

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

122-10-CA

GEORGE P.L. FILLITER
and EUGENE J. MOCKLER

(Defendants) APPELLANTS

- and -

Ivale BANIUK
and RONALD J. BANIUK

(Plaintiffs) RESPONDENTS

Filliter and Mockler v. Baniuk et al.,
2011 NBCA 110

CORAM:
The Honourable Justice Deschênes
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
August 27, 2010

History of the Case:

Decision under appeal:
2010 NBQB 272

Preliminary or incidental proceedings:
[2003] N.B.J. No. 181

Appeal heard:
June 13, 2011

Judgment rendered
December 29, 2011

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Quigg

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

GEORGE P.L. FILLITER
et EUGENE J. MOCKLER

(Défendeurs) APPELANTS

- et -

Ivale BANIUK
et RONALD J. BANIUK

(Demandeurs) INTIMÉS

Filliter et Mockler c. Baniuk et autre,
2011 NBCA 110

CORAM :
L'honorable juge Deschênes
L'honorable juge Richard
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 27 août 2010

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2010 NBBR 272

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2003] A.N.-B. n° 181

Appel entendu :
Le 13 juin 2011

Jugement rendu :
Le 29 décembre 2011

Motifs de jugement :
L'honorable juge Quigg

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

Counsel at hearing:

For the appellants:
David T. Hashey, Q.C.
and Christopher DeLong

For the respondents:
Edwin G. Ehrhardt, Q.C.

THE COURT

The appeal is dismissed with costs in the amount of \$3,500.

Avocats à l'audience :

Pour les appelants :
David T. Hashey, c.r.,
et Christopher DeLong

Pour les intimés :
Edwin G. Ehrhardt, c.r.

LA COUR

Rejette l'appel avec dépens de 3 500 \$.

The judgment of the Court was delivered by

QUIGG J.A.

I. Introduction

[1] The issue in this appeal is whether the trial judge erred in determining that the appellant lawyers' omission to provide income tax advice to their clients, the respondents, Ivale and Ronald Baniuk, constituted negligence which resulted in damages. I agree with the trial judge's conclusion and substantially with her reasoning (see *Baniuk v. Filliter and Mockler*, 2010 NBQB 272, [2010] N.B.J. No. 309 (QL)). As a result, I would dismiss the appeal.

II. Background

A. *Introduction*

[2] In order to set out the background against which this appeal must be decided, I will borrow liberally from the Court of Queen's Bench decision, as well as the written submissions of the parties, indicating any factual disputes where appropriate. It should be noted that both parties adopted and agreed with the recitation of the pertinent facts contained in paragraphs 1-53 of the trial decision.

[3] Ivale and Ronald Baniuk commenced an action against the respondents, George P.L. Filliter and Eugene J. Mockler, Q.C., as a result of legal services provided with respect to the sale of shares held in Heritage Court Holdings.

[4] The Baniuks claimed Messrs. Filliter and Mockler were negligent in failing to communicate offers of settlement to them and in failing to properly advise them regarding income tax issues.

B. *History of previous proceedings*

[5] There has been a lengthy history of litigation involving Mr. Baniuk and his business partners, spanning from 1986 to 1993, which have revolved around Heritage Court Holdings Limited (hereinafter referred to as HCH). The claim involved in this appeal arises from the settlement of that dispute, which was orchestrated by the appellant lawyers.

[6] The business arrangement between Mr. Baniuk and HCH began in 1983, when an agreement was signed between the company's shareholders: Ronald Baniuk, Richard Carpenter and Earl Carpenter. This agreement divided the shares of the company, with Mr. Baniuk and Richard Carpenter each receiving 40% of the shares and Earl Carpenter receiving 20%. This agreement also required unanimous written consent of the shareholders for certain activities, notably for issuing shares of HCH, transferring or selling shares, sale of HCH's assets or altering HCH's capital.

[7] After disagreement arose regarding the management and operations of HCH, Mr. Baniuk commenced an action to have an inspector investigate the affairs of HCH (see *Baniuk v. Carpenter et al. (No. 1)* (1986), 85 N.B.R. (2d) 372, [1986] N.B.J. No. 601 (Q.B.) (QL)). Upon obtaining favourable judgment, Mr. Baniuk commenced a derivative action (see *Baniuk v. Carpenter et al. (No. 2)* (1987), 85 N.B.R. (2d) 394, [1987] N.B.J. No. 1195 (Q.B.) (QL)), whereby he requested that HCH be wound up, or alternatively, that an order issue requiring the purchase of his shares in HCH by the Carpenters. Although an offer to settle had been drafted in March of 1988, the parties failed to reach an agreement on whether HCH should be wound up in the event that the purchase of Mr. Baniuk's shares did not proceed.

[8] At trial in September of 1988, the Court of Queen's Bench addressed the dispute over the operations of HCH, but did not order the winding up of the corporation or the purchase of Mr. Baniuk's shares (see *Baniuk & Heritage Court Holdings Limited v. Carpenter et al.* (1988), 90 N.B.R. (2d) 1, [1988] N.B.J. No. 826 (Q.B.) (QL)). The

parties remained as shareholders of the corporation, however Mr. Baniuk sought to end his association with the company. The Queen's Bench decision was appealed and the parties exchanged a number of settlement offers.

[9] A settlement offer was sent on behalf of the Carpenters on June 27th, 1989, offering to purchase Mr. Baniuk's shares for \$500,000. Mr. Baniuk disagreed on the valuation and responded with a Notice of Application to seek the appointment of an independent evaluator. On August 23, 1989, the Carpenters sent another offer to settle, where they agreed to the relief sought in the Notice of Application but refused to purchase the shares personally or to wind up the company in the event the purchase failed within six months of the shares' valuation.

[10] The parties eventually agreed on the terms of the purchase of Mr. Baniuk's shares and these terms were included in a consent order signed on November 1, 1989. It was decided that HCH would purchase the shares at the value identified by the independent evaluator. It was further decided that HCH would be wound up, should the purchase fail within 90 days of the determination of the shares' value.

[11] The consent order contained the following terms:

- (a) That Heritage Court Holdings Limited be joined as a party respondent in the within matter;
- (b) That Heritage Court Holdings Limited purchase the shares held by the Applicant Ronald J. Baniuk at a fair value pursuant to Section 166 of the *Business Corporations Act*, R.S.N.B. 1973 [sic], c. B-9.1, said fair value to be determined by an independent evaluator to be chosen by the parties within fifteen (15) days from the date of this Order, failing which, the Court will make such appointment upon application by either party;
- (c) That the fair value of the shares shall be determined as of the date of the decision of the within matter, that is, August 31, 1989;

- (d) That the evaluator be a member of the Canadian Business Evaluations Association and a Chartered Accountant, or else as may be determined by the Court;
- (e) That the determination of the evaluator shall be binding and conclusive as between the parties as evidenced by this Order;
- (f) That the evaluator shall have the power and is hereby authorized to seek or obtain all such information as he deems necessary to make this determination, including retaining of such other experts as he may think necessary, including appraisers in the field of real estate evaluation, and may seek the directions of the Court from time to time as he sees fit with respect to any question effecting the operation of Heritage Court Holdings Limited;
- (g) That the evaluator shall file the determination of the value with the Court and each of the parties;
- (h) That upon completion of the buyout hereunder the parties shall exchange mutual Releases and this Application shall be discontinued;
- (i) That upon the failure to purchase within 90 days of the filing of the determination of the value of the shares of the Applicant, then the Court may, upon the application by any of the parties hereto, order the winding up of the company Heritage Court Holdings Limited, or grant such other relief as is appropriate in the circumstances;
- (j) That if the costs of the evaluation are not agreed upon, they will be determined by the Court.
[Summary at para. 49 of the trial judge's decision]

[12] The settlement reached its conclusion in May of 1991, when Mr. Baniuk sold his shares to the corporation for \$666,224.

C. *Action against the lawyers*

[13] Mr. Baniuk and his wife Ivale, commenced an action against Messrs. Filliter and Mockler alleging:

- (1) Mr. Baniuk had never seen the offers of settlement from March 1988 onward; and
- (2) Mr. Filliter and Mr. Mockler had failed to adhere to the appropriate professional standard of care with respect to advising Mr. Baniuk of tax consequences that might be reasonably expected as a result of the sale of his shares in HCH.

[14] Mr. Baniuk maintained that, had he been aware of these offers, particularly the offer of March 24, 1988, made by Mr. Murphy, and Mr. Mockler's proposal of March 29, 1988, he would have accepted them and there would have been no need to proceed to trial. Mr. Filliter and Mr. Mockler's position was that they had communicated all of the settlement offers to Mr. Baniuk, but none had been acceptable to him.

[15] Mr. Baniuk also alleged that, as a result of his lawyers' breach of their professional standard of care, he was obliged to pay increased taxes, which had arisen as a result of selling his common shares to the corporation, HCH, rather than to the Carpenters as individuals. The alleged breach of duty consisted of failing to properly advise Mr. Baniuk of tax consequences that would arise from the sale of the shares, which included a failure to advise how the sale could be properly structured in order to avoid tax liability and/or failing to advise Mr. Baniuk to seek tax advice from an independent source.

