

Aecon Buildings, A Division of Aecon Construction Group Inc. *Applicant/Applicant on motion*

v.

Stephenson Engineering Limited *Respondent/Respondent on motion*

INDEXED AS: AECON BUILDINGS v. STEPHENSON ENGINEERING LTD.

2011 SCC 33

File No.: 34112.

2011: June 23.

Present: Binnie, Abella and Rothstein JJ.

MOTION TO ADDUCE FRESH EVIDENCE

Courts — Supreme Court of Canada — Motion to adduce fresh evidence — Applicant requests 11 publications annexed to an affidavit be added to leave application — Factors guiding exercise of Court's discretion to adduce fresh evidence.

Generally speaking, the question whether a legal issue is of public importance within the meaning of s. 43 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is not a matter on which affidavit evidence is helpful. The practice is not invariable however. In some cases it may not be apparent from the rest of the leave materials why, for example, the decision sought to be appealed is alleged to establish a precedent that is unworkable in practice, or otherwise is likely to have a problematic impact or jurisprudential importance not apparent on its face. Here, however, the issues are straightforward. The material sought to be added to the leave application does not identify any good reasons, policy or jurisprudential, not readily apparent from the material already filed, for finding that the application raises a legal issue of public importance. The leave panel can determine whether the leave application raises a legal question of public importance on the existing record. The material sought to be added will be of no additional assistance. The application to adduce

Aecon Buildings, une division d'Aecon Construction Group Inc. *Demanderesse/Requérante à la requête*

c.

Stephenson Engineering Limited *Intimée/Intimée à la requête*

RÉPERTORIÉ : AECON BUILDINGS c. STEPHENSON ENGINEERING LTD.

2011 CSC 33

N° du greffe : 34112.

2011 : 23 juin.

Présents : Les juges Binnie, Abella et Rothstein.

REQUÊTE EN PRODUCTION DE NOUVEAUX ÉLÉMENTS DE PREUVE

Tribunaux — Cour suprême du Canada — Requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve — Demanderesse demandant que 11 publications jointes à un affidavit soient ajoutées à sa demande d'autorisation d'appel — Facteurs guidant l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de recevoir de nouveaux éléments de preuve.

Règle générale, l'importance d'une question de droit pour le public au sens de l'art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, n'est pas une question à l'égard de laquelle une preuve par affidavit peut être utile. Cette règle n'est toutefois pas immuable. Dans certains cas, il se peut que les autres éléments de la demande d'autorisation ne révèlent pas pourquoi, par exemple, la décision visée par la demande d'autorisation d'appel créerait un précédent inapplicable en pratique, ou risquerait d'avoir des répercussions négatives ou des conséquences jurisprudentielles insoupçonnées. Toutefois, en l'espèce, les questions en litige sont claires. Les nouveaux documents qui seraient ajoutés à la demande d'autorisation ne révèlent aucun motif de politique générale ou jurisprudentiel valable, qui ne ressorte pas manifestement des documents déjà déposés, démontrant que la demande soulève une question de droit d'importance pour le public. La formation qui examinera la demande d'autorisation d'appel peut déterminer si celle-ci soulève une question de droit d'importance pour le public à

fresh evidence on the leave application is therefore denied.

Cases Cited

Referred to: *Petty v. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725; *Laudon v. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207.

Statutes and Regulations Cited

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/2002-156, rr. 25, 47(1)(b), 92.1.

Supreme Court Act, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 43.

Authors Cited

Aikins, John. “Disclosure of Litigation Agreements Must be ‘Immediate’”, Canadian Bar Association (Ontario), *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, No. 2, March 2011 (online: http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter_en/v21n2.aspx#Article_3).

Caplan, Jessica. “Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position”, Canadian Bar Association (Ontario), *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, No. 3, April 2011 (online: http://www.oba.org/En/Construction/Cons_newsletter/v25n3.aspx#Article_3).

Squires, Robin. “Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed”, Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, Spring 2011, (online: http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication_1846.pdf).

MOTION to adduce fresh evidence to be added to leave to appeal. Motion denied.

Written submissions by *Peter W. G. Carey*, for the applicant/applicant on motion.

Written submissions by *James A. LeBer*, for the respondent/respondent on motion.

