

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

69-17-CA

J. SHAWN O'TOOLE

J. SHAWN O'TOOLE

APPELLANT

APPELANT

- and -

- et -

DAVID L.E. PETERSON

DAVID L.E. PETERSON

RESPONDENT

INTIMÉ

O'Toole v. Peterson, 2018 NBCA 8

O'Toole c. Peterson, 2018 NBCA 8

CORAM:

The Honourable Chief Justice Drapeau
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg

CORAM :

l'honorable juge en chef Drapeau
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
May 25, 2017

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 25 mai 2017

History of Case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2017 NBQB 94

Décision frappée d'appel :
2017 NBBR 94

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Procédures préliminaires ou accessoires :
s.o.

Appeal heard:
January 15, 2018

Appel entendu :
le 15 janvier 2018

Judgment rendered:
January 25, 2018

Jugement rendu :
le 25 janvier 2018

Reasons delivered
March 29, 2018

Motifs déposés :
Le 29 mars 2018

Counsel at hearing:

For the appellant:
Richard Scott, Q.C.

For the respondent:
David W. McMath

THE COURT

Appeals are against dispositions, not the reasons proffered in support. The motion judge granted summary judgment dismissing the appellant solicitor's Amended Third Party Claim against the respondent solicitor for breach of his alleged undertaking to obtain a discharge of mortgage. Although the judge's reasons feature errors of fact and law, reversal is unwarranted, summary judgment being the correct disposition. Accordingly, the appeal is dismissed, with costs to the respondent.

Avocats à l'audience :

Pour l'appellant :
Richard Scott, c.r.

Pour l'intimé :
David W. McMath

LA COUR

Les appels sont interjetés des dispositifs, et non des motifs formulés à l'appui. La juge saisie de la motion a accordé le jugement sommaire et rejeté la mise en cause modifiée qui a été déposée par l'avocat appellant contre l'avocat intimé pour non-respect de l'engagement qu'il aurait pris d'obtenir une mainlevée hypothécaire. Même si les motifs de la juge révèlent des erreurs de fait et de droit, il n'est pas justifié d'infirmer sa décision, l'octroi d'un jugement sommaire étant le bon dispositif. En conséquence, l'appel est rejeté et l'appellant est condamné au paiement des dépens.

The following are the reasons for judgment delivered by

THE COURT

I. Introduction and Summary

[1] This appeal provides the Court with an opportunity to spotlight some of the improvements to our summary judgment process brought about by the incorporation in the *Rules of Court* of a revamped Rule 22. While the new Rule reflects, in most respects, Rule 20 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, as amended in 2010, there is at least one significant difference: our Rule goes further in opening the door to summary judgment by expanding the type of evidence the parties may lead and from which the court may draw to make a determination. Importantly, Rule 22 joined the Province’s procedural repertoire on January 1, 2017, in the wake of *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, where the proper approach to the interpretation of Ontario’s summary judgment rule and a most helpful set of guidelines for its application were authoritatively identified. That approach and those guidelines apply to Rule 22 of our *Rules of Court*.

[2] Rule 22 stands to be “interpreted broadly, favouring proportionality and fair access to the affordable, timely and just adjudication of claims”: *Hryniak v. Mauldin*, para. 5. In that case, the Supreme Court of Canada underscored the need for “a culture shift [...] in order to create an environment promoting timely and affordable access to the civil justice system”: para. 2. The Court went on to emphasize the usefulness of summary judgment motions as a means of concretely realizing that universally endorsed objective.

[3] A few years prior to *Hryniak v. Mauldin*, in *AMEC Americas Limited v. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 N.B.R. (2d) 254, this Court had drawn the link between a judicious use of our pre-2017 summary judgment rule and access to justice:

Experience teaches us there is a great deal of wisdom in the old adage “Justice delayed is justice denied”. Over time,

rules of procedure have been crafted to speed up access to justice. One of those is Rule 22 of the *Rules of Court* (“Summary Judgment”), which provides a vehicle for early determination of liability. Another is Rule 47.03(3), which allows the court to direct an advance payment of special damages where liability has been established. Admittedly, the test for summary judgment is stringent. Yet, one discerns a greater awareness by the litigation bar of the benefits accruing from a skillful use of Rule 22 and a growing judicial openness toward summary judgment and advance payments of special damages in favour of deserving claimants. These are indisputably welcome developments in the pursuit of timely access to justice.
[para. 1]

[4] However, our pre-2017 Rule 22 was aligned with the exceptionality of summary judgment and the conviction of its drafters that “except in clear cases, the best truth-finding device is a trial”: *Cannon v. Lange et al.* (1998), 203 N.B.R. (2d) 121, [1998] N.B.J. No. 313 (C.A.) (QL), para. 17. Our new Rule 22, properly interpreted, embodies the sought-after “culture shift”. Summary judgment is no longer an exceptional remedy, the hearing and determination of any related motion now constituting “a significant alternative model of adjudication”: *Hryniak v. Mauldin*, para. 45. As will be seen, this acknowledgement of the transformative effect of our new summary judgment rule warrants jettisoning the “stringent test” required by the wording of its predecessor and the mindset of its drafters.

[5] That said, the ultimate objective is justice according to law. Needless to say, Rule 22 is not designed to eliminate trials that are necessary for a fair resolution of the dispute. Nor does it operate outside the adversarial system. Rather, the objective of the Rule is to bring about, within that system, an early determination where there is no issue requiring a trial with respect to a claim or defence. *Hryniak v. Mauldin* explains when that will be the case:

There will be no genuine issue requiring a trial when the judge is able to reach a fair and just determination on the merits on a motion for summary judgment. This will be the case when the process (1) allows the judge to make the

necessary findings of fact, (2) allows the judge to apply the law to the facts, and (3) is a proportionate, more expeditious and less expensive means to achieve a just result.

These principles are interconnected and all speak to whether summary judgment will provide a fair and just adjudication. When a summary judgment motion allows the judge to find the necessary facts and resolve the dispute, proceeding to trial would generally not be proportionate, timely or cost effective. Similarly, a process that does not give a judge confidence in her conclusions can never be the proportionate way to resolve a dispute. It bears reiterating that the standard for fairness is not whether the procedure is as exhaustive as a trial, but whether it gives the judge confidence that she can find the necessary facts and apply the relevant legal principles so as to resolve the dispute. [paras. 49-50]

[6] In our view, the motion judge rightly concluded the appellant solicitor's Amended Third Party Claim against the respondent, also a solicitor, did not give rise to a genuine issue requiring a trial. That Claim raised a threshold issue: did the respondent undertake to provide an executed discharge of the mortgage held by his client on the parcel of land the appellant's corporate client sold to the plaintiffs? The transaction closed on the appellant's express and unequivocal undertaking to provide an executed discharge of that mortgage. Whether the respondent gave a corresponding undertaking turns on a contextual interpretation of statements he made in two letters sent to the appellant, the most recent a few days before the closing. When the plaintiffs subsequently agreed to sell their parcel of land, it was discovered the mortgage in question was still in place, and the sale fell through as a result of the mortgagee's refusal to deliver an executed discharge. The plaintiffs brought an action in damages against their own solicitor on the purchase and the appellant.

[7] In turn, the appellant issued and later amended a Third Party Claim against the respondent's corporate client and its principals, alleging it was legally obligated to provide a discharge of its mortgage, and against the respondent himself for breach of his "undertaking" to obtain same. The respondent contested the Claim, asserting he had not

provided any such undertaking and that, alternatively, it was subject to conditions that had not been satisfied by the appellant and/or his corporate client and its principals. A judge of the Court of Queen's Bench granted summary judgment dismissing the Amended Third Party Claim on the last-mentioned basis: 2017 NBQB 94, [2017] N.B.J. No. 112 (QL). The appellant takes issue with that disposition, arguing it is the product of a misapprehension of the evidential record and an error of law in the application of Rule 22.

[8] On January 25, 2018, we dismissed the appeal with reasons to follow. Here are those reasons in abridged form.

[9] We agree the motion judge's reasons for decision evince significant misapprehensions of the evidential record, notably in connection with the issue of the appellant's legal obligations as a solicitor. Correlatively, she also erred in law in conflating those obligations and the separate and distinct legal obligations of the appellant's corporate client and its principals. However, appeals are from dispositions, not the supporting reasons.

[10] In determining the respondent's motion for summary judgment, the judge should have focused on the threshold controversy, which was whether he had given an undertaking to obtain an executed discharge of mortgage, as alleged by the appellant in his pleading. Had she done so, and given the record assembled for her consideration, the judge would undoubtedly have concluded, on a balance of probabilities, that this allegation was unfounded and, consequently, there was no genuine issue requiring a trial. While it follows the summary judgment dismissing the Amended Third Party Claim against the respondent must stand, the judge's findings are set aside to the extent they bear on the issues raised in the Amended Third Party Claim against the respondent's corporate client and its principals, and we direct adjudication of those issues without any consideration being given to those findings.

II. Context

[11] The debate spawned by the dispute between the parties is context-driven, hence the particularly detailed account that follows.

[12] DH Developments Corp. is in the business of real estate development. P.R. Gahan and Sons Ltd. (“Gahan”) is a landscaping company.

[13] In the course of developing a property in Noonan, New Brunswick, DH Developments hired Gahan to clear portions of the land, specifically PID 60177847 (“Lot 1”) and to build service roads.

[14] Gahan did the work it contracted to perform. However, DH Developments failed to pay its invoice for services. It is common ground that the amount outstanding was \$150,000.

[15] As a result, Gahan retained the respondent, David Peterson, to prepare a claim for lien under the *Mechanics’ Lien Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-6. For its part, DH Developments relied on the professional services of the appellant, J. Shawn O’Toole. The parties entered into negotiations for the payment of Gahan’s outstanding account without a Claim for Lien being filed. Given the impending expiration of the statutory limitation period for filing, time was of the essence.

[16] On January 4, 2013, DH Developments’ principals, Kevin Moore and Dwaine McKay, attended at Mr. Peterson’s office and proposed to settle Gahan’s account on the following terms:

- (a) Gahan would withhold filing a Claim for Lien until January 10, 2013 to allow DH Developments time to re-mortgage Lot 1 and PID 60154150 (“Lot 2”) with the existing mortgagee, Graysbrook Capital;

- (b) Gahan would be paid \$30,000 on January 10, \$20,000 in February and \$20,000 in March out of advances under the new Graysbrook Capital mortgage (with a face value of \$270,000);
- (c) Graysbrook Capital's mortgage would rank in first position on Lot 1 and Lot 2;
- (d) Gahan would be granted a second mortgage for \$150,000 on Lot 1 and Lot 2 (14% interest paid monthly until payment in full of the principal);
- (e) Gahan would also hold a third mortgage on property owned by Mr. McKay (PID 75416206) behind a first mortgage with CIBC Mortgages Inc. (face value of \$100,000) and a second mortgage with Graysbrook Capital (face value of \$25,000);
- (f) Gahan would hold a second mortgage on a residential property registered to Ryan Stacy Earl and Nicholas James Moore (PID 60162260) with an outstanding first mortgage to CIBC Mortgages Inc. (face value of \$285,600). Two mortgages registered to Yolanda Faith Piper, one with a face value of \$117,500 with interest at 18%, were apparently paid off and would be discharged; and
- (g) Upon payment of the sum of \$5,000 from the proceeds of sale for any residential parcel subdivided from Lot 1, Gahan would provide a release of its mortgage for that parcel.

[17] In a letter to Mr. O'Toole bearing same date, Mr. Peterson faithfully set out the substance of the proposal before adding:

Please advise as to how Mr. [Kevin] Moore proposes to give this property as security and as to the relationship he

may have to Yolanda Faith Piper and Nicholas James Moore and the outstanding balance on these mortgages.

Assuming you are able to put this package together by January 10, 2013 please forward the various mortgages to my attention for review.

We pause to note Mr. Peterson's letter initially refers to Lot 1 as PID 60177848. The last digit (8) is a typo: it should be 7. Indeed, the letter goes on to correctly identify Lot 1 as PID 60177847.

[18] On January 8, 2013, Mr. O'Toole wrote back:

[...] further to your letter to me of January 4, 2013. I have met with my client today and can advise as follows. Unfortunately, we will require more time to complete the tasks that you have listed in your letter. Graysbrook Capital Ltd. is out today and won't be able to provide us with any details to do some of the mortgages that you are requesting. I can advise that I have completed a mortgage today on [Lot 1] in favor of Graysbrook Capital Ltd. in the sum of \$165,000.00. The client is extremely anxious to settle with your client but there are a significant number of transactions that have to be completed to achieve that. Therefore, will you please hold off filing any liens until I advise where things stand with all of these transactions.

Thank you for your understanding.

[19] On January 9, 2013, Mr. Peterson provided further particulars of the proposed arrangement:

Upon further discussion with my client I have been instructed to propose the following:

1. Third mortgage on PID 75416206, owned by Ellery Dwaine McKay and Ruth Zena McKay, his wife; based upon confirmation by Mr. McKay that this PID also includes his body shop/garage.

2. Second Mortgage on PID 60162260, owned by Ryan Stacey Earle and Nicholas James Moore; with your undertaking to discharge collateral mortgage #27116640 and mortgage #26474693 [in favour of Yolanda Faith Piper] which Mr. Moore advised Mr. Gahan are paid out.
3. Mortgage on [Lot 1] owned by DH Developments Corp. on the same terms and conditions as above. Our client will agree to postpone this mortgage behind the new Graysbrook Capital Ltd. refinancing to place P.R. Gahan & Sons Ltd. in a second position behind Graysbrook on this property.
4. Letter of Direction from you that sets out the proposed payment schedule proposed by Mr. Moore to come from each of the next three advances on the Graysbrook Capital Ltd. financing. I understand it is \$30,000.00 immediately upon receipt of the first advance and \$20,000.00 in February and March.

Mr. Gahan advises that Mr. Moore agrees with this proposal.

These mortgages must be executed and in your possession on January 10, 2013 and be registered before the end of the business day.

I have completed the Claim for Lien but have been instructed to allow Mr. Moore time to put this plan in place.

Enclosed please find rough drafts of the first two mortgages and I trust you have all of the information you need to prepare the third using the same basic information.

I realize this is a rush but the cause of all of this hurried confusion is Mr. Moore. Mr. Gahan is trying to help.

Please keep me informed.

[Emphasis added.]

As is evident from the underlined passage, Mr. Peterson and his client understood the \$30,000 payment and the two \$20,000 payments were to come out of advances under the new Graysbrook Capital mortgage, and not from Mr. O'Toole's personal funds. This

state of affairs bears directly on the scope of the undertakings Mr. O'Toole gave in connection with what the motion judge described as the "Forbearance Agreement".

[20] At any rate, in a January 10, 2013 letter to Mr. Peterson, Mr. O'Toole provided the following undertaking: "when we receive Graysbrook instructions for my client's pending mortgage of \$270,000.00 which mortgage will be registered against [Lot 1] and [Lot 2], I will register a second mortgage in [favour] of your client against the same two properties." The other pertinent parts of the letter read as follows:

5. I will forward on direction of my client Developments Corp. instalments to you in the amount of \$30,000.00 immediately after we register the \$270,000 Graysbrook mortgage, \$20,000.00 in February 2013 and \$20,000.00 in March 2013.
6. I attach for your review two mortgages as follows:
 - (A) the Ellery Dwaine McKay mortgage,
 - (B) the Ryan Stacy Earle and Nicholas James Moore mortgage.

As you know, we are placing a second mortgage in favor of Graysbrook on the Earle and Moore property. Your client will be in third position vis-à-vis this property. If we don't receive the Graysbrook mortgage instructions today, I can register the mortgage in favor of your client but he will need to postpone this mortgage when I am in a position to register the Graysbrook mortgage. I will require your undertaking that your client will agree to this.

7. It is also agreed and understood that the total indebtedness of my client to your client is \$150,000.00. It is agreed and understood further that although we are arranging several mortgages on different properties as outlined above, my client is only indebted to your client for the total sum of \$150,000.00.
8. It is also further agreed and understood that my client will be able to pay all of these mortgages out at any time without penalty.

9. I also require a copy of your Invoice for services rendered regarding this transaction for my client to review prior to him agreeing to pay same.

Please acknowledge receipt of this letter, provide me with your undertaking referred to in paragraph 6 and further confirm that your client is in agreement with all of the contents of this correspondence.

[21]

Mr. Peterson responded later that day:

1. We accept your undertaking that when you receive Graysbrook Instructions for a mortgage refinancing to \$270,000.00, which mortgage will be registered against [Lot 1] and [Lot 2], you will register a second mortgage on the current terms and conditions in favor of P.R. Gahan & Sons Ltd. against the same two properties.
2. The direction you propose is not acceptable. Kindly have your client DH Developments Corp. execute a direction to you and/or any subsequent solicitor acting on their behalf to make the instalments as proposed. In that document I would expect you to acknowledge that direction and agree to carry through on same. Perhaps that is what you intend but I need to see a copy of the direction. [N.B.: The record suggests Mr. Peterson abandoned the requirement that the Letter of Direction feature Mr. O'Toole's agreement "to carry through" with his clients' direction.]
3. Mortgages attached [and referenced in sub-paragraphs 6 (A) and (B) of your letter] appear satisfactory. Mr. Gahan will agree to postpone his mortgage on PID 60182260 [property registered in the name of Ryan Stacy Earle and Nicholas James Moore].
4. Mr. Gahan agrees with the principle that the total debt is \$150,000.00.
5. Mr. Gahan agrees with paragraph 8 and will be pleased to accept full payment at any time.

[22]

The motion judge found those exchanges culminated with a "Forbearance Agreement" under which Gahan agreed not to file a Claim for Lien in return for secured

financial commitments on the part of DH Developments and its principals. The judge summarized the parties' legal obligations in these terms:

- i. [DH Developments] would register a new mortgage with Graysbrook Capital Ltd. (hereinafter "Graysbrook") against [Lot 1] and [Lot 2] to rank in first position for \$270,000.00 to obtain additional financing.
- ii. [DH Developments] would pay to Gahan the sum of \$30,000.00 on January 10, 2013, the sum of \$20,000.00 in February, 2013 and the sum of \$20,000.00 in March, 2013.
- iii. Gahan would receive a mortgage in second position in the amount of \$150,000.00 on [Lot 1] and [Lot 2] with interest at 14%, payable monthly until paid in full.
- iv. Gahan would hold a mortgage in third position on PID 75416206 owned by McKay on the same terms (interest at 14% and paid monthly).
- v. Gahan would hold a mortgage on PID 60162260 owned by Ryan Stacy Earle and Nicholas James Moore.
- vi. O'Toole would prepare and have his clients Moore and McKay sign a [Letter of Direction] to O'Toole confirming their agreement that they or [DH Developments] would pay to Gahan the following:
 - i. \$30,000.00 immediately after the \$270,000.00 Graysbrook mortgage is completed and registered;
 - ii. \$20,000.00 in February 2013; and
 - iii. [\$20,000.00] in March 2013.
- vii. Moore would pay the legal fees incurred by Gahan to the time of the Forbearance Agreement.

On 11 January 2013 O'Toole confirmed the above noted undertakings. Gahan, as part of the above noted

Forbearance Agreement, also agreed to release future lots developed on [Lot 1] for \$5,000.00 per lot. [para. 10]

It bears noting, once again, that it is Mr. O'Toole's clients, and not Mr. O'Toole himself, who undertook to make the payments required under the Forbearance Agreement.

[23] On January 10, 2013, DH Developments' principals, Ellery Dwaine McKay and Kevin Robert Moore, executed a Letter of Direction under which Mr. O'Toole was instructed to pay in trust for Gahan the sum of \$30,000 "immediately after the \$270,000 Graysbrook Mortgage is completed and registered", \$20,000 in February 2013 and \$20,000 in March 2013. Mr. Peterson does not argue the Letter of Direction failed to comply with the Forbearance Agreement and, on any reasonable interpretation, the Letter does not give rise to an undertaking by Mr. O'Toole to personally pay the installments should his clients or Graysbrook Capital fail to put him in funds. On the same date, Messrs. Moore and McKay confirmed in writing their agreement with the contents of Mr. O'Toole's letter to Mr. Peterson and their undertaking to fulfill its terms.

[24] On January 11, 2013, Mr. Moore wrote Mr. Peterson to confirm his agreement to pay the latter's invoice for professional services rendered to Gahan (\$4,401.90).

