas encore que lors de la négociation d'un contrat, il existe une obligation de tenir compte des intérêts de l'autre personne, c'est-à-dire d'agir de bonne foi [...] ».

[33] La notion selon laquelle le droit reconnaît l'existence d'une obligation de négociier de bonne foi dans le cas où les parties ont été incapables d'en arriver à passer un contrat et dans les situations où les parties auraient eu un lien ou « rapport spécial » provient de la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, [1989] A.C.S. n° 83 (QL). Dans cet arrêt, le juge La Forest a dit ceci : « L'institution que constitue la bonne foi dans les affaires mérite la protection de la loi dans les circonstances où cette protection est conforme aux attentes des parties » (par. 189). Toutefois, cet énoncé a été fait relativement à des négociations dans le cadre desquelles une partie, la demanderesse, avait communiqué des « renseignements confidentiels » à l'autre partie, la défenderesse. Cette dernière s'était ensuite servie de ces renseignements pour acquérir un bien qui faisait l'objet des négociations. Cela avait été fait dans des circonstances où la demanderesse aurait acheté le bien-fonds n'eût été l'utilisation par la défenderesse des renseignements confidentiels en question. En résumé, la Cour a conclu, dans l'arrêt *Lac Minerals*, qu'il existait entre les parties un rapport spécial qui donnait naissance à l'obligation de confidentialité. J'estime que dans cette affaire, la défenderesse était effectivement coupable d'opportunisme. Toutefois, cette décision ne s'applique pas en l'espèce.

[34] En définitive, il n'y a tout simplement rien qui appuie la proposition voulant qu'une obligation généralisée de négociier de bonne foi ait été reconnue en droit canadien et rien de ce qu'a dit notre Cour dans l'arrêt *Crawford et al. c. Agricultural*

Development Board (N.B.) et al. (1997), 192 R.N.-B. (2^e) 68, [1997] A.N.-B. n^o 368 (C.A.) (QL), au par. 7, ne laisse entendre le contraire. La même chose est vraie en ce qui concerne la décision *055774 N.B. Ltd. c. Midwinter (G.) & Associates Ltd. et al.*, 2002 NBBR 312, 253 R.N.-B. (2^e) 126, aux par. 107 et 108, l'arrêt *S-Marque Inc. c. Homburg Industries Ltd.*, [1999] N.S.J. No. 94 (C.A.) (QL), au par. 57, ou la décision *Gateway Realty Ltd. c. Arton Holdings Ltd.*, [1991] N.S.J. No. 362 (C.S.) (QL), aux p. 191 à 197, conf. pour d'autres motifs à [1992] N.S.J. No. 175 (C.A.) (QL), si on lit les passages pertinents dans leur contexte. Voir en général John D. McCamus, *The Law of Contracts* (Toronto : Irwin Law Inc., 2005), aux p. 137 et suiv., S.M. Waddams, *The Law of Contracts*, 5^e éd. (Toronto : Canada Law Book Inc., 2005), aux p. 31 et suiv., et Angela Swan, *Canadian Contract Law*, 2^e éd. (Markham (Ont.) : LexisNexis Canada Inc., 2009), aux p. 287 et suiv.

[35] En concluant que le droit ne reconnaît pas l'existence d'une obligation de négocier de bonne foi qui soit préalable au contrat, je ne veux pas donner l'impression que le droit resterait ou devrait rester indifférent aux instances où le défendeur omet de divulguer des renseignements pertinents et importants (voir l'arrêt *Shunjing Trading Inc. c. E.B. Engineered Panels & Controls Inc. et Barnes*, 2011 NBCA 29), et où il entame des négociations sans avoir l'intention de conclure un contrat parce qu'il est animé par un motif inavoué. En ce qui concerne cette dernière situation, je ne suis pas certain qu'un défendeur qui a sciemment fait perdre du temps et de l'argent au demandeur en l'engageant dans des négociations tout en sachant qu'elles ne mèneraient jamais à la passation d'un contrat devrait être soustrait à l'obligation de verser une indemnité. Le droit ne devrait pas souscrire à la moralité de l'opportuniste en affaires. L'infliction intentionnelle d'un préjudice économique nécessite une réparation sous la forme d'une indemnité liée à l'intérêt-rétablissement de la partie innocente. Toutefois, c'est vers le droit de la responsabilité délictuelle que la partie lésée doit se tourner : voir l'affaire *Westcom TV Group Ltd. c. CanWest Global Broadcasting Inc.*, [1996] B.C.J. No. 1638 (C.S.) (QL), où une décision contraire a été rendue, comme l'explique l'ouvrage de McCamus, aux p. 151 et suiv., et comparer cette décision avec celle rendue dans l'affaire

Cineplex Corp. c. Viking Rideau Corp., [1985] O.J. No. 304 (H.C.J.) (QL), qui est citée et examinée dans l'arrêt *S-Marque Inc. c. Homburg*, au par. 57.

[36] L'argumentation des appelants concernant l'obligation de négocier de bonne foi présentait une autre lacune fondamentale. Au moment du procès, les appelants avaient abandonné leur demande en dommages-intérêts concernant les frais qu'ils avaient eux-mêmes inutilement engagés pour les fins des négociations et ont sollicité des dommages-intérêts fondés sur des principes contractuels. Le droit des obligations contractuelles, faut-il le rappeler, protège l'intérêt-rétablissement et l'intérêt-anticipation de la partie innocente, à la condition qu'il n'y ait pas double indemnisation. Si un contrat était intervenu entre Spielo et les deux employés en vue de la vente de la Online Division et si ce contrat avait été résilié, les deux employés auraient eu droit à la différence entre le prix d'achat convenu et la juste valeur marchande de la division. D'après les faits qui nous occupent, toutefois, aucun contrat n'a été passé et des dommages-intérêts fondés sur des principes contractuels ne devraient pas pouvoir être accordés. Par ailleurs, si l'obligation préalable au contrat de négocier de bonne foi relevait du droit de la responsabilité délictuelle, les dommages-intérêts susceptibles d'être recouvrés seraient liés à l'intérêt « rétablissement » du demandeur par opposition à son intérêt « anticipation ». Bref, le demandeur devrait être en droit de recouvrer la somme équivalente aux frais qu'il a lui-même engagés pour les fins des négociations improductives (créance désavantageuse). Les appelants ont en fait abandonné cette demande restreinte pour des raisons évidentes. Les dommages-intérêts susceptibles d'être recouvrés auraient été, au mieux, symboliques.

[37] En résumé, le droit ne reconnaît aucune obligation préalable au contrat de négocier de bonne foi qui serait généralisée. Si une obligation de cette nature devait être reconnue, il faudrait que ce soit en vertu des principes ressortissant au droit de la responsabilité civile délictuelle et, par conséquent, les dommages-intérêts seraient calculés conformément aux principes de la responsabilité délictuelle et non des obligations contractuelles. Il s'ensuit qu'une demande en dommages-intérêts fondée sur la différence entre le prix de vente convenu et la juste valeur marchande de la Online

Division ne serait pas accueillie. Puisque aucun marché n'a été conclu, la réparation doit être évaluée à l'aune de l'intérêt-rétablissement et non de l'intérêt-anticipation. Les défendeurs ont expliqué tout cela aux demandeurs et pourtant, ces derniers ont persisté dans leur rêve de solliciter des dommages-intérêts fondés sur des principes contractuels pour violation d'une obligation non existante de négocier de bonne foi.

[38] Il est évident, à la lecture des motifs de décision du juge du procès, que l'on a consacré beaucoup de temps et d'argent à déterminer la juste valeur marchande de la Online Division. Dans ses motifs, il examine la question en profondeur ainsi que les évaluations concurrentes présentées par les témoins experts. Leurs rapports s'étendaient sur des centaines de pages. Bien que les parties se fussent entendues sur un prix de vente de 3,5 millions de dollars (plus tard ramené à 3,25 millions), l'expert des appelants a évalué la Online Division à 16,1 millions de dollars. Par la suite, l'expert des appelants a réduit son évaluation, la ramenant à 10,2 millions de dollars. L'expert des intimés a attribué à la Online Division une valeur se situant entre 2,7 et 3,7 millions de dollars. Le juge du procès a préféré la preuve de l'expert retenu par les intimés et a fixé la valeur à environ 3,5 millions de dollars. Tous ces faits sont pertinents pour ce qui concerne la question des dépens.

D. *Une dernière observation – le jugement sommaire*

[39] Le fondement juridique sur lequel reposait la demande pour assertion négligente et inexacte présentait autant de lacunes que la demande fondée sur une présumée obligation préalable au contrat de négociateur de bonne foi. Ces deux questions auraient dû être tranchées dans le cadre d'une motion en jugement sommaire. En fait, les intimés ont déposé une motion dans laquelle ils demandaient, notamment, que les deux demandes soient radiées parce qu'elles ne révélaient aucune cause d'action. Malheureusement, la motion a été rejetée sans que le juge motive sa décision dans le détail (voir 2006 NBBR 268, [2006] A.N.B. n° 322 (QL)). Cette omission est indéfendable et elle aurait donné lieu à de plus amples commentaires de la part de la Cour d'appel si la question avait fait l'objet d'un appel devant notre Cour. Certes, les intimés

n'étaient nullement tenus de solliciter l'autorisation de notre Cour pour interjeter appel de la décision interlocutoire. D'un autre côté, la valeur de précédent qu'a la décision de notre Cour dans l'affaire *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121, [1998] A.N.-B. n° 313 (C.A.) (QL), qui encourageait le règlement hâtif des poursuites grâce à l'application des *Règles de procédure* se rapportant au jugement sommaire et aux décisions préjudicielles sur des questions de droit, ne devrait pas échapper aux personnes qui connaissent le véritable coût d'un litige, tout particulièrement les juges à qui l'on confie le soin de contrôler la voie qui mène au contentieux. Il en coûte tout simplement trop cher aux parties de persister à faire instruire un litige érigé sur des fondations de paille ancrées dans le sable.

III. La question de l'abus des droits

[40] Les appelants soutiennent que le juge du procès a commis une erreur en rejetant leur demande de mesures réparatoires fondée sur le recours pour abus de droits énoncé au par. 241 (1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Au lieu des 334 000 \$ qu'ils ont reçus pour leurs actions de Spielo conformément aux clauses des conventions de souscription d'actions, ils ont sollicité une indemnité fondée sur la différence entre ce qu'ils ont reçu et ce qu'ils auraient reçu, en leur qualité d'actionnaires minoritaires, n'eût été leur licenciement. Le montant demandé excédait 5 millions de dollars. Je souligne qu'au procès, les appelants ont inclus dans leur demande pour abus d'autres mesures réparatoires liées à la prétendue promesse de M. Manship de remettre à M. Doucet 12,5 % du capital-actions de Spielo. À mon avis, la question de savoir si un contrat oral et exécutoire a été conclu doit être tranchée suivant les principes du droit des obligations contractuelles. La réparation qui convient se trouve dans la common law, pas dans la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Je m'explique.

[41] Le paragraphe 241(2) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* dispose que le tribunal peut accorder la réparation qui s'impose dans une situation où un actionnaire ou un dirigeant d'une société peut établir que cette société a, par son comportement, « abus[é] des droits » du requérant ou s'est « montr[é] injuste » à son

égard en lui « portant préjudice ou en ne tenant pas compte » de ses intérêts. La situation qui fait l'objet de la plainte doit relever de l'une ou l'autre des trois catégories suivantes : (1) le comportement de la société; (2) les activités commerciales de la société; (3) l'exercice de leurs pouvoirs par les administrateurs de la société. L'arrêt clef en la matière est un arrêt de la Cour suprême du Canada : *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560. Dans cette affaire, la Cour suprême a établi un cadre analytique en formulant les remarques préliminaires suivantes en guise d'introduction : (1) la demande de redressement pour abus est un recours en equity qui vise à rétablir la justice et les tribunaux doivent donc tenir compte de la réalité commerciale, et pas seulement de considérations strictement juridiques; et (2) comme beaucoup de recours en equity, le sort d'une demande de redressement pour abus dépend des faits en cause. La Cour suprême explique ensuite que la situation dont on se plaint est provoquée par le comportement de la société ou de ses administrateurs, qui prennent des décisions qui maximisent abusivement ou injustement les intérêts d'un groupe en particulier au détriment d'autres parties intéressées. Toutefois, elle reconnaît ensuite qu'une demande de redressement pour abus peut découler du comportement d'autres parties impliquées dans les affaires de la société, comme des actionnaires.

[42] Le cadre analytique de la Cour suprême comporte deux volets. Le tribunal doit d'abord déterminer quelle sont les attentes raisonnables des parties intéressées. Le concept d'attentes raisonnables est objectif et contextuel. Les attentes réelles d'une partie intéressée en particulier ne sont pas concluantes. La question est de savoir si ces attentes sont raisonnables compte tenu des faits propres à l'espèce, des rapports en cause et de l'ensemble du contexte, y compris des attentes et demandes opposées. La Cour suprême a dégagé de la jurisprudence existante plusieurs facteurs utiles d'appréciation d'une attente raisonnable : les pratiques commerciales courantes, la nature de la société, les rapports entre les parties, les pratiques antérieures, les mesures préventives qui auraient pu être prises, les déclarations et conventions, ainsi que la conciliation équitable des intérêts opposés de parties intéressées. Dans le cadre du deuxième volet du cadre analytique, le tribunal doit décider si cette attente raisonnable a été frustrée par un comportement qui correspond à la définition d'un « abus », d'un « préjudice injuste » ou d'une « omission

injuste de tenir compte » d'un intérêt pertinent. En somme, le plaignant doit prouver que le défaut de répondre à une attente raisonnable est imputable à une conduite injuste et qu'il en a résulté des conséquences préjudiciables.

[43] La présente instance ne s'inscrit pas parfaitement dans la situation factuelle qui existait dans l'affaire *BCE Inc.* Dans cette affaire, le juge saisi de la demande avait devant lui une situation où les administrateurs de BCE Inc. avaient rendu une décision qui favorisait les intérêts financiers d'un groupe de parties intéressées au détriment d'un autre groupe (les actionnaires par opposition aux détenteurs de débentures). La présente instance oppose deux actionnaires minoritaires à l'actionnaire majoritaire qui, en fait, contrôlait la société. Au procès, les appelants ont prétendu qu'ils avaient l'attente raisonnable [TRADUCTION] qu'« ils resteraient au service de Spielo et bénéficieraient de sa croissance dans la mesure où leur rendement serait acceptable, et que Spielo ne mettrait fin à leur emploi que si c'était dans les meilleurs intérêts de la société ». Le juge du procès a estimé que selon cette description de l'attente raisonnable, le redressement demandé était le droit à la permanence d'emploi et qu'on lui demandait donc de réécrire, en fait, le contrat de travail et les conventions de souscription d'actions. Il a ensuite déclaré qu'il n'était pas disposé à présumer l'existence de clauses qui auraient pour effet de modifier les contrats en question. Finalement, le juge du procès a conclu que l'attente en matière d'emploi continu n'était ni raisonnable ni bien fondée en droit. Il a fait observer ceci : [TRADUCTION] « Je suis persuadé que les récentes décisions concluent à l'absence d'abus des droits selon le critère des attentes raisonnables si la transaction s'inscrit dans les limites du contrat sous-jacent ou n'en change pas la teneur » (par. 202).

[44] Malheureusement, le juge du procès a mal interprété l'argument des appelants relatif à l'abus de droits. Il est vrai que ceux-ci ont exprimé leur attente raisonnable en la qualifiant d'attente d'un emploi continu. Toutefois, ils ne sollicitaient par leur réintégration ni un redressement pour congédiement injustifié en vertu des dispositions de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Les appelants savaient que l'on pouvait mettre fin à leur emploi avec ou sans motif valable. Ils savaient que leur

emploi pouvait prendre fin si, par exemple, Spielo n'avait pas de motifs suffisants pour justifier un licenciement immédiat sans préavis, mais décidait de mettre fin à leur emploi pour des raisons liées à leur rendement au travail ou pour des raisons qui étaient dans l'intérêt supérieur de la société (par exemple, la restructuration ou l'excédent de personnel). Dans ce cas, les appelants savaient que le congédiement sans motif valable leur donnerait droit à une indemnité de départ tenant lieu de préavis raisonnable. Ils ont également reconnu qu'ils avaient l'obligation de revendre leurs actions à Spielo à un prix correspondant à leur valeur comptable nette; c'est-à-dire à un prix qui pouvait être inférieur à leur juste valeur marchande. Ce à quoi les appelants ne s'attendaient pas, à titre d'actionnaires minoritaires, c'est qu'ils se verraient forcés de revendre leurs actions à Spielo par suite de ce qu'ils ont estimé être l'exercice insidieux, par l'actionnaire majoritaire, de son droit *de facto* de congédier un employé avec ou sans motif valable. Sans le dire expressément, les appelants se trouvaient en fait à prétendre que les moyens que M. Manship a choisis pour racheter leurs actions à un prix inférieur à leur juste valeur marchande ont constitué un abus de leurs droits ou ce que j'appelle un comportement « opportuniste ».

[45] J'ai le sentiment que le juge du procès n'aurait pas mal qualifié la véritable nature de l'allégation d'abus de droits des appelants si ceux-ci avaient formulé différemment leurs « attentes raisonnables » et ne s'étaient pas appuyés sur la décision *Naneff c. Con-Crete Holdings Ltd.*, [1993] O.J. No. 1756 (C.J. Ont. (Div. gén.)) (QL); modifiée par [1994] O.J. No. 1811 (C. Ont. (Div. gén.)) (QL). Dans cette affaire, le demandeur était directeur, administrateur et détenteur de la moitié des actions d'un groupe de compagnies familial fondé et établi par son père. Le demandeur avait géré le groupe de sociétés conjointement avec son père et son frère. Après qu'il eut fait part à sa famille de son intention d'épouser une employée du groupe et que la famille lui eut exprimé sa virulente opposition à ce mariage, le demandeur avait été démis de ses fonctions de dirigeant de la compagnie et renvoyé de son poste d'employé. L'action a été accueillie pour le motif que les membres de la famille défendeurs s'étaient rendus coupables d'abus. Le juge Blair (tel était alors son titre) a souligné que dans des circonstances normales, le congédiement injustifié d'un employé ne constituerait pas à lui

seul un motif suffisant pour faire droit à une demande de redressement pour abus. Toutefois, lorsque les intérêts de l'employé sont indissociables de ses intérêts comme actionnaires, dirigeant et administrateur et lorsque le congédiement s'inscrit dans un comportement systématique qui vise à écarter le demandeur de tout rôle actif au sein des compagnies, il y a lieu de considérer le congédiement comme un abus de ses droits. Le juge Blair a ensuite ordonné la vente des compagnies et le versement d'une indemnité pour la perte d'emploi. Les faits qui nous occupent en l'espèce, toutefois, ne se rapportent pas à un employé dont les intérêts auraient été indissociables de ses intérêts comme actionnaire, dirigeant et administrateur. Les demandeurs, en l'espèce, étaient des employés qui avaient acheté des actions à leur employeur par l'intermédiaire d'un régime d'options d'achat d'actions et conformément aux clauses contractuelles d'une convention de souscription d'actions. Mentionnons incidemment que dans l'affaire *Nanef*, il ne s'agissait pas d'une conduite opportuniste de la part d'actionnaires majoritaires, mais plutôt de vengeance et de représailles imputables à des relations interpersonnelles chancelantes qui ont mené à l'implosion des entreprises familiales.

[46] Le juge du procès aurait dû être conscient de la véritable nature de l'argumentation des appelants concernant l'abus que révélait le fait qu'ils invoquaient la décision *Deluce Holdings Inc. c. Air Canada*, [1992] O.J. No. 2382 (C. Ont. (Div. gén.)) (QL). Dans cette affaire, M. Deluce était propriétaire de la totalité des actions de Deluce Holdings Inc., laquelle était l'actionnaire minoritaire d'Air Ontario. M. Deluce travaillait pour Air Ontario. L'actionnaire majoritaire d'Air Ontario était Air Canada. Les actionnaires minoritaire et majoritaire étaient parties à une convention d'actionnaires qui donnait à l'actionnaire majoritaire l'option d'acheter l'intérêt de l'actionnaire minoritaire au moment où l'emploi de M. Deluce prendrait fin. La convention n'exigeait pas que la cessation d'emploi ait lieu pour motif valable. La Cour a conclu que ces faits ne justifiaient pas un jugement sommaire portant rejet de la demande de redressement pour abus déposée en vertu du par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Le juge saisi de la motion a conclu que l'allégation voulant que l'on eût mis fin à l'emploi de M. Deluce dans le but de permettre à Air Canada de racheter la participation minoritaire de M. Deluce dans Air Ontario et non pas parce qu'on entretenait certaines

préoccupations relativement à la façon dont il gérait Air Ontario, méritait d'être instruite. M. Deluce avait présenté une [TRADUCTION] « solide preuve suffisante à première vue » établissant l'abus de droits.

[47] Les intimés ont opposé à la décision *Deluce Holdings* des décisions comme *Brock c. Matthews Group Ltd.*, [1988] O.J. No. 370 (H.C.J.) (QL), infirmée en partie pour d'autres motifs à [1991] O.J. No. 83 (C.A.) (QL). Dans l'affaire *Brock*, il s'agissait aussi d'une convention d'achat d'actions qui obligeait l'employé demandeur à rétrocéder ses actions à la société défenderesse dans un délai de trois mois après la cessation de son emploi. En l'espèce, les intimés invoquent la décision *Brock* à l'appui de la proposition voulant que le droit de l'employeur de forcer la stricte exécution de la convention d'achat d'actions ne puisse être assimilable à un abus au sens de l'art. 247 de la *Business Corporations Act* de l'Ontario, S.O. 1982, ch. 4, qui est maintenant l'art. 248 de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16. En toute déférence, je ne souscris pas à cette interprétation de la décision *Brock*. Le recours pour abus y a été débattu dans une situation où l'emploi du demandeur avait pris fin en novembre 1984, ce qui avait eu pour effet de limiter le nombre des actions qu'il pouvait acheter en vertu d'une convention d'option. Le licenciement avait aussi eu pour effet d'obliger le demandeur à rétrocéder ses actions à la société défenderesse, conformément à la convention de souscription d'actions, à un prix établi en date du 31 décembre 1984. Le demandeur a prétendu que ces conséquences constituaient un abus parce qu'au cours de l'année 1985, le bilan financier de la société défenderesse avait été bien meilleur que celui de l'année précédente et que si le licenciement avait eu lieu à une date ultérieure, il aurait reçu une somme plus élevée que celle qu'il avait reçue. Cet argument a été rejeté d'emblée ce qui est tout à fait compréhensible. Dans les circonstances, la décision *Brock* n'appuie pas l'argumentation des intimés.

[48] Si l'on s'écarte, un moment, du concept d'abus visé au par. 241 (1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* pour se pencher sur les principes du droit des obligations contractuelles qui visent à régir le comportement de nature commerciale qui est inacceptable, l'objectif de cette loi devient évident. Elle cherche à contourner les

solutions pour la plupart inefficaces proposées par la common law aux fins d'apporter des restrictions ou des limites à la capacité d'une partie à un contrat de servir ses propres intérêts sans tenir compte des attentes légitimes de l'autre partie. La réponse initiale de la common law a consisté à régler le problème au moyen des principes d'interprétation des contrats et à examiner l'exercice des pouvoirs d'origine contractuelle en essayant de déterminer l'intention des parties. L'étape suivante a consisté dans la création de la doctrine moderne de l'exécution de bonne foi, laquelle s'attache aux attentes des parties. L'attrait du recours pour abus tient au fait que l'analyse passe outre aux questions habituellement soulevées en ce qui concerne l'interprétation des contrats et la doctrine de l'exécution de bonne foi, laquelle demeure dans un état de gestation en droit canadien. Pourtant, nous savons que le recours pour abus et la doctrine de l'exécution de bonne foi concernent au premier chef les attentes raisonnables des parties, concept qui, dans le cadre des principes d'interprétation des contrats, prend classiquement la forme de l'exercice qui consiste à déterminer l'intention des parties. Le cadre analytique retenu par le juge du procès ne laisse aucune place à ces réalités. Son cadre analytique ne tient nullement compte du principe selon lequel ni l'une ni l'autre des parties à un contrat ne devrait avoir le droit d'adopter ce que je qualifie de « comportement opportuniste ». Il vaut la peine d'examiner la démarche adoptée en common law pour ce qui concerne le plaidoyer des appelants voulant qu'ils aient été victimes d'un [TRADUCTION] « acte déloyal ou crapuleux », ne serait-ce que pour nous aider à identifier la prétendue attente raisonnable qui, aux dires des appelants, a été anéantie par un comportement ayant constitué un abus ou un préjudice injuste.

[49] On aurait pu prétendre que sur le plan de l'interprétation du contrat, le droit d'exiger la rétrocession des actions de Spielo en vertu des conventions de souscription d'actions n'interviendrait pas dans le cas où on aurait mis fin à l'emploi pour des raisons qui sont sans rapport avec la relation de travail courante. On pourrait soutenir que l'application de l'expression [TRADUCTION] « cessation d'emploi avec ou sans motif valable », qui donne naissance à l'obligation de rétrocéder les actions de Spielo, devrait être limitée aux cessations d'emploi qui ont lieu dans le cours normal des activités de l'entreprise. Le fait, pour un employé éventuel, d'accepter qu'il a l'obligation de

rétrocéder des actions achetées en application de la convention de souscription si la relation de travail prend fin est une chose, apprendre que l'employeur peut décider de mettre fin à la relation de travail dans le but de racheter les actions et ainsi réaliser un profit qui serait par ailleurs accru à l'employé est une tout autre chose. Certes, il n'y a rien que le droit puisse faire à propos du droit de l'employeur de mettre fin au contrat de travail sans motif valable si ce n'est permettre une indemnisation convenable. Toutefois, pour quelle raison un tribunal voudrait-il interpréter un contrat d'une manière qui donne à l'employeur une motivation supplémentaire de résilier un contrat de travail, interprétation qui priverait l'employé d'un avantage au titre duquel une contrepartie valable a été versée ?

[50] Pour dire les choses simplement, bien des juges hésiteraient à interpréter un contrat qui récompense une partie pour avoir adopté ce que je considère être un comportement opportuniste (réaliser le profit même que l'employé s'attendait à recevoir). L'idée qu'un employeur puisse mettre en balance d'une part ce qu'il lui en coûterait, financièrement, d'être poursuivi pour congédiement injustifié et d'autre part le profit qui pourrait découler de la revente des actions de l'employé à un tiers à leur juste valeur marchande et décide ensuite de congédier l'employé, n'a pas raisonnablement pu être envisagée ou voulu par les parties au moment où les contrats sont intervenus.