The following order was delivered by

[1] BINNIE J. — An application is made on behalf of the applicant Aecon Buildings for an order pursuant to Rules 25, 47(1)(b) and 92.1 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/2002-156, permitting 11 publications annexed to an affidavit

partir du dossier existant. Les documents que la demanderesse désire déposer ne lui seraient d'aucun secours. La requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve à l'égard de la demande d'autorisation d'appel est donc rejetée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Petty c. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725; *Laudon c. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207.

Lois et règlements cités

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 43.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/2002-156, art. 25, 47(1)(b), 92.1.

Doctrine citée

Aikins, John. « Disclosure of Litigation Agreements Must be “Immediate” », Canadian Bar Association (Ontario), *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, No. 2, March 2011 (online : http://www.oba.org/En/Insurance/newsletter_en/v21n2.aspx#Article_3).

Caplan, Jessica. « Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position », Canadian Bar Association (Ontario), *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, No. 3, April 2011 (online : http://www.oba.org/En/Construction/Cons_newsletter/v25n3.aspx#Article_3).

Squires, Robin. « Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed », Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, Spring 2011, (online : http://www.blg.com/en/home/publications/Documents/publication_1846.pdf).

REQUÊTE en vue d'ajouter de nouveaux éléments de preuve à la demande d'autorisation d'appel. Requête rejetée.

Argumentation écrite par *Peter W. G. Carey*, pour la demanderesse/requérante à la requête.

Argumentation écrite par *James A. LeBer*, pour l'intimée/intimée à la requête.

Version française de l'ordonnance rendue par

[1] LE JUGE BINNIE — Une demande a été présentée au nom de la demanderesse Aecon Buildings, en vertu de l'art. 25, de l'al. 47(1)(b) et l'art. 92.1 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156, en vue d'ajouter à sa demande

to be added to its application for leave to appeal. Aecon argues that the articles demonstrate that the application is of public importance and were not available when the leave application was served and filed.

[2] The leave application concerns a “*Mary Carter*-type agreement”, i.e. a settlement agreement in multiparty litigation between a plaintiff and defendant wherein the defendant in question ostensibly remains an active party to the litigation while the plaintiff’s claim in fact targets the other parties. The appearance is conveyed that the defendant is defending the cause but the appearance is misleading because of the existence of the partial settlement.

[3] In the present case, the Ontario Court of Appeal held that the applicant’s conduct warranted a stay of proceedings for abuse of process because of the fact that it had failed *ever* to volunteer the existence of the agreement to the other parties or to the court, but instead waited for one of the other parties to discover it through other sources and then demand its production (2010 ONCA 898, 328 D.L.R. (4th) 488).

[4] Generally speaking, our Court takes the view that the question whether a legal issue is of public importance within the meaning of s. 43 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, is not a matter on which affidavit evidence is helpful. The practice is not invariable however. In some cases it may not be apparent from the rest of the leave materials why, for example, the decision sought to be appealed is alleged to establish a precedent that is unworkable in practice, or otherwise is likely to have a problematic impact or jurisprudential importance not apparent on its face. Here, however, the issues are straightforward. Must the *Mary Carter*-type agreement be disclosed immediately and if it isn’t what are the consequences?

[5] The material sought to be filed by the applicant simply illustrates the straightforward nature

d’autorisation d’appel 11 publications jointes à un affidavit. Aecon fait valoir que ces articles démontrent l’importance de la demande pour le public et qu’elle n’y avait pas accès au moment où elle a signifié et déposé sa demande d’autorisation.

[2] La demande d’autorisation concerne une « entente de type *Mary Carter* », soit une entente de règlement dans une instance opposant plusieurs parties, conclue entre un demandeur et un défendeur, et à la suite de laquelle ce défendeur continue à participer ouvertement à l’instance, tandis que la poursuite du demandeur est en réalité dirigée contre les autres parties. En apparence, le défendeur s’oppose à la poursuite, mais cette apparence est trompeuse puisqu’un règlement partiel a été conclu.

[3] En l’espèce, la Cour d’appel de l’Ontario a statué que la conduite de la demanderesse justifiait un sursis d’instance pour abus de procédure, parce que la demanderesse n’a pas révélé de son propre chef l’existence de l’entente aux autres parties ou au tribunal, à *quelque moment que ce soit*, mais a plutôt attendu qu’une autre partie la découvre grâce à d’autres sources et en exige la production (2010 ONCA 898, 328 D.L.R. (4th) 488).