[25] Mr. O'Toole's undertaking to register a second-position mortgage of \$150,000 in Gahan's favour on Lot 1 (in its original un-subdivided state) and Lot 2 remained outstanding.

[26] In a move that, as might have been anticipated, provoked a very negative reaction on the part of Gahan and Mr. Peterson, on January 23, 2013, Mr. O'Toole registered a subdivision plan entitled "Grape Vine Estates, Phase II, Lots 2012-1 to 2012-8". Under this plan, eight new lots, including Lot 2012-2, were created out of Lot 1. As a result, the size and value of Lot 1 were significantly reduced. The work for which Gahan had not been paid and for which it intended to file a Claim for Lien prior to reaching the Forbearance Agreement included work in relation to those eight lots and the adjacent

public street (Chardonnay Street). Gahan expected its mortgage to cover Lot 1 in its original dimension.

[27] On February 4, 2013, Mr. O'Toole registered a mortgage in the amount of \$280,000 in favour of Graysbrook Capital on Lot 1 in its original un-subdivided state and Lot 2. He also registered a second mortgage for \$150,000 in Gahan's favour on Lot 1 (minus the eight subdivided lots and Chardonnay Street). On that same day, and in accordance with the Letter of Direction mentioned above, Mr. O'Toole forwarded to Mr. Peterson his trust cheque for the first installment under the Forbearance Agreement (\$30,000).

[28] On March 4, 2013, Mr. Peterson wrote Mr. O'Toole, objecting to the failure of the second mortgage in his client's favour to cover the eight lots excised from Lot 1. In Mr. Peterson's view, Mr. O'Toole's undertaking was to register a second mortgage in Gahan's favour on Lot 1 in its original un-subdivided state. On the record at our disposal, including evidence that Mr. O'Toole subsequently registered a second mortgage in Gahan's favour on five of the eight lots and forwarded a cheque for \$15,000 to cover the amount that would have been owing for the three other lots had the Gahan mortgage applied to them, we conclude all stakeholders agreed with Mr. Peterson's view.

[29] Meanwhile, the plaintiffs in the main action entered into an agreement with DH Developments to purchase Lot 2012-3, which, as mentioned, was one of the eight lots carved out of Lot 1.

[30] On March 14, 2013, Mr. O'Toole provided Mr. Peterson with Certificates of Registered Ownership for five of the eight subdivided lots, including Lot 2012-3. The Certificates confirmed Gahan held a second mortgage on those five lots.

[31] Formal title to the three other lots had been previously transferred out of DH Developments' name.

[32] On March 15, 2013, Mr. Peterson wrote Mr. O'Toole, thanking him for registering his client's second mortgage against the five lots. He noted one of the other three recently subdivided lots had been transferred to Kevin Moore on February 4, 2013, and expressed the assumption that "Mr. Moore (DH Developments Corp.) intends to forward \$5,000.00 for that Lot as it was part of [Lot 1] on January 11, 2013" when Mr. O'Toole confirmed his undertaking to register a second mortgage on Lot 1. As well, Mr. Peterson confirmed Gahan had not received the sum of \$20,000 due in February from DH Developments pursuant to the Forbearance Agreement. Finally, Mr. Peterson advised: "Mr. Gahan is on vacation and will return on or about March 28, 2013. I will prepare the discharge for Lot 2012-3 (PID 60179587) for his signature upon his return." As will be seen, Mr. O'Toole relies, in part, on the quoted statements for his contention that Mr. Peterson gave his undertaking to obtain a discharge of mortgage signed by Gahan.

[33] Closing for the sale of Lot 2012-3 was scheduled for March 18, 2013.

[34] At closing, Mr. O'Toole gave the purchasers' solicitor, Stephen R.W. Collingwood, his undertaking to provide a discharge of Gahan's mortgage on Lot 2012-3.

[35] On March 19, 2013, and purportedly in furtherance of Mr. Peterson's letter of March 15, 2013, Mr. O'Toole forwarded a cheque for \$5,000 drawn on Mr. Collingwood's trust account, in exchange for a discharge of Gahan's mortgage on Lot 2012-3.

[36] On April 9, 2013, Mr. Peterson wrote Mr. O'Toole, referencing the latter's undertaking to register a second mortgage in Gahan's favour on Lot 1 and insisting, once again, that, at the time Mr. O'Toole had given that undertaking, Lot 1 included the eight lots shown on the subdivision plan entitled "Grape Vine Estates, Phase II, Lots 2012-1 to 2012-8". Mr. Peterson went on to underscore his letter of March 15, 2013 set out what needed "to happen for the discharge to be provided". In other words, he had not undertaken in that letter to obtain a signed discharge of the Gahan mortgage on Lot 2012-3.

[37] On the same date, Mr. O'Toole forwarded to Mr. Peterson a cheque for \$15,000, which was designed to cover the amount owing to Gahan (\$5,000) for each of the three lots over which its second mortgage did not extend at the time they were transferred out of DH Developments' name.

[38] On April 10, 2013, Mr. Peterson wrote Mr. O'Toole, advising that, as DH Developments failed to make the February and March 2013 payments of \$20,000 in accordance with the Forbearance Agreement, Gahan would not release its mortgage on any lots, including Lot 2012-3.

[39] Slightly more than a year later, more precisely in May 2014, the plaintiffs entered into an agreement to sell Lot 2012-3. In due course, it was ascertained the Gahan mortgage on Lot 2012-3 had not been and would not be discharged and, as a result, the sale fell through.

[40] On October 1, 2015, the plaintiffs brought an action in damages against their solicitor, Mr. Collingwood, and against Mr. O'Toole.

[41] On December 4, 2015, Mr. Collingwood filed a Notice of Third Party Claim against DH Developments, its principals, Kevin Moore and Dwaine McKay, and Gahan. Mr. Collingwood also filed a Statement of Defence to the main action and a Cross-Claim against Mr. O'Toole.

[42] On December 30, 2015, Mr. O'Toole filed a Notice of Third Party Claim against Mr. Peterson and Gahan, seeking indemnity or contribution for any damages he might be ordered to pay. In paragraphs 7 and 8 of the Third Party Claim, as amended, Mr. O'Toole alleges Mr. Peterson undertook to prepare a discharge of the mortgage on Lot 2012-3 (the lot purchased by the plaintiffs) and "to obtain its execution by Gahan Ltd." On January 28, 2016, Mr. Peterson filed a Defence in which he denies the allegations formulated in those paragraphs and puts Mr. O'Toole to their "strict proof". He goes on to emphasize this denial by stating he did not provide "an undertaking to release or

discharge the blanket Gahan mortgage on any lot sold by DH Developments Corp., including the lot sold by DH Developments Corp. to the Plaintiffs”.

[43] On November 1, 2016, the plaintiffs applied for summary judgment against their solicitor on the purchase of Lot 2012-3, Mr. Collingwood, and against Mr. O’Toole.

[44] On January 26, 2017, Mr. Peterson applied for summary judgment dismissing Mr. O’Toole’s Amended Third Party Claim against him.

[45] On February 2, 2017, Mr. Collingwood applied for summary judgment allowing his Cross-Claim against Mr. O’Toole.

[46] All three summary judgment motions were scheduled to be heard on February 24, 2017. At the outset of the hearing, Mr. O’Toole admitted liability to the plaintiffs/purchasers for breach of his undertaking to provide them with a discharge of the Gahan mortgage on Lot 2012-3. Mr. Collingwood withdrew his motion for summary judgment.

[47] Mr. Peterson’s motion for summary judgment proceeded to a hearing. The record consisted of a copy of the Notice of Motion, Mr. Peterson’s supporting affidavit, Mr. O’Toole’s responding affidavit and the letters (and documents) referenced hereinabove. Prior to the hearing in the Court of Queen’s Bench, the parties exchanged affidavits of documents. Given the manifest relevance of letters, emails, notes and drafts of documents other than those exchanged between the parties, any failure by Mr. Peterson to serve a *Rules*-compliant affidavit of documents could have fueled a legitimate objection to his motion for summary judgment. The Court’s decision on point in *Whelton v. Mercier et al.*, 2004 NBCA 83, 277 N.B.R. (2d) 251, at paras. 26-29, remains authoritative for purposes of our new Rule 22; that decision is designed to achieve transparency and to ensure a just and fair adjudication on the merits.

[48] On May 25, 2017, the judge granted Mr. Peterson's motion. She found there was no genuine issue requiring a trial on the following basis:

[...] The evidence which formed the Forbearance Agreement points to several undertakings by O'Toole. The first is that he would register a new mortgage with Graysbrook Capital Limited ranking in first position for an amount of \$270,000.00. Second, he would pay to Gahan the sum of \$30,000.00 on 10 January and the sum of \$20,000.00 each in both February and in March. This element of the contract was breached by DHD and O'Toole in that the only amount paid was the first sum of \$30,000.00. Next, Gahan would receive a mortgage in second position in the amount of \$150,000.00 on [Lot 1] and [Lot 2] with interest at 14% payable monthly until paid in full. This undertaking was not fulfilled and the Gahan mortgage was not registered by O'Toole as he had undertaken to do, but rather on 23 January 2013 O'Toole, on behalf of [DH Developments], registered a new subdivision plan the effect of which was to create eight new lots out of [Lot 1] causing the remnant of [Lot 1] to be much smaller and of considerably less value. Consequently, Gahan did not have its encumbrance registered against the eight new lots. Next, the agreement sets out that Gahan would hold a mortgage in third position on PID 75416206 owned by McKay and on the same terms. Again, the evidence demonstrates that this was breached by O'Toole.

O'Toole knew or ought to have known that his actions substantially altered the Forbearance Agreement.

There is no merit to the third party claim of the defendant O'Toole against Peterson. I find that even if Peterson provided a conditional undertaking, O'Toole did not honour the Forbearance Agreement and fulfill the conditions that would trigger Peterson's undertaking. [paras. 24-26]

[49] Mr. O'Toole appeals, arguing the motion judge misapprehended the evidence in finding he breached the Forbearance Agreement and failed to fulfill his undertakings, and that she erred in law in finding there was no genuine issue requiring a trial.

III. The Text of Rule 22 and its Predecessor

[50] The salient parts of Rule 22 and its predecessor are reproduced in Appendices A and B.

IV. Analysis and Decision

[51] The motion judge found there was no genuine issue requiring a trial of Mr. O’Toole’s Amended Third Party Claim against Mr. Peterson because the former had failed to fulfill the “several undertakings” he had given. In her view, those undertakings were: (a) to register a new mortgage in favour of Graysbrook Capital for \$270,000. As mentioned, this mortgage was to rank in first position on Lot 1 and Lot 2. While it is not clear whether Graysbrook Capital expected its security to include Lot 1 in its original un-subdivided state, it is Mr. Peterson’s un-contradicted evidence that the mortgage registered on its behalf does so; (b) to pay Gahan the sum of \$20,000 in both February and March 2013; (c) to register a mortgage for \$150,000 in Gahan’s favour on Lot 1 (in its original un-subdivided state) and Lot 2. This mortgage was to rank in second position behind Graysbrook Capital’s new mortgage; and (d) to register a third-position mortgage for \$150,000 in Gahan’s favour on property owned by Kevin McKay and bearing PID 75416206.

[52] Mr. O’Toole submits the motion judge misapprehended the record in finding he failed to fulfill undertakings (a) and (d), in finding he gave undertaking (b) as she described it and in finding Gahan was prejudiced by his failure to strictly comply with undertaking (c). Those submissions have not been satisfactorily countered by Mr. Peterson. We come to this conclusion for the following reasons.

[53] Undertaking (a) was fulfilled. As mentioned, Mr. Peterson states in his affidavit that the Graysbrook Capital mortgage ranked in first position and covered Lot 1 in its original un-subdivided state. At any rate, that undertaking inured to the benefit of Mr. O’Toole’s clients and Graysbrook Capital, not Gahan. If the motion judge’s concern

was with the higher face value of the mortgage that was ultimately registered (\$280,000, instead of \$270,000), the point was not argued, either before her or on appeal, and there is no evidence that the full \$280,000 was advanced. Prejudice to Gahan arising from the increased face value of the mortgage has not been shown. More pertinently for our present purposes, there is no basis, on the record at our disposal, for a finding that some feature of undertaking (a) or its fulfillment, directly or indirectly, provides an answer to Mr. O'Toole's Amended Third Party Claim against Mr. Peterson.

[54] Mr. O'Toole did not provide undertaking (b). The motion judge misapprehended the evidence in finding Mr. O'Toole undertook to make the February and March 2013 instalment payments of \$20,000, whether he was put in funds or not. On any reasonable view of the record, Mr. O'Toole's undertaking was to forward, in accordance with his clients' Letter of Direction, his trust cheque for \$20,000 in February and March 2013 once he was put in funds by means of advances under the Graysbrook Capital mortgage. There is no suggestion that this happened.

[55] Mr. O'Toole provided undertaking (c) and, strictly speaking, it was not fully complied with: he failed to register a second mortgage in Gahan's favour on three of the eight lots created by the January 23, 2013 subdivision plan. However, Mr. O'Toole did register a second mortgage on the remainder of Lot 1, including the other five lots created by the subdivision plan, and he sent a cheque for \$15,000, which arguably satisfied Gahan's financial entitlement under the second mortgage that should have been registered against those three lots. Gahan may have been prejudiced by Mr. O'Toole's failure to fully satisfy undertaking (c) but, on the record at our disposal, the nature and significance of any such prejudice is nebulous. This issue may be addressed and perhaps resolved in the prosecution and resolution of the Amended Third Party Claim against Gahan.

[56] As to undertaking (d), its breach is not evident on the record at our disposal. Significantly, Mr. Peterson makes no mention of this issue in his affidavit, its

focus being the breach by Mr. O'Toole of his undertaking to register a second mortgage in Gahan's favour on Lot 1 in its original un-subdivided state.

[57] Given these errors in the motion judge's decision, we turn to the standard that informs our review and jurisdiction to intervene.

A. *Standard of appellate review of the disposition of a motion for summary judgment*

[58] As Justice Larlee, writing for the Court, observed in *Godin v. Star-Key Enterprises and Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 N.B.R. (2d) 180, the "standard of review applicable to each question raised on appeal is always the starting point of any appellate analysis" (para. 7). She went on to endorse the view expressed in *Roy v. Doucet*, 2005 NBCA 84, 288 N.B.R. (2d) 12, that the merits of an appeal "stand to be assessed through the prism of the particular standard that governs the review on appeal of each question raised" (para. 13). In *Hryniak v. Mauldin*, the Supreme Court of Canada authoritatively settled the standard of review for each question that might be raised on appeal from a summary judgment disposition:

[...] absent an error of law, the exercise of powers under the new summary judgment rule attracts deference. When the motion judge exercises her new fact-finding powers under Rule 20.04(2.1) and determines whether there is a genuine issue requiring a trial, this is a question of mixed fact and law. Where there is no extricable error in principle, findings of mixed fact and law should not be overturned absent palpable and overriding error: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, at para. 36.

Similarly, the question of whether it is in the "interest of justice" for the motion judge to exercise the new fact-finding powers provided by Rule 20.04(2.1) depends on the relative evidence available at the summary judgment motion and at trial, the nature, size, complexity and cost of the dispute and other contextual factors. Such a decision is also a question of mixed fact and law which attracts deference.

Provided that it is not against the “interest of justice”, a motion judge’s decision to exercise the new powers is discretionary. Thus, unless the motion judge misdirected herself, or came to a decision that is so clearly wrong that it resulted in an injustice, her decision should not be disturbed.

Of course, where the motion judge applies an incorrect principle of law, or errs with regard to a purely legal question, such as the elements that must be proved for the plaintiff to make out her cause of action, the decision will be reviewed on a correctness standard: *Housen*, at para. 8. [paras. 81-84]

[59] As indicated, the motion judge’s reasons for decision are tainted by palpable errors of fact that, in materially different circumstances, would override her disposition of Mr. Peterson’s motion for summary judgment and ordain reversal. However, and as posited, appeals are from dispositions, not the reasons advanced in support. As will be demonstrated, the errors adumbrated hereinabove turn out to be harmless as the motion judge ultimately prescribed the correct disposition. That brings us to a consideration of our current Rule 22 and its application to the case at hand.

B. *Key changes implemented by the new Rule*

(1) Elimination of the pre-existing “stringent” test for summary judgment

[60] Over the two decades preceding the adoption of Rule 22 in its current incarnation, our Court took steps to encourage greater successful resort to the summary judgment process.

[61] It did so in *Cannon v. Lange* by emphasizing the primary purpose of Rule 22, as it then read, which was “to rid innocent parties and the system not only of meritless actions, but also of frivolous claims or defences”: para. 9. In the same vein, stakeholders were reminded that meritless claims and defences “render the proceedings cumbersome and are a source of unnecessary expense and delay”. The solution was thought to lie in

greater judicial openness to granting summary judgment, a belief that prompted the exhortation to motion judges not to be “unduly timid where the circumstances demonstrate a clear absence of merit”: para. 9. In *Cannon v. Lange*, the Court respectfully suggested *Haché v. Boudreau* (1993), 132 N.B.R. (2d) 262, [1993] N.B.J. No. 24 (Q.B.) (QL), was “probably an example of unwarranted judicial timidity”: para. 11. In that case, summary judgment had been denied to a passenger on a motorcycle even though nothing in the record excused the driver’s failure to keep his vehicle on the travelled portion of the roadway. The driver could not explain why his vehicle left the roadway and the brain-injured passenger had no knowledge of the circumstances surrounding the occurrence of the accident.

[62] In *The Government of Nunavut v. Humphrey Schram*, 2014 NBCA 53, 423 N.B.R. (2d) 294, the Court, per Larlee J.A., recorded its direction to “lawyers and judges of the Court of Queen’s Bench to aggressively use Rule 22 for summary judgment with a view to avoiding lengthy litigation, thus saving precious time and money” (para. 7). In addition to efforts designed to foster a more favorable judicial attitude toward summary judgment, the Court liberalized the process underlying Rule 22, all the while careful not to do violence to its wording.

[63] Recall that under the previous Rule 22, the court could grant summary judgment only if there was “no merit” to the defence or “no merit” to the claim, or part thereof. The time-honoured test for a finding of “no merit” had been confirmed in *Ripulone v. Pontecorvo* (1989), 104 N.B.R. (2d) 56 (C.A.), [1989] N.B.J. No. 1138 (QL), at para. 13: “[...] summary judgment should be granted only when there is no reason for doubt as to what the judgment of the court should be if the matter proceeds to trial. The moving party’s case must be unanswerable”.

[64] In *Cannon v. Lange*, the Court, ever mindful of the *stare decisis* doctrine, let stand the *Ripulone v. Pontecorvo* understanding of Rule 22, opining the stringent test it generated was justifiable having regard to the Rule’s express standard (“no merit”), which left “no room for anything but a very stringent test”: para. 17. Nonetheless, the

Court sought to dilute the deterring effect of the traditional test on timely and affordable access to justice by: (1) equating it to the test articulated in *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.*, [1998] O.J. No. 459 (C.A.) (QL) under which summary judgment was warranted where there was no genuine issue requiring a trial; and (2) holding this determination stood to be made based not only on the pleadings and the issues they raised, but also on admissible evidence found in the record. In other words, the issue of case un-answerability stood to be determined on the record as it existed at the time of the motion hearing. Theoretical arguments arising solely from the pleadings and intimations of potentially favorable evidence to be led at trial would no longer suffice to save the day for a responding party.

[65] Moreover, while *Cannon v. Lange* acknowledged the moving party's burden "to satisfy the court that an apparent factual controversy or credibility conflict is a sham", the Court added the responding party was "required to produce admissible evidence which will prevent a conclusion that the action or defence is bereft of merit": para. 23. As will be seen, this requirement has been incorporated in the new Rule 22.

[66] That said, judges who perceived in the former Rule 22 a means of improving access to justice remained shackled by its narrow scope of application, one that was shaped by the Rule's test-defining wording and the shallow evidential pool it sanctioned. With respect to the former, in *Cannon v. Lange*, the Court noted the "no merit" criterion for granting summary judgment reflected the conviction of the trial lawyers and judges who drafted the Rule "that, except in clear cases, the best truth-finding device is a trial": para. 17. That conviction does not inform the interpretation of our new Rule 22.