[51] L'argument en matière d'interprétation qui est avancé ci-dessus ne convaincra pas celui qui souscrit à « l'analyse du sens strict » et qui insiste pour soutenir que la notion d'équité en droit des obligations contractuelles se mesure au regard de ce qui est écrit et non de normes évasives distinguant le comportement de nature commerciale acceptable du comportement de nature commerciale inacceptable. En réponse au tenant de l'analyse du sens strict, l'analyse interprétative répliquerait que chaque contrat contient une clause implicite portant que les deux parties doivent agir de bonne foi pendant que la convention est en vigueur. Cela nous amène à nous demander si l'obligation d'agir de bonne foi est un principe généralisé du droit des obligations contractuelles qui est fondé sur l'intention présumée des parties. Après tout, quelle partie contractante s'opposerait à une clause contractuelle qui dit que ni l'une ni l'autre parties

ne peuvent agir de « mauvaise foi » pendant la durée du contrat? Certes, la perspective de voir les parties accepter une clause prenant la forme d'une obligation juridique positive (les deux parties agiront de bonne foi) demeure lointaine ne serait-ce que parce que les parties n'ont pas vraiment confiance en la capacité du droit de tracer les limites du comportement « de bonne foi ». C'est le juge d'appel Kerans, dans l'arrêt *Mesa Operating Ltd. Partnership c. Amoco Canada Resources Ltd.*, [1994] A.J. No. 201 (C.A.) (QL), qui s'est dit préoccupé par le fait que la bonne foi est sans doute un concept trop vague qui pourrait encourager [TRADUCTION] « les juges à s'aventurer inutilement loin dans les méandres des règles de conduite extra-contractuelles » (par. 18). Dans cette affaire, les juges majoritaires se sont servis de la doctrine de la bonne foi comme d'un guide en matière d'interprétation afin de pouvoir interpréter le contrat conformément à ce qu'il est convenu d'appeler les intentions bien arrêtées des parties.

[52] La démarche adoptée dans l'arrêt *Mesa Operating Ltd.* contraste vivement avec l'instance la plus souvent invoquée à l'appui de l'existence d'une obligation d'exécution de bonne foi en droit des obligations contractuelles : la décision rendue par le juge Kelly, en première instance, dans l'affaire *Gateway Realty Ltd. c. Arton Holdings Ltd.*, [1991] N.S.J. No. 362 (C.S.) (QL), confirmée à [1992] N.S.J. No. 175 (C.A.) (QL). Presque tout le monde insiste sur l'observation qu'a faite le juge Kelly selon laquelle une partie agit de mauvaise foi lorsqu'elle adopte une conduite qui est [TRADUCTION] « contraire aux normes sociales que sont l'honnêteté, la rationalité ou l'équité » (par. 58). Il a ensuite statué que [TRADUCTION] « on peut dire qu'il y a mauvaise foi lorsqu'une partie, sans justification raisonnable, agit relativement au contrat d'une manière susceptible de rendre essentiellement nuls l'objectif négocié ou l'avantage obtenu par l'autre partie ou de causer un préjudice considérable à l'autre partie, en violation de l'intention et de l'attente initiale des parties » (par. 60). D'autres insistent pour soutenir que la doctrine de la bonne foi a un objectif plus large : empêcher qu'une partie ne fasse [TRADUCTION] « la promotion excessive de son propre intérêt aux dépens d'une partie plus faible ». Voir l'ouvrage de Boyle et Percy, intitulé *Contracts: Cases and Commentaries*, 7^e éd. (Toronto : Thomson Canada Ltd., 2004) à la p. 713, des instances comme l'arrêt *Shelanu Inc. c. Print Three Franchising Corp.*, [2003] O.J. No. 1919

(C.A.) (QL), et, en général, l'article de Shannon K. O'Byrne, intitulé « The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments » (2007), 86 R. du B. can. 193.

[53] Incidemment, je souligne une mention faite en passant, dans une décision de notre Cour, selon laquelle une conclusion de mauvaise foi s'appuie sur une conclusion de fraude. Il n'existe à ma connaissance aucun précédent judiciaire étayant un énoncé du droit aussi étroit. Il est bien établi en droit canadien que le comportement de mauvaise foi ne se limite pas à une conduite frauduleuse et le droit en vigueur au Nouveau-Brunswick ne saurait être réputé différent (voir *Crawford c. Agricultural Development Board (N.B.)*, aux par. 7 et 8, et les commentaires du juge Glennie, dans la décision *055774 N.B. Ltd. c. Midwinter (G.) & Associates Ltd. et al.*, aux par. 107 et 108, dont il est fait état aux par. 227 et 228 des motifs de décision du juge du procès).

[54] Une grande partie de la jurisprudence pertinente régissant la conduite de bonne foi dans un cadre contractuel est réunie dans l'ouvrage de McCamus (aux p. 784 à 805) et celui-ci y examine un certain nombre de décisions canadiennes dans lesquelles le tribunal a conclu que la bonne foi était une condition implicite du contrat. McCamus classe les instances dans trois catégories : a) celles qui imposent l'obligation de collaborer pour parvenir à la réalisation des objectifs de la convention; b) celles qui imposent des limites à l'exercice de pouvoirs discrétionnaires prévus dans le contrat; c) celles qui interdisent aux parties d'agir dans le but de se soustraire à leurs obligations contractuelles, par exemple en adoptant une conduite qui n'est pas strictement interdite par le libellé de la convention mais qui a pour effet de porter atteinte à des droits conférés par la convention. La présente instance semble s'inscrire davantage dans la deuxième catégorie. Spielo avait, en vertu du contrat de travail, le pouvoir discrétionnaire de congédier l'employé avec ou sans motif valable, le congédiement ayant automatiquement pour effet de faire naître un droit et une obligation prévus par un deuxième contrat, la convention de souscription d'actions. C'est l'exercice du pouvoir discrétionnaire et l'interaction de ces deux contrats qui font intervenir les principes sous-tendant la doctrine de la bonne foi.

[55] On pourrait prétendre que les règles de droit qui régissent l'exécution de bonne foi ont évolué au point où l'exercice d'un pouvoir contractuel est assujéti à une obligation d'agir d'une manière « raisonnable ». Le caractère raisonnable étant un concept insaisissable, on pourrait vouloir invoquer les propos qu'a tenus le juge du procès dans la décision *Mesa Operating Ltd.*, tels qu'ils ont été repris par le juge d'appel Kerans : [TRADUCTION] « Comme l'a dit le juge du procès, une partie ne peut exercer un pouvoir conféré dans un contrat d'une manière qui "rend essentiellement nuls l'objectif du contrat ou cause un préjudice considérable à l'autre partie, en violation de l'intention et de l'attente initiales des parties" ». Chose curieuse, cette formulation de la norme de la bonne foi est semblable aux propos qu'a tenus la Cour suprême, dans l'arrêt *BCE Inc.*, relativement à l'application du recours pour abus qui est prévu au par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. La notion d'attentes raisonnables des parties n'est qu'une reformulation de la notion classique d'intention contractuelle, laquelle s'intéressait davantage aux clauses du contrat par opposition à la question de savoir quelle conduite devrait être considérée comme un comportement de nature commerciale acceptable.

[56] Si l'employeur licencie un employé pour des raisons qui ne sont pas liées à un des objectifs généraux légitimes de la société (par exemple, l'efficacité des employés), mais le fait plutôt dans le but d'acquérir des actions de la compagnie, lesquelles ont été émises comme mesure incitative afin de garantir la loyauté et la productivité de l'employé, et dans le but de réaliser la juste valeur marchande de ces actions, l'employeur est certainement coupable de mauvaise foi lorsqu'il s'agit d'insister sur le droit contractuel de racheter les actions sans proposer une indemnisation convenable. L'employeur est coupable d'avoir adopté un comportement opportuniste en prétextant l'exercice d'un droit contractuel. Pour être franc, quel employé voudrait participer à un régime d'achat d'actions qui donne à l'employeur une motivation supplémentaire de congédier cet employé sans motif valable? Il est certain que cela ne pouvait pas être l'intention ou l'attente raisonnable des parties au moment où les conventions d'achat d'actions ont été signées. Pour plus de certitude, et pour le cas où certaines personnes ne seraient pas du même avis, je trouve paradoxal qu'un employé

puisse se voir forcé d'expliquer aux membres de sa famille que son congédiement est imputable au fait que la compagnie réussissait trop bien.

[57] L'avantage que présente le paragraphe 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* est que le demandeur qui est actionnaire ou dirigeant d'une société n'a pas à se préoccuper des obstacles juridiques ou de l'incertitude dont s'accompagnent les principes d'interprétation des contrats ou l'application de la doctrine de la bonne foi. La réalité de la solution législative retenue est que celui qui demande un redressement doit seulement établir qu'il avait une attente raisonnable, attente qui a été frustrée par un comportement par ailleurs permmissible suivant une interprétation littérale du contrat. Les cas faciles sont ceux dans lesquels la société, l'administrateur ou l'actionnaire majoritaire est coupable d'avoir adopté un comportement opportuniste ou vindicatif. C'est pourquoi le juge du procès a commis une erreur en rejetant le plaidoyer d'abus que les appelants ont formulé sous le régime du par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* en s'appuyant sur la simple notion selon laquelle Spielo et M. Manship avaient le droit de faire ce qu'ils ont fait. Ils avaient certainement le droit de mettre fin à l'emploi des appelants avec ou sans motif valable, mais cela nous oblige à nous demander si la décision de Spielo d'exiger des appelants qu'ils revendent leurs actions constitue une conduite injuste en ce sens que l'achat des actions a frustré l'attente raisonnable des appelants que cette obligation ne prendrait naissance que si leur emploi prenait fin pour des motifs liés à la relation de travail. La réparation qu'ils sollicitent n'est ni la réintégration ni le droit de conserver les actions. Ils veulent une indemnité fondée sur la différence entre les sommes reçues en paiement de leurs actions et ce qu'ils auraient reçu s'ils avaient conservé leur emploi pendant quinze autres mois. Autrement dit, ils voulaient obtenir le plein montant que GTECH avait payé au titre de leurs actions.

[58] Pour en revenir au cadre analytique établi dans l'arrêt *BCE Inc.*, la première tâche consiste à préciser quelles étaient les attentes raisonnables des appelants que Spielo a censément frustrées. Dans l'ensemble, M. Doucet et M. Dauphinee s'attendaient raisonnablement à ne pas être congédiés pour la simple raison que Spielo et M. Manship voulaient racheter leurs actions dans le but de réaliser la totalité du gain en

capital qui allait découler de la vente possible ou imminente de l'entreprise à un tiers. Plus précisément, les deux employés s'attendaient raisonnablement à ne pas être forcés de revendre leurs actions à Spielo à moins que leur emploi ne prenne fin pour des motifs ayant un rapport avec la relation de travail, comme c'était le cas dans l'affaire *Dashney c. McKinlay*, [1996] O.J. No. 2037 (C.J. Ont. (Div. gén.)) (QL). Par conséquent, on a satisfait au premier volet du cadre analytique énoncé dans l'arrêt *BCE Inc.* Le second volet nous amène à nous demander si Spielo et M. Manship ont frustré cette attente précise en adoptant un comportement susceptible d'être décrit comme un abus ou un préjudice injuste. Pourquoi Spielo a-t-elle mis fin à l'emploi des appelants ? La réponse à cette question constitue une conclusion de fait et elle est fondamentale en ce qui concerne le plaidoyer d'abus au sens du par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*.

[59] Le juge du procès a tiré un certain nombre de conclusions factuelles qui anéantissent la prétention des appelants voulant qu'il y ait eu abus ou conduite opportuniste de la part de Spielo et de M. Manship. Ces conclusions sont réparties un peu partout dans les motifs complets et détaillés du juge du procès et, bien qu'elles aient été tirées à propos d'autres questions et arguments juridiques, elles sont compatibles avec la conclusion, et elles l'étayaient, selon laquelle les appelants n'ont pas établi leur droit au redressement prévu au par. 241(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Cette conclusion fondamentale répond à la question suivante : M. Manship a-t-il mis fin à l'emploi des appelants et aux négociations en vue de la vente de la Online Division dans le but de racheter leurs actions de Spielo, et de récolter la totalité du gain en capital qu'ils auraient fait, en raison de la vente imminente ou possible de Spielo à un tiers ? Le juge du procès a en fait répondu « non » à cette question. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

La preuve me convainc que M. Doucet et M. Manship ont discuté de l'éventualité que Spielo fasse l'objet d'une vente ou d'un appel public à l'épargne pendant toute la période où M. Doucet était au service de Spielo et plus particulièrement à l'époque où Spielo a remporté les contrats néerlandais et était associée à la proposition de Virgin. Je tire donc la conclusion de fait que de temps à

autre pendant la période où les demandeurs étaient employés par Spielo, différentes sociétés se sont dites intéressées à acquérir la totalité des actifs ou du capital-actions de Spielo. Comme je l'ai indiqué plus haut, il y a eu des ouvertures juste avant et juste après l'échec des négociations d'achat de l'OLD. Aucune de ces ouvertures n'a débouché sur quelque chose de concret et celle de GTECH n'a été faite que dix mois après l'échec de la vente de l'OLD. Il n'existe aucune preuve établissant que GTECH songeait à faire ou a fait une offre d'achat de Spielo pendant la période où M. Doucet négociait l'achat de l'OLD. De fait, ce n'est qu'après que Spielo a remporté une partie de l'appel d'offres relatif à la loterie de New York que GTECH a manifesté un intérêt. Les autres parties ont seulement fait ce que l'on pourrait qualifier de demandes de renseignements préliminaires et, lorsqu'on les a mises au pied du mur, elles n'ont pas répondu par des propositions [par. 179].

[60] Étant donné la conclusion qui précède, il n'y a pas lieu de nous demander pour quelles raisons M. Manship a-t-il pris la décision de mettre fin à l'emploi des appelants. Par souci d'exhaustivité, j'examinerai cette question. Au paragraphe 269 de ses motifs, le juge du procès a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « J'ai la conviction que les deux employés ont été congédiés pour des raisons d'affaires valables, vu ce qui se passait à la [Online Division] ». Le juge du procès a souscrit aux éléments de preuve établissant que le rendement de la Online Division de Spielo, que dirigeait M. Doucet, ne répondait pas aux attentes et que les évaluations du rendement de MM. Doucet et Dauphinee étaient [TRADUCTION] « négatives ». Voici ce que le juge avait à dire dans ses motifs :

[TRADUCTION]

Je conclus également que le rendement de M. Doucet et de M. Dauphinee était inférieur aux attentes. Les évaluations du rendement des deux hommes étaient mauvaises ou négatives. M. Doucet a accepté ces évaluations et indiqué qu'il essaierait de s'améliorer. De plus, Ernst & Young a brossé un portrait négatif de M. Doucet. M. Dauphinee a déclaré qu'il n'avait reçu aucune augmentation de salaire pendant cinq ans. Par conséquent, je conclus que son rendement ne répondait pas aux attentes. [Par. 177]

[61] Il a ensuite conclu que la décision de M. Manship de mettre fin aux négociations en vue de la vente de la Online Division était liée au refus de M. Doucet de fournir une garantie personnelle en ce qui concernait la dette que devrait supporter la société de portefeuille qui se porterait acquéresse de la Online Division pour le compte des deux employés. De plus, le juge du procès a conclu que l'insistance de M. Manship à obtenir les garanties personnelles était conforme aux pratiques commerciales prudentes : garantir le paiement du prix d'achat.

[62] En résumé, ce n'est pas dans le but de forcer le rachat des actions de Spielo qui appartenaient aux appelants que Spielo et M. Manship ont mis fin aux négociations en vue de la vente. Le fait que le licenciement des appelants a immédiatement suivi la cessation des négociations en vue de la vente réfute tout argument voulant que Spielo ait abusé des droits des appelants ou ait agi de mauvaise foi ou par opportunisme. Le fin mot de l'histoire, c'est que le juge du procès a conclu qu'il n'y avait aucun élément de preuve étayant l'allégation selon laquelle on a mis fin à l'emploi des appelants parce que Spielo (M. Manship) voulait récolter la totalité du gain en capital qui allait être réalisé en raison d'une vente possible ou prévue à un tiers.

[63] En conclusion, et en droit, le juge du procès a commis une erreur en rejetant le recours pour abus que les appelants ont exercé sous le régime de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* pour le motif que la conduite reprochée est expressément autorisée par le libellé explicite d'un ou de plusieurs contrats. Toutefois, l'application du cadre analytique pertinent mène au même résultat. Tout ce qu'on fait Spielo et M. Manship a été fait dans la poursuite d'objectifs généraux légitimes. Il n'existe aucun élément de preuve établissant que l'une ou l'autre des parties aurait adopté un comportement opportuniste. Si les faits étaient différents, tout employé serait fondé à mettre en doute la décision de l'employeur de procéder à un congédiement parce que la compagnie réussissait trop bien comme le montrait la hausse de la valeur de l'action de l'entreprise. L'attente normale est que l'employeur ne congédiera pas un employé pour

s'approprier un profit qui serait par ailleurs accru à l'employé parce que le gain est plus important que les dommages-intérêts à payer pour congédiement injustifié.

IV. Le congédiement injustifié – les questions ressortissant aux indemnités de départ

[64] Les appelants affirment que le juge du procès a commis une erreur en rejetant leur demande pour [TRADUCTION] « manque à gagner au titre des primes » qui leur étaient dues pour la période de 2000 à 2002, malgré le fait que Spielo a finalement reconnu que la Online Division était plus rentable qu'on ne l'avait d'abord cru. Il est vrai que Spielo a reconnu avoir fait une erreur de 4 millions de dollars dans le calcul des revenus de la Online Division parce qu'elle avait omis d'inclure un montant se rapportant à la différence de taux de change relativement à des sommes reçues au titre de certains contrats étrangers (les contrats néerlandais). Les appelants prétendent que n'eût été cette erreur, ils auraient reçu 400 000 \$ de plus sous forme de primes pour la période en question (257 000 \$ pour M. Doucet et 143 000 \$ pour M. Dauphinee) parce qu'ils auraient atteint les objectifs prévisionnels en matière de [TRADUCTION] « BAIIA ». Le juge du procès a rejeté cet argument pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

La pièce n° 3 est un calcul du BAIIA au moyen des chiffres révisés découlant de l'erreur de calcul concernant les taux de change et des questions ayant trait au différend lié aux contrats néerlandais. M. Doucet soutient que selon ce calcul, l'OLD a atteint les objectifs prévisionnels en matière de BAIIA pour les trois exercices (2000 à 2002). Selon moi, il existait d'autres facteurs qui ne figurent pas dans ce calcul, comme le montant qui a dû être versé pour corriger les problèmes liés aux imprimantes dans les contrats néerlandais, les ajustements apportés quand les loteries néerlandaises ont constaté Spielo en défaut d'exécution du contrat et les ajustements qui ont dû être effectués pour obtenir et conserver les contrats néerlandais d'entretien des logiciels. De plus, les cibles ou objectifs des évaluations du rendement ont été modifiés. Enfin, il y a le fait que les demandeurs ont été congédiés avant la fin de l'exercice 2002, de sorte qu'ils n'ont pas contribué

pleinement à l'atteinte du BAIIA prévisionnel de 2002.
[Par. 282].

[65] Il n'a pas été établi que ce raisonnement est entaché d'une erreur manifeste et dominante. De plus, je tiens compte de la conclusion du juge du procès selon laquelle la Online Division faisait [TRADUCTION] « perdre de l'argent » à Spielo (par. 55) et était la division [TRADUCTION] « la plus faible » de Spielo (par. 58). De plus, il ne m'a pas échappé qu'à la suite de l'achat de Spielo par GTECH, cette dernière a pris la décision de fermer la Online Division. Finalement, le juge du procès a statué que Spielo avait établi que la Online Division n'était pas très rentable et que le problème était en partie directement imputable à M. Doucet (par. 57). Pour ces motifs, ce moyen d'appel doit être rejeté. Franchement, je ne suis pas convaincu qu'un employeur qui verse une prime de bonne foi mais en s'appuyant sur une erreur de calcul commise en toute innocence relativement au flux de rentrées exact d'une entreprise devrait être tenu de rendre compte d'un prétendu manque à gagner plusieurs années après le fait.

[66] Pour en revenir à la demande pour congédiement injustifié et à la question de l'indemnité de départ, les appelants prétendent que le juge du procès a commis une erreur de principe en concluant que le délai de préavis que Spielo a accordé à M. Doucet (douze mois) et à M. Dauphinee (six mois) était approprié. Dans leur mémoire préparatoire, les appelants ont prétendu que chaque employé avait droit à un préavis additionnel de douze mois. Dans leur mémoire postérieur au procès, les appelants ont prétendu que le préavis qui aurait dû être donné aux deux ex-employés était de vingt-quatre mois (six mois supplémentaires dans le cas de M. Dauphinee). Dans ses motifs de jugement, le juge du procès dit tout d'abord que chaque demandeur a sollicité un préavis supplémentaire de douze mois, mais plus loin, il dit que l'argument est fondé sur le fait que chaque employé aurait dû recevoir un préavis de vingt-quatre mois.

[67] L'analyse du juge du procès comprend des renvois à la décision la plus récente de notre Cour sur la question du congédiement injustifié et du préavis convenable : *Schurman c. Covered Bridge Recreation Inc.*, 2009 NBCA 1, 340 R.N.-B.

(2^e) 168. En confirmant la décision de Spielo d'accorder à M. Dauphinee six mois de salaire tenant lieu de préavis, le juge du procès a conclu que ce dernier aurait eu droit à trois mois additionnels n'eût été son omission de limiter le préjudice subi. Le juge du procès a souligné que bien que dans leurs plaidoiries, les intimés n'eussent pas invoqué la question de la limitation du préjudice, toutes les parties avaient traité du manquement à cette obligation dans leurs mémoires et personne n'avait été pris par surprise. Le juge du procès a également statué que les clauses de [TRADUCTION] « non-concurrence » contenues dans leurs contrats de travail n'enlevait rien à leur obligation de limiter le préjudice. M. Dauphinee n'avait pas cherché un autre emploi après son congédiement et avait plutôt consacré son temps à la présente poursuite.

[68] Pendant le délai de préavis, M. Doucet n'a pas travaillé pour Dovico et il n'a pas non plus touché de salaire avant l'expiration du délai de préavis. Le juge du procès a conclu que le salaire de douze mois tenant lieu de préavis qui avait été versé à M. Doucet était suffisant compte tenu des facteurs pertinents. De plus, le juge du procès a conclu que l'allongement sollicité par les appelants, qui aurait porté le délai de préavis à vingt-quatre mois dans le cas de chacun des deux employés, [TRADUCTION] « dépasserait largement le haut de la fourchette habituelle ». Dans ce contexte, le juge du procès a confirmé les délais de préavis au titre desquels les appelants avaient reçu une indemnité.

[69] Les appelants insistent pour dire qu'ils ont été pris par surprise pour ce qui concerne la question de la limitation du préjudice. Le dossier n'étaye pas leur argument. La transcription révèle que les appelants ont été contre-interrogés sur cette question. Dans les exposés finaux, la question a été soulevée. Les appelants prétendent que même si le juge du procès a convenablement examiné la question de la limitation du préjudice, il a commis une erreur en ne fixant pas le bon délai de préavis et en soustrayant ensuite un montant au titre de l'omission des appelants de limiter le préjudice. Cet argument permet aux appelants de demander des avantages qui leur auraient été accrus pendant le délai de préavis prolongé. Dans la mesure où je peux en juger, les appelants demandaient 176 000 \$ pour perte de dividendes et 367 000 \$ pour perte de salaire dans l'éventualité

où le délai de préavis aurait été porté à vingt-quatre mois. Par souci d'exhaustivité, j'examinerai cet argument.

[70] En appel, les appelants ont réduit, mais très légèrement, leurs attentes en matière de préavis raisonnable, insistant sur le fait que Spielo avait l'obligation de leur verser un salaire tenant lieu de préavis de dix-huit à vingt mois, et non de vingt-quatre mois, une fois convenablement pris en compte la jurisprudence et les facteurs pertinents. On se rappellera qu'au moment de son congédiement, M. Doucet était à l'emploi de Spielo depuis dix ans tandis que M. Dauphinee occupait son emploi depuis environ sept ans. En vérité, c'est pour une raison bien précise que les appelants ont voulu faire prolonger le délai de préavis. Outre le fait qu'ils ont haussé le montant de leur demande pour perte de salaire et d'avantages, ils ont prétendu que puisque la vente à GTECH avait eu lieu pendant le délai de préavis prolongé, ils étaient en droit de revendre leurs actions au même prix que celui alors reçu par les autres actionnaires. La vente à GTECH a eu lieu dans les quinze mois qui ont suivi le congédiement des appelants, ce qui explique pourquoi ceux-ci étaient disposés à ramener le délai de préavis de vingt-quatre à dix-huit mois. De cette façon, les appelants pouvaient prétendre que ce n'est qu'à la fin du délai de préavis prolongé que l'obligation de revendre leurs actions à Spielo a pris naissance et qu'ils devaient donc être indemnisés relativement à la différence entre ce qu'ils ont reçu et ce qu'ils auraient reçu s'ils avaient continué d'occuper leur emploi pendant ce délai allongé.

[71] L'argument des appelants était lié, comme il se doit, au principe juridique qui veut que les employés qui sont congédiés sans motif valable aient droit aux avantages qu'ils auraient reçus s'ils étaient restés auprès de leur employeur pendant le délai de préavis. En effet, on pourrait prétendre que certains tribunaux se sont montrés généreux dans la prolongation du délai de préavis afin de permettre à l'ex-employé d'obtenir la valeur d'avantages qui auraient été portés au crédit de l'employé n'eût été le congédiement (voir l'arrêt *Gillies c. Goldman Sachs Canada Inc.*, 2001 BCCA 683, [2001] B.C.J. No. 2542 (QL)). En l'espèce, toutefois, la convention de souscription d'actions et le régime d'options d'achat d'actions précisent que le prix des actions est

déterminé [TRADUCTION] « à la fin du dernier mois complet précédent la date de la cessation d'emploi ». L'emploi des appelants a pris fin le 2 septembre 2002. Il ne s'agit pas en l'espèce d'une instance où l'avis de congédiement aurait été donné mais n'aurait pris effet qu'à une date ultérieure. Par conséquent, quel que soit le délai de préavis raisonnable choisi, la date de la cessation d'emploi ne change pas. J'estime que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en concluant que même si le délai de préavis était porté à vingt-quatre mois, les clauses de la convention de souscription d'actions interdisaient aux appelants de demander une indemnité fondée sur le prix que GTECH avait payé les actions. Le libellé non ambigu des contrats tranche l'argument des appelants.