[16] Mr. Filliter and Mr. Mockler maintained they were not specifically retained to provide tax advice, but that they had intended to address taxation issues at the time of the valuation of the shares. However, their retainer had been terminated before the valuation stage was reached and, as such, they were not afforded the opportunity to discuss taxation issues and, therefore, were not negligent.

D. *Trial Judge's Decision*

[17] After a six-day hearing, which included the testimony of numerous experts, the trial judge concluded Mr. Baniuk was aware of all the attempts made to settle the matter prior to the signing of the order, dated November 1, 1989. The trial judge also found Mr. Filliter and Mr. Mockler had communicated the various offers to Mr. Baniuk, and that Mr. Baniuk had failed to establish his lawyers had breached their duty of care toward him regarding that issue. The trial judge dismissed Mrs. Baniuk's claim on the grounds the lawyers did not owe her a duty of care.

[18] With respect to Mr. Baniuk's allegations that Mr. Filliter and Mr. Mockler failed to adhere to the appropriate professional standard of care regarding advice on tax issues, the trial judge determined as follows:

I prefer and accept Mr. Baniuk's testimony to Mr. Mockler's on the issue relating to the terms of the retainer. I find that the oral retainer concluded between the plaintiff, Mr. Baniuk, and the defendant included Mr. Mockler's engagement that he and his firm would advise Mr. Baniuk with respect to the manner Mr. Baniuk was to proceed in obtaining the sale of his common shares in HCH including how the transaction was to be structured in order to take into account the attendant tax consequences of the sale.

[para. 133]

[19] She also stated:

The defendants in this case should have been alert to the necessity of advising Mr. Baniuk with respect to the tax

consequences of the sale of his common shares in HCH. In addition, they should have been aware of the methods in which the sale could be effected so as to avoid tax consequences to Mr. Baniuk. Thus, even had I not made the finding I did, namely that the terms of the retainer were explicit, I would have inferred the proffering of income tax advice as a term of the retainer. I rely on the following cases in support of this proposition: *Silver v. Morris* (1995), 139 N.S.R. (2d) 18 at p. 22 (N.S.C.A.); *285614 Alberta Ltd. v. Burnet, Duckworth & Palmer*, [1993] 4 W.W.R. 374 (Alberta Queen's Bench); *J.F. Newton Ltd. v. Thorne Riddell* (1991), 91 D.T.C. 5276 (B.C.S.C.); *Arkelian v. Daly, Black and Moreira*, [1992] B.C.J. No. 733 (B.C.S.C.). [para. 140]

[20] The trial judge went on to address the question of whether the standard of care should be lowered due to the fact that Mr. Baniuk had an accounting background and some knowledge of taxation matters. She stated:

Mr. Baniuk was an experienced businessman who was a registered industrial accountant. He testified that his training in 1984 for this designation did not include courses on income tax. He personally prepared and filed both he and his wife's personal income tax returns. Following the sale of his shares, he claimed a capital gains deduction, the disallowance of which gave rise in part, to this claim.

I find that Mr. Baniuk's knowledge of income tax was not so comprehensive as to have enabled him to understand what has been described in the evidence as the "relatively sophisticated sections of the *Income Tax Act* dealing with capital gains deductions, nor would it have been such as to have enabled him to comprehend the difference in tax treatment between a preferred dividend which results from the redemption of shares by a corporation, which is treated as income and the capital gain he would have realized had the shareholders purchased his shares which would have been eligible for exemption. Mr. Baniuk's knowledge of income tax was not in my opinion sufficient to result in the lowering of the appropriate standard of care owed by the defendants to him. [paras. 143-144]

[21] The trial judge reviewed jurisprudence respecting negligence as it pertains to professionals. She then turned to the question of whether Mr. Baniuk had established that Messrs. Filliter and Mockler had breached their duty of care toward him. The trial judge determined that Mr. Filliter and Mr. Mockler had omitted to provide the necessary tax advice. She stated:

The defendants omitted to provide Mr. Baniuk with clear advice on income tax and in particular with respect to the fact that since the purchaser would be HCH and not the Carpenters, the proceeds from the sale of his shares would be less; unless, an alternate structure was put into place which could alleviate if not nullify the consequent shortfall. They did not address the issue as to whether the court order should specifically address the income tax consequences to him. Had the various options been provided to him, Mr. Baniuk would have had the opportunity to reflect upon the defendants' advice and on the basis of this advice make an informed decision as to whether he wished to consent to the November 1st, 1989 order. Their omission to provide the income tax advice constitutes negligence on the part of both defendants. The defendants have failed to establish any contributory negligence on Mr. Baniuk's part.

[para. 195]

[22] On the question of whether his lawyers' omission had caused him damages, Mr. Baniuk alleged that, had it not been for their negligence in failing to give him tax advice, he would have made a different decision. He said that, had he been aware of the future tax consequences, he would not have signed the order dated November 1, 1989, unless a leveraged buy-out had been provided for. To this, Mr. Filliter and Mr. Mockler replied that, even if they had advised Mr. Baniuk of the income tax consequences, he would nevertheless have agreed to the consent order of November 1, 1989, because it provided for the sale of his shares following a valuation. They further argued the Carpenters would not have agreed or participated in a leveraged buy-out. Therefore, they contended Mr. Baniuk had failed to prove causation. Once again the trial judge canvassed jurisprudence pertaining to this topic, reviewed the evidence, made a finding with respect to the acrimonious history between Mr. Baniuk and the Carpenters

and concluded that, by the fall of 1989, the Carpenters were firm in their resolve to settle the matter and would probably have been cooperative. She stated:

I find that the Carpenters would probably have been cooperative in arranging the leveraged buyout. I am equally satisfied on a balance of probabilities that had the defendants fulfilled their duty to Mr. Baniuk and advised him of the income tax ramifications he was facing and the various options open to him including a leveraged buyout that he would have acted differently than he did.

[para. 211]

Therefore the trial judge was satisfied that Mr. Baniuk proved causation.

[23] The trial judge awarded damages against Mr. Filliter and Mr. Mockler, jointly and severally, in the amount of \$273,567.93. She further awarded pre-judgment simple interest at the rate of 3% per annum, for the period from June 1995 (the date when the first payment of income tax relative to this matter was made to Revenue Canada) to June 2005, and for the period from May 2007 to the date of the judgment, August 27, 2010. Post-judgment interest was allowed at the prescribed statutory rate of 7%. Mr. Baniuk was also allowed party and party costs, which were to be calculated per Scale 3 of Tariff "A" of Rule 59, together with all reasonable disbursements.

III. Issues on appeal

[24] Messrs. Filliter and Mockler submit that:

- a) The learned trial judge erred in law and in fact, and committed a palpable and overriding error by misapplying the standard of care applicable to the appellants;
- b) The learned trial judge erred in law and in fact, and committed a palpable and overriding error by reaching conclusions based on evidentiary findings which were erroneous, *inter alia*:

- (i) By finding that the other shareholders, including Richard and Earl Carpenter and the preferred shareholders in Heritage Court Holdings, would have agreed with and cooperated in a leveraged buy-out;
 - (ii) By failing to recognize the responsibility of the Plaintiff's counsel and of the valuator to deal with tax-related issues during the valuation process;
 - (iii) By finding that section 43 of the *Business Corporations Act* R.S.N.B. 1973 [sic], c. B-9.1 would not have been offended by a leveraged buy-out, or would not have applied.
- c) The learned trial judge erred in law and in fact and committed a palpable and overriding error in calculating the damages as against the Appellants by:
- (i) Awarding damages relating to the claim by Ivale Baniuk despite a dismissal of Ivale Baniuk's claim against the Appellants;
 - (ii) Awarding damages based on the time value of money and also awarding pre-judgment interest, or, in the alternative, if pre-judgment interest was appropriately awarded, failing to adequately reduce the award of interest to reflect delays caused solely by the Plaintiffs.

IV. Standard of Review

[25] In *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, the Supreme Court delineated the standard of review in negligence cases and reaffirmed that courts of appeal are not to retry cases. The standard of review on questions of law is correctness. The standard of review for findings of fact is that they are not to be overturned, unless the trial judge has made a palpable and overriding error. Questions of mixed fact and law involve the application of a legal standard to a set of facts. Where the question of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, deference should be exercised in the absence of palpable and overriding error. Where the issue on appeal involves a trial judge's interpretation of the evidence as a whole, it too should not be overturned unless

palpable and overriding error exists. As submitted by the respondents, a determination of whether or not the standard of care was met by the appellants involves the application of a legal standard to a set of facts, which is a question of mixed fact and law, and therefore is subject to the “palpable and overriding error” standard.