[67] In *Hryniak v. Mauldin*, the Supreme Court of Canada explained the Ontario summary judgment Rule (upon which our new Rule 22 is modeled to a large extent) represents a "culture shift" that has moved "the emphasis away from the conventional trial" (para. 2). Rule 22, in its current formulation, "demonstrates that a [full] trial is not the default procedure" (para. 43) and "[embodies] the evolution of

summary judgment rules from highly restricted tools used to weed out clearly unmeritorious claims or defences to their current status as a legitimate alternative means for adjudicating and resolving legal disputes” (para. 36). The hearing and determination of a motion for summary judgment must now be viewed as an “alternative model of adjudication” (para. 45). This understanding percolates, *inter alia*, from the wording of our current Rule 22.04(1), which obligates the court to grant summary judgment if it is satisfied there is no genuine issue requiring a trial. Thus, the motion judge’s discretion under the former rule to deny summary judgment even where there was no merit to the responding party’s case has been discarded. The judicial obligation to grant summary judgment where the Rule’s condition precedent is satisfied is aligned with the view that the process represents a legitimate alternative model of adjudication.

[68] The “no merit” test is nowhere to be found in our new Rule 22. The test for summary judgment is simply whether there is a genuine issue requiring a trial: Rule 22.04(1)(a) and 22 *King Street Inc. et al. v. The Bank of Nova Scotia*, 2018 NBCA 16, at para. 15. As is well known, adjudication in civil litigation involves the application of the balance-of-probabilities standard. Since the moving party is the one making the allegation that there is no genuine issue requiring a trial, he or she bears the burden of persuading the court it has been established on a balance of probabilities. That is the extent of the moving party’s evidential and persuasive burden. Both sides must “put their best foot forward” (*Cannon v. Lange*, at para. 23), the responding party having to “lead trump or risk losing”: *1061590 Ontario Ltd. v. Ontario Jockey Club*, [1995] O.J. No. 132 (C.A.) (QL), at para. 35. As Justice Clendening astutely noted in *Gillis v. Law Society of New Brunswick et al.*, 2017 NBQB 212, [2017] N.B.J. No. 283 (QL), the process-liberalizing instructions provided by *Cannon v. Lange* “retain all of their relevance notwithstanding the legislative and jurisprudential changes” (para. 26).

[69] Moreover, the new Rule 22 frees the summary judgment process of many evidential constraints inherent in its predecessor’s wording and underlying philosophy. It does so by deepening the pool of admissible evidence.

(2) The enhanced evidential record

[70] Under the former Rule 22, affidavit statements based on information and belief were inadmissible (see *Shareline Systems v. New Brunswick and New Brunswick Distance Education Network*, 2001 NBCA 29, 235 N.B.R. (2d) 162, at para. 13). That is no longer the case. Statements in an affidavit for use on a motion for summary judgment may now be made on information and belief so long as, pursuant to Rule 39.01(4), the deponent identifies the source. In this regard, however, Rule 22.02 provides a cautionary warning: the summary judgment motion judge “may draw an adverse inference from the failure of a party to provide the evidence of a person having personal knowledge of contested facts”.

[71] Additionally, the former Rule denied evidential admissibility to opinions expressed in affidavits. That may still be the case under Ontario’s summary judgment rule. Under our current regime, motion judges may allow into the record affidavit-sourced opinion evidence: Rule 22.02(3). However, that evidence is only admissible if the deponent would be allowed to provide it while giving oral testimony in court: Rule 22.02(3). An example of inadmissible opinion evidence is found in paragraph 13 of Mr. Peterson’s affidavit where he estimates at \$270,000 the value of the eight lots removed from Lot 1; that opinion would not have been admissible if he had proffered in the course of his testimony at trial. That said, the appeal’s determination does not turn on the point.

[72] Furthermore, under Rule 22.04(2), the summary judgment motion judge may allow oral evidence at a “mini-trial” for the purposes of weighing the evidence, evaluating the credibility of a deponent and drawing a reasonable inference from the evidence. Whether the power to weigh the evidence and draw a reasonable inference formed part of the adjudicating tools of a summary judgment motion judge under the pre-2017 Rule 22 may be debatable. What is beyond debate is that the judge could not evaluate the credibility of a deponent (see *Robichaud Apartments Inc. v. TG 112 & 114 Murphy Ltd. et al.*, 2015 NBCA 19, 433 N.B.R. (2d) 367, at para. 4). Because our new Rule 22 is designed to operate within the adversarial system, an order pursuant to Rule

22.04(3) “that oral evidence be presented by one or more parties” should not be made *motu proprio* by the motion judge, but on application by one of the parties. The party seeking leave to lead oral evidence “should be prepared to demonstrate why such evidence would assist the motion judge in weighing the evidence, assessing credibility, or drawing inferences and to provide a “will say” statement or other description of the proposed evidence so that the judge will have a basis for setting the scope of the oral evidence”: *Hryniak v. Mauldin*, at para. 64.

[73] Finally, under our former summary judgment rule, the admissibility of an adverse party’s discovery evidence was arguably uncertain (see *Village of Saint-François de Madawaska v. Nadeau Poultry Farm Limited and Maple Lodge Farms Limited*, 2011 NBCA 55, 390 N.B.R. (2d) 107 and *Sewell v. Sewell et al.*, 2010 NBCA 32, 358 N.B.R. (2d) 27, at para. 3). That evidence is admissible under Ontario’s *Rules of Civil Procedure* because Rule 20.01(3) entitles a party to a motion for summary judgment to rely on affidavit material and “other evidence” (see Michael G. Tweedie, *Ontario Summary Judgment - Civil and Family - 2017* (Toronto: Canada Law Book, 2017) at para. 8:90, p. 234). Our Rule 22 also allows resort to affidavits and “other evidence”. Accordingly, the quoted phrase opens the door to admission of an adverse party’s discovery evidence. Whether the phrase goes further will no doubt be the subject of debate in proceedings to come, as will the issue of what conditions might be required to ensure fairness to all parties impacted by the admission of discovery evidence.

C. *Application of Rule 22 to the case’s factual matrix*

[74] Undertakings by solicitors are an integral feature of real estate and commercial transactions. Those undertakings give rise to legal obligations that may, depending on the circumstances, be enforced against the solicitor or his or her client, or both.

[75] The constituent elements of a legally enforceable undertaking are generally understood to be: (1) an oral or written statement made by the author in his or

her capacity of solicitor; (2) the statement typically includes the words “undertake” or “undertaking”, but need not do so as a matter of law, the context being influential in determining intent and effect; (3) the person to whom the statement is directed reasonably relies on it; and (4) by the statement the authoring solicitor unequivocally pledges: (a) to do or refrain from doing something; or (b) to cause someone, almost invariably the client, to do or refrain from doing something. While generally enforceable, the last-mentioned undertaking may offend professional standards notably where its satisfaction is beyond the solicitor’s control.

[76] In the Amended Third Party Claim, Mr. O’Toole alleges Mr. Peterson undertook to prepare a discharge of the mortgage on the lot purchased by the plaintiffs and “to obtain its execution by Gahan Ltd.” Paragraphs 7 and 8 are on point, and read as follows:

By fax dated January 4, 2013, from Peterson to O’Toole, Gahan Ltd., by its authorized agent Peterson, undertook to release its mortgage on any lot sold by DH Developments Corp. for \$5,000.00 each until the related mortgage was paid in full [Gahan Undertaking].

By fax dated March 15, 2013 from Peterson to O’Toole, in consideration of the payment of \$5,000 to be made to Gahan Ltd. by or on behalf of DH Developments Corp., Peterson undertook to prepare a discharge of Gahan Ltd.’s mortgage on the lot to be sold by DH Developments Corp. to Brodie Brendan Bradley and Rebecca Edith Kaley and to obtain its execution by Gahan Ltd. [Peterson Undertaking].

[77] In paragraph 2 of his Defence, Mr. Peterson denies the allegations formulated in those paragraphs and puts Mr. O’Toole to their “strict proof”. In paragraph 4, Mr. Peterson reinforces his denial by stating:

With respect to the allegations contained in paragraphs 7 and 8 of the Amended Third Party Claim, the Third Party Peterson denies that he provided an undertaking to release or discharge the blanket Gahan mortgage of any lot sold by DH Developments Corp., including the lot sold by DH Developments Corp. to the Plaintiffs.

[78] Clearly, the pleadings raise, but do not settle, the threshold issue of whether Mr. Peterson undertook not only to prepare a discharge of Gahan's mortgage but also to obtain its execution. This issue stands to be determined before all others, and it must be settled on the basis of the evidence.

[79] It is Mr. O'Toole's evidence that the undertaking in question arises from two letters he received from Mr. Peterson, the first dated January 4, 2013, the second dated March 15, 2013. Paragraph 12 of his affidavit is directly on point and reads as follows:

As part of the Closing Statement, I undertook to payout and discharge Gahan's mortgage on the property based on the January 4, 2013 promise of Solicitor Peterson to release mortgages in exchange for \$5,000 and the March 15, 2013 letter stating he would prepare the discharge as requested.

[80] In his January 4, 2013 letter, Mr. Peterson set out the terms for the settlement of his client's account proposed by Mr. O'Toole's clients, Kevin Moore and Dwaine McKay. One of those terms is a conditional agreement by Gahan to provide partial discharges of its blanket mortgage for lots sold by DH Developments:

Further to our discussion earlier this week please be advised that Kevin Moore and Dwaine McKay attended at my office this morning to propose a settlement of the above account as follows:

1. P.R. Gahan & Sons Ltd. will withhold filing a Claim for Lien until January 10, 2013 to allow your clients time to obtain refinancing of PID 60177848 and PID 60154150 through Graysbrook Capital Ltd. in an amount to cover the current Graysbrook Mortgages of \$265,000.00 and \$165,000.00. In addition this mortgage will also cover an additional \$270,000.00 to be advanced by Graysbrook Capital Ltd. in installments beginning January 10th and again in February and March. Graysbrook Capital will be a FIRST mortgage on both PIDs.

2. P.R. Gahan & Sons Ltd. shall receive \$30,000.00 on January 10, 2013, \$20,000.00 in February, 2013 and \$20,000.00 in March, 2013.
3. P.R. Gahan & Sons Ltd. shall hold a second mortgage on PID 60177847 and PID 60154150 for the balance due (approximately \$100,000.00) at 14%, payment of interest monthly until paid in full.
4. Part of the proposal is that P.R. Gahan & Sons Ltd. will take a third position on PID 75416206 (Ellery Dwaine McKay) behind a first mortgage to CIBC Mortgages Inc., face value \$100,000.00) and a second to Graysbrook Capital Ltd. (face value of \$25,000.00 at 14%).
5. P.R. Gahan & Sons. Ltd. shall agree to release any lot sold by D & H Developments Ltd. for \$5,000.00 each until the mortgage is paid in full.
6. Part of the proposal is that P.R. Gahan & Sons Ltd. will take a third position on the “purported” residence of Kevin Moore at 82 Aquarius Street. However upon review of the SNB registry it appears that property is registered to Ryan Stacy Earl and Nicholas James Moore with outstanding mortgages to CIBC Mortgages Inc. (face value of \$285,600.00), Yolanda Faith Piper (collateral mortgage of unknown value) and a third to Yolanda Faith Piper (face value of \$117,500.00 at 18%).

Please advise as to how Mr. Moore proposes to give this property as security and as to the relationship he may have to Yolanda Faith Piper and Nicholas James Moore and the outstanding balance on these mortgages.

Assuming you are able to put this package together by January 10, 2013 please forward the various mortgages to my attention for review. [Emphasis added]

[81] In the second letter relied on by Mr. O’Toole in paragraph 12 of his affidavit (the March 15, 2013 letter), Mr. Peterson states:

Thank you for your letter of March 14, 2013 and the Certificates of Registered Ownerships for PIDs 60179561, 60179579, 60179587, 60179595 and 60179603.

I noted that PID 60179611 was transferred to Kevin Moore and Jodi Ann Lamey on February 4, 2013, I assume Mr. Moore (DH Developments Corp.) intends to forward \$5,000.00 for that Lot as it was part of PID 60177847 on January 11, 2013.

I spoke with Mr. Gahan this morning and confirmed that your client has not made the February \$20,000.00 payment and \$20,000.00 is now due for March. Please advise when we may expect those payments.

Mr. Gahan is on vacation and will return on or about March 28, 2013. I will prepare the discharge for lot 2012-3 (PID 60179587) for his signature upon his return.

[Emphasis added.]

[82] Clearly, the underlined passage does not articulate the undertaking upon which the Amended Third Party Claim against Mr. Peterson is founded, namely “to prepare a discharge of Gahan Ltd.’s mortgage on the lot [Lot 2012-3] to be sold by DH Developments Corp. to Brodie Brendan Bradley and Rebecca Edith Kaley and to obtain its execution by Gahan Ltd.” (emphasis added). In the letter’s underlined passage, Mr. Peterson simply undertakes to prepare the discharge for his client’s signature. Importantly, he does not suggest Gahan has agreed to sign the discharge and, at this juncture, DH Developments was already in default of its obligation to pay Gahan the February \$20,000 instalment prescribed by the Forbearance Agreement. On March 15, 2013, Mr. O’Toole was aware of the default.

[83] In that context, Mr. Peterson’s undertaking to prepare a discharge for signature by his client cannot be equated to an unequivocal undertaking to obtain its execution, and we can only presume Mr. O’Toole, an experienced real estate law practitioner, was alive to the difference between the two when he chose to give his undertaking to the plaintiffs to provide a discharge of the Gahan mortgage.

[84] Nevertheless, it was Mr. O'Toole's submission before the motion judge and in this Court that, viewed contextually, the closing paragraph of the March 15, 2013 letter is, in essence, an undertaking by Mr. Peterson to obtain an executed discharge of the Gahan mortgage. As noted, the motion judge did not determine whether that threshold controversy gave rise to a genuine issue requiring a trial. Applying the proportionality principle, we choose to make that determination. In that regard, the stark difference between Mr. O'Toole's submission and his affidavit evidence bears highlighting.

[85] In paragraph 12 of his affidavit, Mr. O'Toole describes the closing paragraph of the March 15 letter as no more than a statement by Mr. Peterson that he "would prepare the discharge as requested". Critically, it is not Mr. O'Toole's evidence that the closing paragraph constituted an undertaking by Mr. Peterson to obtain a signed discharge of the Gahan mortgage. In paragraph 12, Mr. O'Toole asserts that undertaking was given by Mr. Peterson in his January 4, 2013 letter.

[86] With respect, nothing in that letter binds Mr. Peterson to obtain a release of any mortgage. What the letter contains are terms for settlement of the Gahan account, as proposed by Mr. O'Toole's clients, which terms include Gahan's agreement, on terms, to partially release its blanket mortgage for any lot sold, upon payment of \$5,000. Mr. O'Toole's submission impermissibly conflates Mr. Peterson's promise of March 15, 2013, to prepare a discharge for signature by his client, Gahan, and the Gahan conditional pledge to provide mortgage discharges described in Mr. Peterson's January 4, 2013 letter.

[87] Rule 22.02(2) obligated Mr. O'Toole to set out, in affidavit or other evidence, specific facts showing there was a genuine issue requiring a trial. As mentioned, the closing paragraph in the March 15, 2013 letter does not, on its terms, amount to an undertaking by Mr. Peterson to obtain an executed discharge of the Gahan mortgage. Indeed, Mr. O'Toole does not stake a contradictory position in his affidavit.

[88] His submission is that the larger context justifies equating the closing paragraph's otherwise inadequate terms to such an undertaking. That being so, Mr.

O'Toole was required to establish contextual elements that justified the proposed equation. He failed to do so. In truth, Mr. O'Toole's own affidavit demonstrates the undertaking to which his Amended Third Party Claim against Mr. Peterson is anchored was not given.

V. Conclusion and Disposition

[89] As indicated in our introductory remarks, we agree the motion judge misapprehended the evidence in delimiting the appellant's legal obligations as a solicitor and fell into error by conflating those obligations and the separate and distinct legal obligations of his clients. However, we conclude those errors are inconsequential, the motion judge having rightly found, albeit for reasons that do not pass muster, there is no genuine issue requiring a trial of the appellant's Amended Third Party Claim against the respondent.

[90] In the result, the summary judgment must stand. Accessorily, and in the interests of justice, we set aside the motion judge's other findings to the extent they bear on the issues raised in the Amended Third Party Claim against the respondent's client and direct their adjudication without any consideration being given to those findings.

[91] The appellant will pay costs on appeal of \$2,500.

APPENDIX / ANNEXE A
(Current summary judgment rule)

DISPOSITION WITHOUT TRIAL

CONCLUSION SANS PROCÈS

RULE 22

RÈGLE 22

SUMMARY JUDGMENT

JUGEMENT SOMMAIRE

22.01 Where Available

22.01 Applicabilité

To Plaintiff

Au demandeur

(1) After the defendant has served a Statement of Defence or served a Notice of Motion, a plaintiff may move with a supporting affidavit or other evidence for summary judgment on all or part of the claim in the Statement of Claim.

(1) Le défendeur ayant signifié l'exposé de sa défense ou son avis de motion, le demandeur peut, par voie de motion appuyée de preuve par affidavit ou autre, solliciter un jugement sommaire sur tout ou partie de la demande formulée dans l'exposé de sa demande.

(2) The plaintiff may move, without notice, for leave to serve a Notice of Motion for summary judgment together with the Statement of Claim, and leave may be given if urgency is shown, subject to such directions as are just.

(2) Par voie de motion présentée sans préavis, le demandeur peut prier la cour de l'autoriser à signifier avec l'exposé de sa demande un avis de motion visant l'obtention d'un jugement sommaire, et cette autorisation peut être accordée, sous réserve des directives que la cour estime justes, si l'existence d'un cas d'urgence est établie.

To Defendant

Au défendeur

(3) After the defendant has served a Statement of Defence, the defendant may move with supporting affidavit or other evidence for summary judgment dismissing all or part of the claim in the Statement of Claim.

(3) Ayant signifié l'exposé de sa défense, le défendeur peut, par voie de motion appuyée de preuve par affidavit ou autre, solliciter un jugement sommaire rejetant tout ou partie de la demande formulée dans l'exposé de la demande.

22.02 Evidence on Motion

22.02 Preuve à l'appui d'une motion

(1) An affidavit for use on motion for summary judgment may be made on information and belief as provided in Rule

(1) Dans le cadre d'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire, un affidavit peut faire état des renseignements

39.01(4), but, on the hearing of the motion, the court may draw an adverse inference from the failure of a party to provide the evidence of a person having personal knowledge of contested facts.

que le déposant a appris ou qu'il croit être vrais, comme le prévoit la règle 39.01(4), mais, si n'est pas produit le témoignage d'une personne ayant une connaissance directe des faits contestés, la cour peut, à l'audience, en tirer une inférence défavorable.

(2) In response to an affidavit or other evidence supporting a motion for summary judgment, a responding party may not rest solely on the allegations or denials in the party's pleadings, but shall set out, in affidavit or other evidence, specific facts showing there is a genuine issue requiring a trial.

(2) Lorsqu'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire est appuyée de preuve par affidavit ou autre, l'intimé ne peut se limiter à invoquer des allégations ou des dénégations énoncées dans ses plaidoiries. Au moyen de preuve par affidavit ou autre, il doit relater des faits précis faisant apparaître une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès.

(3) With leave of the court, an affidavit for use on motion for summary judgment may contain opinion evidence if the deponent would be allowed to give that evidence while testifying in court.

(3) Avec l'autorisation de la cour, tout affidavit utilisé dans le cadre d'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire peut comprendre un élément de preuve sous forme de témoignage d'opinion dans la mesure où cet élément de preuve serait admissible en preuve dans le cadre du témoignage en cour du déposant.

22.03 Briefs Required

22.03 Mémoires à fournir

(1) On a motion for summary judgment, each party shall serve on every other party to the motion a brief consisting of a concise statement of all relevant facts, the argument, law, and authorities relied on by the party.

(1) Dans le cas d'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire, chaque partie signifie aux autres parties à la motion un mémoire, lequel se compose d'un exposé concis des faits pertinents, des arguments, des règles de droit et des autorités que la partie invoque.

(2) The moving party's brief shall be served and filed, with proof of service, in the office of the clerk of the judicial district where the motion is to be heard at least seven days before the hearing.

(2) Sept jours au moins avant l'audience, l'auteur de la motion signifie son mémoire et le dépose, avec preuve de signification à l'appui, au greffe de la circonscription judiciaire dans laquelle la motion sera instruite.

(3) The responding party's brief shall be served and filed, with proof of service, in the office of the clerk of the judicial district where the motion is to be heard at least four days before the hearing.