[72] Il nous reste à nous demander si le délai de préavis que Spielo a fixé et que le juge du procès a confirmé en raison de l'omission des appelants de limiter le préjudice était incorrect. Les appelants invoquent sept décisions à l'appui d'un délai de préavis plus long. Quatre de ces instances ont été tranchées dans les années 1980 et ne sauraient, pour la raison suivante, être considérées comme ayant une valeur ou une force persuasive. Dans l'arrêt *Bramble et al. c. Medis Health and Pharmaceutical Services Inc.* (1999), 214 R.N.-B. (2^e) 111, [1999] A.N.-B. n^o 307 (C.A.) (QL), rendue par le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre), notre Cour a fait une mise en garde contre le recours à des décisions antérieures qui, par définition, appartiennent au passé et dont l'utilité est limitée : [TRADUCTION] « Il est donc essentiel que les résultats obtenus dans les instances comparables dont on se sert pour établir une échelle de délais convenable soient adaptés en fonction du contexte actuel » (par. 72). Deux des sept instances invoquées se rapportent à un délai de préavis de douze mois et ne sont donc d'aucune utilité aux appelants : *Link c. Venture Steel Inc.*, [2008] O.J. No. 4849 (C.S. Ont.) (QL), infirmée pour d'autres motifs à 2010 ONCA 144, [2010] O.J. No. 779 (QL), et *Murphy c. Clarica Life Insurance Co.*, 2003 NBBR 381, 266 R.N.-B. (2^e) 100. La dernière instance, *Johnson c. James Western Star Ltd.*, 2001 BCSC 1008, [2001] B.C.J. No. 1514 (QL), confirmée à 2003 BCCA 151, [2003] B.C.J. No. 604 (QL), concernait un employé qui avait occupé son emploi pendant trois ans avant d'être congédié et dont la Cour avait conclu qu'il avait droit à vingt-quatre mois de salaire au lieu d'un préavis. Dans cette affaire, toutefois,

l'employé avait été incité à quitter son ancien employeur parce qu'il était entendu qu'il serait promu au poste de directeur de succursale ce qui, en fait, n'avait jamais eu lieu.

[73] Une cour d'appel n'a pas pour rôle d'examiner chaque instance invoquée et de décider si l'une ou l'autre d'entre elles a une certaine valeur ou force persuasive en raison de similitudes factuelles. Comme on peut le lire au par. 29 de l'arrêt *Schurman c. Covered Bridge Recreation Inc.*, sous la plume du juge en chef Drapeau, la tâche qui consiste à déterminer le délai raisonnable est un art et non une science. Notre Cour n'a pas le droit de substituer son opinion à celle du juge du procès à moins qu'elle ne conclue que celui-ci a commis une erreur de principe, a mal compris la preuve, n'a pas tenu compte de facteurs pertinents ou a pris en considération des facteurs non pertinents ou si son appréciation était manifestement erronée. Je reconnais qu'il y a des cas où l'employé a pu travailler pour son employeur pendant la même période que celle pendant laquelle les appelants ont travaillé pour Spielo et où le délai de préavis a néanmoins été beaucoup plus long que les délais fixés en l'espèce. Toutefois, il y a toujours des circonstances atténuantes ou une situation factuelle inhabituelle qui amènent le juge du procès à allonger le délai de préavis au-delà de ce à quoi on pourrait normalement s'attendre. En résumé, une allégation générale voulant que le juge du procès ait commis une erreur en déterminant la durée du délai de préavis, accompagnée d'un renvoi à une jurisprudence possiblement pertinente, ne justifie pas l'intervention de la cour d'appel. Il incombait aux appelants d'invoquer une erreur justifiant l'infirmité de la décision ou une erreur manifeste et dominante ou encore d'établir que le délai de préavis est si court qu'il justifie l'intervention compte tenu de la jurisprudence pertinente. Les avocats n'ont pas satisfait à cette exigence. Il va sans dire que même s'ils y avaient satisfait, un argument en faveur d'un délai de préavis plus long ne s'appliquerait pas à M. Doucet s'il a été congédié à bon droit en raison d'un motif obtenu subséquent.

V. La demande reconventionnelle – le motif obtenu subséquemment – M. Doucet

A. *Le cadre juridique*

[74] D'ordinaire, l'employeur invoque la défense de motif de congédiement obtenu subséquemment dans des circonstances où, à la suite du congédiement de l'employé, il découvre une inconduite antérieure à ce congédiement; inconduite qui aurait justifié un congédiement sommaire si l'employeur avait été au courant de son existence plus tôt. Bien que ce moyen de défense soit souvent qualifié de doctrine de common law, cette description n'est pas tout à fait exacte et ce, pour la raison suivante. En common law, il n'était pas nécessaire que l'employeur communique à l'employé le motif précis de son congédiement à la condition qu'il existât en fait un motif suffisant de le congédier et que ce motif puisse être établi au procès. Mieux encore, l'employeur pouvait, en common law, s'appuyer sur des motifs de congédiement différents de ceux qui avaient été invoqués au moment du congédiement et il importait peu que le motif ait ou non été connu de l'employeur à ce moment-là. La question fondamentale était celle de savoir si, au moment du congédiement, il existait des faits suffisants, en droit, pour étayer la décision de l'employeur. Ces propositions de droit ont été confirmées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Lake Ontario Portland Cement Co. Ltd. c. Groner*, [1961] R.C.S. 553, [1961] A.C.S. n° 33 (QL), où elle a cité les règles de droit qui étaient énoncées dans le *Halsbury's Laws of England*, 2^e éd., vol. 22, p. 155. La Cour suprême a déclaré qu'il était sans importance que l'employeur n'ait pas été au courant de la [TRADUCTION] « conduite malhonnête » de l'employé au moment du congédiement et que ce moyen ait été plaidé pour la première fois dans le cadre d'une modification de sa défense. La seule question à trancher était celle de savoir si l'employeur pouvait établir, au moment du procès, le motif valable mentionné dans ses plaidoiries.

[75] L'autre précédent canadien qui est considéré comme un arrêt clef dans ce domaine du droit est l'arrêt *McIntyre c. Hockin*, [1889] O.J. No. 36 (C.A.) (QL), que notre Cour a récemment appliqué dans l'arrêt *Backman c. Maritime Paper Products Ltd.*, 2009 NBCA 62, 349 R.N.-B. (2^e) 171. À la page 501 de l'arrêt *McIntyre c. Hockin*, la

Cour d'appel de l'Ontario a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Il est maintenant bien établi en droit que si un motif valable de congédiement existait réellement, il n'importe aucunement qu'au moment du congédiement, l'employeur ne se soit pas appuyé sur ce motif, n'y ait pas donné suite ou même n'ait pas été au courant de son existence, ou qu'il se soit appuyé sur un autre motif qui était en soi insuffisant. La question principale est toujours celle de savoir s'il existait au moment du congédiement des faits suffisants en droit pour justifier ce congédiement » (par. 10). Toutefois, la Cour d'appel a ensuite expliqué que le plaidoyer fondé sur le motif obtenu subséquemment pouvait être réfuté dans les cas où l'employeur était au courant de l'inconduite antérieure mais n'avait rien fait pour remédier à la situation. L'omission de l'employeur donne lieu au contre-plaidoyer de tolérance, comme la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *McIntyre c. Hockin* :

[TRADUCTION]

Il y a peut-être lieu, toutefois, d'ajouter quelques mots sur la question de la tolérance. Lorsqu'un employeur prend connaissance d'une inconduite d'un employé, suffisamment grave pour justifier le congédiement de ce dernier, il se trouve dans une alternative - il peut le congédier, ou il peut fermer les yeux sur la faute. Par contre, il ne peut pas garder l'employé à son service et le congédier par la suite, à n'importe quel moment. Il serait éminemment injuste qu'il puisse agir ainsi, car l'une des conséquences d'un congédiement justifié est que l'employé ne peut rien recevoir pour ses services après le dernier jour de paye, qu'il soit engagé à l'année ou pour quelque période que ce soit : *Smith's Law of Master and Servant*, 4^e éd., p. 220; *Boston Deep Sea Fishing and Ice Co. c. Ansell*, 39 Ch. D. 339. Le fait qu'il a gardé l'employé à son service pendant un certain temps après avoir découvert sa faute constitue un acte de tolérance, et l'employeur ne peut plus congédier l'employé pour cette faute à moins qu'un nouvel incident ne se produise. Nul doute qu'il convient que l'employeur dispose d'un temps raisonnable pour déterminer quoi faire, pour décider s'il congédiera ou non l'employé, ou encore pour se mettre à la recherche d'un autre employé. Aussi, il est essentiel que la nature et l'ampleur de la faute soient parfaitement connues de lui, car il ne saurait pardonner ou tolérer ce dont il n'est pas entièrement informé. En outre, la tolérance impose une condition tacite de bonne conduite

future et, s'il y a nouvelle inconduite, les anciennes transgressions peuvent être invoquées et peser dans la balance, contre le contrevenant, en tant que motif de congédiement. [Par. 13]

[76] Dans la mesure où les principes du droit du travail en vigueur au dix-neuvième siècle étaient fondés sur le modèle de contrat classique passé entre deux parties ayant des pouvoirs de négociation égaux, ces principes favorisaient l'employeur et ont été maintenus au vingtième siècle. Ainsi, dans l'arrêt *Carr c. Fama Holdings Ltd.*, [1989] B.C.J. No. 1888 (C.A.) (QL), qui a confirmé [1988] B.C.J. No. 1149 (C.S.) (QL), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a affirmé que si l'incompétence d'un employé était connue, mais n'avait pas été revendiquée, au moment du congédiement, l'employeur pouvait néanmoins l'invoquer comme motif de congédiement pour le cas où l'employé engagerait une action pour congédiement injustifié. *Carr* était une affaire dans laquelle l'employeur n'avait pas communiqué à une employée les véritables motifs de son congédiement afin de ménager ses sentiments et était allé jusqu'à lui remettre des lettres de recommandation. Dans leur ouvrage intitulé *Just Cause: The Law of Summary Dismissal in Canada*, feuillets mobiles (Aurora (Ont.) : Thomson Reuters Canada Ltd., 2010), le juge Randal S. Echlin et Matthew L.O. Certosimo, disent, à la p. 8-9, que l'arrêt *Carr* appuie la proposition suivante : [TRADUCTION] « À la condition qu'un fondement factuel préexistant démontre l'incompétence, l'employeur n'a pas à fournir des motifs ni d'ailleurs quelque motif que ce soit, au moment du congédiement ».

[77] La notion de tolérance a certainement rendu en grande partie inopérant le droit que la common law reconnaît à l'employeur de garder le silence ou de ne rien divulguer au moment du congédiement. Les tribunaux s'appuyaient également sur les plaidoiries pour éliminer les instances où l'employeur cherchait à prouver qu'il existait un motif valable alors qu'il n'en avait envisagé aucun jusqu'à ce que l'avis de poursuite pour congédiement injustifié ait été signifié. Dans l'arrêt *Cyril Leonard & Co. c. Simo Securities Trust Ltd and others* (1971), 3 All E.R. 1313 (C.A.), à la p. 1324, le lord juge Stamp a fait observer que bien que le motif obtenu subséquemment puisse être invoqué, cette doctrine ne permet pas à l'employeur de plaider généralement l'existence d'un motif

sans donner de précisions suffisantes dans l'espoir de [TRADUCTION] « dénicher » un motif valable lors de l'interrogatoire préalable.

[78] Les intimés ont fondé leur argumentation en faveur d'un motif obtenu subséquemment sur la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Lake Ontario Portland Cement Co. Ltd. c. Groner*. Pourtant, ils ont omis de reconnaître la pertinence de la *Loi sur les normes d'emploi*. Cette *Loi*, et plus précisément le par. 30(2), a initialement été invoquée dans le cadre de la motion en vue de la modification des plaidoiries des intimés pour que celles-ci comprennent la défense de motif de congédiement obtenu subséquemment en raison des allégations concernant Dovico (voir 2008 NBBR 27, [2008] A.N.-B. n° 63 (QL)). À ce moment-là, M. Doucet avait prétendu que puisque sa lettre de licenciement n'indiquait pas que cette mesure était prise pour un motif valable, il était trop tard pour soulever cette question étant donné le par. 30(2). Le juge saisi de la motion (qui a plus tard été le juge du procès) a fait observer que cet argument pourrait avoir une certaine validité si la preuve établissait que Spielo connaissait le [TRADUCTION] « motif valable » au moment du congédiement mais que la question de la connaissance devait être tranchée au procès (par. 27). Cette question a été oubliée au procès, mais elle doit nécessairement être examinée.

[79] Conformément à l'article 2 et au paragraphe 76(2) de la *Loi sur les normes d'emploi* et à la jurisprudence, il n'y a rien qui empêche un employé d'invoquer les droits énoncés dans la *Loi* malgré le fait que ces droits soient invoqués dans une action pour congédiement injustifié et non devant le tribunal administratif établi en vertu de la *Loi* : *Cormier c. Royal Canadian Legion, Saint John Branch No. 14* (1994), 154 R.N.-B. (2^e) 335, [1994] A.N.-B. n° 504 (C.B.R.) (QL); *Jagoe c. Recount Investments Ltd.*, [1997] R.N.-B. (2d) (Supp.) No. 50, [1997] A.N.-B. n° 179 (C.B.R.) (QL), la juge Larlee (tel était alors son titre), qui n'a pas suivi *Snodgrass c. Brunswick Chrysler Plymouth Ltd. et al.* (1989), 98 R.N.-B. (2^e) 1, [1989] A.N.-B. n° 366 (C.B.R.) (QL), décision qui portait sur l'art. 89 de la *Loi* et a été confirmée en appel sur un autre point au volume (1989), 103 R.N.-B. (2^e) 91, [1989] A.N.-B. n° 1039 (C.A.) (QL). Voir aussi la décision

Hamilton c. International Brotherhood of Boilermakers, Iron Shipbuilders, Blacksmiths, Forgers and Helpers, Local Lodge No. 73, [1998] A.N.-B. n° 302 (C.B.R.) (QL).

[80] Le paragraphe 30(1) de la *Loi sur les normes d'emploi* dispose que hors le cas où il existe un motif valable de licenciement, un employeur ne peut cesser l'emploi d'un salarié sans lui avoir donné un avis écrit minimal. Par exemple, en vertu de l'al. 30(1)b), un salarié qui compte cinq années ou plus de service ininterrompu doit recevoir un avis « minimal » de quatre semaines. Le paragraphe 30(2) dispose ensuite que l'employeur qui licencie un salarié pour un motif valable doit le faire par écrit en lui indiquant les motifs du licenciement. Le paragraphe 30(2) dispose également qu'à moins que des motifs ne soient fournis au salarié, le licenciement sans avis n'a aucune validité même s'il existe un motif valable de licenciement. En cas de non-conformité avec l'art. 30, l'employeur doit au salarié la rémunération qu'il aurait gagnée pendant la période d'avis, conformément au par. 34(2). Finalement, l'art. 29 de la *Loi* dispose que l'art. 30 ne s'applique qu'aux salariés qui ne sont pas couverts par une convention collective. Il y a une raison évidente qui explique cette restriction. Dans le cadre d'un régime de négociation collective, la possibilité de réintégrer l'employé existe toujours. L'article 30 ne cherche pas à modifier le fait reconnu en common law que la réintégration n'est pas une solution qui s'offre aux tribunaux dans le cadre d'une action pour congédiement injustifié.

[81] En résumé, l'employeur qui congédie un employé doit soit lui donner par écrit les motifs de cette mesure s'il s'agit d'un congédiement pour un motif valable soit lui donner un préavis raisonnable. Si l'employeur ne donne pas les motifs du congédiement, il doit donner un préavis raisonnable. Si l'employeur ne fait ni l'un ni l'autre, le congédiement n'est pas valable et l'employé a droit à une rémunération tenant lieu de préavis raisonnable même s'il existe un motif valable de congédiement, auquel cas l'analyse judiciaire portera essentiellement sur la durée du délai de préavis. Cela m'amène à me demander si l'employeur qui donne par écrit les motifs du congédiement sommaire de l'employé a le droit de modifier ces motifs en déposant des motifs de congédiement entièrement nouveaux, c'est-à-dire un motif de congédiement obtenu

subséquemment. Subsidiairement, si l'employeur donne à l'employé un préavis ou lui verse une rémunération tenant lieu de préavis et si l'employé poursuit l'employeur pour congédiement injustifié pendant le délai de préavis, l'employeur a-t-il le droit de soulever pour la première fois le moyen de défense fondé sur le motif valable ? En common law, la réponse est oui.

[82] Il nous reste à examiner la question de savoir si le législateur a voulu que le par. 30(2) modifie la common law. C'est ce que le juge saisi de la motion a conclu dans la décision *Cormier c. Royal Canadian Legion, Saint John Branch No. 14*. Dans cette affaire, un employé qui travaillait pour son employeur depuis dix-sept ans a été congédié de son poste de barman pour le motif que son employeur était sur le point de procéder à une restructuration de l'entreprise. L'employeur était allé jusqu'à communiquer ce motif de licenciement à la « Commission d'assurance-chômage ». L'employé, qui avait reçu quatre mois de rémunération tenant lieu de préavis, a poursuivi l'employeur et obtenu un jugement par défaut. L'employeur a demandé l'annulation du jugement par défaut pour la raison qu'il existait un motif valable de congédiement. Il semblait que si les motifs de congédiement obtenus subséquemment étaient véridiques, ils auraient justifié le congédiement immédiat de l'employé. Le juge saisi de la motion a affirmé que le par. 30(2) avait pour objet de modifier la common law et, s'appuyant à cet égard sur la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, [1992] A.C.S. n° 41 (QL), il a rejeté l'argument de l'employeur selon lequel il pouvait invoquer des motifs de congédiement différents. Le raisonnement du juge saisi de la motion en ce qui concerne l'injustice de la situation du point de vue de l'employé est convaincant :

[TRADUCTION]

Nous sommes en l'espèce devant un exemple classique de ce qui peut se produire lorsqu'un salarié n'est pas informé qu'il est licencié pour un motif valable et ignore donc les motifs allégués. M^e LeMesurier [l'avocat du demandeur] se plaint qu'au bout d'une année, il lui est toujours impossible de dire à son client s'il a ou non une cause d'action alors même qu'il a déjà introduit l'action. Il doit se contenter de l'informer qu'une restructuration n'est pas suffisante pour

justifier un licenciement pour un motif valable et qu'à première vue, quatre [mois] d'indemnité compensatrice de préavis après dix-sept années de service représentent un dédommagement insuffisant. Il ignore pourquoi son client a été licencié.

Le salarié qui est licencié dans de telles conditions se trouve devant un dilemme. Il possède la « lettre invoquant la restructuration » qu'il peut montrer à d'éventuels employeurs, mais il doit toujours craindre que ces derniers ne téléphonent à son ancien employeur pour obtenir une recommandation sans qu'il sache quelle sera sa réponse. Une telle personne peut tout au plus réclamer plusieurs mois de salaire, et il faut tenir compte des frais, de l'incertitude et du stress associés à une poursuite. [Par. 16 et 17].

[83] La valeur de précédent de la décision *Cormier c. Royal Canadian Legion, Saint John Branch No. 14* est évidente. Elle solidifie l'obligation qui est faite aux employeurs de fournir par écrit les véritables raisons pour lesquelles la décision de licencier un employé a été prise et se trouve ainsi à écarter la valeur de précédent de décisions comme *Carr c. Fama Holdings Ltd.* À mon avis, la décision rendue dans l'affaire *Cormier* est conforme aux principes d'interprétation des lois et à la démarche générale qu'a adoptée la Cour suprême en matière d'interprétation des textes législatifs régissant les normes d'emploi. Le préambule du par. 30(2) précise que l'employeur qui licencie un salarié pour un motif valable doit exposer par écrit les motifs de cette mesure. Les derniers mots de ce paragraphe sont aussi clairs. Le licenciement n'a aucune validité même s'il existe un motif valable, à moins bien sûr que l'employeur n'effectue un licenciement avec avis. Je trouve révélateur, également, qu'en rédigeant le par. 30(2), le législateur ait imposé aux employeurs qui licencient un salarié pour un motif valable l'obligation d'indiquer à l'employé, par écrit, les motifs de cette mesure (vraisemblablement dans un délai raisonnable après le départ du salarié du lieu de travail) l'employeur ne pouvant se contenter de donner un avis portant simplement que le salarié est licencié pour un motif valable. La différence entre les deux est importante. Cette dernière formulation aurait laissé la possibilité de modifier les motifs du licenciement pour le cas où celui-ci aurait donné lieu à un litige. J'estime que les rédacteurs du par. 30(2) étaient pleinement conscients de l'incidence que cette disposition aurait sur la

common law. Je souligne, en passant, que je n'ai trouvé aucune disposition équivalente dans les textes législatifs régissant les normes d'emploi en vigueur dans d'autres provinces.

[84] La décision rendue dans l'affaire *Cormier* et l'application du par. 30(2) de la *Loi sur les normes d'emploi* n'ont pas surpris les personnes qui connaissent bien la jurisprudence arbitrale. Chose intéressante, la majorité des arbitres ont, de leur propre initiative mais sous la protection des clauses privatives que l'on trouve dans la législation sur les relations de travail, adopté la même démarche parce qu'elle fournit une certaine protection contre la capacité des employeurs d'exercer leur pouvoir de congédier d'une manière capricieuse ou arbitraire. La décision de principe en la matière est celle de l'arbitre Laskin (qui est plus tard devenu juge en chef du Canada) dans l'affaire *Aerocide Dispensers Ltd. c. United Steelworkers of America (Walker Grievance)*, [1965] O.L.A.A. No. 1 (QL). Voir en général l'ouvrage de Stacey R. Ball, intitulé *Canadian Employment Law*, vol. 2, feuillets mobiles (Aurora (Ont.) : Thomson Reuters Canada Ltd., 2010) à la p. 21-39, et l'ouvrage de Peter Barnacle et Roderick Wood, intitulé *Employment Law in Canada*, 4^e éd., vol. 2, feuillets mobiles (Markham (Ont.) : LexisNexis Canada Inc., 2010) au par. 17.136, où les auteurs mentionnent la position minoritaire qui consiste à appliquer la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Lake Ontario Portland Cement Co. Ltd. c. Groner*.

[85] Cela m'amène à poser la question de savoir si la notion de motif obtenu subséquemment a sa place à la lumière du par. 30(2) de la *Loi sur les normes d'emploi*. L'opinion générale veut que le par. 30(2) ne s'applique pas aux instances où l'employeur n'était pas au courant de l'inconduite antérieure et a donc été dans l'impossibilité de faire état de cette inconduite antérieure au moment d'indiquer les motifs du congédiement : *Lindsay c. Peace Hills Trust*, 2008 NBBR 303, 336 R.N.-B. (2^e) 299. Cette façon de voir les choses est conforme au bon sens et aux principes d'interprétation des lois. C'est la même démarche que celle qui a généralement été adoptée dans la jurisprudence arbitrale.

[86] Si la notion de motif obtenu subséquemment s'applique dans les instances où il y a eu congédiement pour un motif valable, elle devrait également s'appliquer dans les cas où l'employé a été congédié avec préavis mais où, subséquemment, l'employeur apprend l'existence d'une inconduite antérieure qui aurait justifié un congédiement sommaire. Ce sont là les faits qui nous occupent en l'espèce. À cette étape-ci, toutefois, il vaudrait mieux abandonner l'expression « motif obtenu subséquemment » et la remplacer par l'expression « motif de congédiement découvert subséquemment ». L'expression [TRADUCTION] « motif établi subséquemment » est également appropriée (voir l'ouvrage de Howard A. Levitt, *The Law of Dismissal in Canada*, 3^e éd., feuillets mobiles (Aurora (Ont.) : Thomson Reuters Canada Ltd., 2010) à la p. 6-11). Cette nouvelle formulation nous dispense d'examiner les instances se rapportant essentiellement à l'inconduite de l'employé qui est ultérieure au congédiement de l'employé, sujet que je n'ai pas à aborder et que je veux éviter (voir la décision *Aasgaard c. Harlequin Enterprises Ltd. (c.o.b. Starways Books)*, [1993] O.J. No. 1484 (C.J. Ont. (Div. gén.)) (QL), et l'ouvrage d'Echlin et Certosimo, à la p. 8-2).

[87] En résumé, le plaidoyer de motif de congédiement découvert subséquemment comporte deux éléments clefs : (1) l'employeur ne doit pas avoir été au courant de l'inconduite au moment du congédiement; (2) l'inconduite, pour peu qu'elle eût été connue, aurait justifié un congédiement sommaire. Si l'employeur était au courant de l'inconduite et que l'avis de congédiement ne précisait pas que cette inconduite était le motif du congédiement, le par. 30(2) de la *Loi sur les normes d'emploi* interdirait à l'employeur de soulever ultérieurement la question.

[88] À cette étape-ci, il y a lieu de résumer en quoi le par. 30(2) de la *Loi sur les normes d'emploi* est différent de la common law lorsqu'il est question du concept de motif de congédiement découvert subséquemment. En common law, il est sans importance que l'employeur ait été au courant de l'inconduite antérieure. Si, toutefois, l'employeur était au courant de l'inconduite antérieure, l'employé a le droit et l'obligation d'établir la tolérance de l'employeur à cet égard. Par contraste, aux termes du par. 30(2), si l'employeur était au courant de l'inconduite antérieure mais ne mentionne

pas expressément que ce fait est un motif du congédiement, la question est close. L'employeur ne peut pas modifier ses motifs en ajoutant un nouveau motif de congédiement. Par conséquent, l'employé n'a pas à passer à l'étape suivante qui consiste à établir la tolérance de l'employeur. Par ailleurs, si l'employeur se conforme au par. 30(2) et indique par écrit les motifs du congédiement, l'employé peut soulever la défense de tolérance comme cela a été fait dans l'affaire *Backman c. Maritime Paper Products Limited* qui traitait de la question de la tolérance dans le contexte de la justification cumulative de congédiement.