V. Analysis

A. *Misapplication of the Standard of Care*

[26] Messrs. Filliter and Mockler argue the trial judge committed a palpable and overriding error by misapplying the standard of care. They say the key issue is whether, in the fall of 1989, they should have risked the settlement by raising tax issues and a possible alternative method of restructuring the transaction. The trial judge held:

Irrespective of how the valuation process was perceived, there would be no reason in my opinion to delay raising the income tax issue until such time as an evaluator began to conduct the valuation. The most opportune time in my opinion for these matters to be discussed with Mr. Baniuk and for them to have been raised with Chief Justice Richard would have been prior to or at the time the November 1st, 1989 order was signed. [para. 191]

[27] Mr. Baniuk submits there is ample evidence to support this finding. He states the testimony of Mr. Murphy, the Carpenters’ solicitor, was that his clients “still wanted to do business” and the attitude was “if we can make a deal with this guy, let’s...let’s do it”. Mr. Gerald (Gary) Lawson (a lawyer who had been qualified as an expert to give opinion evidence regarding the purchase and sale of shares and corporate reorganization), testified, both through *viva voce* evidence and in his written report, that the proper time to raise the tax issues and appropriate structuring of the purchase of the shares was at the time of the settlement offers and before the consent order was issued. The evidence of Mr. Pierre Cormier (who was qualified as an expert in the field of accounting, with a taxation speciality), was that there was no “down side” for the Carpenters and there may have been a benefit regarding financing.

[28] More particularly, according to Mr. Baniuk, the evidence of Mr. David Barry Q.C., the appellants' own expert, confirmed that a properly structured transaction would have resulted in a "win/win" situation for both parties, and, as a result, supported the trial judge's finding that there would be no reason to delay bringing the income tax issue to the fore until such time as a valuator commenced the evaluation. The Carpenters would have benefited from a properly structured purchase if it had been provided at the time the consent order was executed. The Carpenters may have been interested in this structure as it would have removed the risk of further adverse tax consequences during the valuation process. Further, the Carpenters may have been able to benefit from the crystallization of exempt capital gains. With the appropriate structure in place, Mr. Baniuk could have received certain deductions and the Carpenters would have obtained other potential advantages. It was Mr. Barry's evidence that, had he been Mr. Baniuk's lawyer at the time of the signing of the consent order, he would have told Mr. Baniuk about the potential problem of the company redeeming the shares, as well as the extent of the problem.

[29] As stated above, the standard of review is that the judge must have made a palpable and overriding error: an error that is plainly seen and that impacted on the result. In my view, it is apparent the appellants failed to provide Mr. Baniuk important advice on income tax when deciding whether to agree to a settlement and allowed him to execute a consent order providing for the purchase of the shares by the company rather than the Carpenters as individuals. This resulted in severe adverse tax consequences for Mr. Baniuk. As canvassed above, there was ample evidence at trial upon which the trial judge could determine there was no reason to delay advising Mr. Baniuk of the income tax issue prior to the commencement of the valuation. The trial judge did not commit any error with respect to her application of the standard of care in arriving at her finding of negligence on the part of the appellants.

B. *Palpable and overriding error in finding the other shareholders (including the Carpenters as well as the preferred shareholders) would have cooperated in a leveraged buy-out*

[30] In their written submissions, Messrs. Filliter and Mockler submit Mr. Baniuk failed to discharge the onus of showing the Carpenters and the preferred shareholders would have participated in a leveraged buy-out. They say the findings of fact made by the trial judge with respect to this issue were not supported by the evidence and there is no evidence of any willingness on the part of the Carpenters or the preferred shareholders to cooperate in setting up the suggested transaction.

[31] The evidence at trial revealed the Carpenters were anxious to conclude the transaction and rid themselves of Mr. Baniuk, who, in their eyes, was a troublesome shareholder. According to expert testimony, there were significant benefits to the Carpenters in structuring the purchase in the method that has been described as a “leveraged buy-out”, i.e. avoiding the potential further payment of \$230,000. Furthermore, the parties did agree to a settlement which resulted in a consent order. There was ample evidence before the trial judge to support her finding that the Carpenters would probably have agreed to a leveraged buy-out. With respect to the preferred shareholders, the trial judge found there was no evidence to indicate they would have been against a buy-out and the redemption of shares. I find no error in her determination that the Carpenters would have agreed to participate in a leveraged buy-out. It is a sound inference that was available from the evidence.

C. *Failing to recognize the responsibility of counsel and the valuator to deal with tax related issues during the valuation process*

[32] Following the execution of the November 1, 1989 consent order, Messrs. Filliter and Mockler did not have any further involvement in the file and in the subsequent valuation because Mr. Baniuk retained another solicitor to represent his interests during the valuation process.

[33] As to the role of the valuator, both parties called expert witnesses. Mr. Paul Bradley testified for Mr. Baniuk as an expert in the field of business valuations. The appellants had Ms. Barbara Morton testify as their expert. They both addressed the role of a valuator. The appellants argue the valuator had a role in raising tax issues and that the key factor was whether the valuator should have brought this issue to Mr. Baniuk for consideration. Messrs. Filliter and Mockler submit that, during the valuation process, the parties and their lawyers should have advised the court of issues that affected the valuation and that the judge would have adjudicated upon the issue, as he did when other issues arose during the valuation process. Mr. Baniuk states in his submission to this Court that “we have the benefit of knowing exactly what Richard C.J. did when issues regarding the valuation arose regarding whether or not oppression remedies were available (which, for example, might have included an increased valuation by reason of the adverse tax consequences to Mr. Baniuk), and what “fair value” means (which decision may have impacted on whether or not certain adjustments could have been made to the valuation).”

[34] In *Baniuk v. Carpenter et al.* (1991), 112 N.B.R. (2d) 332, [1990] N.B.J. No. 1109 (Q.B.) (QL), Richard C.J.Q.B. set out the parameters for the valuation. The valuator was not to consider the oppression remedy in completing the valuation and “fair value” was defined as the “rateable portion of [its] *en bloc* fair market value” (para. 1). It is therefore submitted by Mr. Baniuk that Richard C.J.Q.B. did not find there had been any compulsion on the parties to enter into the consent order, thus there was no oppression remedy available and the parties were to deal with fair market value, the probable end result being the tax issue would not have been entertained if it had been brought before the court.

[35] The trial judge undertakes a lengthy analysis of this question in paragraphs 180-195 of her decision and concludes that, regardless of how the valuation process was to proceed, there was absolutely no reason to delay raising the income tax issue until the valuation commenced. The time to discuss the matter was prior to the execution of the consent order. The trial judge concluded the Carpenters would have been cooperative in

the leveraged buy-out and, on a balance of probabilities, had the appellants met their duty of care to Mr. Baniuk and advised him of the income tax issues and the possibility of a leveraged buy-out, Mr. Baniuk would have acted differently. He probably would not have agreed to the settlement. There was evidence to support the conclusion that the valuation stage was not the proper time to raise the tax consequences. This is what the judge concluded and there is evidentiary support for that conclusion. Thus, on the applicable standard of review, we are bound to uphold her conclusion.

D. *Finding that s. 43 of the Business Corporations Act, S.N.B. 1981, c. B-9.1 would not have been offended by a leveraged buy-out*

[36] Messrs. Filliter and Mockler submit the leveraged buyout as deescribed by the expert witnesses would offend s. 43(2)(b) of the *Business Corporations Act*, as it called for the establishment of a new company whose purpose would have been to purchase Mr. Baniuk's shares. They say the case law is clear that any scheme which called for HCH to provide direct funding, pledge its assets, or give a mortgage in order to obtain funds to assist a new company to purchase the shares would offend the *Act*. Mr. Baniuk submits there is ample evidence that an appropriate structure would not offend s. 43(2)(b) of the *Act* and could have been put in place. Three expert witnesses, Mr. Lawson, Mr. Cormier and Mr. Barry (the appellants' own witness) all testified how the transaction could have been structured to protect all parties. Mr. Cormier specifically described the steps involved in structuring a leveraged buy-out (para. 200 of the trial judge's decision). Mr. Cormier further provided evidence that the "leveraged buyout" structure has been employed regularly since 1985, when capital gains deductions were introduced by the Canada Revenue Agency. He testified that it is a common practice, that he has utilized this structure "very, very frequently", and it is practiced by lawyers and accountants across the country as it does not impugn s. 43 of the *Business Corporations Act* or similar provisions in other provinces.

[37] The trial judge discussed the evidence of Mr. Barry wherein he acknowledged that s. 43 provides an exception for a subsidiary company, thus allowing a leveraged buy-out in this case. The trial judge stated Mr. Cormier had the same opinion,

namely that s. 43 would not operate to prevent a leveraged buy-out. She concluded that in this situation, s. 43 of the *Business Corporations Act* would not have constituted an impediment to a leveraged buy-out (para. 219 of the trial decision).

[38] I find there was ample evidence before the trial judge to allow the finding that s. 43 would not operate to prevent a leveraged buy-out. According to the expert witnesses, including Messrs. Filliter and Mockler's expert, the leveraged buy-out option is in common usage in this province, as well as others. I would not interfere with the judge's finding on point.