(3) Quatre jours au moins avant l'audience, l'intimé signifie son mémoire et le dépose, avec preuve de signification à l'appui, au greffe de la circonscription judiciaire dans laquelle la motion sera instruite.

22.04 Disposition of Motion

22.04 Décision sur la motion

General

Dispositions générales

(1) The court shall grant summary judgment if

(1) La cour rend un jugement sommaire lorsqu'elle constate :

(a) the court is satisfied there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence, or

a) ou bien qu'une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès;

(b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied it is appropriate to grant summary judgment.

b) ou bien qu'il convient de rendre pareil jugement et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit tranché de la sorte.

Powers

Pouvoirs

(2) In determining whether there is a genuine issue requiring a trial, the court shall consider the evidence submitted by the parties and may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interests of justice for those powers to be exercised only at a trial:

(2) Lorsqu'elle décide de l'existence d'une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès, la cour tient compte des éléments de preuve que les parties ont présentés et peut exercer l'un quelconque des pouvoirs ci-dessous énumérés, sauf si l'intérêt de la justice commande de ne les exercer que dans le cadre d'un procès :

(a) weighing the evidence;

a) apprécier la preuve;

(b) evaluating the credibility of a deponent; and

b) évaluer la crédibilité d'un déposant;

(c) drawing a reasonable inference from the evidence.

c) tirer de la preuve une inférence raisonnable.

Oral Evidence (mini-trial)

Témoignages oraux (mini-procès)

(3) For the purposes of exercising the powers set out in this subrule, a judge may order that oral evidence be presented by

(3) Aux fins d'exercice des pouvoirs qu'énumère le présent article, le juge peut ordonner qu'une ou plusieurs parties

one or more parties, with or without time limits on its presentation. rendent des témoignages oraux, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

If Only Genuine Issue is Amount

Si la seule véritable question en litige porte sur le montant de la demande

(4) If the court is satisfied the only genuine issue is the amount to which the moving party is entitled, the court may direct a trial of that issue. (4) Si elle constate que la seule véritable question en litige a trait au montant auquel a droit l'auteur de la motion, la cour peut ordonner l'instruction de cette question.

If Only Genuine Issue is Question of Law

Si la seule véritable question en litige porte sur une question de droit

(5) If the court is satisfied the only genuine issue is a question of law, the court may determine that question and grant judgment accordingly. (5) Si elle constate que la seule véritable question en litige a trait à une question de droit, la cour peut la trancher, puis rendre jugement en conséquence.

If Only Claim is for an Accounting

Si la demande vise uniquement une reddition de Comptes

(6) If the only claim is for an accounting and the defendant fails to satisfy the court there is some preliminary issue to be tried, the court may grant judgment on the claim and give directions for an accounting. (6) Si la demande se limite à une reddition de comptes, la cour peut rendre jugement sur la demande et donner des directives à cette fin, à moins que le défendeur ne la convainque qu'il y a lieu d'instruire quelque question préliminaire.

APPENDIX / ANNEXE B
(Former summary judgment rule)

DISPOSITION WITHOUT TRIAL

CONCLUSION SANS PROCÈS

RULE 22

RÈGLE 22

SUMMARY JUDGMENT

JUGEMENT SOMMAIRE

22.01 Where Available

22.01 Applicabilité

To Plaintiff

Au demandeur

(1) Before an action is set down for trial, the plaintiff may apply for summary judgment against a defendant who has filed and served his Statement of Defence or has served a Notice of Motion, on the ground that

(1) Le demandeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander un jugement sommaire contre un défendeur qui a déposé et signifié l'exposé de sa défense ou qui a signifié un avis de motion, au motif

(a) there is no defence to the action or to one or more of the claims in the action or to part of any such claim, or

a) qu'aucune défense n'est opposable à l'action ou à une ou plusieurs des demandes qui y sont formulées ou encore à la totalité ou à une partie d'une de ces demandes ou

(b) the only defence is to the amount claimed.

b) que la seule défense opposable porte sur le montant de la réclamation.

In Urgent Cases

En cas d'urgence

(2) Where there is urgency, the plaintiff may apply, without notice, for leave to serve a Notice of Motion for Summary Judgment with the Statement of Claim, and such leave may be given subject to such directions as may be just.

(2) En cas d'urgence, le demandeur peut, sans préavis, demander la permission de signifier en même temps que l'exposé de la demande un avis de motion pour jugement sommaire. La permission peut être accordée sous réserve des directives estimées justes.

To Defendant

Au défendeur

(3) After he has filed and served his Statement of Defence and before the action is set down for trial, a defendant may apply for summary judgment against the plaintiff on the ground that there is no merit to the action, or to one or more claims therein, or to part of any such claim.

(3) Après avoir déposé et signifié l'exposé de sa défense, le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander un jugement sommaire contre le demandeur au motif que l'action est sans fondement ou qu'une ou plusieurs des demandes ne sont pas fondées ou encore qu'une partie d'une de ces demandes ne l'est pas.

22.02 Affidavit Evidence

(1) A plaintiff applying for summary judgment shall file and serve an affidavit

(a) setting out the facts verifying the claim or part of the claim, and

(b) stating that he knows of no fact which would constitute a defence to the claim or part of the claim except as to amount.

(2) A defendant applying for summary judgment shall file and serve an affidavit

(a) setting out the facts verifying his contention that there is no merit in the whole or part of the claim, and

(b) stating that he knows of no fact which would substantiate the whole or part of the claim.

(3) To the extent that a party who files and serves an affidavit under paragraphs (1) or (2) does not have personal knowledge of the facts upon which he intends to rely, he shall also deliver the affidavit of someone having such knowledge.

(4) Where the defendant is acting in a representative capacity, or is under disability and is represented by a litigation guardian or a committee, and the defendant or his litigation guardian or committee, as may be, after careful inquiry, is unable to comply with the requirements of this subrule and does not feel justified in admitting the claim of the plaintiff, he may file and serve an affidavit to that effect.

22.03 Cross-Examination

Rule 39.03 applies to applications under this rule.

22.02 Preuve par affidavit

(1) Le demandeur qui demande un jugement sommaire doit déposer et signifier un affidavit

a) exposant les faits qui appuient sa demande en tout ou en partie et

b) dans lequel il affirme ne connaître aucun fait qui puisse constituer une défense à la demande ou à une partie de celle-ci, si ce n'est quant au montant de la réclamation.

(2) Le défendeur qui demande un jugement sommaire doit déposer et signifier un affidavit

a) exposant les faits qui appuient son argument voulant que la demande, en tout ou en partie, ne soit pas fondée et

b) dans lequel il affirme ne connaître aucun fait qui puisse justifier la demande en tout ou en partie.

(3) Dans la mesure où la partie qui dépose et signifie un affidavit en application des paragraphes (1) ou (2) ne connaît pas personnellement les faits sur lesquels elle entend se fonder, elle doit également délivrer un affidavit d'une personne qui les connaît personnellement.

(4) Lorsque le défendeur agit en qualité de représentant ou si, étant frappé d'incapacité, il est représenté par un tuteur d'instance ou par un curateur, lui-même, son tuteur d'instance ou son curateur, selon le cas, peut, si après enquête sérieuse il ne parvient pas à se conformer aux prescriptions du présent article tout en ne croyant pas être en droit d'admettre la demande du demandeur, déposer et signifier un affidavit en ces termes.

22.03 Contre-interrogatoire

La règle 39.03 s'applique aux requêtes formulées en application de la présente règle.

22.04 Disposition of Motion

22.04 Décision sur la motion

Where No Defence or Merit to Action

Action sans défense ou sans fondement

(1) Where, on a motion for judgment, the applicant satisfies the court that

(1) Si, sur une motion pour jugement, le requérant démontre de façon satisfaisante à la cour

(a) there is no defence or merit to a claim or part thereof, and

a) qu'il n'existe aucune défense ni fondement à la demande ou à une partie de la demande et

(b) the applicant is entitled to judgment the court may grant judgment.

b) qu'il a le droit d'obtenir un jugement la cour peut rendre jugement.

Where Only Defence is to the Amount Claimed

Défense portant uniquement sur le montant de la réclamation

(2) Where the plaintiff satisfies the court that the only defence is to the amount claimed, the court may direct a trial of that issue.

(2) Si le demandeur démontre à la cour que la défense porte uniquement sur le montant de la réclamation, la cour peut prescrire que cette question soit instruite.

Where Only Issue is a Question of Law

Question portant uniquement sur un point de droit

(3) Where the court is satisfied that the only issue is a question of law, the court may determine that question and grant judgment accordingly.

(3) Lorsque la cour constate que la seule question en litige porte sur un point de droit, elle peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence.

Where Only Claim is for an Accounting

Demande visant uniquement une reddition de comptes

(4) Where the only claim is for an accounting and the defendant fails to satisfy the court that there is some preliminary issue to be tried, the court may give directions for an accounting.

(4) Lorsque la demande vise uniquement une reddition de comptes, la cour peut donner les directives nécessaires à cette fin à moins que le défendeur ne démontre à la cour qu'une question préliminaire doit être jugée.

LA COUR

I. Introduction et résumé

[1] Le présent appel fournit à la Cour une occasion de souligner certaines améliorations qui ont été apportées à la procédure de jugement sommaire par le remaniement de la règle 22 des *Règles de procédure*. Même si la nouvelle règle reprend essentiellement la règle 20 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règlement 194 modifié en 2010, notre règle présente au moins une différence importante : elle facilite l'accès à la procédure de jugement sommaire en élargissant l'éventail des éléments de preuve que les parties peuvent présenter et sur lesquels la cour peut se fonder pour rendre une décision. Fait important, la règle 22 a été ajoutée au répertoire procédural de la province le 1^{er} janvier 2017, par suite de l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, qui établissait péremptoirement la manière appropriée d'interpréter la règle de l'Ontario en matière de jugement sommaire et fournissait des lignes directrices tout à fait utiles sur l'application de cette règle. Cette façon d'interpréter la règle et les lignes directrices énoncées dans cet arrêt s'appliquent à la règle 22 de nos *Règles de procédure*.

[2] La règle 22 doit recevoir « une interprétation large et propice à la proportionnalité et à l'accès équitable à un règlement abordable, expéditif et juste des demandes » : *Hryniak c. Mauldin*, par. 5. Dans cet arrêt, la Cour suprême du Canada a souligné le fait « qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile » : par. 2. La Cour a ensuite insisté sur l'utilité des motions en jugement sommaire comme moyen d'atteindre de manière concrète cet objectif, qui reçoit un appui universel.

[3] Quelques années avant que soit rendue la décision *Hryniak c. Mauldin*, notre Cour avait établi le lien entre une utilisation judicieuse de notre règle régissant les

jugements sommaires avant 2017 et l'accès à la justice, dans l'arrêt *AMEC Amériques Limitée c. MacWilliams*, 2012 NBCA 46, 388 R.N.-B. (2^e) 254 :

L'expérience nous enseigne qu'il y a beaucoup de sagesse dans l'ancien adage « justice différée est justice refusée ». Avec le temps, des règles de procédure ont été formulées afin d'accélérer l'accès à la justice. Une de ces règles est la règle 22 des *Règles de procédure* (« Jugement sommaire »), qui établit un mécanisme permettant de déterminer promptement la responsabilité. Une autre de ces règles est la règle 47.03(3), qui autorise la Cour à prescrire le paiement par anticipation de dommages-intérêts particuliers lorsque la responsabilité a été établie. Il est vrai que le critère qui régit le prononcé d'un jugement sommaire est rigoureux. Pourtant, on constate chez les avocats plaidants une plus grande conscience des avantages qui découlent d'un recours intelligent à la règle 22 et une plus grande ouverture de la part des juges en faveur des jugements sommaires et du paiement par anticipation de dommages-intérêts particuliers aux demandeurs qui le méritent. Ce sont incontestablement là des progrès fort bienvenus dans la poursuite de l'accès à la justice dans un délai raisonnable. [par. 1]

- [4] Toutefois, la règle 22 qui était en vigueur avant 2017 reflétait la nature exceptionnelle attribuée aux jugements sommaires et la conviction des rédacteurs de la règle que [TRADUCTION] « sauf dans les cas manifestes, le meilleur mécanisme de recherche de la vérité demeure le procès » : *Cannon c. Lange et al.* (1998), 203 R.N.-B. (2^e) 121, [1998] A.N.-B. n^o 313 (C.A.) (QL), par. 17. Interprétée de manière appropriée, notre nouvelle règle 22 incarne le « virage culturel » auquel on aspirait. Désormais, le jugement sommaire n'est plus un recours exceptionnel, l'audition et le règlement de toute motion à cet effet constituant maintenant « un important modèle de rechange pour les décisions » : *Hryniak c. Mauldin*, par. 45. Comme nous le verrons, cette reconnaissance de l'effet de transformation que produit notre nouvelle règle régissant les jugements sommaires justifie d'abandonner le [TRADUCTION] « critère très rigoureux » que prévoyait le libellé de l'ancienne règle 22 et qui traduisait la pensée de ses rédacteurs.

[5] Cela dit, l'objectif ultime est de rendre justice conformément au droit. Il va sans dire que la règle 22 n'est pas conçue de manière à éliminer les procès qui sont nécessaires afin de parvenir à un règlement équitable du litige. Elle n'est pas conçue non plus pour fonctionner hors le système accusatoire. Plutôt, son objectif est de parvenir, à l'intérieur du système accusatoire, à un règlement expéditif lorsqu'aucune question litigieuse afférente à une demande ou une défense n'exige la tenue d'un procès. L'arrêt *Hryniak c. Mauldin* fournit des lignes directrices précises à cet égard :

Il n'existe pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès lorsque le juge est en mesure de statuer justement et équitablement au fond sur une requête en jugement sommaire. Ce sera le cas lorsque la procédure de jugement sommaire (1) permet au juge de tirer les conclusions de fait nécessaires, (2) lui permet d'appliquer les règles de droit aux faits et (3) constitue un moyen proportionné, plus expéditif et moins coûteux d'arriver à un résultat juste.

Ces principes sont interreliés et reviennent tous à se demander si le jugement sommaire constituera une décision juste et équitable. Lorsqu'une requête en jugement sommaire permet au juge d'établir les faits nécessaires et de régler le litige, la tenue d'un procès ne serait généralement ni proportionnée, ni expéditive, ni économique. Dans le même ordre d'idées, un processus qui ne permet pas au juge de tirer ses conclusions avec confiance ne saurait jamais constituer un moyen proportionné de régler un litige. Il importe de répéter que la norme d'équité consiste à déterminer non pas si la procédure visée est aussi exhaustive que la tenue d'un procès, mais si elle permet au juge de pouvoir, avec confiance, établir les faits nécessaires et appliquer les principes juridiques pertinents pour régler le litige. [par. 49 et 50]

[6] À notre avis, c'est à bon droit que la juge saisie de la motion a conclu que la mise en cause modifiée que l'avocat appelant a présentée contre l'intimé, lui aussi un avocat, ne soulevait pas une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Cette mise en cause soulevait une question de base : l'intimé s'était-il engagé à fournir une mainlevée signée de l'hypothèque détenue par sa cliente sur la parcelle de terre que

la société cliente de l'appelant avait vendue aux demandeurs? La vente a été conclue sur l'engagement explicite et non équivoque de l'appelant de fournir une mainlevée signée de l'hypothèque. La question de savoir si l'intimé a fourni un engagement correspondant dépend d'une interprétation contextuelle des déclarations qu'il a faites dans deux lettres envoyées à l'appelant, la plus récente remontant à quelques jours avant la clôture. Lorsque les demandeurs ont convenu par la suite de vendre leur parcelle de terre, on a découvert que l'hypothèque grevait toujours le bien et la vente a échoué par suite du refus de la créancière hypothécaire de fournir une mainlevée hypothécaire. Les demandeurs ont poursuivi en dommages-intérêts l'avocat qui les avait représentés dans l'opération d'achat, ainsi que l'appelant.

[7] De son côté, l'appelant a déposé, et plus tard modifié, une mise en cause contre la société cliente de l'intimé et ses dirigeants en soutenant qu'elle était légalement tenue de fournir une mainlevée de l'hypothèque qu'elle détenait, ainsi que contre l'intimé lui-même pour violation de son « engagement » d'obtenir cette mainlevée. L'intimé a contesté la mise en cause en affirmant qu'il n'avait fourni aucun engagement de la sorte et que, subsidiairement, pareil engagement aurait été assujéti à des conditions que l'appelant et (ou) sa société cliente et ses dirigeants n'avaient pas remplies. Une juge de la Cour du Banc de la Reine a accordé le jugement sommaire en rejetant la mise en cause modifiée sur le fondement du moyen énoncé en dernier lieu : 2017 NBBR 94, [2017] A.N.-B. n° 112 (QL). L'appelant conteste ce dispositif en faisant valoir qu'il résulte d'une erreur d'interprétation du dossier de la preuve et d'une erreur de droit dans l'application de la règle 22.

[8] Le 25 janvier 2018, nous avons rejeté l'appel en précisant que des motifs suivraient. Voici ces motifs, en forme abrégée.

[9] Nous sommes d'avis que les motifs de la juge saisie de la motion révèlent des erreurs importantes d'interprétation du dossier de la preuve, particulièrement en ce qui concerne la question des obligations juridiques de l'appelant en sa qualité d'avocat. Parallèlement, elle a aussi commis une erreur de droit en mélangeant ces obligations et

les obligations juridiques séparées et distinctes de la société cliente de l'appelant et de ses dirigeants. Quoiqu'il en soit, les appels sont interjetés à l'égard des dispositifs, et non des motifs à l'appui.

[10] En tranchant la motion de l'intimé en jugement sommaire, la juge aurait dû centrer son attention sur le litige de base, soit la question de savoir s'il s'était engagé à obtenir une mainlevée signée de l'hypothèque, comme l'a prétendu l'appelant dans ses plaidoiries. Si la juge s'était penchée sur cette question, vu le dossier qui avait été réuni et qui lui avait été présenté, elle aurait sans doute conclu, par prépondérance des probabilités, que l'allégation était sans fondement et qu'en conséquence, il n'y avait aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès. Même s'il s'ensuit que le jugement sommaire rejetant la mise en cause modifiée qui a été présentée contre l'intimé doit être confirmé, les conclusions de la juge saisie de la motion doivent être annulées dans la mesure où elles portent sur les questions soulevées dans la mise en cause modifiée qui a été déposée contre la société cliente de l'intimé et ses dirigeants; ainsi nous ordonnons que ces questions soient tranchées sans qu'il soit tenu compte de quelque manière de ces conclusions tirées par la juge.

II. Contexte

[11] Le débat lancé par le litige entre les parties est animé surtout par le contexte, dont voici les détails particuliers.

[12] DH Developments Corp. exerce son activité dans le domaine de l'aménagement immobilier. P.R. Gahan and Sons Ltd. (ci-après « Gahan ») est une entreprise d'aménagement paysager.

[13] Au cours de travaux d'aménagement immobilier entrepris à Noonan, au Nouveau-Brunswick, DH Developments a retenu les services de Gahan pour défricher certaines parties du terrain, plus précisément le NID 60177847 (ci-après le « Lot 1 »), et pour aménager des voies de desserte.

[14] Gahan a effectué les travaux qu'elle s'était engagée par contrat à exécuter. Toutefois, DH Developments a omis de payer la facture afférente à ces services. Chacun reconnaît que le solde à payer se monte à 150 000 \$.

[15] En conséquence, Gahan a retenu les services de l'intimé, David Peterson, afin qu'il prépare une revendication de privilège sous le régime de la *Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-6. De son côté, DH Developments a retenu les services professionnels de l'appelant, J. Shawn O'Toole. Les parties ont entamé des négociations en vue du paiement de la facture impayée de Gahan sans que soit déposée une revendication de privilège. Puisque le délai prescrit par la loi pour le dépôt de la revendication était sur le point d'expirer, le temps pressait.

