

**Donald J. Ritchie and Harold Marcus
Limited** *Appellants*

v.

**Stephanie Suzanne Walker, Gary Walker,
Rosemary Walker, Laura Walker,
Alyssa Walker and Christine Walker, an
infant by her litigation guardian, Gary
Walker** *Respondents*

INDEXED AS: WALKER v. RITCHIE

Neutral citation: 2006 SCC 45.

File No.: 31001.

2006: May 10; 2006: October 13.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel,
Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
ONTARIO

Civil procedure — Costs — Risk premiums — Plaintiffs' counsel carrying lengthy personal injury litigation without remuneration because plaintiffs lacked financial resources to pay — Defendants not admitting liability — Whether plaintiffs' costs award payable by unsuccessful defendants may be increased to take into account risk of non-payment to plaintiffs' counsel — Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49, 57.01(1).

In a personal injury suit concerning a motor vehicle accident, counsel for the impecunious plaintiffs carried the litigation in the face of the defendants' denial of liability through its four-year duration without remuneration. During the litigation, the plaintiffs had issued an offer to settle pursuant to Rule 49 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, but the defendants had rejected the offer. At trial, the defendants were found liable. As the plaintiffs' award exceeded their Rule 49 offer, they were entitled to partial indemnity costs for the litigation up to the date of service of the offer and substantial indemnity costs from that point onward. On the basis of the risk of non-payment to the plaintiffs' counsel and of the result achieved, the trial judge held it was appropriate to award a premium of \$192,600. The Ontario Court

**Donald J. Ritchie et Harold Marcus
Limited** *Appellants*

c.

**Stephanie Suzanne Walker, Gary Walker,
Rosemary Walker, Laura Walker, Alyssa
Walker et Christine Walker, une mineure
représentée par son tuteur à l'instance, Gary
Walker** *Intimés*

RÉPERTORIÉ : WALKER c. RITCHIE

Référence neutre : 2006 CSC 45.

N° du greffe : 31001.

2006 : 10 mai; 2006 : 13 octobre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

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

Procédure civile — Dépens — Primes de risque — Avocat ayant représenté les demandeurs dans une longue action en dommages-intérêts pour préjudice corporel sans être rémunéré en raison de l'impecuniosité de ses clients — Dénégation de responsabilité par les défendeurs — Les dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé peuvent-ils être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs? — Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49, 57.01(1).

Dans une action pour préjudice corporel intentée par suite d'un accident d'automobile, l'avocat des demandeurs impecunieux s'est occupé de leur dossier sans rémunération pendant les quatre années qu'a duré le litige, et ce, malgré le fait que les défendeurs niaient toute responsabilité. Au cours de l'instance, les demandeurs ont présenté une offre de transaction sous le régime de la règle 49 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, mais les défendeurs ont rejeté cette offre. À l'issue du procès, le tribunal a conclu à la responsabilité des défendeurs. Comme la somme accordée aux demandeurs excédait le montant de l'offre de transaction fondée sur la règle 49, ces derniers avaient droit à des dépens d'indemnisation partielle jusqu'à la date de la signification de l'offre et à des dépens d'indemnisation

of Appeal upheld the risk premium awarded by the trial judge. The propriety of a risk premium between a lawyer and client is not challenged in this appeal. At issue is whether the plaintiffs' costs award, payable by the unsuccessful defendants, should be increased to take into account the risk of non-payment to the plaintiffs' counsel.

Held: The appeal should be allowed.

The risk premium should be set aside. The risk of non-payment to the plaintiffs' lawyer was not a relevant factor under the costs scheme in Rule 57.01(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure* at the time costs were fixed in this case. [42]

Rule 57.01(1) guides a court's determination of the quantum of a costs award. While indemnification is one of the cornerstones of a costs award, the scheme in place at the relevant time was not one of full indemnity. Rather, the quantum a party would receive as an indemnity was governed by the factors set out in Rule 57.01(1) and the Tariff. Risk of non-payment to plaintiff's counsel is not an enumerated factor under that rule. While the words "any other matter relevant to the question of costs" in clause (i) of Rule 57.01(1) are broad, they are not unlimited. An examination of the factors that were expressly included in clauses (a) to (h) reveals some common features among them and provides guidance as to matters that might be considered relevant in clause (i). In that context, the application of the limited class rule would suggest that the framers of clause (i) did not intend it to include the risk of non-payment to plaintiff's counsel as a relevant factor to consider. Unsuccessful defendants should expect to pay similar amounts by way of costs across similar pieces of litigation involving similar conduct and counsel, regardless of what arrangements the particular plaintiff may have concluded with counsel, since a defendant has no knowledge of these private arrangements and thus has no means of measuring the risk of engaging in litigation. There is no basis for a difference in approach under Rule 49 to the issue of a risk premium as between an award of partial or substantial indemnity costs. Lastly, requiring unsuccessful defendants to pay a premium to the plaintiffs in personal injury cases is not compelled on the theory of promoting access to justice. The opportunity for counsel to charge his or her own client a risk premium, or now a contingency

substantielle à compter de cette date. Compte tenu du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs et du résultat obtenu, le juge a estimé qu'il convenait d'accorder une prime de 192 600 \$. La Cour d'appel de l'Ontario a maintenu la prime de risque accordée par le juge de première instance. Le bien-fondé des primes de risque demandées par les avocats à leurs clients n'est pas remis en cause dans le présent pourvoi. Il s'agit plutôt de décider si les dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé doivent être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des premiers.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La prime de risque est annulée. Le risque de non-paiement qu'a couru l'avocat des demandeurs ne constituait pas un facteur pertinent pour l'application de la règle 57.01(1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario au moment où les dépens ont été adjugés en l'espèce. [42]