[89] Il y a un autre élément que je veux souligner. À mon avis, il y a une différence fondamentale entre un motif de congédiement fondé sur des inconduites discrètes qui ont été cachées à l'employeur, ou qui ne pouvaient être découvertes dans le cours normal de la relation de travail, et des actes qui se rapportent à des questions de rendement au travail et qui, si l'on avait fait preuve de la diligence requise, auraient été connus de quiconque aurait pris le temps d'observer ce qui se passait sur le lieu de travail. J'estime que cette différence est conforme aux objectifs qui sous-tendent la *Loi sur les normes d'emploi*. Par conséquent, je ne suis pas de ceux qui souscrivent à l'opinion voulant qu'une preuve d'incompétence, qui aurait été inconnue au moment du congédiement, puisse être invoquée pour établir l'existence d'un motif valable de congédiement. Si un employeur a omis de superviser un employé pendant qu'il essayait d'évaluer son degré de compétence constant dans l'exécution des tâches qui lui avaient été assignées, c'est le problème de l'employeur. Cette omission doit être réputée réfuter tout plaidoyer de motif de congédiement découvert subséquemment. En somme, les cas faciles sont ceux dans lesquels l'employeur n'était pas au courant de la conduite antérieure au congédiement. Les cas difficiles sont ceux où l'on prétend que l'employeur aurait dû être au courant de la prétendue inconduite.

[90] Je souscris à l'opinion générale qui veut que la raison de principe qui sous-tend le concept de motif découvert subséquemment consiste à garantir qu'un employé ne sera pas autorisé à réfuter des allégations d'agissements pour la simple raison que les tentatives visant à dissimuler l'inconduite pendant que l'employé occupait son poste ont réussi ou encore parce que la nature des transgressions était hors de l'atteinte

normale des personnes qui sont en droit de tenir pour acquis que chaque employé s'acquitte des obligations de son emploi en toute loyauté et en toute honnêteté. De cette façon, le plaidoyer de motif découvert subséquemment empêche l'employé de tirer profit de sa propre inconduite. Toutefois, ce plaidoyer devrait être rejeté dans les cas où l'examen du dossier ou du travail de l'employé révèle des lacunes qui auraient justifié un commentaire négatif ou des mesures correctives de la part de l'employeur avant que celui-ci ne recoure à la sanction ultime : le congédiement pour un motif valable. Comme je l'ai dit au début, le droit ne devrait pas encourager les employeurs à jouer le rôle d'archéologues de l'emploi, en fouillant dans les vestiges des antécédents professionnels d'un employé dans l'espoir d'exhumer des motifs de congédiement.

[91] À supposer qu'au moment du congédiement, l'employeur n'ait pas été au courant de l'inconduite antérieure, il reste à se demander si l'inconduite découverte subséquemment aurait justifié un congédiement immédiat. Comme on pouvait s'y attendre, une grande partie de la jurisprudence concerne l'inconduite consistant en des actes malhonnêtes d'un employé : voir par exemple la décision *Ennis c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, [1986] B.C.J. No. 1742 (C.S.) (QL). Cela ne veut pas dire que dans tous les cas une conduite malhonnête justifie le congédiement sommaire. Cette interprétation du droit est fondée sur l'arrêt *McKinley c. BC Tel*. Toutefois, certaines instances sont plus faciles à trancher que d'autres. Ce sont celles où le résultat est justifié pour des raisons de principe. Les employés ne devraient pas pouvoir tirer profit de leur propre malhonnêteté. Comme on peut le lire dans l'ouvrage d'Echlin et Certosimo, à la p. 8-6 : [TRADUCTION] « La doctrine du motif obtenu subséquemment vise à garantir qu'il ne sera pas permis à un employé de réfuter des allégations d'agissements pour la simple raison que les tentatives visant à dissimuler l'inconduite ont été couronnées de succès jusqu'après le congédiement ». L'arrêt *Lake Ontario Portland Cement Co. Ltd. c. Groner* est pertinent. Dans cette affaire, l'employé avait, à l'insu de l'employeur, antidaté un document essentiel relatif à l'emploi. Viennent ensuite les instances traitant d'appropriation illicite d'argent, de commissions secrètes et du versement de pots-de-vin. L'employé qui lance une entreprise concurrente est également coupable d'inconduite justifiant le congédiement immédiat : *Knowlan c. Trailmobile Parts & Services Canada*

Ltd., 2006 BCSC 337, [2006] B.C.J. No. 457 (QL). En résumé, le droit s'attarde à la conduite indigne qui détruit le fondement même de la relation de travail aux fins de décider si l'inconduite en question justifie un congédiement immédiat. Il existe de nombreux cas où l'inconduite d'un employé justifie une mesure disciplinaire ou d'autres mesures correctives relativement bénignes, du moins lorsqu'on les compare à la sanction ultime qu'est le congédiement sommaire.

B. *Les allégations concernant Dovico*

[92] En 1993, M. Doucet, M. Manship et Michel Vienneau ont constitué Dovico, laquelle devait développer un logiciel de gestion du temps à l'intention des entreprises. M. Vienneau est le frère de Daniel Vienneau, président de Nanoptix. Daniel Vienneau est l'homme qui a formulé l'allégation de pot-de-vin. M. Doucet a été président de Dovico dès le départ. Il est clair que Spielo et Dovico n'ont jamais été en concurrence l'une avec l'autre. En 1993, Dovico n'avait que deux employés, M. Doucet et sa sœur, Diane Doucet. Il semble que c'est cette dernière qui devait diriger l'entreprise au jour le jour. Jusqu'en 1994, M. Manship a été actionnaire et administrateur de Dovico. M. Doucet est entré à l'emploi de Spielo en 1994. Michel Vienneau semble avoir travaillé pour Dovico jusqu'en 2001.

[93] Le juge du procès a conclu qu'au fil des ans, M. Doucet et M. Manship ont souvent discuté du potentiel de Dovico et que, par conséquent, M. Manship avait une certaine connaissance des activités de Dovico. En 2002, le journal local a publié un article annonçant que M. Doucet avait été nommé [TRADUCTION] « Jeune entrepreneur de l'année » par suite du succès que connaissait Dovico. M. Manship a témoigné qu'il avait été bouleversé par cet article et le message qu'il envoyait aux employés de la Online Division qui avaient de la difficulté à s'acquitter de certaines obligations contractuelles envers leurs clients étrangers. M. Manship a fait part de ses préoccupations à M. Doucet qui a répondu en disant qu'il était d'accord avec M. Manship. Rien d'autre n'a été dit ou fait à cet égard.

[94] En juillet 2006, un juge saisi d'une motion a ordonné à Spielo de permettre aux demandeurs l'accès à des bandes de sauvegarde qui contenaient les dossiers électroniques de Spielo. En février 2007, Spielo a retenu les services d'un expert-conseil afin qu'il l'aide à recouvrer les documents sauvegardés y compris des courriels. Cette tâche a été achevée en décembre 2007. Parmi les courriels recouverts figuraient ceux qui avaient été envoyés et reçus par M. Doucet. Autant que je puisse en juger, il y avait quarante-huit courriels appuyant l'hypothèse selon laquelle M. Doucet participait aux activités commerciales de Dovico. Ces courriels avaient été envoyés ou reçus sur une période de dix-neuf mois. Ajoutés à l'agenda électronique de M. Doucet qui avait été récemment découvert, ces éléments de preuve ont amené Spielo à prétendre que ce dernier dirigeait les activités quotidiennes de Dovico et utilisait à tort les ressources de Spielo ainsi que ses subordonnés à Spielo pour effectuer des travaux pour le compte de Dovico. Par exemple, la consultation du calendrier électronique de M. Doucet a révélé que les réunions hebdomadaires de Dovico y étaient inscrites. En ce qui concerne le recours à d'autres employés de Spielo pour effectuer le travail de Dovico, j'en suis réduit à croire que cette allégation était fondée sur trois courriels que M. Dauphinee a envoyés ou reçus concernant des questions de marques de commerce qui touchaient Dovico. Sur la foi de ces renseignements, Spielo a obtenu, dans le cadre d'une motion, le droit de modifier ses plaidoiries afin qu'elles comprennent une demande reconventionnelle formée contre M. Doucet pour cause de « motif de congédiement obtenu subséquent » ainsi qu'une demande de remboursement des indemnités de départ (252 000 \$) plus les intérêts (voir 2008 NBBR 27, [2008] A.N.-B. n° 63 (QL)). Ce droit a pris naissance quatre ans après que Spielo a déposé sa défense dans l'action et quatre mois avant le procès.

[95] Dans les plaidoiries modifiées, on prétend que M. Doucet a agi en [TRADUCTION] « violation de son devoir fiduciaire envers Spielo et [...] il s'est placé dans une situation de conflit d'intérêts » flagrant. On y lisait ensuite ceci : [TRADUCTION] « La grave inconduite dont Doucet s'est rendu coupable démontre qu'il n'[a] pas le niveau de confiance et de responsabilité exigé d'un employé occupant un poste de cadre supérieur à Spielo ». Je devrais également souligner qu'à un certain

moment, Spielo a aussi prétendu que M. Doucet, pendant qu'il travaillait pour elle, avait contribué à l'attribution d'un contrat à Nanoptix à une époque où il était administrateur et actionnaire de Nanoptix. Le juge du procès a fait allusion à cette allégation en passant ainsi qu'au fait que M. Doucet avait renoncé à ses actions et à son poste d'administrateur avant que le contrat ne soit attribué à Nanoptix.

[96] M. Manship a témoigné qu'il était au courant du rôle joué par M. Doucet au sein de Dovico mais qu'il (M. Manship) avait tenu pour acquis que la participation de M. Doucet aux affaires de Dovico était minime. M. Manship a également témoigné que s'il avait connu l'ampleur véritable du rôle joué par M. Doucet, il aurait procédé à son congédiement immédiat. M. Doucet a témoigné qu'il ne consacrait pas beaucoup de temps aux travaux de Dovico pendant qu'il travaillait pour Spielo. Les réunions de Dovico étaient tenues tôt le matin et il n'assistait pas à la plupart d'entre elles. M. Doucet a également témoigné qu'il arrivait à l'occasion que les employés de Spielo effectuent du travail pour Dovico de la même façon qu'ils effectuaient du travail personnel pour M. Manship. En fait, il a témoigné que M. Manship connaissait ou aurait dû connaître la nature et l'étendue exactes de sa participation aux activités de Dovico. Le juge du procès a rejeté le témoignage de M. Doucet. Il nous reste à nous demander si l'analyse juridique du juge du procès peut résister à l'examen en appel.

[97] Je suis respectueusement d'avis que l'analyse juridique du juge du procès est défectueuse. Le principal problème est que son analyse juridique traite, du même souffle, des allégations concernant Dovico et de l'allégation de pot-de-vin et il est difficile de déterminer quelle incidence la conclusion de pot-de-vin a eue sur la première. Au paragraphe 295 de ses motifs, le juge du procès a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Néanmoins, je suis d'avis que [les allégations concernant Dovico établissent] l'existence d'un juste motif et l'effet cumulé du pot-de-vin ou de la commission secrète prouve sans l'ombre d'un doute que Spielo disposait d'un motif valable pour congédier M. Doucet ». Je le répète, le juge du procès parle du même souffle des deux allégations ainsi que du fait que M. Doucet n'a pas appelé sa sœur, Diane, à témoigner : [TRADUCTION] « Si j'applique le droit aux questions de savoir si

M. Doucet apportait activement son soutien à Dovico et a facturé [Nanoptix] pour la somme de 60 000 \$ et si un pot-de-vin ou une commission secrète lui a été versé, je suis d'avis que la Cour peut tirer une inférence défavorable de l'omission d'appeler Diane Doucet à la barre des témoins » (par. 301). Finalement, le juge du procès dit ceci : [TRADUCTION] « Je ne peux que conclure que M. Doucet participait activement aux activités de Dovico étant donné qu'il assistait à des réunions, a été nommé jeune entrepreneur de l'année et a facturé les services qu'il a fournis alors qu'il occupait un poste à plein temps chez Spielo » (par. 302). Toutes ces conclusions ont été tirées en même temps que le juge du procès déclarait que M. Doucet avait en fait exigé et reçu un pot-de-vin de Nanoptix. Cela nous amène à nous demander si la conclusion du juge du procès relativement à l'allégation de pot-de-vin lui a fourni un moyen sommaire de déclarer que les allégations concernant Dovico étaient véridiques.

[98] Il s'agit d'une instance où l'employeur n'avait pas interdit toutes les formes de travail [TRADUCTION] « extérieur ». Il s'agit d'une instance où il existe des éléments de preuve établissant qu'à l'occasion, on demandait à d'autres employés d'accomplir des tâches qui servaient les intérêts de l'entreprise de l'employé. Il s'agit d'une instance où l'employeur connaissait l'existence de l'entreprise commerciale de l'employé. Il n'y a rien qui s'apparente à un dol. La participation de M. Doucet à Dovico, en qualité de président, n'était un secret pour personne dans le milieu des affaires et elle n'en était certainement pas un pour les personnes qui travaillaient à Spielo. Le juge du procès a estimé que la question à trancher était celle de savoir si M. Doucet avait joué un rôle actif ou passif dans la gestion de Dovico. Pourtant, on n'a jamais laissé entendre que les efforts faits par M. Doucet pour le compte de Dovico empiétaient sur sa capacité à s'acquitter de ses fonctions. D'ailleurs, M. Manship a témoigné que la participation de M. Doucet n'a pas eu d'effet tangible sur son travail. Par principe, M. Manship a insisté sur le fait qu'il était condamnable que du travail ait été effectué pour le compte de Dovico pendant les heures de bureau de Spielo.

[99] Nous savons que Dovico n'est pas une concurrente de Spielo et d'ailleurs, M. Manship a déjà siégé au conseil d'administration de Dovico, ne serait-ce que

brièvement. Il semble donc n'y avoir rien qui s'apparente à un dol ni aucun conflit d'intérêts imputable à une participation à une entreprise concurrente et pourtant le juge du procès s'est inexplicablement appuyé sur des décisions dans lesquelles l'employé congédié avait joué un rôle dans une entreprise concurrente. Le juge du procès a examiné et invoqué des décisions comme *Bursey c. Acadia Motors Ltd.* (1979), 28 R.N.-B. (2^e) 361, [1979] A.N.-B. n° 308 (C.B.R.) (QL), modifiée à (1980), 35 R.N.-B. (2^e) 587, [1980] A.N.-B. n° 364 (C.A.) (QL), *Tozer c. Hutchinson* (1869), 12 R.N.-B. 548, et *Atkins c. Windsor Star*, [1994] O.J. No. 623 (C.J. Ont. (Div. gén.)) (QL), mais ces décisions ne sont pas pertinentes et n'auraient pas dû influencer sur sa décision de conclure à l'existence d'un motif de congédiement découvert subséquemment. Il ne s'agit pas, en l'espèce, d'un véritable conflit d'intérêts dans lequel les loyautés auraient été partagées, sauf dans la mesure où le rôle joué par M. Doucet au sein de Dovico a pu avoir une incidence sur ses obligations professionnelles envers Spielo et aucune mention n'est faite à ce propos dans les motifs du juge du procès.

[100] Pour en revenir au cadre analytique à deux volets qui s'applique au motif de congédiement découvert subséquemment, le juge du procès aurait dû se pencher sur la différence entre un motif de congédiement fondé sur des inconduites discrètes qui avaient été cachées à l'employeur (par exemple, la malhonnêteté) et des actes qui se rapportent au rendement au travail et qui auraient été évidents aux yeux de quiconque aurait pris le temps d'observer ce qui se passait sur le lieu de travail. Toutefois, même à supposer que M. Manship n'eût pas raisonnablement pu connaître toute l'étendue de la participation de M. Doucet à Dovico, et même si celui-ci avait franchi la frontière qui séparait la gestion passive de Dovico de sa gestion active, personne ne s'est donné la peine de se demander si cette violation justifiait un congédiement immédiat. Inévitablement, le droit exige de l'employeur qu'il prenne des mesures moins sévères et plus efficaces pour remédier aux manquements d'un employé avant de recourir à la sanction ultime qu'est le congédiement. La décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *McKinley c. BC Tel* fait état du principe de la proportionnalité qui doit être appliqué et qu'a appliqué notre Cour, récemment, dans les arrêts *Hall c. Boise Alljoist Ltd.* (2006), 306 R.N.-B. (2^e) 396, [2006] A.N.-B. n° 498 (QL) et *Henry c. Fox Ford* (2004), 269 R.N.-B. (2^e) 63, [2004]

A.N.-B. n° 109 (QL). Toutes ces questions auraient dû être examinées. Puisqu'elles ne l'ont pas été, cet aspect de la demande reconventionnelle doit lui aussi être renvoyé en vue de la tenue d'un nouveau procès devant un juge différent.

C. *L'allégation de pot-de-vin*

[101] Le cadre à deux volets qui régit l'examen du motif découvert subséquent est facile à appliquer dans les cas où l'employeur invoque un motif de congédiement fondé sur la malhonnêteté de l'employé liée à l'extorsion de pots-de-vin de fournisseurs. Personne ne conteste le fait que Spielo et M. Manship n'ont rien su de tout cela jusqu'au neuvième jour du procès. On s'entend également pour reconnaître que si elle était établie, l'allégation de pot-de-vin justifierait un congédiement sommaire et il n'y a rien dans la jurisprudence ou dans la *Loi sur les normes d'emploi* qui réfute ces postulats. Voir les décisions *McEwan c. Irving Pulp & Paper Ltd.* (1995), 161 R.N.-B. (2^e) 328, [1995] A.N.-B. n° 199 (C.B.R.) (QL), et *Thorn c. RGO Office Products Ltd.*, [1993] A.J. No. 1038 (C.B.R.) (QL). Cela nous amène à nous demander si le juge du procès a commis une erreur en rejetant le témoignage de M. Doucet et en souscrivant à celui de M. Vienneau, l'homme qui s'était présenté et avait témoigné relativement aux événements qui ont donné lieu au prétendu pot-de-vin. M. Doucet invoque un manquement à l'équité procédurale en ce qui concerne la conclusion du juge du procès à cet égard.

[102] L'allégation selon laquelle M. Doucet avait exigé et reçu un pot-de-vin d'un des fournisseurs de Spielo (Nanoptix) n'a pas été plaidée à titre de modification à la demande reconventionnelle. Cette allégation a été soulevée pour la première fois pendant que l'avocat de Spielo contre-interrogeait M. Doucet au procès. Il faut préciser la source de cette allégation. Pendant les premiers jours du procès, M. Manship a rencontré par hasard le président de Nanoptix, Daniel Vienneau, à une banque de la région. Comme la poursuite et le procès avaient été largement rapportés dans les médias locaux, M. Vienneau a gracieusement offert d'apporter son aide pour les fins de l'instance. M. Manship a demandé à M. Vienneau s'il accepterait de parler aux avocats de Spielo.

M. Vienneau a accepté et une réunion a été organisée le soir même. C'est lors de cette réunion (en l'absence de M. Manship) que le stratagème visant l'obtention d'un pot-de-vin a été révélé pour la première fois. M. Vienneau a dit qu'en 2000, M. Doucet l'avait mis en demeure de [TRADUCTION] « payer » relativement à un contrat que Spielo avait précédemment accordé à Nanoptix. M. Vienneau a dit qu'il a reçu, et payé, des factures de Dovico qui s'établissaient au total à 64 584 \$, TVH comprise. M. Vienneau a produit des factures établies par Dovico à l'intention de Nanoptix concernant des services de consultation que Nanoptix n'a jamais reçus selon M. Vienneau. Le lendemain, l'allégation de pot-de-vin a été communiquée à M. Doucet qui était, à ce moment-là, en train d'être contre-interrogé par l'avocat de Spielo. Il a nié l'allégation. M. Doucet a témoigné que sa sœur, Diane Doucet, était la contrôleur de gestion de Dovico et que c'était elle qui préparait habituellement les factures. Diane Doucet n'a pas été appelée à témoigner et M. Doucet a été incapable d'expliquer pourquoi les documents en question avaient été établis. Lors du réinterrogatoire, l'avocat de M. Doucet a choisi de ne poser à son client aucune question sur la nouvelle allégation. M. Doucet n'a appelé aucun autre témoin aux fins de réfuter l'allégation de pot-de-vin, notamment sa sœur, celle qui était censée avoir établi les factures en question. Toutefois, il restait à M. Doucet à entendre ce que M. Vienneau avait à dire à propos de cette allégation.

[103] M. Vienneau a témoigné pour le compte des défendeurs intimés. Il a dit s'être senti obligé d'accepter la mise en demeure et de payer parce que le contrat sous-jacent intervenu entre Spielo et Nanoptix allait permettre à Spielo de prendre le contrôle des activités de Nanoptix pour ce qui concernait les contrats néerlandais. Il a reconnu que Spielo avait menacé de poursuivre Nanoptix pour des dépassements de coûts de 1,9 million de dollars qu'elle avait supportés en raison des manquements de Nanoptix au titre de ces contrats. M. Vienneau a informé M. Manship que s'il engageait des poursuites contre sa société, il n'aurait d'autre choix que de la mettre en faillite. Spielo n'a pris aucune autre mesure à l'encontre de Nanoptix. M. Vienneau a également admis qu'il était en train d'intenter une action contre le frère de M. Doucet. Je ne dispose d'aucun schéma chronologique me permettant de savoir qui a fait quoi à quel moment et

les motifs du juge du procès à cet égard ne sont pas aussi étoffés qu'ils le sont en ce qui concerne les questions ressortissant à l'action principale.

[104] Pendant le contre-interrogatoire de M. Vienneau par les appelants, le juge du procès a refusé d'autoriser que M. Vienneau soit contre-interrogé relativement à une lettre qui aurait, prétendait-on, contredit son témoignage concernant le pot-de-vin et a refusé d'admettre cette lettre en preuve. Le juge du procès a statué que puisque le document en question n'était pas mentionné dans l'affidavit des documents des appelants et n'était pas visé par l'énoncé général des appelants concernant le privilège relatif au litige, le document n'était pas admissible. On a également dit que l'introduction de la lettre évoquerait le spectre d'un [TRADUCTION] « piège pendant le procès ». Après que les défendeurs eurent clos leur preuve dans l'action principale et la demande reconventionnelle, l'avocat de M. Doucet a présenté une motion afin qu'on donne aux demandeurs la possibilité de rappeler M. Doucet à des fins de contre-preuve relativement à la demande reconventionnelle. Les défendeurs s'y sont opposés. Dans de longs motifs distincts, le juge du procès a fait droit à l'objection et a refusé d'autoriser M. Doucet à témoigner en contre-preuve (voir 2008 NBBR 413, 340 R.N.-B. (2^e) 198).

[105] Le raisonnement qu'a suivi le juge du procès pour ce qui concerne la question de savoir s'il fallait permettre à M. Doucet de témoigner en [TRADUCTION] « contre-preuve » est le suivant. Bien qu'il soit établi, en droit, que le demandeur ne peut scinder sa preuve, la règle 54.07d) des *Règles de procédure* confère au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'autoriser une preuve contraire : « après que le défendeur a présenté ses moyens de preuve, le demandeur peut présenter toute preuve qu'il peut légitimement fournir en réplique ». La jurisprudence appuie le principe voulant que le demandeur ait le droit de produire une preuve contraire visant à contredire ou à tempérer des questions ou des faits nouveaux soulevés par la défense. La jurisprudence appuie aussi le principe voulant que le demandeur ne soit pas autorisé à produire des éléments de preuve qui ne viendraient que confirmer la cause du demandeur : *Allcock Laight & Westwood Ltd. c. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1966] O.J. No. 1067 (C.A.) (QL). Le droit est clair, le demandeur ne peut pas mettre de côté une

partie de sa preuve jusqu'au contre-interrogatoire des témoins du défendeur et, si cela marche mal, la présenter en réplique : *Mersey Paper Co. Ltd. c. County of Queens*, [1959] N.S.J. No. 9 (C.S.) (QL).

[106] M. Doucet a cité un certain nombre d'instances dans lesquelles le juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire aux fins d'autoriser le demandeur à produire une contre-preuve, et notamment à rappeler l'employé à la barre, en réponse à la preuve de l'employeur défendeur voulant qu'il ait eu un motif valable, ou un « juste motif », de congédiement. À cette étape, les motifs du juge du procès traitent longuement d'une question qui n'était pas en litige : la contre-preuve relativement à la question du motif valable de congédiement en ce qu'elle se rapportait à l'allégation de motif découvert subséquemment quant au travail que M. Doucet effectuait pour Dovico. Si j'ai bien compris, la contre-preuve ou preuve contraire que M. Doucet voulait présenter se rapportait uniquement à l'allégation de pot-de-vin. Quoi qu'il en soit, dans le cadre de son analyse, le juge du procès s'est ensuite essentiellement intéressé au [TRADUCTION] « respect » par Spielo de la règle énoncée dans l'arrêt *Browne c. Dunn* dont la Cour suprême du Canada a confirmé qu'elle demeure un principe valable d'application générale (voir l'arrêt *R. c. Lyttle*, 2004 CSC 5, [2004] 1 R.C.S., 193). En résumé, cette règle exige que l'avocat confronte un témoin par contre-interrogatoire avant d'attaquer sa crédibilité au moyen d'un témoignage contradictoire.

[107] Le juge du procès a ensuite statué que les défendeurs s'étaient conformés à la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* et que le témoignage de M. Vienneau était [TRADUCTION] « très proche » de ce qui avait été dit à M. Doucet lors de son contre-interrogatoire. De plus, le juge du procès a souligné que l'avocat de M. Doucet avait décidé de ne pas poser de question à son client lors du réinterrogatoire et que la règle énoncée dans *Browne c. Dunn* est également applicable à M. Doucet qui aurait dû poser à M. Vienneau des questions sur ce que M. Doucet pourrait dire en contre-preuve. Le juge du procès a ensuite statué que la preuve que M. Doucet voulait présenter ne ferait que contredire son témoignage antérieur ou le renforcerait. Le point crucial du raisonnement que le juge du procès a suivi pour rejeter la motion de M. Doucet en

présentation d'une contre-preuve se trouve dans le paragraphe suivant de ses motifs de décision qui sont publiés à 2008 NBBR 413, 340 R.N.-B. (2^e) 198 :

[TRADUCTION]

J'ai la conviction que même si le témoignage de M. Vienneau vise quelque chose que les défendeurs ont la charge de prouver, dans les circonstances de la présente instance, la contre-preuve proposée est inappropriée. Les demandeurs ont eu tout le temps nécessaire pendant la conduite de leur cause, tout particulièrement pendant le réinterrogatoire de M. Doucet, pour soulever cette nouvelle preuve. Pendant le témoignage de M. Doucet, d'autres aspects de la preuve des défendeurs concernant l'existence d'un « juste motif » de congédiement ont été explorés. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne le travail de M. Doucet à Dovico et les courriels dont l'existence a été reconnue par M. Doucet. Au cours de la présentation de leur preuve, les demandeurs ont également produit d'autres éléments de preuve établissant que Dovico avait recours aux services d'autres employés de Spielo. Selon ma compréhension, tous ces éléments étaient présentés pour contrer l'affirmation par les défendeurs qu'ils avaient un « juste motif » pour congédier M. Doucet. Selon moi, cela obligeait M. Doucet à produire la totalité de la preuve qu'il avait sur cette question comme le prescrit la jurisprudence citée au paragraphe 21 des présents motifs. [Par. 33].