[16] Le 4 janvier 2013, les dirigeants de DH Developments, Kevin Moore et Dwaine McKay, se sont présentés au bureau de M^e Peterson et ont proposé de régler la facture de Gahan suivant les conditions énoncées ci-après :

- a) Gahan s'abstiendrait de déposer une revendication de privilège jusqu'au 10 janvier 2013 afin que DH Developments ait le temps d'obtenir une nouvelle hypothèque pour le Lot 1 et le NID 60154150 (ci-après le « Lot 2 ») auprès de la créancière hypothécaire actuelle, Graysbrook Capital;
- b) Gahan obtiendrait la somme de 30 000 \$ le 10 janvier, la somme de 20 000 \$ en février et la somme de 20 000 \$ en mars, sommes qui seraient prélevées sur des avances de fonds effectuées en application de la nouvelle hypothèque de Graysbrook Capital (dont la valeur nominale était de 270 000 \$);

- c) l'hypothèque de Graysbrook Capital serait une hypothèque de premier rang sur les lots 1 et 2;
- d) Gahan détiendrait une hypothèque de deuxième rang de 150 000 \$ sur les lots 1 et 2 (un intérêt de 14 % devant être payé mensuellement jusqu'au remboursement intégral du capital);
- e) Gahan détiendrait aussi une hypothèque de troisième rang sur un bien appartenant à M. McKay (NID 75416206), qui prendrait rang après une hypothèque de premier rang détenue par CIBC Mortgages Inc. (valeur nominale de 100 000 \$) et une hypothèque de deuxième rang détenue par Graysbrook Capital (valeur nominale de 25 000 \$);
- f) Gahan détiendrait une hypothèque de deuxième rang sur un bien résidentiel enregistré aux noms de Ryan Stacy Earl et de Nicholas James Moore (NID 60162260) et grevé d'une hypothèque de premier rang détenue par CIBC Mortgages Inc. (valeur nominale de 285 600 \$). Deux hypothèques enregistrées en faveur de Yolanda Faith Piper, l'une ayant une valeur nominale de 117 500 \$ et portant un intérêt de 18 %, avaient apparemment été remboursées et une mainlevée d'hypothèque serait accordée;
- g) sur paiement de la somme de 5 000 \$ tirée du produit de la vente de toute parcelle résidentielle comprise dans le Lot 1, Gahan fournirait une mainlevée d'hypothèque pour cette parcelle.

[17] Dans une lettre adressée à M^e O'Toole et datée du même jour, M^e Peterson a reproduit fidèlement la substance de la proposition avant d'ajouter ce qui suit :

[TRADUCTION]

Veillez indiquer comment Monsieur [Kevin] Moore entend céder ce bien en garantie et veuillez indiquer aussi

sa relation avec Yolanda Faith Piper et Nicholas James Moore, le cas échéant, ainsi que le solde impayé relatif à ces prêts hypothécaires.

Si vous êtes en mesure de réunir cette documentation au plus tard le 10 janvier 2013, veuillez me faire parvenir les divers documents hypothécaires afin que je puisse les passer en revue.

Nous faisons remarquer ici que la lettre de M^e Peterson mentionnait au début le Lot 1 comme étant le NID 60177848. Il s'agit d'une faute de frappe et le chiffre 8 à la fin devrait être remplacé par le chiffre 7. En effet, la lettre identifie correctement plus loin le Lot 1 comme étant le NID 60177847.

[18] Le 8 janvier 2013, M^e O'Toole a fourni la réponse suivante :

[TRADUCTION]

[...] comme suite à votre lettre du 4 janvier 2013. J'ai rencontré mon client aujourd'hui et je puis vous fournir les renseignements suivants. Malheureusement, il nous faudra plus de temps pour effectuer les tâches que vous demandez de faire dans votre lettre. Graysbrook Capital Ltd. n'est pas disponible aujourd'hui et ne sera pas en mesure de nous fournir les renseignements nécessaires pour que nous puissions préparer les hypothèques que vous demandez. Je puis vous dire que j'ai terminé aujourd'hui une hypothèque sur [le Lot 1] établie en faveur de Graysbrook Capital Ltd. pour la somme de 165 000 \$. Le client a très hâte de conclure un règlement avec votre cliente, mais il reste un nombre important d'opérations à effectuer pour ce faire. En conséquence, auriez-vous l'amabilité de reporter le dépôt de toute revendication de privilège jusqu'à ce que je vous informe de l'état de toutes ces opérations.

Merci de votre compréhension.

[19] Le 9 janvier 2013, M^e Peterson a fourni des renseignements supplémentaires sur l'arrangement proposé :

[TRADUCTION]

Après avoir discuté davantage avec mon client, je suis en mesure de vous faire la proposition suivante :

1. Une hypothèque de troisième rang sur le NID 75416206 appartenant à Ellery Dwaine McKay et à Ruth Zena McKay, son épouse, sur confirmation de la part de M. McKay du fait que ce NID comprend également son garage/atelier de débosselage.
2. Une hypothèque de deuxième rang sur le NID 60162260 appartenant à Ryan Stacey Earle et à Nicholas James Moore, à condition que vous vous engagiez à accorder une mainlevée de l'hypothèque accessoire n° 27116640 et de l'hypothèque n° 26474693 [en faveur de Yolanda Faith Piper], dont les prêts ont été remboursés selon des renseignements fournis à M. Gahan par M. Moore.
3. Une hypothèque sur le [Lot 1] appartenant à DH Developments Corp., aux mêmes conditions que celles énoncées ci-dessus. Notre cliente acceptera de subordonner cette hypothèque au nouvel arrangement de financement conclu avec Graysbrook Capital Ltd. afin que P.R. Gahan & Sons Ltd. se trouve à détenir une hypothèque de deuxième rang par rapport à celle consentie à Graysbrook sur ce bien.
4. Une lettre d'instructions de votre part qui établit le calendrier des paiements proposé par M. Moore pour les trois prochaines avances de fonds provenant du financement accordé par Graysbrook Capital Ltd. Si j'ai bien compris, la somme de 30 000 \$ sera versée dès la réception de la première avance et les sommes de 20 000 \$ pour chacun des mois de février et mars.

M. Gahan fait savoir que M. Moore accepte cette proposition.

Ces actes hypothécaires doivent être signés et être en votre possession le 10 janvier 2013 afin d'être enregistrés avant la fin de ce jour ouvrable.

J'ai rempli la revendication de privilège, mais j'ai reçu comme directive de permettre à M. Moore de donner suite au présent arrangement.

Vous trouverez ci-jointes des ébauches des deux premières hypothèques et j'espère que vous avez tous les renseignements nécessaires pour rédiger la troisième hypothèque à partir des mêmes renseignements de base.

Je réalise que cela ne vous laisse pas beaucoup de temps, mais la situation d'urgence est attribuable à M. Moore. M. Gahan essaie d'aider.

Veuillez me tenir au courant de la situation.

[C'est nous qui soulignons.]

Comme l'indique bien le passage souligné, M^e Peterson et sa cliente avaient compris que le paiement de 30 000 \$ et les deux paiements de 20 000 \$ chacun devaient provenir d'avances de fonds tirées du nouveau prêt hypothécaire accordé par Graysbrook Capital, et non de fonds personnels détenus par M^e O'Toole. Ce facteur a une incidence directe sur la portée des engagements pris par M^e O'Toole à l'égard de ce que la juge saisie de la motion a décrit comme une [TRADUCTION] « convention d'abstention ».

[20] Quoi qu'il en soit, le 10 janvier 2013, M^e O'Toole a fait parvenir à M^e Peterson une lettre dans laquelle il prenait l'engagement suivant : [TRADUCTION] « [...] Lorsque nous recevrons des instructions de Graysbrook concernant le prêt hypothécaire de 270 000 \$ visant ma cliente, hypothèque qui sera enregistrée comme charge grevant [le Lot 1] et [le Lot 2], je procéderai à l'enregistrement d'une hypothèque de deuxième rang en faveur de votre cliente et grevant les mêmes deux biens. » Voici les autres parties pertinentes de la lettre :

[TRADUCTION]

5. Lorsque je recevrai cette directive de ma cliente, Developments Corp., je vous ferai parvenir des paiements établis comme suit : 30 000 \$ immédiatement après l'enregistrement de l'hypothèque de 270 000 \$ détenue par Graysbrook, 20 000 \$ en février 2013 et 20 000 \$ en mars 2013.

6. Je joins aux présentes pour que vous les examiniez les deux documents hypothécaires suivants :

- (A) hypothèque de Ellery Dwaine McKay,
- (B) hypothèque de Ryan Stacy Earle et de Nicholas James Moore.

Comme vous le savez, nous allons créer une hypothèque de deuxième rang en faveur de Graysbrook sur le bien Earle et Moore. Votre cliente détiendra une hypothèque de troisième rang par rapport à ce bien. Si nous ne recevons pas de directives aujourd'hui concernant l'hypothèque Graysbrook, je serai en mesure d'enregistrer l'hypothèque en faveur de votre cliente, qui devra accepter que cette hypothèque soit subordonnée lorsque je serai en mesure d'enregistrer l'hypothèque Graysbrook. J'ai besoin que vous vous engagiez à ce que votre cliente accepte cela.

- 7. Il est convenu également que la dette totale de ma cliente envers votre cliente est de 150 000 \$. Il est convenu aussi que même si nous établissons plusieurs hypothèques grevant les divers biens décrits ci-dessus, la dette de ma cliente envers votre cliente se monte uniquement à la somme totale de 150 000 \$.
- 8. Il est de plus convenu que ma cliente pourra rembourser tous ces prêts hypothécaires à n'importe quel moment sans pénalité.
- 9. J'aurai besoin aussi d'une copie de votre facture pour les services rendus concernant cette opération afin que ma cliente puisse l'examiner avant d'accepter de la payer.

Veillez accuser réception de la présente lettre, me fournir l'engagement mentionné au paragraphe 6 et confirmer également que votre cliente accepte tout le contenu de la présente correspondance.

[21]

Plus tard le même jour, M^e Peterson a fourni la réponse suivante :

[TRADUCTION]

1. Nous acceptons votre engagement selon lequel lorsque vous aurez reçu des directives de Graysbrook concernant un refinancement hypothécaire maximal de 270 000 \$, hypothèque qui sera enregistrée comme charge grevant le [Lot 1] et le [Lot 2], vous procéderez à l'enregistrement d'une hypothèque de deuxième rang aux mêmes conditions que celles établies en faveur de P.R. Gahan & Sons Ltd. contre les mêmes deux biens-fonds.
2. La solution que vous proposez est inacceptable. Veuillez obtenir de votre cliente, DH Developments Corp., qu'elle signe en faveur de vous-même ou de tout avocat qui agira pour son compte par la suite des instructions prévoyant que les paiements seront effectués tel qu'il a été proposé. Dans ce document d'instructions, je m'attendrais à ce que vous reconnaissiez cette instruction et que vous acceptiez d'y donner suite. C'est peut-être ce que vous entendez faire, mais j'ai besoin d'une copie de l'instruction. [N.B. : Selon le dossier, il semblerait que M^c Peterson ait abandonné cette exigence voulant que la lettre d'instructions contienne un engagement de la part de M^c O'Toole de « donner suite » à l'instruction de ses clients.]
3. Les actes hypothécaires annexés [et mentionnés à 6 (A) et (B) de votre lettre] semblent satisfaisants. M. Gahan acceptera que soit subordonnée l'hypothèque [que Gahan] détient sur le NID 60182260 [bien enregistré aux noms de Ryan Stacy Earle et de Nicholas James Moore].
4. M. Gahan accepte en principe que le montant total de la dette est de 150 000 \$.
5. M. Gahan accepte le contenu du paragraphe 8 et sera heureux d'accepter le paiement intégral à tout moment.

[22]

La juge saisie de la motion a conclu que cet échange de correspondance équivalait à une [TRADUCTION] « convention d'abstention » selon laquelle Gahan avait accepté de ne pas déposer une revendication de privilège en contrepartie d'engagements

financiers pris par DH Developments et ses dirigeants. La juge a résumé les obligations juridiques des parties en ces termes :

[TRADUCTION]

- i. [DH Developments] allait faire enregistrer une nouvelle hypothèque en faveur de Graysbrook Capital Ltd. (ci-après « Graysbrook ») grevant le [Lot 1] et le [Lot 2], laquelle serait une hypothèque de premier rang pour un montant de 270 000 \$, afin d'obtenir un financement additionnel.
- ii. [DH Developments] verserait à Gahan la somme de 30 000 \$ le 10 janvier 2013, la somme de 20 000 \$ en février 2013 et la somme de 20 000 \$ en mars 2013.
- iii. Gahan recevrait une hypothèque de deuxième rang pour la somme de 150 000 \$ grevant le [Lot 1] et le [Lot 2] et portant un intérêt de 14 %, payable mensuellement jusqu'au remboursement intégral.
- iv. Gahan détiendrait une hypothèque de troisième rang grevant le NID 75416206 appartenant à McKay, laquelle hypothèque serait établie aux mêmes conditions que celles décrites ci-dessus (soit qu'elle porterait un intérêt de 14 % et serait payable mensuellement).
- v. Gahan détiendrait une hypothèque grevant le NID 60162260 appartenant à Ryan Stacy Earle et à Nicholas James Moore.
- vi. O'Toole devait rédiger et faire signer par ses clients Moore et McKay une lettre d'instructions pour O'Toole qui confirmait leur engagement [ou celui de DH Developments] de payer à Gahan les sommes suivantes :
 - i. 30 000 \$ immédiatement, une fois terminés la préparation et l'enregistrement de l'hypothèque de 270 000 \$ consentie à Graysbrook;
 - ii. 20 000 \$ en février 2013;

iii. [20 000 \$] en mars 2013.

- vii. Moore paierait les honoraires d'avocat assumés par Gahan jusqu'au moment de la conclusion de la convention d'abstention.

Le 11 janvier 2013, O'Toole a confirmé les engagements décrits ci-dessus. Dans le cadre de la convention d'abstention décrite ci-dessus, Gahan s'est engagée aussi à renoncer à toute revendication de privilège sur les parcelles futures qui seraient aménagées dans le [Lot 1], sur paiement de la somme de 5 000 \$ par parcelle. [par. 10]

Encore une fois, il y a lieu de mentionner que ce sont les clients de M^e Toole, et non M^e O'Toole lui-même, qui se sont engagés à faire les paiements exigés en application de la convention d'abstention.

[23] Le 10 janvier 2013, les dirigeants de DH Developments, Ellery Dwaine McKay et Kevin Robert Moore, ont signé une lettre d'instructions prescrivant à M^e O'Toole de payer en fiducie en faveur de Gahan la somme de 30 000 \$ [TRADUCTION] « immédiatement, une fois terminés la préparation et l'enregistrement de l'hypothèque de 270 000 \$ consentie à Graysbrook », la somme de 20 000 \$ en février 2013 et la somme de 20 000 \$ en mars 2013. M^e Peterson ne prétend pas que la lettre d'instructions omet de remplir les exigences de la convention d'abstention et toute interprétation raisonnable démontre que la lettre ne crée pas un engagement de la part de M^e O'Toole de faire personnellement les paiements si ses clients ou Graysbrook Capital négligeaient de lui fournir les fonds nécessaires. Le même jour, MM. Moore et McKay ont confirmé par écrit leur acceptation du contenu de la lettre envoyée par M^e O'Toole à M^e Peterson ainsi que leur engagement à remplir les conditions de cette lettre.

[24] Le 11 janvier 2013, M. Moore a fait parvenir à M^e Peterson une lettre confirmant qu'il acceptait de payer la facture que celui-ci avait remise à Gahan pour services professionnels (4 401,90 \$).

[25] Restait en suspens l'engagement pris par M^e O'Toole de faire enregistrer en faveur de Gahan une hypothèque de deuxième rang pour la somme de 150 000 \$ et grevant le Lot 1 (dans son état original non loti) et le Lot 2.

[26] Le 23 janvier 2013, M^e O'Toole a fait enregistrer un plan de lotissement intitulé « Grape Vine Estates, Phase II, Lots 2012-1 to 2012-8 », démarche qui, on pouvait s'y attendre, a provoqué une réaction très négative de la part de Gahan et de M^e Peterson. Selon ce plan de lotissement, huit nouvelles parcelles, y compris le Lot 2012-2, ont été créées sur le Lot 1. En conséquence, la dimension et la valeur du Lot 1 ont été réduites de façon significative. Le travail pour lequel Gahan n'avait pas été payée et au sujet duquel elle avait l'intention de déposer une revendication de privilège avant de conclure la convention d'abstention visait des travaux effectués sur ces huit parcelles et sur la voie publique adjacente (rue Chardonay). Gahan s'attendait à ce que l'hypothèque qu'elle détenait couvre le Lot 1 sur toute sa superficie originale.

[27] Le 4 février 2013, M^e O'Toole a fait enregistrer une hypothèque de 280 000 \$ en faveur de Graysbrook Capital, laquelle hypothèque grevait le Lot 1 dans son état original non loti, ainsi que le Lot 2. Il a aussi fait enregistrer une hypothèque de deuxième rang de 150 000 \$ en faveur de Gahan sur le Lot 1 (moins les huit parcelles loties et la rue Chardonay). Le même jour, conformément à la lettre d'instructions susmentionnée, M^e O'Toole a fait parvenir à M^e Peterson un chèque établi en fiducie pour le premier versement (30 000 \$) prévu par la convention d'abstention.

[28] Le 4 mars 2013, M^e Peterson a fait parvenir une lettre à M^e O'Toole dans laquelle il contestait le fait que l'hypothèque de deuxième rang établie en faveur de sa cliente ne couvrait pas les huit parcelles retranchées du Lot 1. Selon M^e Peterson, M^e O'Toole s'était engagé à faire enregistrer une hypothèque de deuxième rang en faveur de Gahan sur le Lot 1 dans son état original non loti. D'après le dossier qui nous a été présenté, qui comprend la preuve du fait que M^e O'Toole a fait enregistrer, par la suite, une hypothèque de deuxième rang en faveur de Gahan sur cinq des huit parcelles et a fait parvenir un chèque de 15 000 \$ pour couvrir la somme qui aurait été exigible pour les

trois autres parcelles si l'hypothèque de Gahan avait grevé ces parcelles, nous concluons que tous les intervenants étaient du même avis que M^e Peterson.

[29] Entre temps, les demandeurs dans l'action principale ont conclu une entente avec DH Developments en vue de l'achat du Lot 2012-3, qui, comme il a été mentionné, faisait partie des huit parcelles qui ont été retranchées du Lot 1.

[30] Le 14 mars 2013, M^e O'Toole a fourni à M^e Peterson des certificats de propriété enregistrée à l'égard de cinq des huit parcelles loties, notamment à l'égard du Lot 2012-3. Les certificats de propriété enregistrée confirmaient que Gahan détenait une hypothèque de deuxième rang sur ces cinq parcelles.

[31] Le titre officiel sur les trois autres parcelles au nom de DH Developments avait auparavant été transféré.

[32] Le 15 mars 2013, M^e Peterson a fait parvenir une lettre à M^e O'Toole dans laquelle il le remerciait d'avoir fait enregistrer une hypothèque de deuxième rang en faveur de sa cliente sur les cinq parcelles. Il signalait que l'une des trois autres parcelles loties récemment avait été transférée à Kevin Moore le 4 février 2013, en indiquant qu'il présumait que [TRADUCTION] « M. Moore (DH Developments Corp.) [avait] l'intention de faire parvenir la somme de 5 000 \$ pour cette parcelle, étant donné qu'elle faisait partie du [Lot 1] le 11 janvier 2013 » lorsque M^e O'Toole avait confirmé son engagement de faire enregistrer une hypothèque de deuxième rang sur le Lot 1. Par ailleurs, M^e Peterson confirmait que Gahan n'avait pas reçu la somme de 20 000 \$ qui était exigible en février de la part de DH Developments et qui était prévue dans la convention d'abstention. Enfin, M^e Peterson affirmait ce qui suit : [TRADUCTION] « M. Gahan est en vacances et sera de retour le 28 mars 2013 ou vers cette date. Je rédigerai la mainlevée d'hypothèque concernant le Lot 2012-3 (NID 60179587) afin qu'il la signe dès son retour. » Comme nous le verrons, M^e O'Toole se fonde, en partie, sur les assertions citées ici pour soutenir que M^e Peterson s'était engagé à obtenir une mainlevée hypothécaire signée par Gahan.