E. *Damages*

[39] At trial, Mr. Baniuk claimed damages for the additional income tax paid, interest relating to the reassessment by the Canada Revenue Agency following the initial filing, as well as legal fees incurred as a result of negotiations with the Agency. Mr. Baniuk's evidence was that after his lawyer received the proceeds from the sale of his shares, he directed that one-half go to his wife so they could each claim a capital gains deduction when they filed income tax returns. After the Baniuks filed their returns, a full re-assessment by the Canada Revenue Agency was issued in Mr. Baniuk's name, as the proceeds from the sale of shares to HCH were ruled a deemed dividend. At the time the income tax returns were filed, Mr. and Mrs. Baniuk were shareholders of a corporation, Ban-An Ltd. Mr. Baniuk then sought advice from tax experts who advised him to undertake a "division" with Mrs. Baniuk by re-filing and using Ban-Am Ltd., and her interest therein, to mitigate his tax consequences. The trial judge discussed these actions:

I am cognizant of the fact that after Mr. Baniuk's solicitor received the proceeds of the sale on Mr. Baniuk's instructions, he issued Mr. and Mrs. Baniuk each a cheque in an amount representing half of the proceeds. Mr. Baniuk then undertook to file income tax returns in which they each claimed a capital gains deduction. Revenue Canada denied the capital gains deduction on the basis that the proceeds were a deemed dividend and not a capital gain. I find that the action taken in this regard by Mr. Baniuk

would not have occurred had the defendants not acted as they did. Absent the defendants' negligence, Mr. Baniuk would have been successful in obtaining the capital gains deduction. The measures that Mr. Baniuk took therefore with respect to their income tax obligations were not independent of the defendants' negligence but rather resulted from it.

Mr. Pierre Cormier, who gave his opinion as an expert in the field of accounting specializing in taxation, testified that the financial benefits which would have been achieved under the proposed alternate structure of a leveraged buyout would have been \$175,481. The time value of the net financial benefits as of October 31st, 2008 was \$268,144.

Legal fees were also incurred for legal representation and negotiation with Revenue Canada. I believe the plaintiff acted reasonably in incurring those costs and thus they are recoverable. The time value calculation of these legal fees as of October 31st, 2008 was \$5,423.93.

The plaintiff, Mr. Baniuk, will be awarded damages against the defendants jointly and severally in the amount of \$273,567.93. [paras. 229-232]

[40] Messrs. Filliter and Mockler submit it is implicit in the trial judge's dismissal of Mrs. Baniuk's claim that any portion of damages claimed by her cannot be recovered, and by awarding the portion of damages claimed by Mrs. Baniuk, the judge erred. Although the trial judge dismissed Mrs. Baniuk's claim on the basis that the appellants did not owe her a duty of care, the calculation of damages to be awarded had to include the amount claimed by Mrs. Baniuk, as this amount is a portion of the actual loss sustained by Mr. Baniuk. Mr. Baniuk had been under a duty to mitigate his losses and, in order to do so, utilized a division with his wife when dealing with the Canada Revenue Agency. Mr. Baniuk argued he did what he could to mitigate his losses by using Mrs. Baniuk's tax status to reduce the loss caused by the appellant's negligence. The trial judge concluded these were appropriate mitigating efforts. I would not interfere with that conclusion.

[41] The trial judge undertook a thorough analysis of pre-judgement interest (at paras. 233-240) and explained how she arrived at the decision to award pre-judgement simple interest (not compound interest as requested by Mr. Baniuk) at the rate of 3% per annum for the period of time extending from June 1995 (the date when the first payment of income tax relative to this matter was made to Revenue Canada) to June 2005, and for the period extending from May 2007 to August 27, 2010. Post-judgement interest was awarded in the amount of 7%.

[42] The trial judge did not err in awarding damages based on time value of money, nor did she err in awarding pre-judgement interest. The trial judge exercised her discretion and denied Mr. Baniuk interest for approximately 23 months, as an apparent mechanism to deal with the issue of delay. I find no error in the approach employed by the trial judge which would warrant appellate intervention.

VI. Disposition

[43] For the above reasons, I would dismiss the appeal and confirm the trial judge's decision. I would order the appellants to pay costs of \$3,500.

LA JUGE QUIGG

I. Introduction

[1] La question à trancher dans le cadre du présent appel consiste à savoir si la juge du procès a commis une erreur en décidant que l'omission des avocats appelants de donner à leurs clients, les intimés Ivale et Ronald Baniuk, des conseils en matière de fiscalité a constitué de la négligence qui a causé des dommages. Je souscris à la conclusion de la juge du procès et, pour l'essentiel, à son raisonnement (voir la décision *Baniuk c. Filliter et Mockler*, 2010 NBBR 272, [2010] A.N.-B. n° 309 (QL)). Il s'ensuit que je suis d'avis de rejeter l'appel.

II. Le contexte

A. *Introduction*

[2] Pour établir le contexte dans lequel l'appel doit être tranché, je vais puiser abondamment dans la décision de la Cour du Banc de la Reine ainsi que dans les mémoires des parties, en précisant au besoin les faits contestés. Il est à remarquer que les deux parties ont adopté l'exposé des faits pertinents que l'on trouve aux paragraphes 1 à 53 de la décision rendue au procès et qu'elles y ont souscrit.

[3] Ivale et Ronald Baniuk ont intenté une action aux intimés, George P.L. Filliter et Eugene J. Mockler, c.r., par suite des services juridiques que ces derniers leur ont fournis dans le cadre de la vente des actions qu'ils détenaient dans Heritage Court Holdings Limited.

[4] Les Baniuk ont prétendu que M^{es} Filliter and Mockler avaient fait preuve de négligence en omettant de leur communiquer des offres de règlement et de les conseiller convenablement sur des questions d'impôt sur le revenu.

B. *Historique des procédures antérieures*

[5] Un litige a longtemps opposé M. Baniuk et ses partenaires commerciaux. Ce litige a duré de 1986 à 1993 et il concernait la société Heritage Court Holdings Limited (ci-après appelée HCH). La demande qui fait l'objet du présent appel découle du règlement amiable de ce litige, règlement qui a été orchestré par les avocats appelants.

[6] L'entente commerciale entre M. Baniuk et HCH a vu le jour en 1983, année où une convention est intervenue entre les actionnaires de la compagnie : Ronald Baniuk, Richard Carpenter et Earl Carpenter. Cette convention est venue partager les actions de la compagnie, M. Baniuk et Richard Carpenter ayant chacun reçu 40 % des actions et Earl Carpenter, 20 %. La convention stipulait également que le consentement unanime par écrit des actionnaires était nécessaire pour certaines activités, notamment émettre des actions d'HCH, transférer ou vendre des actions d'HCH, vendre l'actif d'HCH ou modifier la structure du capital d'HCH.

[7] Après qu'un désaccord s'est fait jour concernant la gestion et l'exploitation de HCH, M. Baniuk a engagé une action afin qu'un inspecteur soit nommé aux fins d'examiner les affaires d'HCH (voir la décision *Baniuk c. Carpenter et autres (N° 1)* (1986), 85 R.N.-B. (2^e) 372, [1986] A.N.-B. n° 601 (C.B.R.) (QL)). Après avoir obtenu un jugement favorable, M. Baniuk a engagé une action dérivée (*Baniuk c. Carpenter et autres (N° 2)* (1987), 85 R.N.-B. (2^e) 394, [1987] A.N.-B. n° 1195 (C.B.R.) (QL)), dans laquelle il demandait qu'HCH soit liquidée ou, subsidiairement, qu'une ordonnance soit rendue aux fins d'obliger les Carpenter à acheter les actions qu'il détenait dans HCH. Bien qu'une offre de règlement eût été rédigée en mars 1988, les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur la question de savoir si HCH devait être liquidée dans l'hypothèse où l'achat des actions de M. Baniuk ne serait pas conclu.

[8] Au procès tenu en septembre 1988, la Cour du Banc de la Reine a examiné le différend relatif à l'exploitation d'HCH, mais n'a pas ordonné la liquidation de la société ni l'achat des actions de M. Baniuk (voir *Baniuk et Heritage Court Holdings Ltd. c. Carpenter et al.* (1988), 90 R.N.-B. (2^e) 1, [1988] A.N.-B. n° 826 (C.B.R.) (QL)). Les parties sont demeurées actionnaires de la société, mais M. Baniuk voulait mettre fin à son association avec la compagnie. Il y a eu appel de la décision de la Cour du Banc de la Reine et les parties ont échangé un certain nombre d'offres de règlement amiable.

[9] Le 27 juin 1989, une offre de règlement amiable a été envoyée au nom des Carpenter, offre dans laquelle on proposait d'acheter les actions de M. Baniuk au prix de 500 000 \$. M. Baniuk n'a pas accepté l'évaluation et a répondu en déposant un avis de requête sollicitant la désignation d'un évaluateur indépendant. Le 23 août 1989, les Carpenter ont présenté une autre offre de règlement dans laquelle ils acceptaient la mesure réparatoire sollicitée dans l'avis de requête, mais refusaient d'acheter personnellement les actions ou de liquider la société dans l'hypothèse où l'achat des actions ne se ferait pas dans les six mois suivant la détermination de leur valeur.