[108] Au paragraphe 235 de sa décision, le juge du procès fait allusion au fait que M. Doucet avait des problèmes de crédibilité. Au paragraphe 302, il dit que [TRADUCTION] « le témoignage de Daniel Vienneau n'a pas été contredit en dehors des observations de M. Doucet ». Au paragraphe suivant, le juge du procès conclut que M. Doucet a été congédié pour un motif découvert subséquent. En arrivant à cette conclusion, le juge du procès a souligné que M. Doucet n'avait pas pu expliquer pourquoi Dovico avait établi à l'intention de Nanoptix des factures de plus de 60 000 \$.

[109] Je suis respectueusement d'avis que le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser M. Doucet à présenter une contre-preuve et en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de M. Vienneau relativement à une lettre qui aurait, prétend-on, contredit son allégation de pot-de-vin. Pour dire les choses simplement, l'arrêt *Browne c.*

Dunn ne s'applique pas à la présente instance. Spielo et M. Manship ne cherchaient pas à simplement miner la crédibilité de M. Doucet. Ils cherchaient à établir le bien-fondé d'une demande reconventionnelle qui concernait le remboursement de centaines de milliers de dollars. Ce qui était encore plus important, ils cherchaient à établir leurs prétentions en s'appuyant sur un motif valable de congédiement secondaire et distinct, qui n'était pas mentionné dans les plaidoiries et qui constituait un motif additionnel, découvert subséquemment, qui était susceptible d'avoir de lourdes conséquences en ce qui concernait la crédibilité de M. Doucet sur d'autres questions. De plus, Spielo elle-même avait produit en preuve des documents (les factures faisant état du pot-de vin) qui n'étaient mentionnés dans aucun affidavit, pour des raisons qui sont, il faut le reconnaître, compréhensibles. Toutefois, je suis incapable d'expliquer comment le juge du procès a pu interdire la production de la lettre de M. Doucet en contre-preuve pour le motif qu'il s'agissait d'un piège pendant le procès tout en faisant fi du droit qu'avait M. Doucet lui-même de ne pas faire l'objet d'un piège pendant le procès.

[110] J'ouvre une parenthèse pour souligner une évidence. Non seulement l'allégation de pot-de-vin avait une importance fondamentale pour ce qui concernait la demande reconventionnelle, mais elle avait aussi une importance fondamentale pour la crédibilité de M. Doucet au titre des différentes demandes d'indemnité qu'il avait formulées dans l'action principale. Autrement dit, la conclusion selon laquelle M. Doucet avait exigé et accepté un pot-de-vin ne pouvait pas manquer de contaminer les autres conclusions du juge du procès dans la mesure où ces conclusions ressortissaient à la question de la crédibilité. Si tel est le cas, comment peut-on ne pas infirmer ces autres conclusions du juge du procès? N'eût été la solide preuve documentaire présentée en l'espèce, et les longs et convaincants motifs du juge du procès traitant des questions factuelles fondamentales, la question aurait pu constituer un moyen d'appel dans le cadre duquel la mesure réparatoire aurait été un nouveau procès. Je veux simplement en venir à ceci : le moment où l'allégation de pot-de-vin a été formulée était tout à fait susceptible de compromettre sept années de contentieux. Les instances civiles sont souvent l'occasion d'âpres disputes, mais les enjeux sont beaucoup plus élevés lorsque, pendant le

procès, le défendeur accuse le demandeur d'une activité criminelle en invoquant le témoignage d'un tiers qui est demeuré silencieux pendant presque neuf ans.

[111] La présente affaire n'était pas censée avoir pour objet un pot-de-vin de 60 000 \$. Il s'agissait et s'agit toujours d'une poursuite en justice de plusieurs millions de dollars dans laquelle la crédibilité du demandeur est tout aussi importante que celle du défendeur. Le procès doit être conduit de façon juste et équitable et il doit sembler être conduit de façon juste et équitable. Le juge du procès aurait dû accorder la réparation demandée. La notion selon laquelle l'avocat de M. Doucet aurait dû poser des questions à son client en réinterrogatoire est, en toute déférence, injuste.

[112] Il est vrai que l'avocat de M. Doucet aurait pu faire un certain nombre de choses pour empêcher que le procès s'engage sur le terrain de l'allégation de pot-de-vin. Le fait qu'il s'en soit abstenu n'a, dans les circonstances, aucune importance. Le juge du procès a commis une erreur en persistant à s'appuyer sur la notion erronée voulant qu'il y ait lieu, en l'espèce, d'appliquer la règle énoncée dans *Browne c. Dunn*. Le défendeur ne peut pas et ne devrait pas pouvoir établir une demande reconventionnelle par l'application de cette règle. M. Doucet avait le droit d'entendre M. Vienneau et d'autres personnes qui avaient témoigné pour le compte de Spielo avant de rendre un témoignage de vive voix et de présenter des preuves documentaires en réponse à ce motif nouveau et inattendu qui était invoqué à titre de motif valable de congédiement. Dès lors que le défendeur avait clos sa preuve, la règle 54.07d) des *Règles de procédure* autorisait le juge du procès à permettre à l'employé demandeur de présenter une preuve en réplique se rapportant à de nouvelles questions soulevées par la preuve du défendeur. L'allégation de pot-de-vin relevait clairement de cette catégorie.

[113] Je suis d'avis que le refus du juge du procès d'autoriser M. Doucet à présenter une contre-preuve en ce qui concernait l'allégation de pot-de-vin justifie l'intervention de la Cour d'appel. Le juge du procès a accepté la preuve orale et documentaire produite par M. Vienneau tout en rejetant celle de M. Doucet. Il s'en est suivi que M. Doucet a été condamné à rembourser son indemnité de départ de 272 000 \$,

plus les intérêts (7 %) calculés sur une période de presque de sept ans. Dans les circonstances, je souscris à la prétention des appelants selon laquelle la mesure réparatoire appropriée consiste à accueillir l'appel en ce qui concerne la demande reconventionnelle et à renvoyer l'affaire à la Cour du Banc de la Reine en vue de la tenue d'un nouveau procès devant un juge différent conformément aux règles 62.21(8) et (9)b des *Règles de procédure*. Rendre une décision contraire reviendrait à sanctionner, pour reprendre le libellé de la règle 62, « un préjudice important ou une erreur judiciaire ».

[114] À deux reprises, le juge du procès a tiré une inférence défavorable du fait que M. Doucet n'avait pas appelé sa sœur, Diane Doucet, à témoigner même si son nom figurait sur la liste provisoire des témoins qui avait été remise aux défendeurs avant le procès. Je ne suis pas disposé à examiner cette question si ce n'est pour renvoyer les avocats à la décision de notre Cour dans l'affaire *Doiron c. Haché*, 2005 NBCA 75, 290 R.N.-B. (2^e) 79, décision que ni l'une ni l'autre parties n'ont mentionnée dans leurs mémoires respectifs.

VI. Le régime d'octroi des dépens au Nouveau-Brunswick

A. *Introduction : la déférence*

[115] Il n'est besoin de rappeler à personne le principe de déférence envers les ordonnances de dépens. L'intervention d'une instance d'appel n'est pas justifiée, à moins qu'il ne soit établi que le juge du procès a commis une erreur de principe ou fixé des dépens si élevés ou si faibles qu'il y a erreur manifeste. En matière de déférence, ou de retenue, on pourra se reporter à *Becker et al. c. Cleland's Estate et al.* (1981), 35 R.N.-B. (2^e) 542, [1981] A.N.-B. n^o 198 (C.A.) (QL), *Boyle c. Atherton, Atherton's Estate and Eureka Holdings* (1983), 51 R.N.-B. (2^e) 151, [1983] A.N.-B. n^o 345 (C.A.) (QL), *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) c. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Company and Frechette* (1987), 91 R.N.-B. (2^e) 189, [1987] A.N.-B. n^o 1019 (C.A.) (QL), *Proenca c. Squire's Home Improvements & Total Renovations Ltd. et al.*,

2001 NBCA 45, 252 R.N.-B. (2^e) 274, *Comeau c. Saint John Regional Hospital et al.*, 2001 NBCA 113, 244 R.N.-B. (2^e) 201, *Moffett (Stephen) Ltd. c. New Brunswick (Minister of Transportation)*, 2008 NBCA 9, 326 R.N.-B. (2^e) 242 et *Grant c. Townsend-Grant*, 2011 NBCA 12, [2011] A.N.-B. n^o 33 (QL).

[116] Il ne s'agit pas que de déférence en l'espèce. Il nous faut remonter aux principes premiers, et au cadre juridique instauré par la règle 59 des *Règles de procédure*. Comme nous l'avons indiqué précédemment, les dépens accordés par le juge du procès sont les plus élevés qu'ait octroyés la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick. La tâche est d'autant plus difficile, ici, que des demandes multiples ont été présentées qui se recoupent et qui mettent en jeu une somme que les rédacteurs du Tarif de 1982 ne pouvaient raisonnablement envisager. En outre, le coût des services juridiques a extraordinairement augmenté au cours des trois dernières décennies, de sorte que certains des postulats sur lesquels le tarif reposait à l'origine appartiennent désormais à une autre époque. Également, les parties ont invoqué une jurisprudence qui amène à se demander si les dépens, au Nouveau-Brunswick, doivent procurer à la partie gagnante une indemnisation substantielle. Dans l'une des décisions, les dépens entre parties équivalent à 80 % de la facture de l'avocat. Dans l'autre, au contraire, la partie gagnante a obtenu environ 3 % des frais de justice engagés pour sa défense. Dans un cas comme dans l'autre, le plaideur gagnant avait dépensé des millions. Cet écart incite à rechercher en quoi diffèrent conceptuellement les indemnisations partielle et substantielle et, en bout de ligne, à se pencher sur l'objet de l'octroi de dépens entre parties.

B. *Objet(s) de l'octroi de dépens*

[117] Il est acquis en droit que, sauf circonstances particulières, les dépens ont pour objet, dans un système dit « perdant payeur », d'indemniser partiellement la partie gagnante des honoraires d'avocat qu'elle a engagés, en demande ou en défense, dans une action ou dans une procédure. La plupart achoppent encore, cependant, sur le niveau d'indemnisation capable de concilier deux principes opposés : les dépens doivent apporter une indemnisation appropriée à la partie gagnante, et ils ne doivent pas dissuader

de faire valoir une demande méritoire. Au chapitre des dépens entre parties, il est généralement question d'indemnisation partielle et substantielle dans la jurisprudence. La notion d'indemnisation entière subsiste, mais normalement dans le contexte de frais entre avocat et client accordés par suite d'une conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties (*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, [1993] A.C.S. n° 112 (QL)). Outre qu'il a pour objet d'indemniser la partie gagnante, l'octroi de dépens est un outil d'infléchissement de la conduite des parties et de prévention des abus de procédure. Ainsi, en Ontario par exemple, trois autres objets sont reconnus à l'octroi de dépens : favoriser les règlements amiables, dissuader d'actions et de défenses frivoles, décourager du recours à des mesures inutiles qui prolongent indûment le litige (*1465778 Ontario Inc. c. 1122077 Ontario Ltd.*, [2006] O.J. No. 4248 (C.A.) (QL), par. 26). Assez récemment, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé opportun de déclarer que le principe primordial de l'octroi de dépens est celui de la [TRADUCTION] « raisonabilité », sans lequel une décision pourrait aller à l'encontre de l'objectif fondamental [TRADUCTION] « d'accès à la justice » (*Davies c. Clarington (Municipality)*, 2009 ONCA 722, [2009] O.J. No. 4236 (QL)). Ce point de vue est à comparer avec celui qu'a exprimé la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Catalyst Paper Corp. c. Companhia de Navegacao Norsul*, 2009 BCCA 16, [2009] B.C.J. No. 52 (QL), arrêt où elle a fait état de la tendance récente des tribunaux de cette province à se servir des règles régissant les dépens comme d'un moyen [TRADUCTION] « d'épuration » de la filière judiciaire. On pourra se reporter, de façon générale, à l'ouvrage de Mark M. Orkin, *The Law of Costs* (2^e éd., feuillets mobiles, Toronto, Canada Law Book Inc., 2010, vol. 1, p. 2-1 et suiv.).

[118] En Ontario, il est résulté de l'application de l'art. 131 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* et de la règle 57.01 des *Règles de procédure civile* un consensus suivant lequel « indemnisation partielle » signifie 60 % des heures facturées par l'avocat. Il semble que le taux d'une « indemnisation substantielle » représente une fois et demie le taux de l'indemnisation partielle, soit 90 % des heures facturées par l'avocat. Les règles de procédure annotées font mention de taux horaires maximaux basés sur l'expérience de l'avocat, ainsi que de taux pour les stagiaires en droit et les clerks d'avocat. Bien sûr, la question des débours raisonnables est traitée séparément. Il revient au juge du procès de

se pencher sur les observations de l'avocat en matière de dépens et sur sa facturation horaire pour en apprécier la raisonnable dans les circonstances. La Nouvelle-Écosse, elle, utilise un tarif semblable au nôtre pour l'établissement des dépens. Ce tarif est axé sur le « montant clé » et comporte trois échelles, dont chacune prévoit l'application d'un pourcentage donné aux sommes supérieures à un million de dollars. Par contre, la Cour d'appel de cette province a déclaré que son système d'attribution de dépens avait pour objet, ou pour but, de procurer à la partie gagnante une [TRADUCTION] « indemnisation substantielle », ce que la jurisprudence néo-écossaise définit comme une proportion des deux tiers aux trois quarts des heures facturées par l'avocat ou du temps consacré à l'affaire (*Williamson c. Williams*, [1998] N.S.J. No. 498 (C.A.) (QL)).

[119] La jurisprudence de notre province n'indique pas que les dépens, au Nouveau-Brunswick, doivent ou devaient procurer une indemnisation substantielle à la partie gagnante. Ceux et celles qui ont exercé le droit ici au cours des trente dernières années pourront témoigner de leur propre expérience. Il y a lieu de se demander si notre tarif, qui date de 1982, s'accorde avec ce que sont devenus les frais d'un litige aujourd'hui. Il est permis d'avancer que le Tarif de 1982, dans la mesure où il fixe les dépens entre parties payables dans les actions où intervient un montant-clé de 1 000 \$ à 100 000 \$, d'après cinq échelles, ressortit à un passé juridique lointain et répond mal, de ce fait, à l'appel d'une partie au remboursement juste et appréciable des frais engagés pour obtenir gain de cause en demande ou en défense. L'autre lacune manifeste du tarif consiste en l'absence de rapport logique entre le montant de la poursuite et le montant qu'une partie doit raisonnablement affecter à une poursuite ou à une défense. Il se peut qu'un rapport ait existé entre ces montants en 1982, mais trop de temps s'est écoulé. La justesse de cette observation apparaît confirmée lorsqu'on constate qu'une remarque, dans le tarif, prévoit que les dépens d'appel correspondent à 40 % des dépens du procès. Naturellement, notre Cour interprète ici « correspondent à 40 % » comme une disposition indicative et non impérative. Il n'en demeure pas moins que la présence d'une disposition prévoyant des dépens de 40 % en Cour d'appel confirme que les rédacteurs de la règle n'envisageaient pas l'introduction régulière de poursuites commerciales de millions de

dollars devant les tribunaux. Après tout, qui eût prédit, en 1982, que le plafond des poursuites intentées aux petites créances passerait, en 2010, à 30 000 \$?

[120] Malgré ses lacunes évidentes, le tarif présente un avantage qui, si le juge du procès choisit d'accorder des dépens forfaitaires, ne joue tout simplement plus. Le tarif est un facteur de certitude et de prévisibilité, en droit, parce qu'il permet aux avocats et aux clients d'entrevoir ou d'estimer l'ampleur éventuelle des dépens, ce qui demeure vrai, qu'un rapport existe ou non entre le montant-clé et les dépens prescrits en vertu du tarif. Je m'explique. La jurisprudence moderne parle de la nécessité d'attribuer des dépens qui soient « justes et raisonnables ». Je présume que cette formule signifie que les dépens doivent être justes du point de vue de l'une et l'autre partie compte tenu de leurs attentes raisonnables. Or, le tarif agit sur ces attentes raisonnables. Avocats et parties au litige tirent du tarif des jalons qui définissent la valeur des éventuels dépens, et ils sont protégés, dans une certaine mesure, contre l'octroi d'une somme qui s'écarterait considérablement des dépens auxquels le tarif permet de s'attendre. Après tout, qui voudrait, fût-il avocat ou partie à un litige, de dépens basés sur une norme vague voulant qu'ils soient « justes et raisonnables »?

[121] Le tarif présente un autre avantage pratique : il force les parties à évaluer le bien-fondé de chaque demande et à estimer raisonnablement le montant probable des dommages-intérêts. Si la demande n'est pas fondée en droit, ou si les dommages-intérêts réclamés sont gonflés ou calculés sur la base de principes erronés, le client courra le risque de voir le chiffre avancé servir à établir le « montant-clé ». Les avocats savent, en outre, que les dépens sont souvent tenus pour un moyen approprié de dissuader de demandes douteuses et de réagir à une conduite malavisée (mécomptes de l'avocat). Si une partie a rendu la cause plus complexe qu'il n'était nécessaire, les dépens en rendront compte. Le but, de façon générale, n'est pas de punir, mais de dédommager de ses frais additionnels la partie innocente. Il me faut souligner cependant qu'il demeure possible de recourir aux dispositions des *Règles de procédure* prévoyant des jugements sommaires et des décisions sur des questions de droit (*Cannon c. Lange et al.*).

[122] Notre système axé sur un tarif a cet avantage en outre qu'il n'est pas réellement aussi rigide qu'on le pense. Le pouvoir discrétionnaire incorporé à la règle 59, qui habilite le juge du procès à accorder des dépens tenant compte de réalités nouvelles et des faits de l'instance, ne doit pas être oublié. Par exemple, le pouvoir de s'écarter des limites que prévoit le tarif est une facette connue de notre jurisprudence. De fait, il est permis aux tribunaux d'appliquer le tarif pour octroyer à la partie gagnante une indemnité juste et raisonnable suivant ce à quoi les parties se seraient attendues si elles s'étaient donné la peine d'examiner le tarif et la règle 59. Bref, le tarif qui repose sur un montant-clé est un système qui a ses vertus.

[123] L'attribut essentiel du tarif néo-brunswickois est qu'il continue de garantir, malgré ses échelles caduques, que l'accès à la justice demeure l'objectif fondamental. Le tarif survit parce qu'il apporte des repères utiles aux avocats et, par le fait même, aux parties, quant à ce que pourront être les dépens. Franchement, les poursuites d'envergure, comme celle dont notre Cour est saisie, sont l'exception à la Cour du Banc de la Reine. En dépit de son âge, le tarif, joint à la règle 59, offre suffisamment de souplesse pour garantir que les dépens apportent une indemnité appréciable à la partie gagnante. Le droit du juge du procès d'exercer son pouvoir discrétionnaire sur le fondement de principes est ce qui fait que le tarif, aujourd'hui encore, demeure pertinent. Il appartient à d'autres de décider de l'ampleur des révisions nécessaires.

C. *Le régime de base – Règles 49 et 59, tarif A*

[124] Le principe étant posé que les dépens suivent normalement l'issue de l'instance, et la victoire n'ayant nullement été partagée en l'espèce, que ce soit à parts égales ou inégales, les dépens entre parties demeurent susceptibles de rajustement en fonction des offres de règlement qui ont pu être présentées avant le procès. Le contexte étant ainsi défini, la fixation des dépens au Nouveau-Brunswick est régie, de façon générale, par la règle 59 des *Règles de procédure*. La règle 59.01 prévoit que les dépens afférents à une instance ou à une étape de l'instance demeurent à la discrétion de la cour.

Suivant la règle 59.01(2)a), le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire de condamner à des dépens, soit forfaitaires, soit conformes au tarif A. La règle 59.02 liste douze facteurs dont la cour peut tenir compte, globalement, pour la fixation des dépens. La règle 59.08 porte que, sous réserve des règles 59.01 et 59.02, la cour « doit » fixer les dépens afférents aux honoraires des avocats suivant le tarif A. En d'autres termes, si la demande est chiffrable, il convient de supposer d'abord que le tarif A servira à fixer les dépens, mais rien n'empêche la cour de choisir d'accorder des dépens forfaitaires ou, par exemple, de condamner aux frais entre avocat et client. Les circonstances de l'espèce en décideront.

[125] Pour établir les dépens en application du tarif, le « montant-clé » de l'instance est crucial. La règle 59.09(1)a) prévoit que, si le litige porte essentiellement sur une demande pécuniaire accueillie en tout ou en partie, le montant-clé doit être fixé d'après trois critères : (1) le montant accordé; (2) le degré de complexité de l'instance; (3) l'importance des questions en litige. La règle 59.09(1)b) ajoute que, si le litige porte essentiellement sur une demande pécuniaire qui est refusée, le montant-clé est un montant fixé en fonction des facteurs suivants : (1) le montant des dommages-intérêts calculés provisoirement; (2) le montant de la poursuite; (3) le degré de complexité de l'instance; (4) l'importance des questions en litige.

[126] Il peut arriver que le juge du procès ne produise pas de calcul provisoire des dommages-intérêts parce que les parties ont obtenu une ordonnance, en application de la règle 47.03 des *Règles de procédure*, prescrivant la séparation des questions de la responsabilité et des dommages-intérêts. Les parties devraient aussi réfléchir à la façon dont les dépens seront fixés si la responsabilité n'est pas établie. Il est possible d'opter pour des dépens forfaitaires, comme il a fallu le faire d'ailleurs dans une cause connue : *Domenicantonio c. Finnigan* (1988), 84 R.N.-B. (2^e) 362, [1988] A.N.-B. n^o 103 (C.B.R.) (QL). Opter pour ces dépens ne va pas sans difficultés cependant (voir l'analyse ci-après). Dans le cas d'un litige commercial, il est instructif d'examiner les plaidoiries et les observations préalables au procès avant de s'arrêter aux concessions pouvant avoir été faites au procès qui sont susceptibles d'amener une réduction ou une augmentation des

dépens. Il se peut que le juge du procès ait à répondre, en définitive, à une question élémentaire, mais capitale : d'un point de vue réaliste, quel dédommagement le demandeur recherchait-il? La présente espèce exige de répondre à cette question, puisque le montant de la poursuite a fluctué au fil du temps.

[127] Le « degré de complexité de l'instance » est un critère dont la cour doit tenir compte, également, pour déterminer le montant-clé. Le degré de complexité d'une cause s'évalue de façons diverses. Le droit peut être complexe, ce qu'il est, par exemple, lorsqu'il s'agit de responsabilité délictuelle des pouvoirs publics. Les faits peuvent être difficiles : le cas se présente lorsqu'est produite une preuve scientifique ou une preuve d'expert contradictoire. La conjonction d'un droit et de faits ardu peut amener une cause véritablement complexe et un très long procès (dans *Adams et al. c. Borrel et al.*, 2008 NBCA 62, 336 R.N.-B. (2^e) 223, le procès a demandé dix-huit semaines). Généralement, la complexité se mesure en termes de durée du procès et d'importance de la preuve nécessaire pour asseoir une ou plusieurs demandes. De toute évidence, un procès d'une journée où il est établi qu'une dette d'un million demeure valide ne sera pas tenu pour une instance complexe. La complexité de la présente cause est indubitable. L'une des parties ou les deux l'ont-elles rendue indûment complexe? C'est une tout autre question. La cour se penche sur cette difficulté, d'ordinaire, au moment du choix de l'échelle appropriée.

[128] Le dernier facteur énoncé par la règle 59.09(1)b) est « l'importance des questions en litige ». Suivant l'interprétation que j'en donne, ce critère s'applique par exemple aux causes où, quoique la somme en jeu puisse être relativement négligeable, les questions en litige transcendent les intérêts des parties à l'instance pour se révéler d'importance générale en droit. La personne qui avance un argument constitutionnel valable en vue d'obtenir une somme d'argent assez considérable pourra ne pas avoir à assumer les dépens usuels d'une instance civile en raison de l'importance de la cause pour le bien commun. De même, je considère « l'importance des questions en litige » comme un facteur pertinent lorsque le juge du procès est saisi de plusieurs demandes pécuniaires et qu'il peut statuer aisément sur certaines d'entre elles, sans que la

complexité ou la durée du procès s'accroisse. Par exemple, la question de ce qui constitue un préavis raisonnable, dans une action en congédiement injustifié, est relativement simple. La jurisprudence définit le cadre juridique, les précédents sont parfaitement explicites et le juge du procès rend ce que la plupart considèrent comme une décision basée sur les faits. C'est pourquoi bon nombre, voire même la plupart des décisions publiées en matière de congédiement injustifié, au Nouveau-Brunswick, indiquent que le procès a duré deux ou trois jours tout au plus. Par contre, il arrive que des demandes pécuniaires multiples soient présentées. Certaines, parce qu'elles ne sont qu'accessoires à la demande principale, sont simples et ne requièrent pas un travail énorme. Si toutefois les trois quarts du procès sont consacrés à un point en litige, il y aura lieu de présumer que le montant-clé y sera étroitement lié. Au terme du procès, une unique et simple question doit nourrir les réflexions du juge : quels points en litige ont fait des parties de véritables adversaires et les ont plongées dans un litige onéreux? Hormis le sot et la partie fortunée, nul n'a les moyens de s'engager dans une poursuite où la réparation pécuniaire demandée est inférieure aux honoraires qu'exigera vraisemblablement l'avocat.