- [33] La clôture de la vente du Lot 2012-3 était prévue pour le 18 mars 2013.
- [34] Au moment de la clôture, M^c O'Toole a donné à l'avocat des acheteurs, Stephen R.W. Collingwood, son engagement de fournir une mainlevée de l'hypothèque détenue par Gahan sur le Lot 2012-3.
- [35] Le 19 mars 2013, afin de donner suite, semble-t-il, à la lettre envoyée par M^c Peterson le 15 mars 2013, M^c O'Toole a fait parvenir un chèque de 5 000 \$ prélevé sur le compte en fiducie établi en faveur de M^c Collingwood, en contrepartie d'une mainlevée de l'hypothèque détenue par Gahan sur le Lot 2012-3.
- [36] Le 9 avril 2013, M^c Peterson a fait parvenir une lettre à M^c O'Toole dans laquelle il mentionnait l'engagement de ce dernier de faire enregistrer une hypothèque de deuxième rang en faveur de Gahan sur le Lot 1 et insistait, une fois de plus, sur le fait que lorsque M^c O'Toole avait pris cet engagement, le Lot 1 renfermait les huit parcelles indiquées sur le plan de lotissement intitulé « Grape Vine Estates, Phase II, Lots 2012-1 to 2012-8 ». M^c Peterson ajoutait que sa lettre du 15 mars 2013 établissait ce qui devait [TRADUCTION] « se produire pour que la mainlevée soit fournie ». Autrement dit, il ne s'était pas engagé dans cette lettre à obtenir une mainlevée signée de l'hypothèque détenue par Gahan sur le Lot 2012-3.
- [37] Le même jour, M^c O'Toole a fait parvenir à M^c Peterson un chèque de 15 000 \$ qui devait couvrir la somme due à Gahan (5 000 \$) pour chacune des trois parcelles qui n'étaient pas grevées par l'hypothèque de deuxième rang détenue par Gahan au moment où le titre que détenait DH Developments sur ces parcelles a été transféré.
- [38] Le 10 avril 2013, M^c Peterson a écrit à M^c O'Toole pour l'informer que, puisque DH Developments avait omis d'effectuer les paiements de 20 000 \$ prévus pour chacun des mois de février et mars 2013 selon la convention d'abstention, Gahan ne fournirait pas de mainlevée hypothécaire pour aucune des parcelles, ce qui comprenait le Lot 2012-3.

[39] Environ un an plus tard, plus précisément en mai 2014, les demandeurs ont conclu une convention de vente du Lot 2012-3. Après un certain temps, on a découvert qu'aucune mainlevée d'hypothèque n'avait été fournie relativement à l'hypothèque détenue par Gahan et grevant le Lot 2012-3 et, en conséquence, la vente a échoué.

[40] Le 1^{er} octobre 2015, les demandeurs ont intenté une action en dommages-intérêts contre leur avocat, M^c Collingwood, ainsi que contre M^c O'Toole.

[41] Le 4 décembre 2015, M^c Collingwood a déposé un avis de mise en cause contre DH Developments, ses dirigeants, Kevin Moore et Dwaine McKay, ainsi que contre Gahan. M^c Collingwood a aussi déposé un exposé de la défense en réponse à l'action principale et une demande reconventionnelle contre M^c O'Toole.

[42] Le 30 décembre 2015, M^c O'Toole a déposé un avis de mise en cause contre M^c Peterson et contre Gahan, dans laquelle il demandait une indemnisation ou une contribution au paiement de tous dommages-intérêts qu'il pourrait être contraint à payer. Aux paragraphes 7 et 8 de la mise en cause modifiée, M^c O'Toole prétend que M^c Peterson s'est engagé à rédiger une mainlevée d'hypothèque visant le Lot 2012-3 (la parcelle achetée par les demandeurs) et [TRADUCTION] « à obtenir la signature de cette mainlevée par Gahan Ltd. » Le 28 janvier 2016, M^c Peterson a déposé un exposé de la défense dans laquelle il nie les allégations formulées dans ces paragraphes et il exige que M^c O'Toole en fasse la [TRADUCTION] « preuve au sens formel ». Il poursuit sa défense en insistant sur le fait qu'il n'a pas [TRADUCTION] « pris l'engagement de fournir une mainlevée de l'hypothèque globale détenue par Gahan sur quelque parcelle que ce soit qui a été vendue par DH Developments Corp., notamment celle vendue aux demandeurs par DH Developments Corp. ».

[43] Le 1^{er} novembre 2016, les demandeurs ont présenté une demande de jugement sommaire contre leur avocat, M^c Collingwood, concernant l'achat du Lot 2102-3, et contre M^c O'Toole.

[44] Le 26 janvier 2017, M^e Peterson a présenté une demande de jugement sommaire afin d'obtenir le rejet de la mise en cause modifiée présentée contre lui par M^e O'Toole.

[45] Le 2 février 2017, M^e Collingwood a présenté une demande de jugement sommaire afin que soit accueillie sa demande reconventionnelle à l'encontre de M^e O'Toole.

[46] Les trois motions en jugement sommaire devaient être entendues le 24 février 2017. Au début de l'audience, M^e O'Toole a reconnu sa responsabilité envers les acheteurs demandeurs pour non-respect de l'engagement qu'il avait pris de leur fournir une mainlevée de l'hypothèque que détenait M. Gahan sur le Lot 2012-3. M^e Collingwood a retiré sa motion en jugement sommaire.

[47] La motion en jugement sommaire formulée par M^e Peterson a été entendue. Le dossier comprenait une copie de l'avis de motion, l'affidavit à l'appui présenté par M^e Peterson, l'affidavit fourni en réponse par M^e O'Toole et les lettres (ainsi que les documents) mentionnés ci-dessus. Avant la tenue de l'audience devant la Cour du Banc de la Reine, les parties ont échangé des affidavits des documents. Étant donné la pertinence évidente des lettres, des courriels, des notes et des ébauches de documents autres que les documents échangés entre les parties, tout défaut de M^e Peterson de signifier un affidavit des documents qui était conforme aux *Règles* aurait soulevé une objection légitime à sa motion en jugement sommaire. La décision de la Cour sur ce point, *Whelton c. Mercier et al.*, 2004 NBCA 83, 277 R.N.-B. (2^e) 251, aux par. 26 à 29, établit toujours l'état du droit pour ce qui concerne notre nouvelle règle 22. Cet arrêt vise à assurer la transparence et un règlement juste et équitable sur le fond.

[48] Le 25 mai 2017, la juge a accueilli la motion déposée par M^e Peterson. Elle a conclu qu'il n'y avait pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

[...] Les éléments de preuve qui constituent la convention d'abstention indiquent plusieurs engagements de la part d'O'Toole. En premier lieu, il s'était engagé à faire enregistrer une nouvelle hypothèque consentie à Graysbrook Capital Limited, laquelle serait une hypothèque de premier rang pour la somme de 270 000 \$. Deuxièmement, il allait verser à Gahan la somme de 30 000 \$ le 10 janvier et la somme de 20 000 \$ pour chacun des mois de février et de mars. DHD et O'Toole ont violé cet élément du contrat, parce que le seul montant qu'ils ont versé est la première somme de 30 000 \$. Ensuite, Gahan devait recevoir une hypothèque de deuxième rang pour la somme de 150 000 \$, laquelle hypothèque devait grever le [Lot 1] et le [Lot 2] et porter un intérêt de 14 % payable mensuellement jusqu'à son remboursement intégral. Cet engagement n'a pas été rempli et l'hypothèque détenue par Gahan n'a pas été enregistrée par O'Toole comme il s'était engagé à le faire, mais plutôt, le 23 janvier 2013, O'Toole, pour le compte de [DH Developments], a fait enregistrer un nouveau plan de lotissement dont l'effet était de créer huit nouvelles parcelles à l'intérieur du [Lot 1], ce qui a eu pour effet de réduire considérablement la valeur du reste du [Lot 1] et sa superficie. En conséquence, la charge que détenait Gahan n'a pas été enregistrée comme charge grevant les huit nouvelles parcelles. Plus loin, la convention prévoit que Gahan devait détenir une hypothèque de troisième rang sur le NID 75416206 appartenant à McKay, hypothèque qui devait être établie aux mêmes conditions que l'hypothèque précédente. Encore une fois, la preuve démontre qu'O'Toole n'a pas respecté cet engagement.

O'Toole savait ou aurait dû savoir que ses actions allaient modifier substantiellement la convention d'abstention.

La mise en cause du défendeur O'Toole à l'encontre de Peterson est sans fondement. Je conclus que même si Peterson avait fourni un engagement conditionnel, O'Toole n'a pas respecté la convention d'abstention et n'a pas rempli les conditions qui auraient déclenché l'application de l'engagement de Peterson. [par. 24 à 26]

[49] M^e O'Toole interjette appel de cette décision en soutenant que la juge saisie de la motion a mal interprété la preuve lorsqu'elle a conclu qu'il avait violé la convention d'abstention et omis de respecter ses engagements, et qu'elle a commis une

erreur de droit en concluant qu'il n'y avait pas de véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès.

III. Textes de la règle 22 actuelle et antérieure

[50] Les parties importantes de la règle 22 actuelle et de la règle qu'elle a remplacée sont reproduites aux annexes A et B.

IV. Analyse et décision

[51] La juge saisie de la motion a conclu qu'il n'y avait pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès sur la mise en cause modifiée de M^e O'Toole contre M^e Peterson parce que M^e O'Toole avait omis de respecter [TRADUCTION] « plusieurs engagements » qu'il avait pris. Selon la juge, ces engagements étaient les suivants : a) faire enregistrer une nouvelle hypothèque en faveur de Graysbrook Capital pour la somme de 270 000 \$. Comme il a été mentionné, il devait s'agir d'une hypothèque de premier rang sur le Lot 1 et le Lot 2. Même s'il n'a pas été établi clairement que Graysbrook Capital s'attendait à ce que sa sûreté grève le Lot 1 dans son état original non loti, la preuve non contestée présentée par M^e Peterson révèle que l'hypothèque enregistrée au nom de Graysbrook Capital visait le Lot 1 dans son état original; b) payer à Gahan la somme de 20 000 \$ pour chacun des mois de février et de mars 2013; c) faire enregistrer une hypothèque de 150 000 \$ en faveur de Gahan et grevant le Lot 1 (dans son état original non loti) et le Lot 2. Il devait s'agir d'une hypothèque de deuxième rang par rapport à la nouvelle hypothèque consentie à Graysbrook Capital; d) faire enregistrer une hypothèque de troisième rang pour la somme de 150 000 \$ en faveur de Gahan sur le bien appartenant à Kevin McKay et constituant le NID 75416206.

[52] M^e O'Toole soutient que la juge saisie de la motion a mal interprété le dossier lorsqu'elle a conclu qu'il avait omis de respecter les engagements décrits en a) et d), qu'il avait pris l'engagement énoncé à b), ainsi qu'elle le décrit, et que Gahan avait

subi un préjudice du fait que M^e O'Toole avait négligé de se conformer strictement à l'engagement décrit en c). Ces arguments n'ont pas été réfutés de façon satisfaisante par M^e Peterson. Nous arrivons à cette conclusion pour les motifs exposés ci-après.

[53] L'engagement a) a été rempli. Comme il a été indiqué, M^e Peterson affirme dans son affidavit que l'hypothèque détenue par Graysbrook Capital était une hypothèque de premier rang et visait le Lot 1 dans son état original non loti. De toute manière, cet engagement était avantageux pour les clients de M^e O'Toole et Graysbrook Capital, et non pour Gahan. Si la juge saisie de la motion se demandait pourquoi la valeur nominale de l'hypothèque qui a finalement été enregistrée était supérieure à celle prévue (280 000 \$ au lieu de 270 000 \$), ce point n'a pas été débattu, ni devant elle ni en appel, et rien n'indique que le plein montant de 280 000 \$ a été fourni. Il n'a pas été démontré que Gahan avait subi un préjudice en raison de l'augmentation de la valeur nominale de l'hypothèque. En ce qui concerne la présente instance, plus pertinemment, il n'y a rien dans le dossier dont nous disposons qui puisse servir de fondement à une conclusion voulant qu'un élément de l'engagement a), ou du respect de cet engagement, directement ou indirectement, fournisse une réponse à la mise en cause modifiée que M^e O'Toole a déposée contre M^e Peterson.

[54] M^e O'Toole n'a pas pris l'engagement b). La juge saisie de la motion a mal interprété la preuve lorsqu'elle a conclu que M^e O'Toole s'était engagé à effectuer les paiements de 20 000 \$ prévus pour chacun des mois de février et de mars 2013, qu'il soit ou non en possession des fonds requis. Un examen raisonnable du dossier révèle clairement que M^e O'Toole s'était engagé à expédier, conformément à la lettre d'instructions de ses clients, un chèque en fiducie de 20 000 \$ en février et un autre en mars 2013, lorsqu'il aurait la possession de ces fonds au moyen d'avances fournies en application de l'hypothèque détenue par Graysbrook Capital. Rien n'indique que ces avances ont été faites.

[55] M^e O'Toole a pris l'engagement décrit en c) et, à proprement parler, cet engagement n'a pas été pleinement respecté : il a omis de faire enregistrer une

hypothèque de deuxième rang en faveur de Gahan sur trois des huit parcelles créées par le plan de lotissement établi le 23 janvier 2013. Toutefois, M^e O'Toole a effectivement fait enregistrer une hypothèque de deuxième rang grevant le reste du Lot 1, notamment les cinq autres parcelles créées par le plan de lotissement, et il a fait parvenir un chèque de 15 000 \$, ce qui vraisemblablement couvrirait le droit de Gahan aux remboursements prévus dans l'hypothèque de deuxième rang qui aurait dû être enregistrée comme charge grevant ces trois parcelles. Il se peut que Gahan ait subi un préjudice par suite de l'omission de M^e O'Toole de remplir pleinement l'engagement décrit en c), toutefois, d'après le dossier dont nous sommes saisis, la nature et l'importance de ce préjudice demeurent nébuleuses. Cette question pourra être examinée et peut-être réglée lorsque sera instruite et tranchée la mise en cause modifiée présentée contre Gahan.

[56] S'agissant de l'engagement décrit en d), il n'est pas évident d'après le dossier qui nous a été présenté que cet engagement n'a pas été rempli. Chose importante, M^e Peterson ne fait aucune mention de cette question dans son affidavit, lequel décrit surtout le non-respect par M^e O'Toole de son engagement de faire enregistrer une hypothèque de deuxième rang établie en faveur de Gahan et grevant le Lot 1 dans son état original non loti.

[57] Compte tenu des erreurs commises par la juge saisie de la motion dans la décision qu'elle a rendue, nous nous penchons maintenant sur la norme de contrôle que nous devons appliquer et sur notre compétence pour intervenir dans cette affaire.

A. *Norme de contrôle applicable en appel concernant la décision rendue sur une motion en jugement sommaire*

[58] Comme l'a fait remarquer la juge Larlee dans l'arrêt *Godin c. Star-Key Enterprises et Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 R.N.-B. (2^e) 180, en rendant jugement au nom de notre Cour : « Toute analyse effectuée par la Cour d'appel a comme point de départ la norme de contrôle applicable à chaque question soulevée en appel » (par. 7). Elle a ensuite souscrit à l'avis exprimé dans l'arrêt *Roy c. Doucet*, 2005 NBCA

84, 288 R.N.-B. (2^e) 12, selon lequel le bien-fondé de l'appel « doit être évalué à la lumière de la norme précise qui régit l'examen en appel de chaque question soulevée » (par. 13). Dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, la Cour suprême du Canada a établi péremptoirement la norme de contrôle applicable pour chaque question susceptible d'être soulevée dans un appel d'une décision rendue sur une motion en jugement sommaire :

[...] en l'absence d'une erreur de droit, l'exercice des pouvoirs que confère la nouvelle règle relative au jugement sommaire commande la retenue. Lorsque le juge saisi d'une requête exerce ses nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits, que lui confère le par. 20.04(2.1) des Règles, et détermine s'il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, il s'agit d'une question mixte de fait et de droit. Lorsqu'il n'y a aucune erreur de principe isolable, les conclusions mixtes de fait et de droit ne doivent pas être infirmées en l'absence d'erreur manifeste et dominante : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, par. 36.

De même, la réponse à la question de savoir s'il est dans « l'intérêt de la justice » que le juge saisi d'une requête exerce les nouveaux pouvoirs en matière de recherche des faits prévus au par. 20.04(2.1) des Règles dépend de la preuve relative présentée lors de l'audition de la requête en jugement sommaire et au procès, de la nature, de l'envergure, de la complexité et du coût du litige, ainsi que d'autres facteurs contextuels. Cette décision constitue également une question mixte de fait et de droit qui commande la retenue.

Pourvu qu'elle ne soit pas contraire à « l'intérêt de la justice », la décision du juge saisi d'une requête d'exercer les nouveaux pouvoirs est de nature discrétionnaire. Par conséquent, à moins que le juge ne se soit fondé sur des considérations erronées ou que sa décision soit erronée au point de créer une injustice, il n'y a pas lieu de modifier sa décision.

Évidemment, si le juge saisi d'une requête applique un mauvais principe de droit ou fait erreur relativement à une pure question de droit, comme les éléments dont le demandeur doit prouver l'existence pour établir sa cause d'action, la norme de contrôle applicable sera celle de la décision correcte : *Housen*, par. 8. [par. 81 à 84]

[59] Ainsi qu'il a été mentionné, les motifs de décision de la juge saisie de la motion contiennent des erreurs de fait manifestes qui, dans des circonstances très différentes, auraient pour effet de neutraliser, voire d'infirmier, sa décision sur la motion en jugement sommaire de M^e Peterson. Cela dit, et comme nous l'avons déjà exprimé, les appels sont interjetés des dispositifs et non des motifs formulés à l'appui. Comme nous allons le démontrer, les erreurs décrites ci-dessus sont insignifiantes au bout du compte, puisque la juge saisie de la motion a fini par ordonner le dispositif qui s'imposait. Cela nous amène à examiner notre règle 22 actuelle et son application en l'espèce.

B. *Changements importants découlant de la nouvelle règle*

(1) Élimination du critère « rigoureux » préexistant en matière de jugement sommaire

[60] Au cours des deux décennies qui ont précédé l'adoption de la règle 22 dans sa forme actuelle, notre Cour a pris des mesures afin d'encourager le recours efficace accru à la procédure de jugement sommaire.

[61] À titre d'exemple, nous pouvons citer l'arrêt *Cannon c. Lange*, où notre Cour a souligné que l'objectif principal de la règle 22, telle qu'elle était alors rédigée, était de [TRADUCTION] « débarrasser les parties innocentes et le système non seulement des actions sans fondement mais aussi des demandes ou défenses frivoles » (par. 9). Dans le même ordre d'idées, la Cour rappelait aux intervenants que les demandes et défenses sans fondement [TRADUCTION] « alourdissent le processus judiciaire et sont source de frais et de retards inutiles ». La Cour estimait que la solution résidait en une plus grande ouverture de la part du système judiciaire à accorder des jugements sommaires, ce qui l'a amenée à exhorter les juges saisis de motions à ne pas [TRADUCTION] « se montrer trop hésitants lorsque les circonstances indiquent clairement qu'il y a absence de fondement » (par. 9). Dans *Cannon c. Lange*, la Cour a fait remarquer, avec égards, que la décision *Haché c. Boudreau* (1993), 132 R.N.-B. (2^e) 262, [1993] A.N.-B. n^o 24 (C.B.R.) (QL), était [TRADUCTION] « probablement un

exemple d'hésitation judiciaire injustifiée » (par. 11). Dans cette affaire, la Cour avait refusé d'accorder un jugement sommaire à la passagère qui avait pris place sur une moto, même si rien dans le dossier ne justifiait le défaut du conducteur de maintenir son véhicule sur la chaussée. Le conducteur ne pouvait pas expliquer pourquoi son véhicule avait quitté la chaussée de la route et la passagère, qui avait subi une lésion cérébrale, n'avait aucune connaissance des circonstances de l'accident.

[62] Dans l'arrêt *Le Gouvernement du Nunavut c. Humphrey Schram*, 2014 NBCA 53, 423 R.N.-B. (2^e) 294, la juge d'appel Larlee, qui rendait jugement au nom de la Cour, a rappelé l'instruction donnée « aux avocats et aux juges de la Cour du Banc de la Reine [...] de recourir davantage à la règle 22 qui régit les jugements sommaires dans le but d'éviter de longs procès, et donc d'économiser un temps précieux ainsi que de l'argent » (par. 7). En plus des efforts destinés à favoriser une attitude judiciaire plus ouverte concernant la procédure de jugement sommaire, la Cour a augmenté la souplesse de la procédure inhérente à la règle 22, tout en ayant soin de ne pas porter atteinte à son libellé.