[4] Règle générale, notre Cour considère que l’importance d’une question de droit pour le public au sens de l’art. 43 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, n’est pas une question à l’égard de laquelle une preuve par affidavit peut être utile. Cette règle n’est toutefois pas immuable. Dans certains cas, il se peut que les autres éléments de la demande d’autorisation ne révèlent pas pourquoi, par exemple, la décision visée par la demande d’autorisation d’appel créerait un précédent inapplicable en pratique, ou risquerait d’avoir des répercussions négatives ou des conséquences jurisprudentielles insoupçonnées. Toutefois, dans le présent dossier, les questions en litige sont claires. L’entente de type *Mary Carter* doit-elle être communiquée immédiatement et, le cas échéant, quelles seraient les conséquences du défaut de la communiquer?

[5] Les documents que la demanderesse désire déposer confirment simplement que les questions

of the legal issues. The first item, a posting on the website of the Canadian Bar Association (Ontario) (“CBAO”) (J. Aikins, “Disclosure of Litigation Agreements Must be ‘Immediate’”, *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, No. 2, March 2011 (online)), notes that the decision sought to be appealed restates the consistent rule in Ontario that *Mary Carter*-type agreements must be “disclosed to the parties and to the court as soon as the agreement is made”: *Petty v. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725 (Gen. Div.), at p. 737. The rule was repeated by the Ontario Court of Appeal as recently as *Laudon v. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207, where the court said “the existence of such an agreement is to be disclosed, as soon as it is concluded, to the court and to the other parties to the litigation” (para. 39). The CBAO posting does not indicate any conflict in the authorities or suggest that there are good reasons, policy or jurisprudential, not readily apparent from the material already filed, for finding that the application raises a legal issue of public importance. The author merely poses the question of what is meant by “immediate disclosure” and how *Mary Carter*-type agreements were to be “disclosed . . . to the court”. I think “immediate disclosure” is self-explanatory. Its application in a particular case will be fact-dependent. Here, as stated, the applicant never did *volunteer* disclosure of the existence of the agreement to the parties or to the court. The Court of Appeal decided that in the circumstances a stay of proceedings was warranted. The procedural point about how a party goes about disclosing the existence of such an agreement to the court (were they to decide to do so) is not something that raises a legal issue of public importance for this Court.

de droit en litige sont claires. Le premier, affiché sur le site Web de l’Association du Barreau canadien (Ontario) (« ABCO ») (J. Aikins, « Disclosure of Litigation Agreements Must be “Immediate” », *Insurance Law Section Newsletter*, vol. 21, n° 2, mars 2011 (en ligne)), mentionne que la décision que la demanderesse veut porter en appel énonce à nouveau la règle, bien établie en Ontario, selon laquelle les ententes de type *Mary Carter* doivent être [TRADUCTION] « communiquées aux parties et au tribunal dès que l’entente est conclue » : *Petty c. Avis Car Inc.* (1993), 13 O.R. (3d) 725 (Div. gén.), p. 737. Cette règle a été réitérée récemment par la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Laudon c. Roberts*, 2009 ONCA 383, 66 C.C.L.T. (3d) 207, où elle a affirmé que [TRADUCTION] « l’existence d’une telle entente doit être révélée au tribunal et aux autres parties à l’instance dès sa conclusion » (par. 39). Le document affiché sur le site Web de l’ABCO ne révèle aucune discordance dans la jurisprudence, ni aucun motif de politique générale ou jurisprudentiel valable, qui ne ressorte pas manifestement des documents déjà déposés, démontrant que la demande soulève une question de droit d’importance pour le public. L’auteur s’interroge simplement sur le sens des mots [TRADUCTION] « communication immédiate » et sur la façon dont les ententes de type *Mary Carter* doivent être « communiquées [. . .] au tribunal ». J’estime que la notion de « communication immédiate » ne demande pas d’explication. Son application dans un cas donné dépendra des faits qui lui sont propres. Comme cela a été mentionné, dans le présent dossier, la demanderesse n’a jamais révélé l’existence de l’entente aux parties ou au tribunal *de son propre chef*. La Cour d’appel a décidé qu’un sursis d’instance était justifié dans les circonstances. La question procédurale de savoir comment une partie doit procéder pour communiquer une telle entente au tribunal (si elle décidait de la communiquer) ne soulève pas de question de droit d’importance pour le public qui devrait être tranchée par la Cour.