[129] Manifestement, les rédacteurs du Tarif de 1982 ne pouvaient envisager le recoupement de demandes multiples fondées, d'une part sur le droit de la responsabilité délictuelle, d'autre part sur le droit contractuel. La notion de responsabilité concomitante, en droit canadien, était à l'état embryonnaire. Il apparaît tout aussi clairement, à la lecture de la jurisprudence des années soixante-dix et quatre-vingts, que la perspective de poursuites qui atteindraient de 30 à 100 millions de dollars leur était inconnue. Dans les motifs qui suivent, je reconnais que la fixation du « montant-clé » est une tâche qui se révèle parfois difficile et qui, parfois encore, paraît alambiquée. En revanche, je crois qu'adhérer au tarif vaut beaucoup mieux, pour le juge du procès, qu'accorder des dépens forfaitaires sur le fondement de critères inconnus, dépens qui seraient le fruit d'une justice pratiquée au bloc-notes : d'une estimation à vue de nez de ce qui serait, pour la partie qui obtient gain de cause, une indemnité juste et raisonnable. L'octroi de dépens forfaitaires ne doit pas résulter d'un exercice de pouvoir discrétionnaire qui ne s'appuie pas sur des principes. J'y reviendrai ci-après.

[130] Le « montant-clé » arrêté, la tâche de fixation des dépens en application du tarif n'est pas terminée. La cour doit encore décider laquelle des cinq échelles utiliser. Chacune des échelles porte des montants-clés de 1000 \$ à 100 000 \$. L'échelle 3 est dite « de base ». Les rédacteurs de la règle 59 estimaient qu'elle serait « probablement » l'échelle choisie dans la plupart des cas. De même, les auteurs du *Practice Manual* publié à l'intention des avocats à l'époque de l'adoption des *Règles de procédure* en 1982 ont indiqué qu'ils s'attendaient à voir les tribunaux utiliser le plus souvent l'échelle 3 et, de ce fait, appliquer à l'excédent un pourcentage maximal de 3 %. La question suivante est ensuite posée dans ce manuel de procédure : [TRADUCTION] « Dans quelles circonstances la Cour choisira-t-elle une échelle supérieure ou une échelle inférieure? » Les auteurs répondent qu'entreront en compte le [TRADUCTION] « degré de complexité de l'instance » et la [TRADUCTION] « conduite des avocats, les démarches qui ont été entreprises pour abréger ou prolonger la durée de l'instance. » Sur ce point, notre Cour a conclu, aux par. 14 et 15 de *Liquid Carbonic Inc. c. Marché de Poisson du Quai Ltée, McGraw Fresh & Frozen Fish Ltd., Thorne Riddell Inc. and National Bank of Canada* (1985), 61 R.N.-B. (2^e) 395, [1985] A.N.-B. n^o 159 (C.A.) (QL), que le degré de complexité et la difficulté de l'instance sont des facteurs à prendre en considération tant pour fixer le montant-clé que pour choisir l'échelle appropriée. Nous avons vu que la règle 59.02 liste d'autres facteurs susceptibles d'influer sur une ordonnance de dépens. Par exemple, la règle 59.02e) précise que la cour peut tenir compte de toute conduite d'une partie « qui tendait à abréger ou à prolonger inutilement la durée de l'instance ».

[131] Du point de vue des dépens, il existe une différence manifeste entre une cause complexe et une cause indûment complexe. Les causes complexes engagent le juge du procès à passer de l'échelle 3 du tarif à l'échelle 4 ou à l'échelle 5. Une cause n'est pas indûment complexe du seul fait que sont présentées plusieurs demandes, dont certaines s'appuient sur des moyens subsidiaires, ou que le droit est difficile. Les causes indûment complexes sont celles où une partie adopte une thèse ou une conduite qui ajoutent à la durée ou aux frais de l'instance, mais sans favoriser ses intérêts. Je tiens pour admis le principe juridique selon lequel la décision de hausser les dépens par suite des mécomptes d'une partie a pour objet d'indemniser la partie innocente, et non de punir

la partie fautive. Il est vrai que, parfois, les tribunaux sont tentés de condamner une partie à des dépens accrus en raison de sa conduite ou, plus souvent, de la conduite de son avocat. Toutefois, il y a lieu, d'ordinaire, de préférer la réflexion ou la retenue judiciaire pour deux raisons. Le droit autorise à condamner aux frais entre avocat et client les parties coupables de conduite grave ou répréhensible, et la règle 59.13 des *Règles de procédure* prévoit la responsabilité personnelle d'un avocat.

[132] D'aucuns feront valoir que l'écart entre les dépens accordés par application de chacune des cinq échelles est plus illusoire que réel lorsque le montant-clé dépasse de beaucoup 100 000 \$. À n'en pas douter, dans les causes où des millions sont en jeu, il importe peu que les dépens accordés pour la première tranche de 100 000 \$ soient de 7 375 \$, par application de l'échelle 3, ou de 10 325 \$ par application de l'échelle 5. Par contre, le pourcentage appliqué à l'excédent demeure crucial. L'échelle 1 prescrit un taux pouvant aller « jusqu'à 1 % ». Chacune des échelles suivantes ajoute un point. L'échelle 5 prévoit donc un pourcentage pouvant aller « jusqu'à 5% ». Malgré que ces pourcentages soient présentés comme des maximums, je n'ai pu trouver que deux décisions où les tribunaux n'ont pas appliqué le taux maximal. Dans *Fowler c. Crawford and Barton* (1991), 114 R.N.-B. (2^e) 181, [1991] A.N.-B. n^o 215 (C.B.R.) (QL), la Cour a procédé à une application décroissante du pourcentage fixe prévu pour l'excédent. Dans *Guimond Estate et al. c. Fiberglas Canada Inc. et al.* (1999), 207 R.N.-B. (2^e) 355, [1999] A.N.-B. n^o 11 (C.B.R.) (QL), jugement confirmé dans (1999), 221 R.N.-B. (2^e) 118, [1999] A.N.-B. n^o 525 (C.A.) (QL), le juge du procès, après avoir conclu que le montant-clé était de 1,3 million de dollars, a adopté l'échelle 5. Il n'a toutefois pas appliqué le taux de 5 % à l'excédent du montant-clé sur les 100 000 \$ du tarif. Il a opté pour un taux de 2 %. Ces deux décisions mises à part, la tendance est au choix du taux maximal. Il ne s'ensuit toutefois pas que le pouvoir discrétionnaire de retenir un pourcentage inférieur soit exclu au Nouveau-Brunswick. Comme je le faisais remarquer d'entrée de jeu, un pouvoir discrétionnaire considérable, incorporé à la règle 59, est reconnu au juge du procès disposé à l'exercer sur le fondement de principes. Je signale, par parenthèse, que la jurisprudence de la Nouvelle-Écosse m'amène à croire que l'application des pourcentages maximaux est une pratique très répandue.

[133] Il y a lieu de reconnaître également le pouvoir discrétionnaire résiduel ou prépondérant du juge du procès d'octroyer des dépens rajustés, même si la somme accordée s'éloigne d'une stricte application du tarif. Ce pouvoir discrétionnaire résiduel peut être rattaché à la règle 59.01(2)a), qui porte que rien dans la règle 59 ne saurait s'interpréter comme portant atteinte au pouvoir de la cour de fixer les dépens afférents à une instance en ayant recours ou non à un tarif. L'arrêt que notre Cour a rendu dans *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) c. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Company and Frechette*, affaire d'homicide délictuel, apporte un exemple de l'exercice de ce pouvoir. Le juge du procès avait attribué 278 000 \$ à la famille de la victime, somme ramenée à 242 000 \$ en appel. Le tarif (échelle 5, taux de 5 %) autorisait des dépens maximaux de 19 225 \$, mais le juge du procès a accordé des dépens de 25 000 \$ sans donner de motifs. Le contexte était le suivant. Trois actions distinctes, mais étroitement liées, avaient réuni cinq parties et huit avocats en un procès de dix-sept jours qui s'était soldé par un jugement de première instance de soixante-dix pages. Comme l'a écrit notre Cour : [TRADUCTION] « [C]ompte tenu de la complexité de l'instance et de la durée du procès, le juge du procès a légitimement exercé son pouvoir discrétionnaire en accordant les dépens. » (Par. 30.) Devant le défaut du juge de motiver sa décision de hausser le montant des dépens, notre Cour a fait observer ce qui suit : [TRADUCTION] « Bien qu'il soit préférable que le juge du procès donne les motifs [pour lesquels il n'a pas appliqué le tarif], je ne partage pas l'opinion voulant que, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'attribuer les dépens, le juge du procès doive toujours expliquer pourquoi et comment il est arrivé au montant attribué. » (Par. 27.) Le contexte de ces observations est extrêmement important toutefois. Il n'était pas nécessaire, pour le juge du procès, de motiver sa décision de s'éloigner du tarif parce que ces motifs allaient de soi. En résumé, le juge du procès conserve le pouvoir discrétionnaire, non seulement de choisir l'échelle appropriée et le pourcentage à appliquer à l'excédent, mais aussi d'octroyer des dépens qui s'écartent d'une stricte application du tarif pour mieux répondre aux exigences de l'instance.

[134] La règle 59 des *Règles de procédure* n'est pas la seule à régir la fixation des dépens par la cour. La règle 49 s'applique, également, lorsqu'une offre de règlement a été présentée. La règle 49.09(1) prévoit que le demandeur qui présente, au moins dix jours avant le procès, une offre de règlement qui n'est, ni acceptée, ni révoquée, et qui obtient un jugement aussi favorable, sinon plus favorable, que son offre, aura droit à une fois et demie les dépens calculés aux termes de la règle 59.08(1). La règle 49.09(2) ajoute que, lorsqu'un défendeur a fait, au moins dix jours avant le procès, une offre de règlement qui n'a été, ni acceptée, ni révoquée, et que le demandeur n'obtient pas un jugement plus favorable que les conditions de l'offre, le demandeur n'a droit aux dépens au tarif des frais entre parties que jusqu'à la date de l'offre. Par la suite, le défendeur est celui qui a droit aux dépens entre parties. Cependant, les deux paragraphes sont assujettis à la règle 49.11, qui porte que, nonobstant les autres dispositions de la règle 49, la cour peut, dans l'exercice de son pouvoir relatif aux dépens, prendre en considération toute offre de règlement amiable faite par écrit, la date de l'offre et ses conditions. Bref, même si une offre de règlement ne correspond pas exactement aux prescriptions des règles 49.09(1) ou (2), la cour demeure investie du pouvoir discrétionnaire de décider si le rejet de l'offre doit avoir des répercussions sur le plan des dépens. Comme je l'explique ci-après, il n'est pas rare, dans notre province, qu'une partie présente une offre de règlement dont il y a lieu de penser, au vu de ses conditions, qu'elle sera vraisemblablement rejetée. Si elle a gain de cause au procès, cette partie demandera que des dépens entre parties lui soient accordés jusqu'à la date de l'offre et, sur le fondement d'une jurisprudence ontarienne, que les frais entre avocat et client lui soient octroyés par la suite. La Cour d'appel de l'Ontario a cependant reformulé le droit récemment, de sorte qu'il faut toujours une conduite grave pour justifier l'attribution de frais entre avocat et client.

D. *Tarif A ou somme forfaitaire – Le jugement Westinghouse*

[135] Au Nouveau-Brunswick, le juge du procès appelé à octroyer des dépens entre parties, dans une cause où la demande est chiffrable, fait normalement face à une alternative. Ou il applique le tarif, ou il accorde une somme forfaitaire. Le renvoi des dépens entre parties à un fonctionnaire judiciaire chargé de leur calcul sous le régime de

la règle 59.10 n'est encore jamais intervenu, du fait qu'il est entendu que cette règle ne s'applique qu'aux formalités qui, aux termes des *Règles de procédure*, autorisent la cour à ordonner le calcul prévu (voir la règle 59.08(3)). Les *Règles de procédure* ne prévoient pas que les dépens afférents aux honoraires d'avocat d'un procès soient calculés ainsi.

[136] On pourrait penser que, dans les causes où la demande est chiffrable et où la question des dommages-intérêts n'a pas été séparée de celle de la responsabilité, la décision d'appliquer le tarif irait de soi. Or, il faudra se pencher sur la question, car les appelants ont invoqué un jugement récent de la Cour du Banc de la Reine où la juge du procès a délaissé le tarif et accordé une somme forfaitaire correspondant à un peu plus de 3 % des frais de justice de 3 millions de dollars que la défenderesse avait engagés pour contester une poursuite de 12 à 15 millions. Je reviendrai à ce jugement sous peu.

[137] Il peut arriver que déterminer le montant-clé se révèle excessivement compliqué, ou alambiqué, en raison de la nature des demandes pécuniaires ou du rapport des demandes pécuniaires et non pécuniaires. Il peut arriver que le juge du procès soit incapable de déterminer le montant-clé, parce que la question des dommages-intérêts a été séparée de celle de la responsabilité. Si tel est le cas et que le juge choisisse de ne pas appliquer le tarif, seule s'offre à lui la possibilité d'accorder une somme forfaitaire. Les dépens forfaitaires sont problématiques en soi, cependant, à moins que la fixation de la somme ne repose sur une assise rationnelle. À quel cadre juridique les juges du procès se reportent-ils, au Nouveau-Brunswick, lorsqu'ils octroient des dépens forfaitaires? Si ce cadre n'existe pas, ou s'il n'existe ni précédents ni lignes directrices générales, s'ensuit-il que les dépens octroyés sont en grande partie tributaires de la circonscription judiciaire où l'action est instruite et de l'expérience personnelle du juge qui rend l'ordonnance?

[138] La justice au bloc-notes, s'il en était fait un exercice éclairé, pourrait voir le juge du procès gribouiller sur un feuillet, y additionner les jours d'interrogatoire préalable et les jours de procès, en doubler le total d'après l'hypothèse d'une journée de préparation pour chaque journée passée au tribunal, et multiplier le chiffre obtenu par dix, facteur correspondant au nombre présumé d'heures de travail quotidiennes. Il resterait à

multiplier le tout par le taux horaire supposé à l'avocat et à appliquer au montant un pourcentage respectable qui serait constitutif d'une indemnisation partielle et juste. On pourrait encore, plus simplement, octroyer 2 000 \$ par jour de procès, par exemple, et convenir que ce montant tient compte du travail préalable au procès. Curieusement, le « tarif de 2004 » en vigueur en Nouvelle-Écosse prévoit trois échelles dont les montants-clés vont de moins de 25 000 \$ jusqu'à 1 000 000 \$. S'ajoutent aux dépens de toutes les échelles 2 000 \$ par jour de procès. De même, dans cette province, les dépens forfaitaires supposent normalement la présentation à la cour d'un affidavit faisant état des honoraires d'avocat (heures facturées, ou heures de travail et taux horaire). La somme forfaitaire correspond à un pourcentage des honoraires d'avocat et son octroi est guidé, sans doute, par le principe d'indemnisation substantielle de la partie gagnante.

[139] La jurisprudence de notre Cour admet l'idée qu'il peut valoir mieux, dans certains types de causes, accorder des dépens forfaitaires qu'appliquer les prescriptions de la règle 59 et du tarif A. Je renvoie d'abord à *Simms c. Simms*, [1996] A.N.-B. n° 570 (C.A.) (QL), arrêt où notre Cour a mis en garde contre l'utilisation du tarif pour fixer les dépens dans les affaires de droit familial : [TRADUCTION] « [Le recours au tarif] peut souvent fausser une répartition des biens matrimoniaux par ailleurs délicate ». Dans cette cause, la valeur de l'intérêt de l'époux dans une entreprise familiale opposait les parties. L'épouse affirmait y avoir un intérêt de 25 %. Le juge du procès lui a reconnu un intérêt de 15 %. Il a octroyé à l'épouse des dépens forfaitaires de 17 500 \$ par suite d'un procès de quatre jours, et pour un montant-clé de 707 000 \$. Notre Cour a jugé ces dépens raisonnables. Si l'échelle 3 du tarif avait été appliquée, les dépens auraient été de près de 26 000 \$. Si *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) c. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Company and Frechette* avait été appliqué, le juge du procès aurait pu recourir provisoirement au tarif, puis rajuster les dépens en vertu de son pouvoir discrétionnaire intrinsèque en faisant valoir que la cause n'était pas complexe et que l'épouse n'avait pas appelé d'expert à témoigner pour contester l'évaluation de l'entreprise familiale.

[140] Quelques années plus tard, dans *Rademaker c. Rademaker*, 2002 NBCA 47, 251 R.N.-B. (2^e) 177, notre Cour a précisé la portée de l'arrêt *Simms*. Le passage suivant des motifs de la juge d'appel Larlee se rapporte à *Simms c. Simms* : [TRADUCTION] « Je suis d'avis que dans les affaires portant sur des litiges familiaux concernant la garde des enfants, les droits d'accès et les pensions alimentaires du conjoint et des enfants, il n'est généralement pas approprié d'accorder des dépens en application de la règle 59. Toutefois, dans les cas où la répartition des biens fait l'objet du litige et où le montant en cause est facilement déterminé, comme dans une affaire civile, il convient d'appliquer le tarif prévu par la règle 59. » (Par. 28.) (Voir également *Grant c. Townsend-Grant*.)

[141] Les observations qui précèdent m'amènent au jugement invoqué par les appelants, *NB Power c. Westinghouse*, 2010 NBBR 78, 359 R.N.-B. (2^e) 170, prononcé quelques semaines après que le juge du procès, en l'instance, a statué sur les dépens. Les dépens accordés dans *Westinghouse* ont été d'environ 3 % des frais de justice de la partie gagnante. La juge du procès a refusé d'appliquer le tarif et elle a préféré octroyer à la défenderesse la somme forfaitaire de 80 000 \$, à laquelle se sont ajoutés 20 000 \$ du fait d'une offre de règlement rejetée. J'admets que *Westinghouse* engage à l'octroi de dépens nettement inférieurs à ceux qu'a accordés le juge du procès en l'espèce. Ce jugement est donc incontournable; les faits essentiels s'apparentent de trop près à ceux de la présente affaire. Je précise que *Westinghouse* n'a pas appelé de l'ordonnance de dépens et que le délai d'appel est expiré depuis longtemps.

[142] Entre 1972 et 1975, Énergie NB avait acquis huit transformateurs de puissance auprès du fabricant, Westinghouse, pour une somme d'environ quatre millions de dollars. Chacun des contrats de vente était assorti d'une garantie d'un an relativement à toutes les défauts et d'une limitation de responsabilité. Les garanties avaient été négociées à l'époque de l'achat. Les transformateurs sont restés en service pendant quelque 15 à 25 années avant que l'un d'eux ne commence à présenter des signes de surchauffe. Comme les huit transformateurs avaient tous la même particularité technique, Énergie NB a dépensé 12,5 millions de dollars, au fil des ans, pour réparer ou remplacer

les produits défectueux. En 1997, elle a intenté contre Westinghouse une poursuite en responsabilité tant délictuelle que contractuelle pour obtenir le recouvrement des sommes dépensées. Énergie NB demandait en fait à la Cour de lui reconnaître une « garantie perpétuelle ». La juge du procès est arrivée à la conclusion que Westinghouse avait fait preuve de négligence dans la conception des transformateurs et rompu le contrat qui la liait à Énergie NB en lui livrant des transformateurs défectueux, mais elle a rejeté l'action. Elle a conclu que, si l'on en donnait une interprétation correcte, les clauses de « garantie » et de « limitation de responsabilité » exonéraient Westinghouse de sa responsabilité tant contractuelle que délictuelle et que la doctrine de la rupture fondamentale ne modifiait pas l'issue du procès. La juge du procès a accordé des dépens de 35 000 \$. Le jugement de première instance (2006 NBBR 370, 309 R.N.-B. (2^e) 299), porté en appel, a été confirmé par notre Cour sauf au chapitre des dépens (2008 NBCA 70, 337 R.N.-B. (2^e) 138). Nota : un arrêt récent de la Cour suprême du Canada, *Tercon Contractors Ltd. c. Colombie-Britannique (Transports et Voirie)*, 2010 CSC 4, [2010] 1 R.C.S. 69, enterre, une fois pour toutes, au par. 62, l'éminemment difficile doctrine de la rupture fondamentale (appelée principe de l'inexécution fondamentale dans *Tercon*).

[143] En appel, notre Cour a renvoyé à la juge du procès la question des dépens dans *Westinghouse*. La juge avait oublié qu'il fallait donner la possibilité aux parties de présenter des observations sur ce point après le procès et avant la décision. Également, notre Cour a constaté que la juge du procès n'avait pas donné de raison pour son choix de ne pas suivre le tarif. Lors du réexamen des dépens, la juge s'est refusée à adopter des précédents néo-écossais voulant que la partie gagnante eût droit à une « indemnisation substantielle ». Elle a décidé en outre de ne pas appliquer notre tarif. Elle a expliqué qu'elle n'était pas disposée à fixer les dépens à partir d'un montant-clé « fictif ». Les dépens octroyés auraient été trop élevés eu égard aux précédents néo-brunswickois. Elle a préféré accorder à la défenderesse des dépens forfaitaires de 80 000 \$, auxquels s'ajoutaient 20 000 \$ pour le rejet d'une offre de règlement de 2 millions présentée deux mois avant le procès. Si le tarif avait été appliqué comme l'indiquent les présent motifs, Westinghouse aurait établi qu'elle avait droit à première vue à des dépens qui, suivant

l'échelle 3, seraient allés de plus de 360 000 \$ jusqu'à 450 000 \$ et, suivant l'échelle 5, seraient allés de 600 000 \$ à 750 000 \$.

[144] Les faits essentiels de *Westinghouse* ressemblent singulièrement à ceux de la présente instance. La demanderesse, dans cette affaire, réclamait des dommages-intérêts de 12 à 15 millions de dollars. Les parties se sont livrées à une lutte acharnée. Le litige a duré près de dix ans; le procès proprement dit a demandé vingt-neuf jours et donné lieu à une preuve d'expert abondante portant sur la conception des transformateurs de puissance. La défenderesse l'a emporté au prix de frais de justice de 3 millions. Pourtant, la juge du procès lui a d'abord accordé des dépens de 35 000 \$. Après avoir approfondi sa réflexion, ou avoir été poussée à l'approfondir, elle a porté les dépens à 80 000 \$, somme à laquelle s'ajoutaient 20 000 \$ du fait d'une offre de règlement amiable rejetée. Comme je l'ai indiqué précédemment, toutefois, on ne saurait s'attendre que la juge du procès, dans *Westinghouse*, ait été au fait de la décision rendue dans *Spielo* vu la date de publication de cette décision.

[145] Comme la juge dans l'affaire *Westinghouse*, je suis d'avis qu'admettre la thèse de dépens censés procurer une indemnisation substantielle à la partie gagnante ne cadrerait pas avec la jurisprudence de notre province. J'y reviens ci-après. Je conviens, également, que certains précédents des premières années semblent attester une démarche modérée de nos tribunaux en matière d'octroi de dépens, mais il est tout aussi vrai que, dans chacun de ces précédents, le montant des dommages-intérêts était relativement modeste en comparaison des sommes que mettent en jeu aujourd'hui des causes aux faits analogues (*J.D. Irving Ltd., Aetna Insurance Company and Foster Wheeler Limited c. Mojan Ltée et al.* (1984), 52 R.N.-B. (2^e) 361, [1983] A.N.-B. n^o 386 (C.B.R.) (QL), *Fowler c. Crawford and Barton* et *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) c. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Company and Frechette*). Je dois dire cependant, en toute déférence, que je ne souscris pas à la conclusion que les 12 à 15 millions de dollars réclamés par la demanderesse dans *Westinghouse* constituaient un montant-clé fictif. Le fait est qu'Énergie NB réclamait au moins 12 millions pour les réparations effectuées et pour l'achat de transformateurs de remplacement. Rien ne

légitimait le choix de la juge du procès de ne pas recourir au tarif et de ne pas adopter, pour point de départ, un montant-clé de 12 à 15 millions de dollars. Elle aurait pu opter provisoirement pour l'échelle 3 et pour l'application du taux de 3 % à l'excédent, puis entendre les arguments favorables à l'emploi de pourcentages inférieur ou supérieur.

[146] Il convient de s'arrêter à un aspect particulier de l'octroi de dépens dans *Westinghouse*. Les motifs du jugement n'expliquent pas pourquoi des dépens de 80 000 \$ ont été substitués aux dépens initiaux de 35 000 \$. La nécessité d'exercer un pouvoir discrétionnaire sur le fondement de principes étant admise, comment doit-on procéder à la fixation des dépens si l'on n'applique pas le tarif? Je rappelle que le juge du procès qui exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le tarif doit veiller à se prémunir contre les allégations d'un exercice de ce pouvoir qui ne se serait pas appuyé sur des principes. Dans les poursuites d'importance, l'exercice du pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer le tarif est une invitation au contrôle par une instance d'appel. En somme, il me faut constater, en toute déférence, que la décision rendue en matière de dépens dans *Westinghouse* ne peut plus être considérée comme représentative du droit. (Question : *Debly Construction Ltd. c. New Brunswick (Minister of the Environment)*, 2009 NBBR 105, 344 R.N.-B. (2^e) 275, aurait-il tenu en appel? La Province défenderesse, qui avait repoussé une poursuite de 2,3 millions de dollars au terme d'un procès d'une semaine, a obtenu des dépens de 9 000 \$.)

[147] En conclusion, si vétuste que paraisse le cadre juridique instauré par la règle 59, il offre davantage aux parties à un litige que la possibilité d'obtenir du juge du procès l'octroi d'une somme forfaitaire s'appuyant sur des motifs inconnus ou sur des motifs qui ne peuvent s'inférer raisonnablement des circonstances de l'espèce. Le tarif rappelle aux avocats l'importance d'évaluer constamment les répercussions possibles d'un échec en justice et d'informer leurs clients des éventuelles retombées financières d'une défaite dans un litige où la demande est chiffrable. Le juge du procès qui choisit de ne pas appliquer le tarif dans un litige où la demande est chiffrable doit pouvoir se justifier d'allégations qui lui reprocheraient d'avoir exercé son pouvoir discrétionnaire sans s'appuyer sur des principes. Il pourra notamment se soustraire à ces attaques par le

recours, abordé ci-après, à une preuve par affidavit faisant état des honoraires d'avocat de la partie gagnante.