[63] Rappelons que l'ancienne règle 22 prévoyait que la cour pouvait accorder un jugement sommaire uniquement si la demande ou la défense, ou encore une partie de celles-ci était « sans fondement ». Le critère de longue date qui sert à déterminer si une action ou une défense est « sans fondement » avait été confirmé dans l'arrêt *Ripulone c. Pontecorvo* (1989), 104 R.N.-B. (2^e) 56 (C.A.), [1989] A.N.-B. n^o 1138 (QL), au par. 13 : [TRADUCTION] « [...] Un jugement sommaire ne devrait être accordé que lorsqu'il n'existe aucun motif de douter de ce que serait le jugement de la cour si l'action était instruite. L'auteur de la motion doit prouver sa demande de façon irréfutable ».

[64] Dans l'arrêt *Cannon c. Lange*, la Cour, toujours respectueuse de la doctrine *stare decisis*, a souscrit à l'interprétation de la règle 22 formulée dans l'arrêt *Ripulone c. Pontecorvo*, en affirmant que le critère rigoureux découlant de cette règle était justifiable compte tenu de la norme expresse établie par la règle (soit que la demande ou la défense doivent être « sans fondement ») ne permettait [TRADUCTION]

« rien d'autre qu'un critère très rigoureux » (par. 17). Qu'à cela ne tienne, la Cour a tout de même tenté d'atténuer l'effet dissuasif du critère traditionnel sur l'accès expéditif et abordable au système de justice, en procédant ainsi : (1) elle a établi une équivalence entre le critère de la règle 22 et celui formulé dans l'arrêt *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.*, [1998] O.J. No. 459 (C.A.) (QL), où la Cour a conclu qu'un jugement sommaire était justifié puisqu'il n'y avait aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès; (2) elle a affirmé que la cour devait à cet égard tenir compte non seulement des plaidoiries et des questions qu'elles soulevaient, mais aussi de la preuve admissible d'après le dossier. Autrement dit, la question de l'irréfutabilité de la cause devait être tranchée d'après le dossier existant au moment de l'audition de la motion. Les arguments théoriques découlant uniquement des plaidoiries et les insinuations voulant que des éléments de preuve plus favorables puissent être présentés au procès ne seraient plus suffisants pour permettre à une partie intimée d'obtenir gain de cause.

[65] Par surcroît, même si la Cour a reconnu, dans *Cannon c. Lange*, qu'il appartient à l'auteur de la motion de [TRADUCTION] « convaincre la cour qu'une apparente controverse quant aux faits ou un apparent conflit de crédibilité sont feints », elle a ajouté que l'intimé était [TRADUCTION] « tenu de produire des éléments de preuve admissibles qui empêcheront le tribunal de conclure que l'action ou la défense est dénuée de tout fondement » : par. 23. Comme nous le verrons, cette exigence a été intégrée à la nouvelle règle 22.

[66] Cela dit, les juges qui considéraient l'ancienne règle 22 comme un moyen d'accroître l'accès à la justice demeuraient assujettis à son application restreinte, celle-ci étant délimitée par le libellé de la règle qui définissait le critère et par la preuve superficielle qu'elle admettait. S'agissant du critère, dans l'arrêt *Cannon c. Lange*, la Cour a fait remarquer que le critère d'une demande ou d'une défense « sans fondement » pour accorder un jugement sommaire témoignait de la conviction des avocats plaidants et des juges qui ont rédigé la règle que [TRADUCTION] « sauf dans les cas manifestes, le meilleur mécanisme de recherche de la vérité demeure le procès » : par. 17. Cette conviction n'entre pas en ligne de compte dans l'interprétation de notre nouvelle règle 22.

[67] Dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*, la Cour suprême du Canada a expliqué que la règle de l'Ontario concernant les jugements sommaires (sur le modèle duquel notre propre nouvelle règle 22 est établie dans une large mesure) représente un « virage culturel » selon lequel « on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel » (par. 2). Selon son libellé actuel, la règle 22 établit « que la tenue d'un procès [complet] ne constitue pas la procédure par défaut » (par. 43) et « [incarne] l'évolution des règles régissant les jugements sommaires, lesquelles passent du statut d'outil à usage très restreint visant à écarter les demandes ou défenses manifestement dénuées de fondement à celui de solution de rechange légitime pour trancher et régler les litiges d'ordre juridique » (par. 36). L'audition et le règlement d'une motion en jugement sommaire doivent maintenant être considérés comme un « modèle de rechange pour les décisions » (par. 45). Cette interprétation ressort, entre autres, du libellé de notre règle 22.04(1) actuelle, qui oblige la cour à accorder un jugement sommaire si elle est convaincue qu'il n'y a pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. En conséquence, est écarté le pouvoir discrétionnaire que possédait, en application de l'ancienne règle, un juge saisi d'une motion de refuser d'accorder un jugement sommaire, même lorsque la demande de l'intimé était sans fondement. L'obligation des tribunaux d'accorder un jugement sommaire lorsque la condition préalable prévue par la règle est remplie s'accorde avec le point de vue selon lequel cette procédure représente un modèle de rechange légitime pour les décisions.

[68] Le critère d'absence de fondement n'apparaît nulle part dans notre nouvelle règle 22. Le critère applicable pour l'octroi d'un jugement sommaire est simplement celui de savoir s'il existe une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès : règle 22.04(1)a) et *22 King Street Inc. et autre c. La Banque de Nouvelle-Écosse*, 2018 NBCA 16, au par. 15. Il est bien établi que le règlement des litiges civils suppose l'application de la norme de la prépondérance des probabilités. Puisque c'est l'auteur de la motion qui prétend qu'il n'y a aucune véritable question litigieuse nécessitant la tenue d'un procès, il ou elle a le fardeau de convaincre la cour que ce fait a été établi par prépondérance des probabilités. Cela décrit l'étendue de la charge de présentation et de persuasion de l'auteur de la motion. Les deux parties doivent

[TRADUCTION] « faire de leur mieux » (*Cannon c. Lange*, par. 23), la partie intimée devant [TRADUCTION] « jouer atout ou risquer de perdre » : *1061590 Ontario Ltd. c. Ontario Jockey Club*, [1995] O.J. No. 132 (C.A.) (QL), au par. 35. Comme l'a judicieusement signalé la juge Clendening dans *Gillis c. Law Society of New Brunswick et al.*, 2017 NBBR 212, [2017] A.N.-B. n° 283 (QL), les directives visant l'assouplissement de la procédure énoncées dans *Cannon c. Lange* [TRADUCTION] « conservent toute leur pertinence malgré les changements législatifs et jurisprudentiels ».

[69] Qui plus est, la nouvelle règle 22 libère la procédure de jugement sommaire d'un grand nombre des contraintes en matière de preuve qui étaient inhérentes au libellé et à la philosophie sous-jacente de la règle antérieure. Elle élargit l'éventail des éléments de preuve admissibles.

(2) Preuve admissible accrue

[70] L'ancienne règle 22 prévoyait que les déclarations contenues dans un affidavit qui sont fondées sur des renseignements que le déposant a appris et qu'il croit être vrais étaient inadmissibles (voir *Shareline Systems c. New Brunswick and New Brunswick Distance Education Network*, 2001 NBCA 29, 235 R.N.-B. (2^e) 162, au par. 13). Ce n'est plus le cas. Les déclarations faites dans un affidavit devant servir de fondement à une motion en jugement sommaire peuvent maintenant être basées sur des renseignements que le déposant a appris et croit être vrais, dans la mesure où, conformément à la règle 39.01(4), le déposant identifie la source. À cet égard, toutefois, la règle 22.02 contient l'avertissement suivant : le juge saisi d'une motion en jugement sommaire peut, « si n'est pas produit le témoignage d'une personne ayant une connaissance directe des faits contestés, [...] tirer une inférence défavorable. ».

[71] En outre, l'ancienne règle rejetait l'admissibilité en preuve d'opinions exprimées dans les affidavits. Cela est peut-être encore le cas dans la règle en matière de jugement sommaire de l'Ontario. Selon notre régime actuel, les juges saisis de motions en jugement sommaire peuvent admettre en preuve un témoignage d'opinion figurant

dans un affidavit : règle 22.02(3). Toutefois, pareil élément de preuve est uniquement admissible lorsque le déposant serait autorisé à le fournir dans le cadre d'un témoignage en cour : règle 22.02(3). Le paragraphe 13 de l'affidavit de M^e Peterson, où il estime à 270 000 \$ la valeur des huit parcelles qui ont été retranchées du Lot 1, constitue un exemple d'un témoignage d'opinion qui est inadmissible. Cette opinion n'aurait pas été admissible s'il l'avait fournie dans le cadre d'un témoignage en cour. Cela dit, ce témoignage d'opinion contestable n'est pas déterminant en l'espèce.

[72] En outre, en application de la règle 22.04(2), le juge saisi d'une motion en jugement sommaire peut admettre des témoignages oraux dans le cadre d'un « mini-procès » tenu dans le but d'apprécier la preuve, d'évaluer la crédibilité d'un déposant et de tirer de la preuve une inférence raisonnable. Peut faire l'objet d'un débat la question de savoir si le pouvoir d'apprécier la preuve et de tirer de celle-ci une inférence raisonnable faisait partie des outils décisionnels dont disposait un juge saisi d'une motion en jugement sommaire en application de la règle 22 en vigueur avant 2017. N'est pas matière à discussion, cependant, le fait qu'un juge ne pouvait évaluer la crédibilité d'un déposant (voir *Robichaud Apartments Inc. c. TG 112 & 114 Murphy Ltd. et autres*, 2015 NBCA 19, 433 R.N.-B. (2^e) 367, au par. 4). Puisque la nouvelle règle 22 doit s'inscrire dans le système accusatoire, le juge saisi d'une motion en jugement sommaire ne devrait pas de son propre chef ordonner en application de la règle 22.04(3) « qu'une ou plusieurs parties rendent des témoignages oraux », mais plutôt il devrait le faire sur demande présentée par l'une des parties. La partie qui demande l'autorisation de présenter un témoignage oral « doit être prête, d'une part, à démontrer en quoi [il aiderait] le juge saisi de la requête à apprécier la preuve, à évaluer la crédibilité des déposants ou à tirer des conclusions de la preuve et, d'autre part, à fournir une déclaration anticipée ou un autre exposé de la preuve proposée afin de permettre au juge d'établir la portée des témoignages oraux » : *Hryniak c. Mauldin*, au par. 64.

[73] Enfin, selon notre ancienne règle en matière de jugement sommaire, l'admissibilité de la preuve fournie par une partie adverse en interrogatoire préalable était, si l'on peut dire, incertaine (voir *Village de Saint-François de Madawaska c.*

Nadeau Ferme Avicole Limitée et Maple Lodge Farms Limited, 2011 NBCA 55, 390 R.N.-B. (2^e) 107, et *Sewell c. Sewell et autre*, 2010 NBCA 32, 358 R.N.-B. (2^e) 27, par. 3). Une telle preuve a été jugée admissible en application des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, la règle 20.01(3) donnant droit à l'auteur d'une motion en jugement sommaire de s'appuyer sur un affidavit ou « d'autres éléments de preuve » (voir l'ouvrage de Michael G. Tweedie intitulé *Ontario Summary Judgment - Civil and Family - 2017* (Toronto : Canada Law Book, 2017) au par. 8:90, p. 234). Notre règle 22 aussi permet de s'appuyer sur une « preuve par affidavit ou autre ». Ainsi, il semblerait que ce libellé puisse admettre la preuve fournie en interrogatoire préalable par une partie adverse. La question de savoir si, effectivement, il élargit les paramètres de la preuve admissible fera certes l'objet de débats dans des instances à venir, tout comme la question de savoir quelles conditions pourraient être établies afin d'assurer une procédure équitable pour toutes les parties visées par l'admission de la preuve obtenue en interrogatoire préalable.

C. *Application de la règle 22 aux faits de la présente affaire*

[74] Les engagements pris par les avocats font partie intégrante des opérations immobilières et commerciales. Ces engagements créent des obligations juridiques qui, selon les circonstances, peuvent être mises à exécution contre un avocat ou son client, ou contre les deux.

[75] Les éléments constitutifs d'un engagement exécutoire en droit sont généralement les suivants : (1) une déclaration orale ou écrite faite par l'auteur en sa qualité d'avocat; (2) la déclaration renferme habituellement les termes « s'engage » ou « engagement », mais ces termes ne sont pas obligatoires en droit, le contexte aidant à déterminer l'intention et la portée de la déclaration; (3) la personne visée par la déclaration se fonde raisonnablement sur celle-ci; et enfin (4) par sa déclaration, l'avocat qui en est l'auteur promet sans équivoque ce qui suit : a) de faire ou de s'abstenir de faire quelque chose; ou encore b) d'amener une personne, la plupart du temps le client, à faire ou à s'abstenir de faire quelque chose. Quoiqu'il soit généralement exécutoire, le type

d'engagement mentionné en dernier lieu peut aller à l'encontre de normes professionnelles, surtout dans les situations où son exécution est hors la volonté de l'avocat.

[76] Dans la mise en cause modifiée, M^e O'Toole soutient que M^e Peterson s'est engagé à rédiger une mainlevée hypothécaire visant la parcelle achetée par les demandeurs et [TRADUCTION] « à obtenir la signature de cette mainlevée par Gahan Ltd. ». Sur ce point, les paragraphes 7 et 8 sont rédigés comme suit :

[TRADUCTION]

Dans une télécopie en date du 4 janvier 2013 expédiée par M^e Peterson à M^e O'Toole, Gahan Ltd., par l'entremise de son représentant autorisé, M^e Peterson, s'est engagée à produire une mainlevée d'hypothèque pour toute parcelle vendue par DH Developments Corp. moyennant la somme de 5 000 \$ chacune, jusqu'au paiement intégral de l'hypothèque connexe [engagement de Gahan].

Dans une télécopie en date du 15 mars 2013 envoyée par M^e Peterson à M^e O'Toole, M^e Peterson s'est engagé à rédiger une mainlevée de l'hypothèque détenue par Gahan Ltd. sur la parcelle qui serait vendue par DH Developments Corp. à Brodie Brendan Bradley et Rebecca Edith Kaley et à obtenir la signature de cette mainlevée par Gahan Ltd., en contrepartie de la somme de 5 000 \$ qui serait versée à Gahan Ltd. par DH Developments Corp. ou au nom de celle-ci [engagement de Peterson].

[77] Au paragraphe 2 de son exposé de la défense, M^e Peterson nie les allégations formulées dans les paragraphes susmentionnés et exige de M^e O'Toole qu'il en fasse la [TRADUCTION] « preuve au sens formel ». Au paragraphe 4, M^e Peterson affirme ce qui suit, afin de confirmer sa dénégation :

[TRADUCTION]

S'agissant des allégations contenues aux paragraphes 7 et 8 de la mise en cause modifiée, le mis en cause Peterson nie avoir pris l'engagement de fournir une libération ou une mainlevée de l'hypothèque globale détenue par Gahan sur quelque parcelle que ce soit qui a été vendue par DH

Developments Corp., notamment celle vendue aux demandeurs par DH Developments Corp.

[78] Manifestement, les plaidoiries soulèvent, sans toutefois trancher, la question fondamentale de savoir si M^e Peterson a pris l'engagement non seulement de rédiger une mainlevée de l'hypothèque détenue par Gahan, mais aussi d'obtenir la signature de celle-ci. Cette question devra être tranchée avant toutes les autres et elle doit être tranchée sur le fondement de la preuve.

[79] Selon la preuve fournie par M^e O'Toole, l'engagement en question provient de deux lettres qu'il a reçues de M^e Peterson, la première datée du 4 janvier 2013 et la seconde du 15 mars 2013. Le paragraphe 12 de son affidavit porte précisément sur ce point et est rédigé comme suit :

[TRADUCTION]

Dans le relevé de clôture, je me suis engagé à rembourser intégralement le prêt hypothécaire et à obtenir mainlevée de l'hypothèque détenue par Gahan sur le bien en me fondant sur la promesse, faite le 4 janvier 2013 par M^e Peterson, de fournir des mainlevées hypothécaires en contrepartie de la somme de 5 000 \$, et sur la lettre du 15 mars 2013 dans laquelle il affirmait qu'il préparerait la mainlevée hypothécaire demandée.

[80] Dans sa lettre du 4 janvier 2013, M^e Peterson a énoncé les conditions de règlement de la facture de son client, qui étaient proposées par les clients de M^e O'Toole, Kevin Moore et Dwaine McKay. Une de ces conditions était l'obtention d'une convention conditionnelle de la part de Gahan prévoyant que celle-ci fournirait des mainlevées partielles de l'hypothèque globale qu'elle détenait sur les parcelles vendues par DH Developments :

[TRADUCTION]

Par suite de notre discussion plus tôt cette semaine, sachez que Kevin Moore et Dwaine McKay se sont présentés à mon bureau ce matin afin de proposer un règlement du compte décrit ci-dessus, règlement qui se présente comme suit :

1. P.R. Gahan & Sons Ltd. s'abstiendra de déposer une revendication de privilège jusqu'au 10 janvier 2013 afin de permettre à vos clients d'obtenir un refinancement pour le NID 60177848 et le NID 60154150 de la part de Graysbrook Capital Ltd., refinancement dont le montant sera suffisant pour couvrir les hypothèques actuelles détenues par Graysbrook Mortgages qui se montent à 265 000 \$ et à 165 000 \$. En outre, ce prêt hypothécaire couvrira aussi la somme additionnelle de 270 000 \$ qui sera fournie par Graysbrook Capital Ltd. sous forme de versements à partir du 10 janvier, versements qui se poursuivront en février et en mars. Graysbrook Capital détiendra l'hypothèque de PREMIER RANG sur les deux biens susmentionnés.
2. P.R. Gahan & Sons Ltd. recevra la somme de 30 000 \$ le 10 janvier 2013, la somme de 20 000 \$ en février 2013 et la somme de 20 000 \$ en mars 2013.
3. P.R. Gahan & Sons Ltd. détiendra une hypothèque de deuxième rang sur le NID 60177847 et le NID 60154150 pour le solde impayé (environ 100 000 \$), lequel portera un intérêt mensuel de 14 % jusqu'à son remboursement intégral.
4. La proposition prévoit en partie que P.R. Gahan & Sons Ltd. acceptera une hypothèque de troisième rang sur le NID 75416206 (Ellery Dwaine McKay), laquelle prendra rang après une hypothèque de premier rang consentie à la CIBC Mortgages Inc. (dont la valeur nominale est de 100 000 \$) et une hypothèque de deuxième rang consentie à Graysbrook Capital Ltd. (dont la valeur nominale est de 25 000 \$ à un taux de 14 %).
5. P.R. Gahan & Sons. Ltd. fournira une mainlevée pour toute parcelle vendue par D & H Developments Ltd. en contrepartie de la somme de 5 000 \$ pour chaque parcelle jusqu'au remboursement intégral du prêt hypothécaire.
6. La proposition prévoit en partie que P.R. Gahan & Sons Ltd. acceptera une hypothèque de troisième

rang sur la résidence située au 82, rue Aquarius et « réputée » appartenir à Kevin Moore. Toutefois, un examen du registre à SNB semble indiquer que ce bien est enregistré aux noms de Ryan Stacy Earl et de Nicholas James Moore et qu'il est grevé d'hypothèques impayées consenties à la CIBC Mortgages Inc. (dont la valeur nominale est de 285 600 \$), à Yolanda Faith Piper (hypothèque accessoire de valeur nominale inconnue), et qu'il est grevé aussi d'une hypothèque de troisième rang consentie à Yolanda Faith Piper (dont la valeur nominale est de 117 500 \$, à un taux de 18 %).

Veillez indiquer comment Monsieur Moore entend céder ce bien en garantie et veuillez indiquer aussi sa relation avec Yolanda Faith Piper et Nicholas James Moore, le cas échéant, ainsi que le solde impayé relatif à ces prêts hypothécaires.

Si vous êtes en mesure de réunir cette documentation au plus tard le 10 janvier 2013, veuillez me faire parvenir les divers documents hypothécaires afin que je puisse les passer en revue. [C'est nous qui soulignons.]

[81] Dans la seconde lettre citée à l'appui par M^e O'Toole au paragraphe 12 de son affidavit (lettre du 15 mars 2013), M^e Peterson dit ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je vous remercie de votre lettre du 14 mars 2013 et des certificats de propriété enregistrée relatifs aux biens portant les NID 60179561, 60179579, 60179587, 60179595 et 60179603.