[10] Les parties ont fini par s'entendre sur les conditions de l'achat des actions de M. Baniuk et ces conditions ont été incorporées dans une ordonnance par consentement qui a été signée le 1^{er} novembre 1989. Il avait été décidé qu'HCH achèterait les actions au prix établi par l'évaluateur indépendant. Il avait également été décidé qu'HCH serait liquidée pour le cas où l'achat ne se ferait pas dans les quatre-vingt-dix jours de la détermination de la valeur des actions.

[11] L'ordonnance par consentement contenait les clauses suivantes :

[TRADUCTION]

- (a) Heritage Court Holdings Limited sera jointe à titre de partie intimée à la présente affaire;
- (b) Heritage Court Holdings Limited achètera les actions du requérant Ronald J. Baniuk à un prix équitable conformément à l'article 166 de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.N.-B. 1981, c. B-9.1, ce

prix équitable devant être calculé par un évaluateur impartial choisi par les parties dans un délai de quinze (15) jours à compter de la date de la présente ordonnance, à défaut de quoi la cour nommera cet évaluateur sur demande de l'une des parties;

- (c) le prix équitable des actions devra être calculé à la date de la décision prononcée dans la présente affaire, c'est-à-dire au 31 août 1989;
- (d) l'évaluateur doit être membre de la Canadian Business Evaluations Association et être comptable agréé, ou posséder d'autres qualifications précisées par la cour;
- (e) le calcul de l'évaluateur liera les parties et sera définitif, comme en fait foi la présente ordonnance;
- (f) l'évaluateur sera habilité, et il est autorisé par les présentes, à rechercher ou obtenir toutes les données qu'il jugera nécessaires pour rendre sa décision, notamment en retenant les services des autres experts qu'il pourra juger nécessaires, en particulier des évaluateurs de biens immobiliers, et il pourra, lorsqu'il le jugera indiqué, obtenir à l'occasion de la Cour des directives relativement à toute question concernant l'exploitation d'Heritage Court Holdings Limited;
- (g) l'évaluateur déposera sa détermination de la valeur auprès de la Cour et de chacune des parties;
- (h) une fois le rachat prévu par les présentes effectué, les parties échangeront des décharges et la présente requête sera retirée;
- (i) en cas de non-rachat dans les 90 jours du dépôt de la détermination de la valeur des actions du requérant, la Cour pourra alors, à la demande de l'une ou l'autre des parties aux présentes, ordonner la liquidation de la société Heritage Court Holdings Limited ou accorder tout autre redressement qu'elle jugera approprié dans les circonstances;
- (j) si les parties ne peuvent s'entendre sur les coûts de l'évaluation, ils seront déterminés par la Cour.

[Résumé extrait du par. 49 de la décision de la juge du
procès.]

[12] Le règlement amiable a été mené à terme en mai 1991, époque à laquelle M. Baniuk a vendu ses actions à la société pour la somme de 666 224 \$.

C. *L'action contre les avocats*

[13] M. Baniuk et son épouse Ivale ont engagé contre M^{es} Filliter et Mockler une action dans laquelle ils prétendaient ceci :

(1) M. Baniuk n'avait jamais vu les offres de règlement amiable qui ont été faites à compter du mois de mars 1988;

(2) M^e Filliter et M^e Mockler avaient omis d'adhérer à la norme de diligence professionnelle appropriée en ne l'avertissant pas des conséquences fiscales auxquelles il devait raisonnablement s'attendre par suite de la vente des actions qu'il détenait dans HCH.

[14] M. Baniuk a soutenu que s'il avait été au courant des offres en question, tout particulièrement celle du 24 mars 1988, faite par M^e Murphy, et de la proposition de M^e Mockler, présentée le 29 mars 1988, il les aurait acceptées et il n'aurait pas été nécessaire de faire instruire l'affaire. M^e Filliter et M^e Mockler ont fait valoir qu'ils avaient communiqué toutes les offres de règlement amiable à M. Baniuk, mais qu'il n'en avait trouvé aucune acceptable.

[15] M. Baniuk a aussi prétendu que par suite du manquement de ses avocats à la norme de diligence professionnelle à laquelle ils étaient tenus, il a dû payer un surcroît d'impôt parce qu'il avait vendu ses actions ordinaires à la société, HCH, plutôt qu'aux

Carpenter à titre de personnes physiques. Les défendeurs avaient manqué à leur obligation, a-t-il prétendu, en omettant de le conseiller convenablement sur les conséquences de nature fiscale qui allaient découler de la vente des actions, notamment en ne lui indiquant pas comment la vente devait être structurée afin d'éviter l'obligation fiscale ou en ne lui conseillant pas d'obtenir un avis en matière fiscale auprès d'une source indépendante.

[16] M^e Filliter et M^e Mockler ont fait valoir que leurs services n'avaient pas été expressément retenus pour donner des conseils en matière fiscale, mais qu'ils avaient l'intention de traiter des questions fiscales au moment de l'évaluation des actions. Toutefois, comme M. Baniuk avait résilié leur contrat de services juridiques avant l'étape de l'évaluation, ils n'avaient pas eu l'occasion de discuter des questions fiscales et n'avaient donc pas fait preuve de négligence.

D. *La décision de la juge du procès*

[17] Après une audience de six jours, au cours de laquelle de nombreux experts ont témoigné, la juge du procès a conclu que M. Baniuk était au courant de toutes les tentatives visant à régler l'affaire à l'amiable effectuées avant la signature de l'ordonnance datée du 1^{er} novembre 1989. Elle a également conclu que M^e Filliter et M^e Mockler avaient bel et bien communiqué les différentes offres à M. Baniuk et que celui-ci n'avait pas établi que ses avocats avaient manqué à l'obligation de diligence qu'ils avaient envers lui en ce qui concernait cette question. La juge du procès a rejeté la demande de M^{me} Baniuk pour le motif que les avocats n'avaient aucune obligation de diligence envers elle.

[18] En ce qui concerne les allégations de M. Baniuk selon lesquelles M^e Filliter et M^e Mockler n'avaient pas respecté la norme de diligence professionnelle appropriée relativement aux conseils en matière fiscale, la juge du procès en est venue à la conclusion suivante :

[TRADUCTION]

S'agissant de la question des clauses du contrat de services juridiques, j'accepte donc le témoignage de M. Baniuk de préférence à celui de M^e Mockler. Je conclus que dans le contrat passé oralement entre le demandeur, M. Baniuk, et le défendeur, M^e Mockler avait pris l'engagement que lui-même et son cabinet conseilleraient M. Baniuk sur la façon dont M. Baniuk devait procéder pour obtenir la vente des actions ordinaires qu'il possédait dans HCH, notamment sur la manière de structurer l'opération afin de prendre en considération les conséquences fiscales de la vente.

[Par. 133]

[19] Elle a également dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Dans la présente instance, les défendeurs auraient dû être attentifs à la nécessité d'informer M. Baniuk des conséquences fiscales de la vente des actions ordinaires qu'il possédait dans HCH. De plus, ils auraient dû connaître les différentes formes que pouvait prendre la vente de façon à éviter qu'elle ait une incidence fiscale pour M. Baniuk. Par conséquent, même si je n'avais pas tiré la conclusion à laquelle je suis arrivée, à savoir que les clauses du contrat de services juridiques étaient explicites, j'aurais inféré que l'offre de conseils en matière fiscale était une clause du contrat de services juridiques. Je me fonde sur la jurisprudence suivante pour avancer cette thèse : *Silver c. Morris* (1995), 139 N.S.R. (2d) 18, à la p. 22 (C.A.N.-É.); 285614 *Alberta Ltd. c. Burnet, Duckworth & Palmer*, [1993] 4 W.W.R. 374 (Cour du Banc de la Reine de l'Alberta); *J.F. Newton Ltd. et al. c. Thorne Riddell et al.* (1991), 45 D.T.C. 5276 (C.S.C.-B.); *Arkelian c. Daley, Black & Moriera*, [1992] B.C.J. No. 733 (C.S.C.-B.). [Par. 140]

[20] La juge du procès a ensuite examiné la question de savoir s'il y avait lieu d'abaisser la norme de diligence, compte tenu du fait que M. Baniuk avait une formation en comptabilité et certaines connaissances en matière fiscale. Voici ce qu'elle a dit :

[TRADUCTION]

M. Baniuk, homme d'affaires expérimenté, était également comptable en management accrédité. Il a témoigné que la

formation qu'il avait suivie en 1984 pour décrocher ce titre ne comportait pas de cours d'impôt sur le revenu. Il préparait et déposait personnellement sa déclaration de revenus ainsi que celle de son épouse. Après la vente de ses actions, il s'était prévalu d'une déduction pour gains en capital dont le rejet explique en partie la présente demande.