E. *Indemnisation partielle ou substantielle? La décision rendue dans Beaverbrook Art Gallery*

[148] Au Nouveau-Brunswick, les tribunaux n'ont pas examiné la question de savoir si le Tarif de 1982 devait apporter aux parties une indemnisation substantielle. Il est à noter que notre Tarif de 1982 a été adopté par la Nouvelle-Écosse en 1989 et qu'il est demeuré en vigueur dans cette province jusqu'à ce qu'il y soit remplacé par le « tarif de 2004 ». Comme l'explique *Landymore c. Hardy*, [1992] N.S.J. No. 79 (C.S.) (QL), l'adoption du tarif de 1989 reposait sur le principe que l'octroi des dépens doit couvrir substantiellement les dépenses raisonnables de la partie gagnante. Dans *Williamson c. Williams*, précité, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a indiqué que des dépens entre parties allant des deux tiers aux trois quarts des honoraires facturés par l'avocat pour le temps consacré à l'affaire s'accorderaient avec la notion d'indemnisation substantielle. Elle a fait remarquer ensuite qu'il y avait eu une [TRADUCTION] « dérive » considérable depuis l'adoption du tarif de 1989, du fait de l'escalade des honoraires d'avocat, et que l'octroi de dépens représentant une proportion beaucoup plus faible des honoraires était devenu pratique courante et admise, sauf inconduite ou circonstances particulières. La raison de cette incursion de la Cour dans le droit des dépens est instructive. Le demandeur, incapable de démontrer la responsabilité de la partie adverse au procès, avait cependant eu gain de cause en appel et l'affaire avait été renvoyée au juge du procès, qui avait été chargé de l'évaluation des dommages-intérêts. Il les avait évalués à 75 000 \$ et avait accordé des dépens de 8 500 \$ d'après l'échelle 5. L'avocat du demandeur avait [TRADUCTION] « inscrit des heures » équivalant à des honoraires de 80 000 \$ pour le travail accompli jusqu'à la fin du premier procès. La Cour d'appel a porté les dommages-intérêts à 97 000 \$. Les dépens prévus par le tarif, dépens d'appel compris, étaient de 14 000 \$ au total, somme que la Cour a jugée insuffisante. Les dépens se sont accrus de 30 000 \$.

[149] Les juges d'instance inférieure de la Nouvelle-Écosse ont indiqué dans quelle mesure le tarif de 1989 ne correspondait plus aux exigences modernes, en ce qui concerne le coût véritable d'un litige dans leur province. Par exemple, dans *Morash c. Burke*, 2007 NSSC 68, [2007] N.S.J. No. 95 (QL), le tarif de 1989 aurait abouti à des dépens de 9 200 \$, par application de l'échelle 3 à un montant-clé de 162 000 \$, alors que la partie gagnante avait engagé des honoraires d'avocat et des débours de quelque 60 000 \$. Le juge du procès a choisi de ne pas appliquer le tarif. Il a accordé, au lieu de dépens taxés d'après le tarif, des dépens forfaitaires de 22 500 \$, débours remboursables en sus (donc une indemnisation partielle de 30 %). Il a signalé que, si le tarif révisé de 2004 s'était appliqué, la somme accordée aurait été du même ordre, ce qui, estimait-il, confirmait le bien-fondé de l'octroi d'une somme forfaitaire. Quant au tarif révisé, le « tarif de 2004 », il est digne d'intérêt sous divers rapports. Il ne comporte que trois échelles, dont les montants vont de moins de 25 000 \$ jusqu'à 1 000 000 \$. Si le montant-clé dépasse le million de dollars, les dépens de l'échelle [TRADUCTION] « de base » (échelle 2) sont extrapolés par multiplication du montant-clé et de 6,5 %. La durée du procès entre en ligne de compte également. Chaque jour que le procès a requis, de l'avis du juge, ajoute 2 000 \$ à la somme prévue par le tarif.

[150] La jurisprudence de la Nouvelle-Écosse a connu une évolution qui fait en sorte aujourd'hui que les tribunaux, s'ils estiment que les dépens produits par le tarif ne s'accorderont pas avec le principe d'indemnisation substantielle, ne choisiront pas un montant-clé « artificiel » par lequel le tarif pourrait se conformer au principe. Ainsi, s'il apparaît impossible d'arriver à une indemnisation substantielle au moyen de l'échelle ou d'appréciations raisonnables du montant-clé, il est loisible à la cour d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est reconnu d'octroyer une somme forfaitaire. Pour déterminer quelle somme forfaitaire est appropriée, la cour examinera les honoraires réels, facturés à l'heure à la partie gagnante, ou le temps consacré à l'affaire par l'avocat. Les tribunaux, cependant, ont évité l'adoption de pourcentages. La cour ayant la responsabilité d'évaluer si l'effort engagé était juste et raisonnable, on attendra de l'avocat qu'il précise le nombre d'heures qu'il a consacrées au dossier et le total des honoraires qu'il a facturés au client, de préférence sous la forme d'un bref affidavit déposé auprès de la cour. Comme le juge

Saunders (tel était alors son titre) l'écrivait dans *Landymore c. Hardy* : [TRADUCTION] « C'est alors seulement qu'un juge sera en mesure d'évaluer si ces dépenses étaient "raisonnables" avant de décider si les dépens adjugés représenteront bel et bien une contribution importante au paiement de ces dépenses. » (Par. 18.) La jurisprudence néo-écossaise antérieure à 2004 se trouve utilement rassemblée et analysée aux par. 54 à 69 de *Campbell c. Jones*, 2001 NSSC 139, [2001] N.S.J. No. 373 (QL), jugement infirmé pour d'autres motifs dans 2002 NSCA 128, [2002] N.S.J. No. 450 (QL). On pourra se reporter en outre aux par. 21 à 24 de *Morash c. Burke*, et au par. 13 de *Bevis c. CTV Inc. (c.o.b. ATV/CTV)*, 2004 NSSC 209, [2004] N.S.J. No. 454 (QL).

[151] Avant la présente affaire, les dépens les plus lourds de la jurisprudence néo-brunswickoise avaient été de 500 000 \$. Dans *Khoury c. Khoury* (1994), 149 R.N.-B. (2^e) 1, [1994] A.N.-B. n^o 188 (C.B.R.) (QL), chacune des parties à l'instance de divorce avait engagé des honoraires d'avocat de 1,25 million de dollars. Le procès avait duré douze semaines, onze motions l'avaient précédé, et la Cour avait conclu que l'époux défendeur s'était engagé dans le litige résolu à l'emporter à tout prix. Le juge du procès a appliqué l'échelle 5 du tarif et condamné l'époux à des dépens de 500 000 \$ (indemnisation de 40 %), sans toutefois avoir fait mention d'un montant-clé. L'époux avait une valeur nette d'environ 8,5 millions de dollars. La partie gagnante a reçu un paiement compensatoire de 532 000 \$ et une somme globale de 2,5 millions de dollars. Malgré l'ampleur relative des dépens, la somme est loin de l'indemnisation substantielle envisagée en Nouvelle-Écosse (indemnisation des deux tiers aux trois quarts).

[152] Il apparaît, à l'examen de la jurisprudence néo-brunswickoise des années quatre-vingts en matière d'application du tarif, que les montants-clés étaient relativement petits en comparaison des sommes en jeu dans le genre de litige commercial d'envergure qui se révèle plus fréquent aujourd'hui. En 1982, les demandes de 100 000 \$ à 200 000 \$ étaient tenues pour des demandes « de taille ». Tout au plus le tarif était-il considéré comme procurant une indemnisation juste, mais non substantielle; nul doute, cependant, qu'il s'en trouvera pour contester jusqu'à cette affirmation anodine. Une constante est toujours demeurée : le tarif était conçu pour garantir l'accès à la justice.

[153] Quoique rien dans la jurisprudence postérieure à 1982 n'autorise à penser que l'octroi de dépens, au Nouveau-Brunswick, devait apporter à la partie gagnante une indemnisation substantielle, il reste qu'une décision relativement récente, prononcée dans notre province, a vu les dépens accordés atteindre près de 80 % de la facture d'honoraires. Les intimés, Spielo et M. Manship, se sont empressés d'appeler notre attention sur cette décision. Dans *Beaverbrook Foundation c. Beaverbrook Art Gallery* (2007), 325 R.N.-B. (2^e) 72 (arb.), l'ex-juge Peter Cory pratiquait un arbitrage privé entre des parties qui se disputaient la propriété de tableaux évaluées à 100 millions de dollars. Beaverbrook Art Gallery l'a emporté. Au chapitre des dépens, l'arbitre Cory a refusé d'octroyer des frais entre avocat et client (6,2 millions); il a ensuite convenu de l'opportunité d'appliquer le tarif du Nouveau-Brunswick. Il a fixé le montant-clé à 100 millions de dollars, valeur des tableaux en litige. Il a choisi l'échelle 5 et appliqué à l'excédent un taux de 5 % sans autre explication. L'échelle 5 a été retenue en raison de la complexité des faits. Avant d'arriver à une décision définitive sur les dépens, toutefois, l'arbitre Cory s'est arrêté aux nombreuses considérations opposées que les parties avaient fait valoir en faveur de dépens accrus ou moindres. Tout bien pesé, il a calculé les dépens à partir de l'échelle 5 et d'un taux de 5 % appliqué à l'excédent. Il en est résulté des dépens de 4,9 millions de dollars pour un arbitrage qui avait duré trente-deux jours. Ces dépens représentaient 80 % de la facture d'honoraires de la partie gagnante.

[154] Je ne considère pas *Beaverbrook Art Gallery* comme une décision indiquant que le tarif du Nouveau-Brunswick devait ou doit procurer une indemnisation substantielle à la partie gagnante. D'ailleurs, les intimés, Spielo et M. Manship, n'invoquent pas la décision à l'appui de prétentions en ce sens. Ils demandent tout simplement que les dépens soient fixés d'après le tarif, sous réserve d'un rajustement pour le rejet de l'offre de règlement. Bref, la galerie intimée a obtenu une indemnisation substantielle, non du fait d'un principe de droit, mais du fait de l'application mécanique du tarif en des circonstances où la valeur admise des tableaux était de 100 millions de dollars. Cela dit, je ne peux m'empêcher de noter l'ampleur des dépens octroyés dans *Beaverbrook Art Gallery* et de me demander si, passé un certain point, le montant-clé

n'atteint pas un tel chiffre que le tarif en devient totalement inadapté à une indemnisation appropriée. Pour les besoins de la décision à rendre ici, il me suffit d'affirmer que le principe d'indemnisation substantielle n'a jamais pris racine au Nouveau-Brunswick. Il ne s'ensuit pas, pour autant, l'impossibilité de réaliser une indemnisation substantielle par l'exercice approprié du pouvoir discrétionnaire reconnu aux tribunaux et par l'application du tarif. Ainsi qu'il a été indiqué à plusieurs reprises, la règle 59.01 a été rédigée en termes des plus vastes afin de préserver le pouvoir discrétionnaire du juge du procès en matière de fixation des dépens, à condition toutefois que l'exercice de ce pouvoir s'appuie sur des principes.

F. *Pertinence d'une preuve par affidavit relative aux honoraires d'avocat*

[155] Je ne suis pas persuadé que le juge du procès aurait octroyé des dépens de 838 000 \$ s'il n'avait pas eu quelque idée de ce qu'avait réellement coûté la présentation de la défense. De même, je ne suis pas persuadé que l'arbitre Cory aurait octroyé des dépens entre parties de 4,9 millions de dollars s'il n'avait pas eu connaissance des frais juridiques de 6,1 millions de dollars engagés par Beaverbrook Art Gallery. Pour ma part, j'aurais fortement hésité à accorder des dépens d'après un montant-clé de 14,8 millions de dollars sans savoir le moins du monde si le tarif apportait à Spielo et à M. Manship une indemnisation raisonnable eu égard aux principes juridiques régissant l'octroi de dépens au Nouveau-Brunswick.

[156] Il apparaît évident que, dans un litige commercial d'envergure, telles les affaires *Westinghouse* et *Beaverbrook Art Gallery*, la partie gagnante présentera une preuve par affidavit faisant état des frais de justice réellement engagés en demande ou en défense. Le dossier de la présente instance, au procès comme en appel, contenait une preuve par affidavit indiquant le total que les avocats avaient facturé à leurs clients respectifs, du début du litige au dépôt des observations postérieures au procès. Le gros de la preuve introduite l'a été du fait de la demande de frais entre avocat et client, liée à l'offre de règlement amiable. Une petite partie de la preuve a été produite en réponse à une requête de notre Cour fondée sur les règles 62.21(2)c) et (3)b), avec l'acquiescement

de la partie à qui la requête avait été adressée (Spielo). En outre, notre Cour a été saisie de motions subsidiaires rattachées aux motions par lesquelles les appelants la priaient de suspendre l'exécution du jugement rendu sur la demande reconventionnelle et l'exécution de la condamnation à des dépens de 838 000 \$. Ces motions apportaient une preuve relative à la dette des appelants envers leurs avocats ([2009] A.N.-B. n° 352 (QL) et [2010] A.N.-B. n° 125 (QL)).

[157] Il y a lieu de se demander s'il est pertinent, dans l'application du tarif, de tenir compte d'une preuve par affidavit donnant le coût véritable des services juridiques pour la partie gagnante. Après tout, la raisonnable des honoraires de l'avocat n'a pas été évaluée par un tiers désintéressé. Orkin relève deux autres problèmes. Certaines parties à des litiges peuvent s'offrir les services les plus chers qui soient, d'autres s'en remettent aux services de l'avocat raisonnablement compétent. Comme l'écrit Orkin : [TRADUCTION] « Il est incorrect de calculer les dépens en fonction de l'humeur belliqueuse de la partie qui a été déboutée ou de l'importance de ses moyens financiers, ou de la capacité de la partie qui a obtenu gain de cause de s'offrir les services les plus chers qui soient. [...] En même temps, le fait que l'une des parties à l'instance se trouve dans une meilleure situation financière que l'autre, ce qui lui permet d'appeler à la barre un plus grand nombre d'experts ou de payer plus d'heures de préparation, ne signifie pas que ces coûts peuvent nécessairement être recouverts de la partie déboutée. » (P. 2-8.) Également, un problème se présentera lorsqu'une partie aura retenu les services d'un avocat d'un autre ressort, où le prix horaire des services juridiques peut différer sensiblement du prix que demandent les avocats de notre province. Les attentes de la partie gagnante quant aux dépens, dans notre province, doivent se modeler sur les normes néo-brunswickoises.

[158] Je suis d'avis que, dans un litige d'envergure, la partie qui l'emporte n'a d'autre choix que de présenter au juge du procès une preuve faisant état du coût de la poursuite ou de la défense (taux horaire(s), nombre d'heures). Un principe juridique établi veut que les dépens ne puissent être une source de profit pour la partie gagnante; il est d'ailleurs presque arrivé qu'ils le soient dans une affaire de la Nouvelle-Écosse :

Smith c. Michelin North America (Canada) Inc., 2008 NSCA 107, [2008] N.S.J. 508 (QL). Les juges qui s'estiment trop éloignés de la pratique quotidienne des procès civils dans notre province pourront également tirer de cette preuve un rappel à la réalité. Enfin, la preuve confirme que les dépens, au Nouveau-Brunswick, ne sont qu'une indemnisation partielle. L'accès à la justice demeure le principe primordial.

[159] La partie gagnante évitera de produire un affidavit ne donnant que le total de la facture d'honoraires. L'objectif premier, ici, est d'éliminer les éléments constitutifs de débours, dont certains pourraient ne pas être remboursables. L'affidavit qui indique le nombre d'heures consacrées à l'affaire à divers stades, de même que le taux horaire de l'avocat, apporte des renseignements plus utiles. Sans doute aura-t-on remarqué que je ne dis rien de la pertinence des honoraires d'avocat engagés par la partie perdante. Dans les ressorts où le juge du procès détermine si le taux horaire et le nombre d'heures de travail de l'avocat sont raisonnables, cet élément de preuve devient pertinent lorsque la partie perdante conteste, vu ce qu'elle-même a dépensé, la raisonnable des dépenses de justice de la partie gagnante. Il existe une jurisprudence sur ce point, mais elle n'intéresse pas la présente espèce (Orkin, p. 2-37).

[160] En définitive, le juge du procès doit tâcher d'attribuer à la partie gagnante une indemnisation appréciable. Dans les causes où le tarif est appliqué, il se peut qu'il demeure nécessaire de présenter une preuve par affidavit faisant état des honoraires d'avocat engagés, ne serait-ce que pour éliminer la possibilité de dépens qui seraient une source de profit pour la partie gagnante. Dans les litiges commerciaux d'envergure où la demande est chiffrable, la nécessité de la preuve par affidavit est évidente. Il en va de même dans les litiges d'envergure où le tarif est inapplicable. Partant, les supputations muettes de dépens forfaitaires ne sont plus permises (l'affaire *Westinghouse*).

VII. Examen de la question des dépens

A. *La décision du juge du procès en matière de dépens*

[161] Les motifs du juge du procès à l'appui des dépens qu'il a octroyés sont tout aussi détaillés que ceux de la décision qu'il a rendue dans le cadre de l'action principale (2010 NBBR 39, 355 R.N.-B. (2^e) 316). Je me penche d'abord sur la demande de dépens entre parties de 1,87 million de dollars que les intimés ont présentée au juge du procès alors qu'aucune conduite grave ou flagrante n'avait été imputée aux appelants (conduite qui justifierait l'attribution de frais entre avocat et client). Les intimés ont avancé que le montant-clé était de 31,5 millions de dollars et qu'il fallait leur accorder des dépens entre parties, calculés par application de l'échelle 5 et d'un taux de 5 % à l'excédent, de la date d'introduction de l'action (9 décembre 2003) à la date de présentation de l'offre de règlement amiable (8 mai 2008). Il fallait en outre leur accorder des frais entre avocat et client de la date de présentation de l'offre à la date de dépôt des observations postérieures au procès (25 février 2009). En ce qui concerne l'offre de règlement amiable, les intimés ont reconnu l'inapplicabilité de la règle 49.09 des *Règles de procédure*; ils ont invoqué la règle 49.11 et une jurisprudence ontarienne voulant que le défendeur qui présente une offre de règlement substantielle, dans une instance où le demandeur n'obtient rien en bout de ligne, ait droit aux dépens entre parties jusqu'à la date de l'offre, puis aux frais entre avocat et client (*S & A Strasser Ltd. c. Richmond Hill (Town)*, [1990] O.J. No. 2321 (C.A.) (QL) et *Scapillati c. A. Potvin Construction Ltd.*, [1999] O.J. No. 2187 (C.A.) (QL)). Or, les arrêts les plus récents de la Cour d'appel de l'Ontario précisent qu'il y a lieu d'interpréter ces précédents de sorte qu'il ne soit possible d'obtenir des frais entre avocat et client après la date de l'offre que si la cour a conclu à une conduite répréhensible (*Davies c. Clarington (Municipality)*, précité, par. 40, et *St. Elizabeth Home Society c. Hamilton (City)*, 2010 ONCA 280, [2010] O.J. No. 1515 (QL), par. 92).

[162] Les intimés avançaient que l'action avait duré au total 1 906 jours et que 85 % des jours consacrés à cette action avaient précédé l'offre de règlement amiable. La

stricte application du tarif se serait traduite par des dépens de 1,6 million de dollars. Les intimés demandaient 85 % de cette somme (1,3 million), puis des frais entre avocat et client pour la période du 8 mai 2008 au 25 février 2009. Les frais d'avocat effectivement engagés au cours de cette période avaient été de 518 107,63 \$. Les intimés sollicitaient au total de la Cour des dépens de 1,87 million de dollars, débours justifiables en sus.

[163] Le moment venu de l'audience d'appréciation des dépens, les vues des appelants sur le montant-clé se sont exprimées par des chiffres qui ne ressemblaient en rien aux montants initiaux de la poursuite. Ils ont invoqué les 4,6 millions de dollars de l'évaluation provisoire des dommages-intérêts à laquelle le juge avait procédé, ainsi que les dommages-intérêts de l'ordre de 6,5 à 10,2 millions qu'ils avaient demandés. Ils en ont argué que le montant-clé devait être de cet ordre et qu'il convenait d'adopter l'échelle 5, mais d'appliquer à l'excédent un taux de 2 %. En ce qui concerne l'offre de règlement amiable, les appelants ont soutenu que la règle 49.11 ne s'appliquait pas et que l'offre n'avait pas été « substantielle ». L'offre reçue ne représentait qu'un faible pourcentage des sommes réclamées. Les appelants ont conclu leur argumentation en affirmant que, eu égard au principe d'accès à la justice, des dépens de 200 000 \$ étaient [TRADUCTION] « justes ».

[164] L'analyse du juge du procès s'est d'abord arrêtée à l'offre de règlement amiable rejetée des intimés. Curieusement, les défendeurs ont soutenu que la règle 49.09(2) des *Règles de procédure* ne s'appliquait pas dans les circonstances, parce qu'elle n'est applicable que lorsque le demandeur n'a pas obtenu un jugement plus favorable. Ils soutenaient essentiellement que la règle est inapplicable lorsque le demandeur n'a obtenu aucun jugement en sa faveur, et ils ont cité à ce propos l'ouvrage de Mark M. Orkin, *The Law of Costs* (2^e éd., feuillets mobiles, Toronto, Canada Law Book Inc., 2010, vol. 1), aux p. 2-177 à 2-179. Le juge du procès leur a donné raison sur ce point et il s'est penché sur les précédents ontariens voulant que le défendeur, s'il a présenté une offre de règlement substantielle et que le demandeur n'obtienne pas de jugement en bout de ligne, ait droit aux dépens entre parties jusqu'à la date de l'offre de règlement, et aux frais entre avocat et client après cette date. Il a écarté cette option pour deux raisons avant tout. Premièrement, l'offre avait été présentée dix jours avant l'ouverture du procès, après que

les demandeurs eurent déployé [TRADUCTION] « d'énormes efforts » dans le cadre de leur préparation. Deuxièmement, le risque de [TRADUCTION] « placer [...] le droit d'ester en justice hors de la portée de la partie déboutée » l'emportait sur la nécessité de punir les demandeurs. En revanche, le juge du procès a conclu que le comportement des appelants, qui avaient rendu l'affaire plus complexe que nécessaire, ne devait pas rester sans conséquence au chapitre des dépens. Il a décidé que, pour la période postérieure à la présentation de l'offre de règlement amiable, il conviendrait, par analogie avec la règle 49.09(1), de multiplier par un facteur de 1,5 les dépens entre parties normalement octroyés. J'y reviendrai.

[165] Pour déterminer le montant-clé, le juge du procès a pris en considération son évaluation provisoire des dommages-intérêts de 4,6 millions de dollars. Il a ajouté à ce montant 10,2 millions, valeur que l'expert de la partie demanderesse avait attribuée à la Online Division. Il a combiné ces deux chiffres pour conclure que le montant-clé était de 14,8 millions de dollars. Le juge du procès a retenu la plus élevée des cinq échelles du tarif A (échelle 5), du fait de la [TRADUCTION] « complexité » des questions soulevées par la partie demanderesse, et il a appliqué un taux de 5 % à l'excédent ($14\,800\,000 \$ - 100\,000 \$ = 14\,700\,000 \$ \times 5 \% = 735\,000 \$ + 10\,325 \$$ pour la première tranche de $100\,000 \$ = 745\,325 \$$). Le juge a ensuite intégré au calcul un montant lié au rejet de l'offre de règlement amiable. L'ajout supposait que le temps consacré à l'affaire après l'offre équivalait à 25 % de tout le temps investi dans le litige, et que les appelants avaient droit à la moitié de la part d'un quart des dépens totaux qui était attribuable à la période postérieure à l'offre. Cette proportion calculée, 93 165,62 \$ devaient être additionnés aux dépens de 745 325 \$ établis d'après le tarif.

[166] En résumé, les dépens de l'action principale ont été de 838 490,62 \$, débours justifiables en sus. Pour ce qui est de la demande reconventionnelle, le juge du procès a condamné M. Doucet à des dépens supplémentaires de 17 825 \$ d'après un montant-clé de 250 000 \$, par application de l'échelle 5 et d'un taux de 5 % à l'excédent. Il n'a pas précisé si les demandeurs étaient tenus solidairement aux dépens, mais le

jugement formel de la Cour prescrit que chacun d'eux en est redevable pour la moitié seulement, abstraction faite des dépens de la demande reconventionnelle.

B. *Application du tarif A en l'espèce*

[167] Les appelants contestent d'abord, dans la décision rendue par le juge du procès à l'égard des dépens, le « montant-clé » retenu. Je conviens que le chemin par lequel le juge est arrivé à la somme de 14,8 millions de dollars pose problème. J'estime toutefois que le problème est attribuable en partie aux appelants. Les observations qu'ils ont déposées avant et après le procès s'accordent mal. Par exemple, le « montant de la poursuite », premier facteur que la règle 59.09(1)b) exige de prendre en compte, se révèle inexplicablement différent dans les observations préalables et postérieures au procès. Qui plus est, lors de l'audience d'appréciation des dépens, les appelants ont instamment prié le juge du procès de convenir que le montant total de la poursuite était de 6,5 millions de dollars. Ce chiffre est inconciliable avec leurs observations antérieures. Il y a donc lieu de faire table rase, et de nous pencher sur les quatre demandes et sur les montants réclamés par les appelants.

[168] Le mémoire préparatoire des appelants n'avait que trois demandes. La première demande, de 5,5 millions de dollars, était liée au recours pour abus prévu par la *Loi canadienne sur les sociétés par actions*. Les appelants réclamaient la différence entre la somme reçue pour leurs actions de Spielo en exécution des conventions de souscription d'actions et ce qu'ils auraient reçu s'ils étaient demeurés des employés de Spielo jusqu'à son acquisition par GTECH. Cette demande supposait le versement par GTECH d'un prix de 100 \$ l'action. En définitive, le juge du procès a évalué le prix de l'action à 80 \$. La deuxième demande s'appuyait sur la violation présumée de ce que les appelants tenaient pour une obligation préalable au contrat de négociier de bonne foi. Il y avait censément eu violation de cette obligation lorsque M. Manship avait mis un terme, unilatéralement, aux négociations menées en vue de la vente de la Online Division. La somme réclamée était de 10,2 millions de dollars. Ce chiffre provient de la valeur révisée

attribuée à la Online Division par l'expert des appelants, qui en avait d'abord fixé la valeur à 16,1 millions de dollars. La troisième demande était liée au volet congédiement injustifié de la poursuite, qui se subdivisait en quatre chefs d'une valeur de 1,4 million de dollars.