Je constate que le NID 60179611 a été transféré à Kevin Moore et Jodi Ann Lamey le 4 février 2013, et je tiens pour acquis que M. Moore (DH Developments Corp.) a l'intention de faire parvenir la somme de 5 000 \$ pour cette parcelle, étant donné qu'elle faisait partie du NID 60177847 le 11 janvier 2013.

J'ai parlé à M. Gahan ce matin et confirmé que votre cliente n'a pas effectué le versement de 20 000 \$ prévu pour le mois de février et que le versement de 20 000 \$ est maintenant exigible pour le mois de mars. Veuillez nous

indiquer à quel moment nous pourrions recevoir ces paiements.

M. Gahan est en vacances et sera de retour le 28 mars 2013 ou vers cette date. Je rédigerai la mainlevée d'hypothèque concernant le Lot 2012-3 (NID 60179587) afin qu'il la signe dès son retour.

[C'est nous qui soulignons.]

[82] Force est de constater que l'extrait souligné n'énonce pas l'engagement sur lequel est fondée la mise en cause modifiée contre M^c Peterson, à savoir, l'engagement de [TRADUCTION] « rédiger une mainlevée de l'hypothèque détenue par Gahan Ltd. sur la parcelle [Lot 2012-3] qui [sera] vendue par DH Developments Corp. à Brodie Brendan Bradley et Rebecca Edith Kaley et [d']obtenir la signature de cette mainlevée par Gahan Ltd. » (c'est nous qui soulignons). Dans l'extrait souligné de la lettre, M^c Peterson s'engage simplement à rédiger la mainlevée hypothécaire pour la signature de son client. Fait important, il ne laisse pas entendre que Gahan a accepté de signer la mainlevée hypothécaire et, à ce stade, DH Developments était déjà en défaut de son obligation de payer à Gahan le versement de 20 000 \$ prévu pour le mois de février dans la convention d'abstention. Le 15 mars 2013, M^c O'Toole était conscient de ce défaut de paiement.

[83] Dans les circonstances, l'engagement de M^c Peterson de rédiger une mainlevée hypothécaire en vue de la signature de celle-ci par son client ne saurait correspondre à un engagement sans équivoque d'obtenir la signature de cette mainlevée, et nous pouvons seulement supposer que M^c O'Toole, un avocat expérimenté dans le domaine de l'immobilier, était conscient de la différence entre les deux lorsqu'il a choisi de s'engager envers les demandeurs à fournir une mainlevée de l'hypothèque détenue par Gahan.

[84] Quoi qu'il en soit, M^c O'Toole a soutenu devant la juge saisie de la motion et devant notre Cour que, examiné en contexte, le dernier paragraphe de la lettre du 15 mars 2013 constitue essentiellement un engagement de la part de M^c Peterson d'obtenir une mainlevée hypothécaire signée relativement à l'hypothèque détenue par

Gahan. Comme il a été mentionné, la juge saisie de la motion ne s'est pas penchée sur la question de savoir si cette controverse fondamentale soulevait une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. Sur le fondement du principe de la proportionnalité, nous choisissons de le faire. À cet égard, la différence évidente entre l'observation faite par M^e O'Toole et sa preuve par affidavit mérite d'être soulignée.

[85] Au paragraphe 12 de son affidavit, M^e O'Toole décrit le dernier paragraphe de la lettre du 15 mars tout au plus comme étant une déclaration de M^e Peterson du fait qu'il allait [TRADUCTION] « [préparer] la mainlevée hypothécaire demandée ». Chose importante, la preuve fournie par M^e O'Toole ne prétend pas que le dernier paragraphe constituait un engagement de la part de M^e Peterson d'obtenir une mainlevée hypothécaire signée relativement à l'hypothèque détenue par Gahan. Au paragraphe 12, M^e O'Toole affirme que l'engagement a été fourni par M^e Peterson dans sa lettre du 4 janvier 2013.

[86] Avec égards, il n'y a rien dans cette lettre qui oblige M^e Peterson à obtenir une mainlevée de quelque hypothèque que ce soit. Plutôt, cette lettre contient des conditions de règlement du compte de Gahan, ainsi qu'elles ont été proposées par les clients de M^e O'Toole, lesquelles conditions prévoient l'acceptation par Gahan, selon des conditions de paiement précises, d'accorder une mainlevée partielle de l'hypothèque globale qu'elle détient sur toute parcelle vendue, sur paiement dans chaque cas de la somme de 5 000 \$. M^e O'Toole confond, de façon inadmissible, la promesse faite par M^e Peterson le 15 mars 2013 de rédiger une mainlevée hypothécaire en vue de la signature par sa cliente Gahan, et l'engagement conditionnel de Gahan de fournir les mainlevées hypothécaires décrites dans la lettre expédiée par M^e Peterson le 4 janvier 2013.

[87] La règle 22.02(2) oblige M^e O'Toole à énoncer, au moyen d'une preuve par affidavit ou autre, les faits précis montrant qu'il existe une véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès. Comme il a été mentionné, le dernier paragraphe de la lettre du 15 mars 2013 ne correspond pas, selon son libellé, à un engagement de la part de

M^e Peterson d'obtenir une mainlevée signée de l'hypothèque détenue par Gahan. En effet, M^e O'Toole ne tient pas une position contraire dans son affidavit.

[88] Il prétend en fin de compte que, dans le grand portrait, il est justifié de considérer le libellé autrement insuffisant du dernier paragraphe comme étant l'équivalent d'un pareil engagement. Peu importe, M^e O'Toole était tenu d'établir les éléments contextuels qui justifient l'équivalence proposée. Il n'a pas réussi à le faire. En réalité, l'affidavit même de M^e O'Toole démontre que l'engagement sur lequel est fondée la mise en cause modifiée formulée contre M^e Peterson n'a pas été fourni.

V. Conclusion et dispositif

[89] Comme nous l'avons indiqué dans notre introduction, nous sommes d'avis que la juge saisie de la motion a mal interprété la preuve en délimitant les obligations juridiques de l'appelant en sa qualité d'avocat et qu'elle a commis une erreur en mélangeant ces obligations et les obligations juridiques séparées et distinctes de ses clients. Cela dit, nous concluons que ces erreurs sont sans conséquence, la juge saisie de la motion ayant conclu, à bon droit, même si elle l'a fait pour des motifs qui ne sauraient être suffisants, qu'il n'y a pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès sur la mise en cause modifiée formulée par l'appelant contre l'intimé.

[90] En conséquence, le jugement sommaire doit être confirmé. De manière accessoire, et dans l'intérêt de la justice, nous annulons les autres conclusions tirées par la juge saisie de la motion dans la mesure où elles ont une incidence sur les questions soulevées dans la mise en cause modifiée formulée contre la cliente de l'intimé et nous ordonnons que ces questions soient tranchées sans qu'il soit tenu compte de ces conclusions.

[91] L'appelant est condamné aux dépens en appel, qui sont fixés à 2 500 \$.

APPENDIX / ANNEXE A

(Notre règle actuelle en matière de jugement sommaire)

DISPOSITION WITHOUT TRIAL

CONCLUSION SANS PROCÈS

RULE 22

RÈGLE 22

SUMMARY JUDGMENT

JUGEMENT SOMMAIRE

22.01 Where Available

22.01 Applicabilité

To Plaintiff

Au demandeur

(1) After the defendant has served a Statement of Defence or served a Notice of Motion, a plaintiff may move with a supporting affidavit or other evidence for summary judgment on all or part of the claim in the Statement of Claim.

(1) Le défendeur ayant signifié l'exposé de sa défense ou son avis de motion, le demandeur peut, par voie de motion appuyée de preuve par affidavit ou autre, solliciter un jugement sommaire sur tout ou partie de la demande formulée dans l'exposé de sa demande.

(2) The plaintiff may move, without notice, for leave to serve a Notice of Motion for summary judgment together with the Statement of Claim, and leave may be given if urgency is shown, subject to such directions as are just.

(2) Par voie de motion présentée sans préavis, le demandeur peut prier la cour de l'autoriser à signifier avec l'exposé de sa demande un avis de motion visant l'obtention d'un jugement sommaire, et cette autorisation peut être accordée, sous réserve des directives que la cour estime justes, si l'existence d'un cas d'urgence est établie.

To Defendant

Au défendeur

(3) After the defendant has served a Statement of Defence, the defendant may move with supporting affidavit or other evidence for summary judgment dismissing all or part of the claim in the Statement of Claim.

(3) Ayant signifié l'exposé de sa défense, le défendeur peut, par voie de motion appuyée de preuve par affidavit ou autre, solliciter un jugement sommaire rejetant tout ou partie de la demande formulée dans l'exposé de la demande.

22.02 Evidence on Motion

22.02 Preuve à l'appui d'une motion

(1) An affidavit for use on motion for summary judgment may be made on information and belief as provided in Rule

(1) Dans le cadre d'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire, un affidavit peut faire état des renseignements

39.01(4), but, on the hearing of the motion, the court may draw an adverse inference from the failure of a party to provide the evidence of a person having personal knowledge of contested facts.

que le déposant a appris ou qu'il croit être vrais, comme le prévoit la règle 39.01(4), mais, si n'est pas produit le témoignage d'une personne ayant une connaissance directe des faits contestés, la cour peut, à l'audience, en tirer une inférence défavorable.

(2) In response to an affidavit or other evidence supporting a motion for summary judgment, a responding party may not rest solely on the allegations or denials in the party's pleadings, but shall set out, in affidavit or other evidence, specific facts showing there is a genuine issue requiring a trial.

(2) Lorsqu'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire est appuyée de preuve par affidavit ou autre, l'intimé ne peut se limiter à invoquer des allégations ou des dénégations énoncées dans ses plaidoiries. Au moyen de preuve par affidavit ou autre, il doit relater des faits précis faisant apparaître une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès.

(3) With leave of the court, an affidavit for use on motion for summary judgment may contain opinion evidence if the deponent would be allowed to give that evidence while testifying in court.

(3) Avec l'autorisation de la cour, tout affidavit utilisé dans le cadre d'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire peut comprendre un élément de preuve sous forme de témoignage d'opinion dans la mesure où cet élément de preuve serait admissible en preuve dans le cadre du témoignage en cour du déposant.

22.03 Briefs Required

22.03 Mémoires à fournir

(1) On a motion for summary judgment, each party shall serve on every other party to the motion a brief consisting of a concise statement of all relevant facts, the argument, law, and authorities relied on by the party.

(1) Dans le cas d'une motion visant l'obtention d'un jugement sommaire, chaque partie signifie aux autres parties à la motion un mémoire, lequel se compose d'un exposé concis des faits pertinents, des arguments, des règles de droit et des autorités que la partie invoque.

(2) The moving party's brief shall be served and filed, with proof of service, in the office of the clerk of the judicial district where the motion is to be heard at least seven days before the hearing.

(2) Sept jours au moins avant l'audience, l'auteur de la motion signifie son mémoire et le dépose, avec preuve de signification à l'appui, au greffe de la circonscription judiciaire dans laquelle la motion sera instruite.

(3) The responding party's brief shall be served and filed, with proof of service, in the office of the clerk of the judicial district where the motion is to be heard at least four days before the hearing.

(3) Quatre jours au moins avant l'audience, l'intimé signifie son mémoire et le dépose, avec preuve de signification à l'appui, au greffe de la circonscription judiciaire dans laquelle la motion sera instruite.

22.04 Disposition of Motion

22.04 Décision sur la motion

General

Dispositions générales

(1) The court shall grant summary judgment if

(1) La cour rend un jugement sommaire lorsqu'elle constate :

(a) the court is satisfied there is no genuine issue requiring a trial with respect to a claim or defence, or

a) ou bien qu'une demande ou une défense ne soulève pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès;

(b) the parties agree to have all or part of the claim determined by a summary judgment and the court is satisfied it is appropriate to grant summary judgment.

b) ou bien qu'il convient de rendre pareil jugement et les parties sont d'accord pour que tout ou partie de la demande soit tranché de la sorte.

Powers

Pouvoirs

(2) In determining whether there is a genuine issue requiring a trial, the court shall consider the evidence submitted by the parties and may exercise any of the following powers for the purpose, unless it is in the interests of justice for those powers to be exercised only at a trial:

(2) Lorsqu'elle décide de l'existence d'une véritable question en litige qui nécessite la tenue d'un procès, la cour tient compte des éléments de preuve que les parties ont présentés et peut exercer l'un quelconque des pouvoirs ci-dessous énumérés, sauf si l'intérêt de la justice commande de ne les exercer que dans le cadre d'un procès :

(a) weighing the evidence;

a) apprécier la preuve;

(b) evaluating the credibility of a deponent; and

b) évaluer la crédibilité d'un déposé;

(c) drawing a reasonable inference from the evidence.

c) tirer de la preuve une inférence raisonnable.

Oral Evidence (mini-trial)

Témoignages oraux (mini-procès)

(3) For the purposes of exercising the powers set out in this subrule, a judge may order that oral evidence be presented by

(3) Aux fins d'exercice des pouvoirs qu'énumère le présent article, le juge peut ordonner qu'une ou plusieurs parties

one or more parties, with or without time limits on its presentation. rendent des témoignages oraux, avec ou sans limite de temps pour leur présentation.

If Only Genuine Issue is Amount

Si la seule véritable question en litige porte sur le montant de la demande

(4) If the court is satisfied the only genuine issue is the amount to which the moving party is entitled, the court may direct a trial of that issue. (4) Si elle constate que la seule véritable question en litige a trait au montant auquel a droit l'auteur de la motion, la cour peut ordonner l'instruction de cette question.

If Only Genuine Issue is Question of Law

Si la seule véritable question en litige porte sur une question de droit

(5) If the court is satisfied the only genuine issue is a question of law, the court may determine that question and grant judgment accordingly. (5) Si elle constate que la seule véritable question en litige a trait à une question de droit, la cour peut la trancher, puis rendre jugement en conséquence.

If Only Claim is for an Accounting

Si la demande vise uniquement une reddition de comptes

(6) If the only claim is for an accounting and the defendant fails to satisfy the court there is some preliminary issue to be tried, the court may grant judgment on the claim and give directions for an accounting. (6) Si la demande se limite à une reddition de comptes, la cour peut rendre jugement sur la demande et donner des directives à cette fin, à moins que le défendeur ne la convainque qu'il y a lieu d'instruire quelque question préliminaire.

APPENDIX / ANNEXE B

(Notre ancienne règle en matière de jugement sommaire)

DISPOSITION WITHOUT TRIAL

CONCLUSION SANS PROCÈS

RULE 22

RÈGLE 22

SUMMARY JUDGMENT

JUGEMENT SOMMAIRE

22.01 Where Available

22.02 Applicabilité

To Plaintiff

Au demandeur

(1) Before an action is set down for trial, the plaintiff may apply for summary judgment against a defendant who has filed and served his Statement of Defence or has served a Notice of Motion, on the ground that

(1) Le demandeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander un jugement sommaire contre un défendeur qui a déposé et signifié l'exposé de sa défense ou qui a signifié un avis de motion, au motif

(a) there is no defence to the action or to one or more of the claims in the action or to part of any such claim, or

a) qu'aucune défense n'est opposable à l'action ou à une ou plusieurs des demandes qui y sont formulées ou encore à la totalité ou à une partie d'une de ces demandes ou

(b) the only defence is to the amount claimed.

b) que la seule défense opposable porte sur le montant de la réclamation.

In Urgent Cases

En cas d'urgence

(2) Where there is urgency, the plaintiff may apply, without notice, for leave to serve a Notice of Motion for Summary Judgment with the Statement of Claim, and such leave may be given subject to such directions as may be just.

(2) En cas d'urgence, le demandeur peut, sans préavis, demander la permission de signifier en même temps que l'exposé de la demande un avis de motion pour jugement sommaire. La permission peut être accordée sous réserve des directives estimées justes.

To Defendant

Au défendeur

(3) After he has filed and served his Statement of Defence and before the action is set down for trial, a defendant may apply for summary judgment against the plaintiff on the ground that there is no merit to the action, or to one or more claims therein, or to part of any such claim.

(3) Après avoir déposé et signifié l'exposé de sa défense, le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander un jugement sommaire contre le demandeur au motif que l'action est sans fondement ou qu'une ou plusieurs des demandes ne sont pas fondées ou encore qu'une partie d'une de ces demandes ne l'est pas.

22.02 Affidavit Evidence

(1) A plaintiff applying for summary judgment shall file and serve an affidavit

(a) setting out the facts verifying the claim or part of the claim, and

(b) stating that he knows of no fact which would constitute a defence to the claim or part of the claim except as to amount.

(2) A defendant applying for summary judgment shall file and serve an affidavit

(a) setting out the facts verifying his contention that there is no merit in the whole or part of the claim, and

(b) stating that he knows of no fact which would substantiate the whole or part of the claim.

(3) To the extent that a party who files and serves an affidavit under paragraphs (1) or (2) does not have personal knowledge of the facts upon which he intends to rely, he shall also deliver the affidavit of someone having such knowledge.

(4) Where the defendant is acting in a representative capacity, or is under disability and is represented by a litigation guardian or a committee, and the defendant or his litigation guardian or committee, as may be, after careful inquiry, is unable to comply with the requirements of this subrule and does not feel justified in admitting the claim of the plaintiff, he may file and serve an affidavit to that effect.

22.03 Cross-Examination

Rule 39.03 applies to applications under this rule.

22.02 Preuve par affidavit

(1) Le demandeur qui demande un jugement sommaire doit déposer et signifier un affidavit

a) exposant les faits qui appuient sa demande en tout ou en partie et

b) dans lequel il affirme ne connaître aucun fait qui puisse constituer une défense à la demande ou à une partie de celle-ci, si ce n'est quant au montant de la réclamation.

(2) Le défendeur qui demande un jugement sommaire doit déposer et signifier un affidavit

a) exposant les faits qui appuient son argument voulant que la demande, en tout ou en partie, ne soit pas fondée et

b) dans lequel il affirme ne connaître aucun fait qui puisse justifier la demande en tout ou en partie.

(3) Dans la mesure où la partie qui dépose et signifie un affidavit en application des paragraphes (1) ou (2) ne connaît pas personnellement les faits sur lesquels elle entend se fonder, elle doit également délivrer un affidavit d'une personne qui les connaît personnellement.

(4) Lorsque le défendeur agit en qualité de représentant ou si, étant frappé d'incapacité, il est représenté par un tuteur d'instance ou par un curateur, lui-même, son tuteur d'instance ou son curateur, selon le cas, peut, si après enquête sérieuse il ne parvient pas à se conformer aux prescriptions du présent article tout en ne croyant pas être en droit d'admettre la demande du demandeur, déposer et signifier un affidavit en ces termes.

22.03 Contre-interrogatoire

La règle 39.03 s'applique aux requêtes formulées en application de la présente règle.

22.04 Disposition of Motion

Where No Defence or Merit to Action

(1) Where, on a motion for judgment, the applicant satisfies the court that

(a) there is no defence or merit to a claim or part thereof, and

(b) the applicant is entitled to judgment,

the court may grant judgment.

Where Only Defence is to the Amount Claimed

(2) Where the plaintiff satisfies the court that the only defence is to the amount claimed, the court may direct a trial of that issue.

Where Only Issue is a Question of Law

(3) Where the court is satisfied that the only issue is a question of law, the court may determine that question and grant judgment accordingly.

Where Only Claim is for an Accounting

(4) Where the only claim is for an accounting and the defendant fails to satisfy the court that there is some preliminary issue to be tried, the court may give directions for an accounting.

22.05 Décision sur la motion

Action sans défense ou sans fondement

(1) Si, sur une motion pour jugement, le requérant démontre de façon satisfaisante à la cour

a) qu'il n'existe aucune défense ni fondement à la demande ou à une partie de la demande et

b) qu'il a le droit d'obtenir un jugement,

la cour peut rendre jugement.

Défense portant uniquement sur le montant de la réclamation

(2) Si le demandeur démontre à la cour que la défense porte uniquement sur le montant de la réclamation, la cour peut prescrire que cette question soit instruite.

Question portant uniquement sur un point de droit

(3) Lorsque la cour constate que la seule question en litige porte sur un point de droit, elle peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence.

Demande visant uniquement une reddition de comptes

(4) Lorsque la demande vise uniquement une reddition de comptes, la cour peut donner les directives nécessaires à cette fin à moins que le défendeur ne démontre à la cour qu'une question préliminaire doit être jugée.