Je conclus que M. Baniuk ne possédait pas, en matière d'impôt sur le revenu, des connaissances suffisamment étendues pour pouvoir comprendre ce qui a été décrit dans la preuve comme les [TRADUCTION] « dispositions relativement complexes de la *Loi de l'impôt sur le revenu* régissant les déductions pour gains en capital », connaissances qui n'auraient pas non plus été de nature à lui permettre de comprendre la différence de traitement fiscal entre le dividende privilégié résultant du rachat de ses actions par une corporation, qui est traité comme un revenu, et le gain en capital qu'il aurait réalisé si les autres actionnaires avaient acheté ses titres, lequel gain en capital lui aurait permis de bénéficier d'une exemption. Je suis donc d'avis que les connaissances de M. Baniuk en matière d'impôt sur le revenu n'étaient pas suffisantes pour entraîner un abaissement de la norme de diligence à laquelle les défendeurs étaient tenus envers lui. [Par. 143 et 144]

[21] La juge du procès a examiné la jurisprudence se rapportant à la négligence lorsqu'il s'agit de professionnels. Elle a ensuite examiné la question de savoir si M. Baniuk avait établi que M^e Mockler et M^e Filliter avaient manqué à leur obligation de diligence envers lui. La juge du procès a jugé que M^e Mockler et M^e Filliter avaient omis de donner les conseils nécessaires en matière fiscale. Voici ce qu'elle a dit :

[TRADUCTION]

Les défendeurs ont omis de donner à M. Baniuk des conseils clairs sur le plan fiscal et notamment de l'avertir que comme l'acquiesse serait HCH et non les Carpenter, le produit de la vente serait inférieur à ses attentes, à moins que l'on ne mette en place une autre structure susceptible d'atténuer, sinon d'éliminer, le manque à gagner qui en résulterait. Ils ne se sont pas demandé si l'ordonnance judiciaire devrait expressément traiter des conséquences fiscales qui en découleraient pour lui. Si les différentes options lui avaient été présentées, M. Baniuk aurait eu la

possibilité de réfléchir aux conseils des défendeurs et, sur le fondement de ces conseils, de décider en connaissance de cause s'il voulait consentir à l'ordonnance du 1^{er} novembre 1989. En omettant de donner des conseils en matière fiscale, les deux défendeurs se sont rendus coupables de négligence. Les défendeurs n'ont pas établi de négligence concourante de la part de M. Baniuk.

[Par. 195]

[22] En ce qui concerne la question de savoir si l'omission de ses avocats lui avait causé des dommages, M. Baniuk a prétendu que n'eût été la négligence dont ces derniers avaient fait preuve en omettant de lui donner des conseils en matière fiscale, il aurait pris une décision différente. Il a dit que s'il avait été au fait des conséquences fiscales futures, il n'aurait pas signé l'ordonnance du 1^{er} novembre 1989 à moins qu'une acquisition par emprunt ait été prévue. M^e Filliter et M^e Mockler ont rétorqué que même s'ils avaient informé M. Baniuk des répercussions fiscales, ce dernier aurait quand même accepté l'ordonnance par consentement du 1^{er} novembre 1989 parce qu'elle prévoyait la vente de ses titres après leur évaluation. Ils ont de plus fait valoir que les Carpenter n'auraient ni consenti, ni participé à une acquisition par emprunt. Il s'ensuivait, ont-ils prétendu, que M. Baniuk n'avait pas prouvé la causalité. Là encore, la juge du procès a recensé la jurisprudence relative à cette question, a examiné la preuve, a tiré une conclusion en ce qui concernait les longues relations acrimonieuses entre M. Baniuk et les Carpenter et a conclu qu'à l'automne 1989, les Carpenter étaient fermement résolus à trouver un règlement amiable et se seraient probablement montrés coopératifs. Elle a dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je conclus que les Carpenter se seraient probablement montrés coopératifs pour monter l'acquisition par emprunt. Je suis également convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que si les défendeurs s'étaient acquittés de leur obligation envers M. Baniuk en l'informant des ramifications fiscales auxquelles il était exposé et des différentes options dont il disposait, entre autres une acquisition par emprunt, il aurait agi différemment.

[Par. 211]

La juge du procès était donc convaincue que M. Baniuk avait prouvé la causalité.

[23] La juge du procès a conjointement et individuellement condamné M^e Filliter et M^e Mockler à verser des dommages-intérêts de 273 567,93 \$. Elle a également accordé des intérêts simples avant jugement au taux de 3 % par an pour la période allant du mois de juin 1995 (date à laquelle le premier versement d'impôt sur le revenu concernant la présente affaire avait été fait à Revenu Canada) au mois de juin 2005, ainsi que pour la période allant de mai 2007 jusqu'à la date du jugement, savoir le 27 août 2010. Des intérêts après jugement ont été accordés au taux légal prescrit de 7 %. M. Baniuk a aussi obtenu les dépens entre parties, qui devaient être calculés selon l'échelle 3 du tarif « A » de la règle 59, ainsi que tous les débours raisonnables.

III. Les questions à trancher en appel

[24] M^{es} Filliter et Mockler formulent les prétentions suivantes :

[TRADUCTION]

- a) La distinguée juge du procès a commis une erreur de droit et de fait, et a commis une erreur manifeste et dominante, parce qu'elle a appliqué d'une façon erronée la norme de diligence applicable aux appelants;
- b) La distinguée juge du procès a commis une erreur de droit et de fait, et a commis une erreur manifeste et dominante, en tirant des conclusions sur la base d'inférences fondées sur la preuve qui étaient erronées, savoir notamment :
 - (i) en concluant que les autres actionnaires, y compris Richard et Earl Carpenter ainsi que les actionnaires privilégiés d'Heritage Court Holdings, auraient consenti à une acquisition par emprunt et y auraient collaboré;
 - (ii) en ne reconnaissant pas la responsabilité qui incombait à l'avocat du demandeur et à l'évaluateur d'aborder les questions d'ordre fiscal pendant le processus d'évaluation;

(iii) en concluant que l'acquisition par emprunt n'aurait pas violé l'article 43 de la *Loi sur les corporations commerciales*, L.R.N.-B. 1973, [*sic*, lire L.N.-B. 1981], ch. B-9.1, ou que cet article n'aurait pas été applicable.

c) La distinguée juge du procès a commis une erreur de droit et de fait, et a commis une erreur manifeste et dominante dans le calcul des dommages-intérêts auxquels elle a condamné les appelants parce qu'elle a :

(i) accordé des dommages-intérêts au titre de la demande d'Ivale Baniuk malgré le rejet de la demande qu'elle avait déposée contre les appelants;

(ii) accordé des dommages-intérêts en fonction de la valeur temporelle de l'argent et a aussi accordé des intérêts avant jugement ou, à titre subsidiaire, pour le cas où les intérêts avant jugement auraient été accordés à bon droit, n'a pas suffisamment réduit les dommages-intérêts accordés pour tenir compte des retards entièrement imputables aux demandeurs.

IV. La norme de contrôle

[25] Dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, la Cour suprême a établi la norme de contrôle applicable aux affaires de négligence et a de nouveau affirmé que les cours d'appel n'ont pas à juger l'affaire de nouveau. La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait est qu'elles ne doivent pas être infirmées, à moins que le juge de première instance n'ait commis une erreur manifeste et dominante. Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits. Lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est une conclusion de négligence, la retenue est de rigueur en l'absence d'une erreur manifeste et dominante. Si la question litigieuse en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée non

plus à moins qu'il n'existe une erreur manifeste et dominante. Comme le prétendent les intimés, la question de savoir si les appelants ont respecté la norme de diligence suppose l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits, ce qui est en fait une question mixte de fait et de droit, et cette question est donc assujettie à la norme de « l'erreur manifeste et dominante ».

V. Analyse

A. *L'application erronée de la norme de diligence*

[26] M^{es} Filliter et Mockler prétendent que la juge du procès a commis une erreur manifeste et dominante en appliquant la norme de diligence d'une façon erronée. Ils affirment que la question fondamentale consiste à savoir si, à l'automne 1989, ils auraient dû risquer de compromettre le règlement amiable en soulevant des questions d'ordre fiscal et en proposant une autre méthode qui aurait pu permettre de restructurer l'opération. La juge du procès a décidé ceci :

[TRADUCTION]

Indépendamment de la manière dont le processus d'évaluation était compris, il n'y avait selon moi aucune raison d'attendre qu'un évaluateur commence à effectuer l'évaluation pour soulever la question des incidences fiscales. À mes yeux, le moment le plus opportun pour aborder ces questions avec M. Baniuk et pour en saisir le juge en chef Richard était avant ou au moment de la signature de l'ordonnance du 1^{er} novembre 1989. [Par. 191]

[27] M. Baniuk fait valoir qu'il existe des éléments de preuve solides qui appuient cette conclusion. Il dit que selon le témoignage de M^c Murphy, l'avocat des Carpenter, ces derniers [TRADUCTION] « voulaient néanmoins faire des affaires » et leur attitude était [TRADUCTION] « si nous pouvons conclure un marché avec ce type, alors... allons-y ». Maître Gerald (Gary) Lawson (avocat qui avait été déclaré compétent pour donner son opinion d'expert concernant l'achat et la vente d'actions ainsi que la réorganisation d'une société) a témoigné, à la fois de vive voix et dans son rapport écrit,

que le moment indiqué pour soulever les questions fiscales et la bonne façon de structurer l'achat des actions était celui où les offres de règlement amiable ont été faites et avant que l'ordonnance par consentement ne soit rendue. Selon le témoignage de M. Pierre Cormier (qui avait été reconnu comme expert dans les domaines de la comptabilité et de la fiscalité), il n'y avait aucun [TRADUCTION] « inconvénient » pour les Carpenter et cela aurait pu présenter des avantages sur le plan du financement.