[6] Another posting on the CBAO website by a different author states “[t]he *Aecon* decision simply serves as a reminder that immediate disclosure is necessary as a matter of procedural fairness, such to allow the Court to properly control the judicial

[6] Dans un autre document affiché sur le site Web de l’ABCO, un auteur différent affirme : [TRADUCTION] « La décision dans l’affaire *Aecon* sert simplement à rappeler que la communication immédiate est nécessaire sur le plan de l’équité

process” (J. Caplan, “Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position”, *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, No. 3, April 2011 (online)). This too is of no help in resolving the s. 43 question before us.

[7] The remaining articles are similarly routine reports of the decision of the Court of Appeal. They generally fall into the “Notice to the Profession” category. Sometimes the author adds a tag line such as “[a]nyone contemplating entering into a partial settlement agreement of any kind should closely review this decision and ensure that immediate disclosure is contemplated and assured upon the completion of the agreement” (R. Squires, “Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed”, Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, Spring 2011 (online)). Nobody expresses any doubt that the rule stated by the Court of Appeal is consistent with its past authority, or suggests that the remedy for abuse of process was not, as a matter of law, available.

[8] Whether the rule itself raises a legal question of public importance is for the leave panel to decide. The material sought to be filed is of no additional assistance in this respect.

[9] Counsel for the respondent advises the Court that he takes no position on the motion to adduce fresh evidence, presumably because the fresh evidence is neither helpful nor prejudicial.

[10] I would deny the application to adduce fresh evidence on the leave application without costs.

procédurale, afin que le tribunal puisse gérer correctement le processus judiciaire » (J. Caplan, « Failure to Disclose Mary Carter-type Agreements Can Have Devastating Consequences — The Ontario Court of Appeal takes a Firm Position », *Construction Law Section Newsletter*, vol. 25, n° 3, avril 2011 (en ligne)). Ce document n’est, lui non plus, d’aucune utilité quant à la décision que nous devons rendre en vertu de l’art. 43.

[7] Les autres articles sont des comptes rendus ordinaires similaires de la décision de la Cour d’appel. Ils tombent en général dans la catégorie des « Avis à la communauté juridique ». L’auteur ajoute parfois un commentaire en guise de conclusion, par exemple : [TRADUCTION] « Quiconque envisage une entente de règlement partiel de quelque type que ce soit devrait examiner attentivement cette décision et prendre soin de prévoir et d’effectuer la communication immédiate de l’entente dès sa conclusion » (R. Squires, « Partial Settlement Agreements Must Be Immediately Disclosed », Borden Ladner Gervais, *Canadian Insurance Law Newsletter*, printemps 2011 (en ligne)). Personne ne met en doute la concordance de la règle énoncée par la Cour d’appel avec sa jurisprudence antérieure, ni ne prétend qu’il n’était pas possible, en droit, d’accorder une réparation pour abus de procédure.

[8] C’est à la formation de la Cour qui examinera la demande d’autorisation qu’il reviendra de trancher la question de savoir si la règle elle-même soulève une question de droit d’importance pour le public. Les documents que la demanderesse désire déposer ne sont d’aucun secours à cet égard.

[9] L’avocat de la défenderesse a avisé la Cour qu’il ne prend pas position concernant la requête en présentation de nouveaux éléments de preuve, sans doute parce que cette preuve n’est ni utile ni préjudiciable.

[10] Je suis d’avis de rejeter la requête en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve relativement à la demande d’autorisation d’appel, sans dépens.

Motion denied.

Solicitors for the applicant/applicant on motion: Fogler, Rubinoff, Toronto.

Solicitors for the respondent/respondent on motion: Advocates, London.

Requête rejetée.

Procureurs de la demanderesse/requérante à la requête : Fogler, Rubinoff, Toronto.

Procureurs de l'intimée/intimée à la requête : Advocates, London.