[169] Dans leurs observations postérieures au procès, les appelants ont adopté les quatre rubriques reprises dans les présents motifs pour chiffrer leurs demandes. La demande présentée pour assertion négligente était liée, également, au recours pour abus. Le montant réclamé à ce titre était de 31,9 millions de dollars (prix de 100 \$ multiplié par le nombre d'actions). La somme réclamée pour violation de l'obligation de bonne foi dans les négociations menées en vue de l'achat de la Online Division était de 12,5 millions de dollars, différence entre le prix d'achat (3,5 millions) et le prix de vente que M. Manship avait demandé à l'origine (16 millions). Quant à la demande présentée pour congédiement injustifié, le montant demeurait de 1,4 million de dollars.

[170] Bref, les appelants réclamaient, avant le procès, des dommages-intérêts de quelque 17,1 millions de dollars. Le procès achevé, le montant de la poursuite s'est accru de 31,9 millions de dollars. Il est vrai que les demandes de 5,5 millions pour abus et de 31,9 millions pour assertion négligente devaient se recouper dans une certaine mesure, puisque toutes deux faisaient intervenir les actions détenues par M. Doucet jusqu'à son congédiement.

[171] Lorsqu'il a statué sur les dépens, le juge du procès, au lieu de prendre en considération le montant de la poursuite, s'est rendu à l'argument des appelants voulant qu'il dût prendre pour point de départ son évaluation provisoire de 4,6 millions de dollars. Il a accueilli l'argument et il a ajouté 10,2 millions au montant de l'évaluation provisoire pour arriver au « montant-clé ». Il apparaît malheureusement, à l'examen de la section consacrée à l'évaluation provisoire des dommages-intérêts dans les motifs de l'action principale, qu'il n'y est nullement fait mention d'une évaluation provisoire combinée de 4,6 millions de dollars et qu'il est impossible de dégager ce chiffre de l'analyse par une extrapolation raisonnable (par. 305 à 319). De fait, le juge du procès a

bel et bien indiqué que, si les appelants avaient prouvé l'allégation d'assertion négligente, ils auraient eu droit à une somme inférieure aux 31,9 millions de dollars réclamés parce qu'il avait substitué une valeur de 80 \$ à la valeur de 100 \$ qu'eux avaient attribuée à l'action. L'évaluation provisoire de ces dommages-intérêts aurait dû ajouter à la poursuite, par conséquent, la somme de 25,5 millions de dollars. Je ne peux confirmer dans les circonstances, cela dit en toute déférence, ni la décision du juge du procès à l'égard du « montant-clé » ni son « évaluation provisoire » des dommages-intérêts.

[172] Il me semble que le seul moyen de nous extirper de cette impasse est de poser une question fondamentale. Qu'est-ce qui a poussé MM. Doucet et Dauphinee à actionner Spielo et M. Manship? La réponse me paraît évidente, une fois rappelés les faits essentiels. Après leur congédiement, les deux ex-employés de Spielo n'ont pas sollicité des tribunaux le redressement de ce qu'ils auraient pu tenir pour une injustice. Il semble qu'ils ne se soient pas plaints de l'indemnité de départ obtenue, et M. Doucet n'a pas pris de mesure immédiate devant la présumée rupture de la promesse de M. Manship de lui ménager 12,5 % des actions émises par Spielo. MM. Doucet et Dauphinee se sont tus de la date de leur renvoi, le 3 septembre 2002, jusqu'à l'annonce de la vente de Spielo à GTECH, le 15 septembre 2003. C'est alors qu'ils ont constaté que ce qu'ils avaient reçu pour leurs actions était, en fait, nettement en deçà d'une juste valeur marchande. La perte était réelle : environ 5 millions de dollars. Il leur a semblé également que la raison de l'abandon des négociations entreprises en vue d'une vente devait avoir été la vente de la société à GTECH. La perte, cette fois, était de 10 à 12 millions de dollars. Les demandes présentées pour congédiement injustifié et pour assertion négligente sont accessoires aux demandes principales : le recours pour abus fondé sur l'obligation faite aux appelants de rétrocéder leurs actions à Spielo à leur valeur comptable nette, et la demande reposant sur la cessation des négociations qui avaient été ouvertes pour la vente de la Online Division. La valeur de ces deux demandes, mises ensemble, tournait autour de 15 millions de dollars. Qu'en est-il cependant des deux demandes accessoires? Ne doivent-elles pas entrer dans le calcul du montant-clé? Je me penche maintenant sur cette question.

[173] Pour ce qui est des dommages-intérêts de 1,4 million de dollars réclamés pour congédiement injustifié, l'issue de cette demande dépendait pour l'essentiel de ce qui serait considéré comme un « préavis raisonnable ». La question est relativement simple et ne peut avoir concouru beaucoup à la complexité de l'instance. La plupart des jugements néo-brunswickois publiés, en matière de congédiement injustifié, font suite à un procès d'un à trois jours dont l'issue est précisément fonction du préavis retenu. La demande de 31,9 millions de dollars présentée pour assertion négligente n'est pas complexe non plus. Je m'explique. L'allégation d'assertion négligente soulevait en réalité une question simple. M. Manship avait-il promis oralement à M. Doucet une part de 12,5 % dans Spielo? La réponse dépendait d'une preuve documentaire connue des deux parties dès le départ et de la décision du juge du procès, qui avait à déterminer laquelle des argumentations des parties était la plus crédible (la parole de l'un contre la parole de l'autre). À mon avis, on ne saurait raisonnablement affirmer que l'instance s'en trouvait compliquée, au sens où le coût du litige aurait été alourdi de beaucoup. Si j'avais été juge du procès, j'aurais rendu compte de ces deux demandes par l'ajout d'une somme. Les deux demandes principales valaient 15 millions de dollars environ; les deux demandes accessoires auraient pu être évaluées, disons, à 2 millions. Je n'étais toutefois pas juge du procès. Et les intimés n'ont pas demandé d'accroissement des dépens. C'est pourquoi je suis disposé à accepter la décision du juge du procès fixant le « montant-clé » à 14,8 millions de dollars.

[174] Le montant-clé arrêté, il reste à déterminer quelle échelle adopter et quel pourcentage appliquer à l'excédent. Le juge du procès, après avoir conclu que l'affaire avait été [TRADUCTION] « indûment complexe », a aussitôt abandonné l'échelle 3, l'échelle de base, pour passer à l'échelle 5. Il a ensuite appliqué le taux maximal de 5 % à l'excédent. Il devrait être évident, maintenant, que l'importance véritable du choix de l'échelle appropriée tient au pouvoir discrétionnaire de fixer le pourcentage à appliquer à l'excédent. Dans les causes où des millions sont en jeu, il importe peu que les dépens accordés pour la première tranche de 100 000 \$ soient de 7 375 \$, par application de l'échelle 3, ou de 10 325 \$ par application de l'échelle 5. En revanche, le pourcentage appliqué à l'excédent – de 14,7 millions en l'espèce – est crucial. Si l'échelle 3 est

retenue, le taux maximal est de 3 %; si l'échelle 5 l'est, il peut atteindre 5 %. C'est ici que les appelants nous prient d'intervenir et de fixer un pourcentage inférieur (2 %).

[175] Lorsque le litige est de toute évidence complexe, il est fréquent que le juge opte d'entrée de jeu pour l'échelle 5 et applique un taux de 5 % à l'excédent. Lorsqu'il est avancé qu'une des parties a ajouté indûment à la complexité de l'instance, par contre, le juge du procès se heurte à un casse-tête immédiat : comment chiffrer le coût additionnel imputable en apparence au mécompte d'une partie? L'arrêt *Daigle and Workers' Compensation Board (N.B.) c. Cape Breton Crane Rentals Ltd., Canadian Indemnity Co. and Frechette*, dont il a été question précédemment, fait office de précédent ici. Bien entendu, une autre voie s'offre à la cour. Elle peut partir de l'échelle 3, échelle dite « de base », puis alourdir ou alléger les dépens selon les circonstances. C'est la voie qu'envisageaient les rédacteurs du tarif de 1982. C'est la voie que j'emprunte ici.

[176] Il me reste à déterminer si le juge du procès a commis une erreur de principe en passant immédiatement de l'échelle 3 aux échelles 4 ou 5. Dans la décision qu'il a rendue en matière de dépens, le juge du procès n'explique pas en détail pourquoi il estime que la cause des appelants est indûment complexe. Il mentionne que trois des témoignages présentés par les appelants n'ont rien apporté à l'instance. Il dit douter également qu'il ait été opportun, de leur part, de présenter une preuve d'expert relative à la juste valeur marchande de la Online Division alors que les parties, au terme de [TRADUCTION] « négociations libres et ouvertes », étaient arrivées à une valeur qui était [TRADUCTION] « totalement grevée par la dette ». Ces propos m'amènent à croire que, de l'avis du juge, la Online Division n'avait aucune valeur si elle était grevée par une dette égale au prix d'achat convenu. Le juge du procès évoque d'ailleurs ce point de vue en deux autres endroits, au moins, de la décision qu'il a rendue sur l'action principale. Je me suis enquis en vain, auprès des avocats, de la méthode d'appréciation des valeurs adoptée par le juge. Il se peut qu'un fait capital m'ait échappé, et je ne m'attarderai pas davantage sur ce point.

[177] Je suis sensible à la frustration éprouvée par le juge du procès devant l'écheveau sans fin des arguments juridiques que les appelants ont avancés et développés tout au long de l'instance. Une abondance de points en litige, de même que d'arguments subsidiaires, parfois ténus, reposant sur un vaste éventail de principes de droit étayés par des centaines de références juridiques, ne fait que compliquer le travail décisionnaire du juge du procès. Il s'ensuit en outre un surcroît de travail pour la partie adverse, appelée à produire des observations écrites préalables et postérieures au procès qui ne seront que l'expression finale d'innombrables heures de recherches juridiques et d'étude de la preuve documentaire.

[178] Il reste que l'argument d'assertion négligente avancé par les appelants reposait sur une méconnaissance du droit. Je suis disposé à admettre que la demande présentée pour assertion négligente n'a pas ajouté à la complexité de l'instance comme la demande qui invoquait une obligation précontractuelle inexistante de négocier de bonne foi. Comme nous l'avons vu, même à supposer que le droit reconnaisse cette obligation, les dommages-intérêts recouvrables auraient été loin du montant réclamé. Il était inutile de présenter une preuve d'expert quant à la valeur de la Online Division, puisque le droit n'aurait pas permis d'obtenir réparation pour la perte d'un intérêt-anticipation. Le fait est que les parties ont toutes deux consacré beaucoup de temps et d'argent à tenter d'établir, par une preuve d'expert, la juste valeur marchande d'une division d'une entreprise en activité, alors qu'elles n'avaient pas à le faire. Les intimés ont signalé les failles juridiques de l'argumentation des appelants au début du litige. Et pourtant les appelants ont persisté. Ce mécompte appelle à une indemnisation et doit, de ce fait, entrer dans le calcul des dépens.

[179] Les appelants contestent la conclusion du juge du procès leur attribuant des « mécomptes » qui ont rendu l'affaire indûment complexe. Ils font d'abord valoir, contre cette conclusion, que la réticence des intimés à produire des documents avant le procès a fortement concouru au coût du litige. Ils reprochent ensuite aux intimés de ne pas avoir avoué en temps opportun l'erreur de calcul de rentabilité de la Online Division

(l'erreur de 4 millions commise dans les taux de change). J'examine d'abord la seconde allégation.

[180] Les appelants soutiennent que l'aveu de l'erreur de calcul – que les intimés n'auraient pas fait en temps opportun – était [TRADUCTION] « absolument déterminant » en l'instance. Je réponds sans détour qu'il ne l'était pas. Pour ce qui est des raisons du congédiement des appelants, la question n'était pas de savoir si la Online Division était rentable, mais si M. Manship croyait honnêtement que cette division ne donnait pas le rendement attendu. Les appelants supposent aussi, à tort, que, s'ils avaient pu établir que leur congédiement ne s'ensuivait pas des piètres résultats financiers de la Online Division, l'abus imputé à la partie intimée était prouvé. Ils font erreur. M. Manship pouvait avoir renvoyé les deux employés parce qu'il n'avait plus foi en leur capacité de diriger la Online Division et qu'il était disposé à verser une indemnité de près de 500 000 \$ pour leur congédiement injustifié. Le cas échéant, les appelants avaient encore à montrer que leur congédiement avait eu pour objet, ou pour raison, le rachat forcé de leurs actions en prévision de la vente imminente des actions de Spielo à un tiers, telle GTECH. Le recours pour abus s'offre à la victime d'un comportement opportuniste. Le droit contractuel offre un recours en cas de congédiement injustifié. Pour ce qui est de la valeur de la Online Division, la question de la sous-estimation de ses revenus était très certainement pertinente, mais en ce qui concerne la demande de dommages-intérêts qui reposait sur une obligation précontractuelle inexistante de négocier de bonne foi. Je passe maintenant à l'argument des appelants axé sur la divulgation et sur la production de documents.

[181] Les appelants se sont plaints âprement dès le départ, et sans arrêt, de manquements des intimés à l'obligation juridique de divulgation de documents pertinents en temps opportun. Les observations des appelants au procès, qui font grief aux intimés de dissimulation et de destruction de documents pertinents, expriment l'exaspération d'une partie à un litige. En réalité, les appelants se sont lancés dans une poursuite armée de cette seule thèse : M. Manship avait mis un terme à leurs contrats d'emploi et aux négociations entreprises en vue de la vente de la Online Division en raison d'une vente

imminente de Spielo. Au fil du temps, la thèse d'origine s'est transformée en une thèse de complot qui supposait que M. Manship, avec l'aide de M^{me} Hicks, avait fomenté dès 2000 la vente de Spielo à un tiers, la récupération des actions en circulation et la réalisation du gain en capital que chacun des actionnaires, normalement, aurait dû se partager. Les appelants passent sous silence le fait qu'aucun autre employé/actionnaire de Spielo n'a été contraint de rétrocéder ses actions. Pour étayer leur thèse, ils se sont engagés dans une quête de preuve à l'aveuglette qu'il est permis de qualifier d'épique. La genèse de cet état de choses requiert une explication.

[182] Entre 2005 et 2008, les appelants ont demandé, par quatre motions, de nouvelles productions de documents et l'octroi de mesures réparatoires pour le présumé défaut des intimés de produire une documentation que les appelants considéraient comme pertinente. Bon nombre des documents demandés à l'origine avaient trait aux résultats financiers de la Online Division et au traitement comptable des taux de change. La première motion n'a pas nécessité de décision des tribunaux. Les intimés ont accepté de remettre aux appelants tous les documents pertinents. La deuxième motion en divulgation et en communication préalable a été présentée en juin 2006. Le juge saisi de la motion a conclu que les intimés ne s'étaient pas acquittés de toutes leurs obligations de divulgation et a ordonné la production d'une quantité d'information que je dois qualifier de colossale (2006 NBBR 249, ann. A; 300 R.N.-B. (2^e) 169). Une disposition d'immense importance s'est glissée dans l'ordonnance formelle du juge saisi de la motion (ordonnance qui précède l'annexe A). Il a prescrit aux défendeurs de permettre l'accès au système informatique de Spielo, dont ses archives.

[183] Un an plus tard, les appelants ont saisi la cour d'une motion en radiation de l'exposé de la défense pour le motif que les intimés n'avaient pas observé l'ordonnance de production antérieure (2007 NBBR 245, 319 R.N.-B. (2^e) 14). L'information nécessaire à la démonstration de leur thèse manquait toujours aux appelants. À lui seul, le dossier de la motion contenait 2 600 pages. La décision rendue sur cette motion révèle que les intimés avaient en fait remis aux appelants 498 boîtes-classeurs de documents. Les intimés leur avaient signalé que le contenu de 330 de ces

boîtes avait été examiné en 2004. Les boîtes contenaient plus de 15 000 documents. Les appelants ont passé huit jours à étudier les documents. Les intimés ne s'étaient toujours pas conformés, cependant, à la disposition de l'ordonnance leur enjoignant de permettre l'accès au système informatique, fichiers de sauvegarde compris, contenant les courriels effacés qui sont transférés à des bandes de sauvegarde aux six mois. Spielo reconnaissait que les documents pouvaient être extraits, mais avançait que le coût du travail serait élevé (plus de 40 000 \$). La juge saisie de la motion a ordonné aux intimés de se conformer rigoureusement à l'ordonnance de production antérieure, notamment à l'obligation de permettre l'accès aux bandes de sauvegarde, en plus de leur ordonner la production d'un affidavit des documents additionnel et amélioré. Elle a toutefois ajourné le débat sur la radiation de l'exposé de la défense.

[184] L'autorisation d'appeler obtenue, Spielo a été déboutée de l'appel formé à l'encontre de la partie de la décision de la juge prescrivant la production de documents. Tous les moyens, sauf un, portaient sur l'accès au système informatique et aux fichiers de sauvegarde. Spielo faisait valoir que les précédents canadiens qui traitent de l'obligation d'une partie de produire des documents stockés électroniquement sont relativement peu nombreux et que l'ordonnance de production originale aurait dû mettre en balance les obligations des parties compte tenu de facteurs tels le coût, les retards et la pertinence des documents. Notre Cour a jugé qu'il aurait fallu soulever ces questions dans le cadre d'un appel interjeté de l'ordonnance de production originale. Elle a reconnu, en revanche, que les règles de procédure actuelles sont peut-être insuffisantes pour répondre aux questions complexes que soulève la communication de documents conservés électroniquement (2007 NBCA 85, [2007] A.N.-B. n° 510 (C.A.) (QL)).

[185] Un mois environ après le prononcé de l'arrêt de notre Cour, mais avant le dépôt des motifs, les parties ont comparu de nouveau devant la juge qui avait statué sur la motion pour débattre de la radiation de l'exposé de la défense (2008 NBBR 37, [2008] A.N.-B. n° 27 (QL)). Cette fois, 1 306 pages se sont ajoutées aux 2 600 pages du dossier de la motion originale. Nous apprenons aujourd'hui que Spielo a dépensé de 10 000 \$ à 15 000 \$ pour extraire des bandes de sauvegarde les documents qui s'y trouvaient

stockés. Nous apprenons également que les intimés ont permis un accès appréciable à 427 bandes de sauvegarde. Il est apparu à la juge qu'il y avait lieu de ne pas accorder de nouvelle ordonnance de divulgation. Mais, les appelants n'avaient toujours pas la documentation qu'il leur fallait à l'appui de leur thèse. Ils ont donc avancé que la partie intimée n'avait pas satisfait à ses obligations de divulgation, que la seule inférence raisonnable possible était qu'elle avait caché ou détruit des éléments de preuve qui lui étaient préjudiciables et que la radiation de l'exposé de la défense apporterait une sanction proportionnée à son [TRADUCTION] « conduite intentionnelle et flagrante ». Ils ont ensuite demandé des frais entre avocat et client pour la période qui était allée de l'introduction de la poursuite à l'audition de la motion, vu [TRADUCTION] « l'outrage au tribunal, la destruction et l'abus de procédure » auxquels la partie adverse s'était livrée. La juge saisie de la motion a conclu que le juge du procès serait mieux placé pour évaluer la conduite que les parties avaient eue tout au long de l'instance. Elle a rejeté la motion en radiation, mais condamné les intimés à des dépens de 20 000 \$ pour leur observation insuffisante et réticente de l'ordonnance de production originale. Elle a enfin indiqué ce qui suit : [TRADUCTION] « [L]es défendeurs n'ont pas exercé le degré de diligence et de prudence que l'on attend d'une partie pour qu'elle s'acquitte de ses obligations en matière de divulgation. Cela a rendu les présentes procédures encore plus complexes. » (Par. 19.) La juge saisie de la motion a nuancé sa critique en ajoutant que les contre-interrogatoires, lors du procès, pourraient jeter plus de lumière sur la question d'une non-divulgation délibérée.

[186] Il ne se trouve pas une seule parcelle de preuve, dans le dossier dont nous disposons, qui appuie l'allégation de non-divulgation délibérée. Qui plus est, le juge du procès n'a mentionné ni conclu nulle part, dans les motifs détaillés de sa décision, que les intimés étaient coupables de non-divulgation de documents délibérée. Au contraire, il a répété que la complexité induite de l'affaire était imputable aux appelants. Avec le recul, je compatis au sort des intimés, que l'ordonnance de production originale plaçait dans une situation difficile. Cette ordonnance autorisait en réalité les appelants à rien de moins, pour emprunter une expression à la langue des débats judiciaires, qu'aller à la pêche, et très longuement. Or, pêcher à la cuiller à bord d'un canot dans les eaux tranquilles de la

Petitcodiac est une chose, recevoir la permission d'y plonger les filets traînants d'un chalutier est tout autre chose. En fait, la production de plus de 498 boîtes-classeurs contenant plus de 15 000 documents, et d'une profusion d'information stockée électroniquement sur 427 bandes de sauvegarde, s'est avérée accablante et onéreuse pour les deux camps. Pourtant, les appelants n'ont inclus que 608 documents dans leurs cahiers de pièces et n'ont invoqué que 230 d'entre eux au procès.

[187] Dans les décisions publiées rendues sur la motion, deux questions ne sont pas posées qui, pour ce qui est de la production de documents, me paraissent cruciales. Premièrement, de quelle preuve les appelants disposaient-ils à l'appui de la thèse selon laquelle leur congédiement et l'interruption des négociations menées en vue de l'achat de la Online Division avaient été motivés par la possibilité d'une vente de Spielo à un tiers, telle GTECH? Deuxièmement, de quelle preuve les appelants disposaient-ils à l'appui de l'allégation de dissimulation de documents par les intimés? Je n'ai pu trouver aucune réponse à ces questions. Il me faut inférer du dossier que les appelants n'étaient guidés que par des impressions, qu'ils ont érigé une thèse à partir de conjectures et que, lorsque les documents qu'il leur fallait pour étayer cette thèse ne se sont pas matérialisés, leurs conjectures ont dégénéré en une thèse de complot. Les accusations diffamatoires de non-divulgaration délibérée et de destruction de preuve ont poussé les juges saisis des motions à rendre des ordonnances de production de forte portée. Ces accusations se sont toutefois révélées sans fondement. Ce sont les appelants qui n'ont pas été en mesure de trouver la preuve tangible espérée et qui avaient parié qu'ils pourraient trouver une preuve suffisante à l'appui de leur thèse. Ils ont échoué et le prix de cet échec doit s'exprimer par les dépens.

[188] Pour conclure, donc, la décision du juge du procès de fixer le montant-clé à 14,8 millions de dollars se justifie, tout comme sa décision de passer de l'échelle 3 à l'échelle 5 et d'appliquer à l'excédent un taux de 5 %. Par conséquent, il y a lieu de confirmer la décision d'octroyer aux intimés des dépens de 745 325 \$, débours raisonnables en sus. Il nous reste à nous pencher sur l'effet de l'offre de règlement amiable des intimés.

C. *Effet de l'offre de règlement amiable d'un million de dollars*

[189] Il nous faut déterminer, enfin, s'il convient de sanctionner par des dépens accrus le rejet par les appelants de l'offre de règlement amiable d'un million de dollars des intimés. J'ai évoqué précédemment la jurisprudence ontarienne qui interdit aujourd'hui de condamner la partie déboutée aux frais entre avocat et client pour la période postérieure au rejet de l'offre de règlement à moins de pouvoir établir qu'elle s'est livrée à une conduite grave ou répréhensible. Nul ne prétend que les tentatives malavisées des appelants pour prouver le bien-fondé de leurs demandes entrent dans cette catégorie. Il y a donc lieu de définir les principes à appliquer lorsque l'offre rejetée ne cadre pas parfaitement avec les dispositions de la règle 49.09 des *Règles de procédure*.

[190] Les parties ayant franchement consacré peu de temps à la question, mon analyse se limitera à un point précis. En règle générale, l'offre de règlement amiable doit comporter une part de « compromis ». Le compromis vise à mettre un terme au litige (Orkin, p. 2-191). En l'instance, l'offre présentée, non seulement ne défrayait pas les appelants des honoraires d'avocat engagés jusque-là, mais n'était pas substantielle vu la valeur des demandes pécuniaires – établie d'après une estimation réaliste – ce qui justifiait une décision des tribunaux. Quoi qu'il en soit de la demande enflée de 31,9 millions de dollars présentée par les appelants et de la demande de 12 millions fondée sur une obligation précontractuelle inexistante de négocier de bonne foi, le recours pour abus justifiait une décision des tribunaux. Ce recours de quelque 5 millions de dollars s'appuyait sur des éléments de preuve. Bref, la demande n'était pas frivole. Aux 5 millions de ce recours pourrait s'ajouter la somme de 1,4 million demandée pour perte d'emploi. Ces faits pris en compte, je crois que l'offre de règlement amiable d'un million n'était pas substantielle.

[191] Il va sans dire que le défendeur qui offre vingt pour cent au demandeur, dix jours avant le procès, sera accusé de présenter une offre malveillante dans le dessein de se ménager le droit de réclamer des dépens plus élevés s'il l'emporte au procès. En l'espèce, toutefois, les avocats des intimés ont constamment rappelé à la partie adverse la

précarité juridique de certaines de ses demandes. Ils croyaient, et croient toujours, que la poursuite tout entière était frivole. Par principe, les intimés se sont refusé à présenter une offre qui aurait pu fonder une inférence de responsabilité quant à ce que leur reprochaient les demandes dignes d'examen. Le rejet de l'offre n'aurait donc pas dû influencer sur la décision de hausser les dépens. Pour ces motifs, il y a lieu de modifier les dépens octroyés par le juge du procès et de déduire de la somme accordée le prétendu supplément de 93 165,62 \$.

VIII. Dispositif

[192] Je suis d'avis d'accueillir l'appel en partie. Il y a lieu de rejeter l'appel relatif à l'action principale. Il y a lieu d'accueillir l'appel interjeté relativement à la demande reconventionnelle et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès devant un juge différent. L'ordonnance quant aux dépens rendue dans le cadre de la demande reconventionnelle doit être annulée. L'ordonnance quant aux dépens rendue au procès dans le cadre de l'action principale doit être modifiée, les dépens étant ramenés de 838 490,62 \$ à 745 325 \$, plus les débours raisonnables. Puisque les intimés ont en grande partie eu gain de cause en appel, ils ont droit à des dépens que je fixerais à 7 500 \$. La question des dépens afférents à deux motions dont notre Cour a été saisie et qui ont été entendues avant le présent appel avait été laissée à notre appréciation. Les dépens de 7 500 \$ comprennent les dépens afférents à ces deux motions.