[28] Plus précisément, selon M. Baniuk, le témoignage de maître David Barry, c.r., le propre expert des appelants, a confirmé qu'une opération convenablement structurée aurait donné lieu à une situation où les deux parties auraient été [TRADUCTION] « gagnantes » et il étayait donc la conclusion de la juge du procès selon laquelle il n'y avait aucune raison d'attendre que l'évaluateur commence l'évaluation pour soulever la question d'ordre fiscal. Les Carpenter auraient profité d'un achat convenablement structuré si les conseils avaient déjà été fournis au moment où l'ordonnance par consentement a été signée. Les Carpenter auraient pu être intéressés par cette structure puisqu'elle aurait dissipé le risque que d'autres conséquences fiscales désavantageuses ne se fassent jour pendant le processus d'évaluation. De plus, les Carpenter auraient peut-être pu tirer profit de la cristallisation des gains en capital exonérés. Si la structure appropriée avait été mise en place, M. Baniuk aurait pu recevoir certaines déductions et les Carpenter auraient obtenu d'autres avantages éventuels. M^e Barry a témoigné que s'il avait été l'avocat de M. Baniuk au moment de la signature de l'ordonnance par consentement, il l'aurait informé du problème que risquait de poser le rachat des actions par la compagnie ainsi que de la nature du problème.

[29] Comme je l'ai dit, il faut, selon la norme de contrôle applicable, que le juge ait commis une erreur manifeste et dominante : une erreur qui est évidente et qui a eu une incidence sur l'issue de l'instance. À mon avis, il est certain que les appelants ont omis de donner à M. Baniuk des conseils en matière de fiscalité qui étaient importants aux fins de décider s'il devait accepter un règlement amiable et ils l'ont laissé signer une ordonnance par consentement prévoyant que c'était la compagnie plutôt que les Carpenter personnellement qui achetait les actions. Cela a entraîné de lourdes

conséquences fiscales pour M. Baniuk. Comme nous l'avons vu ci-dessus, il y avait suffisamment de preuves au procès sur lesquelles la juge pouvait s'appuyer pour conclure qu'il n'y avait aucune raison d'attendre le début de l'évaluation pour informer M. Baniuk des incidences fiscales. La juge du procès n'a commis aucune erreur en ce qui concerne la façon dont elle a appliqué la norme de diligence pour en arriver à la conclusion qu'il y avait eu négligence de la part des appelants.

B. *L'erreur manifeste et dominante qui aurait consisté à conclure que les autres actionnaires (dont les Carpenter et les actionnaires privilégiés) se seraient montrés coopératifs pour monter une acquisition par emprunt.*

[30] Dans leurs mémoires, M^{es} Filliter et Mockler prétendent que M. Baniuk ne s'est pas acquitté de la charge qui lui incombait de montrer que les Carpenter et les actionnaires privilégiés auraient participé à une acquisition par emprunt. Ils affirment que les conclusions de fait que la juge du procès a tirées relativement à cette question ne trouvaient pas appui dans la preuve et qu'il n'existe aucun élément de preuve établissant que les Carpenter ou les actionnaires privilégiés auraient été le moins disposés à coopérer à l'établissement de l'opération proposée.

[31] La preuve produite au procès a révélé que les Carpenter étaient très désireux de conclure la transaction et de se débarrasser de M. Baniuk qui, à leurs yeux, était un actionnaire difficile. Selon le témoignage de certains experts, les Carpenter auraient retiré des avantages considérables si l'achat avait été structuré suivant la méthode que l'on a décrite comme étant une « acquisition par emprunt », c'est-à-dire qu'ils auraient évité de payer éventuellement une somme supplémentaire de 230 000 \$. De plus, les parties se sont entendues sur un règlement amiable qui a donné lieu à une ordonnance par consentement. La juge du procès disposait d'éléments de preuve largement suffisants pour fonder sa conclusion selon laquelle les Carpenter auraient probablement consenti à une acquisition par emprunt. En ce qui concerne les actionnaires privilégiés, la juge du procès a conclu que rien n'indiquait qu'ils se seraient opposés à une acquisition et au rachat des actions. Je conclus qu'elle n'a pas commis

d'erreur en jugeant que les Carpenter auraient accepté de participer à une acquisition par emprunt. Il s'agit là d'une inférence valable que la preuve lui permettait de tirer.

C. *Le défaut de reconnaître la responsabilité qui incombait à l'avocat et à l'évaluateur de traiter des questions d'ordre fiscal pendant le processus d'évaluation*

[32] À la suite de la signature de l'ordonnance par consentement du 1^{er} novembre 1989, M^{es} Filliter et Mockler n'ont plus joué aucun rôle dans le dossier ni dans l'évaluation subséquente parce que M. Baniuk avait retenu les services d'un autre avocat afin qu'il défende ses intérêts pendant le processus d'évaluation.

[33] En ce qui concerne le rôle de l'évaluateur, les deux parties ont appelé des témoins experts. M. Paul Bradley a témoigné pour M. Baniuk en qualité d'expert dans le domaine de l'évaluation d'entreprise. Les appelants ont cité M^{me} Barbara Morton à témoigner comme experte pour leur compte. Ces deux personnes ont défini le rôle de l'évaluateur. Les appelants prétendent que l'évaluateur avait un rôle à jouer sur le plan des incidences fiscales et que la question fondamentale consistait à savoir si l'évaluateur aurait dû porter cette question à l'attention de M. Baniuk afin qu'il la prenne en considération. M^{es} Filliter et Mockler prétendent que pendant le processus d'évaluation, les parties et leurs avocats auraient dû informer la Cour des questions qui influent sur l'évaluation et que le juge aurait alors tranché cette question comme il l'a fait lorsque d'autres questions se sont posées pendant le processus d'évaluation. Dans le mémoire qu'il a déposé devant notre Cour, M. Baniuk dit ceci : [TRADUCTION] « [N]ous avons l'avantage de savoir exactement ce que le juge en chef Richard a fait lorsque des questions ressortissant à l'évaluation se sont fait jour quant à savoir si des redressements pour abus de droits étaient possibles (lesquels auraient pu comprendre, par exemple, une majoration de la valeur en raison des conséquences fiscales qu'a dû supporter M. Baniuk), et ce que signifie l'expression « prix équitable » (décision qui a pu avoir une incidence sur la question de savoir si certains ajustements auraient pu ou non être apportés à la valeur établie) ».

[34] Dans la décision *Baniuk c. Carpenter et al.* (1991), 112 R.N.-B. (2^e) 332, [1990] A.N.-B. n^o 1109 (C.B.R.) (QL), le juge en chef Richard, de la Cour du Banc de la Reine, a établi les paramètres de l'évaluation. L'évaluateur n'avait pas à tenir compte du recours pour abus de droits en faisant son évaluation et le [TRADUCTION] « prix équitable » a été défini comme étant la [TRADUCTION] « partie proportionnelle de la « juste valeur marchande en bloc » » de l'entreprise (par. 1). M. Baniuk fait donc valoir que le juge en chef Richard n'a pas conclu que les parties avaient été tenues de conclure l'ordonnance par consentement, qu'aucun recours pour abus de droits n'était donc disponible et que les parties devaient se fonder sur la « juste valeur marchande », le résultat final probable étant que la question fiscale n'aurait pas été instruite si elle avait été soumise à la Cour.

[35] La juge du procès a effectué une longue analyse de cette question aux paragraphes 180 à 195 de sa décision et a conclu qu'indépendamment de la manière dont le processus d'évaluation devait se dérouler, il n'y avait absolument aucune raison d'attendre que l'évaluation commence pour soulever la question des incidences fiscales. Le moment opportun pour discuter de la question était avant la signature de l'ordonnance par consentement. La juge du procès a conclu que les Carpenter se seraient montrés coopératifs pour monter l'acquisition par emprunt et que, selon la prépondérance des probabilités, si les défendeurs s'étaient acquittés de leur obligation de diligence envers M. Baniuk et l'avaient informé des incidences fiscales et de la possibilité d'une acquisition par emprunt, M. Baniuk aurait agi différemment. Il n'aurait probablement pas accepté le règlement amiable. Il y avait des preuves à l'appui de la conclusion selon laquelle l'étape de l'évaluation n'était pas le moment indiqué pour soulever la question des conséquences fiscales. C'est ce qu'a conclu la juge du procès et cette conclusion trouve appui dans la preuve. Il s'ensuit que suivant la norme de contrôle applicable, nous sommes tenus de confirmer sa conclusion.

D. *La conclusion selon laquelle l'acquisition par emprunt n'aurait pas contrevenu à l'art. 43 de la Loi sur les corporations commerciales, L.N.-B. 1981, ch. B-9.1*

[36] M^{es} Filliter et Mockler prétendent que selon la description qu'en ont donnée les témoins experts, l'acquisition par emprunt aurait contrevenu à l'al. 43(2)b) de la *Loi sur les corporations commerciales* parce qu'elle supposait l'établissement d'une nouvelle compagnie qui aurait eu pour objet d'acheter les actions de M. Baniuk. Ils font valoir que la jurisprudence établit clairement que tout stratagème dans le cadre duquel HCH aurait apporté un financement direct, donné ses éléments d'actif en gage ou consenti une hypothèque dans le but d'obtenir des fonds aux fins d'aider une nouvelle compagnie à acheter les actions violerait la *Loi*. M. Baniuk prétend qu'il existe des éléments de preuve solides qui établissent qu'une structure convenable ne contreviendrait pas à l'al. 43(2)b) de la *Loi* et aurait pu être mise en place. Trois témoins experts, savoir M. Lawson, M. Cormier et M. Barry (le propre témoin des appelants), ont tous rendu témoignage en ce qui concerne la manière dont l'opération aurait pu être structurée afin de protéger toutes les parties. M. Cormier a expressément fait état des étapes à suivre pour procéder à une acquisition par emprunt (par. 200 de la décision de la juge du procès). M. Cormier a également témoigné que la structure dite de l'« acquisition par emprunt » est employée régulièrement depuis 1985, année où l'Agence du revenu du Canada a introduit les déductions pour gains en capital. Il a témoigné que c'est là une pratique courante, qu'il a utilisé cette structure [TRADUCTION] « très, très souvent » et que les avocats et les comptables y ont recours partout au pays parce qu'elle ne contrevient pas à l'art. 43 de la *Loi sur les corporations commerciales* ou à d'autres dispositions semblables en vigueur dans d'autres provinces.

[37] La juge du procès a fait état du témoignage de M. Barry dans le cadre duquel il avait admis que l'art. 43 prévoyait une exception pour une filiale, de sorte qu'une acquisition par emprunt aurait été possible en l'espèce. La juge du procès a dit que M. Cormier était du même avis, savoir que l'art. 43 n'avait pas pour effet d'empêcher une acquisition par emprunt. Elle a conclu qu'en l'espèce, l'art. 43 de la *Loi sur les*

corporations commerciales n'aurait pas constitué un obstacle à l'acquisition par emprunt (par. 219 de la décision rendue en première instance).

[38] Je conclus que la juge du procès disposait de preuves largement suffisantes pour fonder la conclusion selon laquelle l'art. 43 n'aurait pas pour effet d'empêcher une acquisition par emprunt. Selon les témoins experts, y compris l'expert de M^{es} Filliter et Mockler, le recours à l'acquisition par emprunt est courant dans notre province ainsi que dans d'autres provinces. Je suis d'avis de ne pas modifier la conclusion de la juge à cet égard.

E. *Les dommages-intérêts*

[39] Au procès, M. Baniuk a revendiqué des dommages-intérêts au titre de l'impôt sur le revenu supplémentaire, des intérêts qu'il a dû payer par suite de la nouvelle cotisation de l'Agence du revenu du Canada qui a fait suite à sa déclaration de revenus initiale et des frais d'avocat qu'il a engagés dans le cadre des négociations qui se sont déroulées avec l'Agence. M. Baniuk a témoigné qu'après que son avocat a reçu le produit de la vente de ses actions, il lui a donné comme directive d'en remettre la moitié à son épouse afin qu'ils puissent chacun demander une déduction pour gain en capital au moment où ils déposeraient leurs déclarations de revenus. Après que les Baniuk eurent déposé leurs déclarations, l'Agence du revenu du Canada a établi une nouvelle cotisation au nom de M. Baniuk parce qu'il avait été décidé que le produit de la vente des actions à HCH était un dividende réputé. Au moment où les déclarations de revenus ont été déposées, M. et M^{me} Baniuk étaient actionnaires d'une société, Ban-An Ltd. M. Baniuk a alors demandé conseil à des experts en fiscalité qui lui ont conseillé d'effectuer un [TRADUCTION] « partage » avec M^{me} Baniuk en déposant de nouvelles déclarations de revenus et en se servant de Ban-An Ltd., ainsi que de l'intérêt de son épouse dans cette société, pour atténuer les conséquences fiscales qu'il devait supporter. La juge du procès a examiné les actes en question :

[TRADUCTION]

J'ai conscience du fait qu'après que l'avocat de M. Baniuk a reçu le produit de la vente, sur les instructions de M. Baniuk, il a émis à l'ordre de M. et M^{me} Baniuk deux chèques représentant chacun la moitié du produit de la vente. M. Baniuk a ensuite déposé deux déclarations de revenu dans lesquelles ils demandaient tous deux une déduction pour gain en capital. Revenu Canada a rejeté ces demandes de déduction au motif que le produit de la vente était un dividende réputé et non un gain en capital. Je conclus que les mesures que M. Baniuk a prises à cet égard n'aurait pas été mises en œuvre si les défendeurs n'avaient pas agi comme ils l'ont fait. Si les défendeurs n'avaient pas fait preuve de négligence, M. Baniuk aurait réussi à obtenir la déduction pour gain en capital. Les mesures que M. Baniuk a prises relativement aux obligations fiscales du couple n'étaient donc pas indépendantes de la négligence des défendeurs mais plutôt les conséquences de celle-ci.

M. Pierre Cormier, qui a donné son opinion d'expert dans le domaine de la comptabilité se spécialisant en fiscalité, a témoigné que les avantages financiers qui auraient été obtenus au moyen de l'autre structure proposée, soit l'acquisition par emprunt, se seraient élevés à 175 481 \$. La valeur temporelle des avantages financiers nets en date du 31 octobre 2008 était de 268 144 \$.

Des honoraires d'avocat ont également été engagés au titre de la représentation juridique et des négociations avec Revenu Canada. J'ai la conviction que le demandeur a agi raisonnablement en engageant ces frais et qu'ils sont donc recouvrables. La valeur temporelle de ces honoraires d'avocat en date du 31 octobre 2008 était de 5 423,93 \$.

Les défendeurs sont conjointement et individuellement condamnés à verser au demandeur, M. Baniuk, des dommages-intérêts de 273 567,93 \$. [Par. 229 à 232]

[40] M^{es} Filliter et Mockler prétendent qu'il ressort implicitement du rejet de la demande de M^{me} Baniuk par la juge du procès qu'aucune partie des dommages-intérêts qu'elle demandait n'était susceptible d'être recouvrée et qu'en accordant la partie des dommages-intérêts sollicitée par M^{me} Baniuk, la juge a commis une erreur. Bien que la juge du procès ait rejeté la demande de M^{me} Baniuk pour le motif que les appelants

n'avaient aucune obligation de diligence envers elle, le calcul des dommages-intérêts qu'il y avait lieu d'accorder devait comprendre le montant sollicité par M^{me} Baniuk étant donné que ce montant constitue une partie de la perte réelle qu'a subie M. Baniuk. M. Baniuk avait l'obligation de limiter ses pertes et pour ce faire, il a eu recours à un partage avec son épouse aux fins de traiter avec l'Agence du revenu du Canada. M. Baniuk a fait valoir qu'il a fait son possible pour limiter ses pertes en se servant de la situation fiscale de M^{me} Baniuk aux fins de réduire la perte imputable à la négligence des appelants. La juge du procès a conclu que ces efforts en vue de limiter les pertes étaient raisonnables. Je suis d'avis de ne pas modifier cette conclusion.

[41] La juge du procès a effectué une analyse approfondie des intérêts avant jugement (aux par. 233 à 240) et a expliqué de quelle façon elle en est arrivée à la décision d'accorder des intérêts simples avant jugement (et non des intérêts composés comme le demandait M. Baniuk) au taux de 3 % par an pour la période allant du mois de juin 1995 (date à laquelle le premier versement d'impôt sur le revenu concernant la présente affaire a été fait à Revenu Canada) au mois de juin 2005, ainsi que pour la période allant de mai 2007 au 27 août 2010. Des intérêts après jugement ont été accordés au taux de 7 %.

[42] La juge du procès n'a pas commis d'erreur en accordant des dommages-intérêts fondés sur la valeur temporelle de l'argent et elle n'a pas non plus commis d'erreur en accordant des intérêts avant jugement. La juge du procès a exercé son pouvoir discrétionnaire et a refusé d'accorder à M. Baniuk des intérêts au titre d'une période d'environ vingt-trois mois; il s'agissait manifestement là d'un moyen permettant de résoudre la question du retard. Je ne vois dans la méthode employée par la juge du procès aucune erreur qui justifierait l'intervention de la Cour d'appel.

VI. Dispositif

[43] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter l'appel et de confirmer la décision de la juge du procès. Je suis d'avis de condamner les appelants à des dépens de 3 500 \$.