La règle 57.01(1) guide le tribunal dans la détermination du montant des dépens. Bien que l'indemnisation constitue l'un des principes fondamentaux de l'adjudication des dépens, les règles applicables à l'époque pertinente ne prévoyaient pas l'indemnisation intégrale. La somme accordée à une partie à titre d'indemnité était plutôt établie en fonction des facteurs énumérés à la règle 57.01(1) et au tarif. Le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur n'est pas un facteur énuméré à cette règle. Bien que les mots « autres facteurs pertinents à la question des dépens » à l'al. i) de la règle 57.01(1) aient une large portée, cette portée n'est pas illimitée. L'examen des facteurs expressément prévus par les al. a) à h) révèle qu'ils possèdent des caractéristiques communes et donne des indications sur les éléments qui peuvent être considérés comme pertinents au sens de l'al. i). Dans ce contexte, l'application de la règle des choses de même ordre tend à indiquer qu'il n'entrait pas dans l'intention des rédacteurs de l'al. i) d'inclure le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur ayant gain de cause dans les facteurs pertinents à considérer. Les défendeurs qui succombent doivent pouvoir supposer qu'ils seront condamnés, au titre des dépens, à des sommes similaires à celles accordées dans des litiges analogues montrant des similarités relativement à la conduite des parties et aux avocats en présence, et ce, quels que soient les arrangements conclus par les demandeurs concernés et leurs avocats, étant donné qu'un défendeur n'est pas au fait des ententes privées qu'ont conclues le demandeur et son avocat et n'est donc pas en mesure d'évaluer le risque qu'il court en s'engageant dans l'instance. Pour l'application

fee, encourages competent counsel to take on the cases of impecunious clients. [24] [28] [30] [40]

Cases Cited

Applied: *Finlayson v. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271; **considered:** *City of Burlington v. Dague*, 505 U.S. 557 (1992); **referred to:** *Lurtz v. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257; *Stribbell v. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748; *Desmoulin (Committee of) v. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131(1).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 49, 49.10(1), (2), 57.01(1), (3).
Solicitors Act, R.S.O. 1990, c. S.15 [am. 2002, c. 24, Sch. A].

Authors Cited

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Catzman, Gillese and Lang J.J.A.) (2005), 197 O.A.C. 81, 25 C.C.L.I. (4th) 60, 31 C.C.L.T. (3d) 205, 12 C.P.C. (6th) 51, [2005] O.J. No. 1600 (QL), reversing in part a decision of Brockenshire J. (2004), 2 C.P.C. (6th) 163, [2004] O.J. No. 787 (QL). Appeal allowed.

Earl A. Cherniak, Q.C., and *Andra L. Maxwell-Baker*, for the appellants.

Ronald G. Slaght, Q.C., and *Rebecca Jones*, for the respondents.

de la règle 49, rien ne justifie de traiter différemment la prime de risque selon qu'il s'agit de dépens d'indemnisation partielle ou de dépens d'indemnisation substantielle. Enfin, la promotion de l'accès à la justice n'exige pas que le défendeur qui succombe ait à verser une prime au demandeur dans une action pour préjudice corporel. La possibilité qu'ont les avocats de demander une prime de risque ou, maintenant, des honoraires conditionnels à leurs clients encourage les avocats chevronnés à représenter des clients impecunieux. [24] [28] [30] [40]

Jurisprudence

Arrêt appliqué : *Finlayson c. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271; **arrêt examiné :** *City of Burlington c. Dague*, 505 U.S. 557 (1992); **arrêts mentionnés :** *Lurtz c. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257; *Stribbell c. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748; *Desmoulin (Committee of) c. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6.
Loi sur les procureurs, L.R.O. 1990, ch. S.15 [mod. 2002, ch. 24, ann. A].
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131(1).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 49, 49.10(1), (2), 57.01(1), (3).

Doctrine citée

Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 2002.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Catzman, Gillese et Lang) (2005), 197 O.A.C. 81, 25 C.C.L.I. (4th) 60, 31 C.C.L.T. (3d) 205, 12 C.P.C. (6th) 51, [2005] O.J. No. 1600 (QL), qui a infirmé en partie une décision du juge Brockenshire (2004), 2 C.P.C. (6th) 163, [2004] O.J. No. 787 (QL). Pourvoi accueilli.

Earl A. Cherniak, c.r., et *Andra L. Maxwell-Baker*, pour les appelants.

Ronald G. Slaght, c.r., et *Rebecca Jones*, pour les intimés.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

I. Introduction

This appeal involves the appropriateness of an increase to a costs award, payable by the unsuccessful defendants to the plaintiffs, on the basis that counsel for the impecunious plaintiffs carried the risk of non-payment through the course of the litigation. This Court is asked to determine whether this risk was a relevant consideration within the costs scheme in place in Ontario at the time costs were fixed in this case. I conclude that it was not.

Le présent appel concerne le bien-fondé de la majoration des dépens payables aux demandeurs par les défendeurs ayant succombé pour tenir compte du risque de non-paiement qu'a couru, pendant toute la durée du litige, l'avocat des premiers, lesquels étaient impécunieux, sans ressources. La Cour est appelée à décider si ce risque constituait un facteur pertinent pour l'application des règles qui régissaient l'adjudication des dépens en Ontario au moment où ceux-ci ont été adjugés en l'espèce. Je conclus qu'il ne s'agissait pas d'un facteur pertinent.

II. Facts

II. Les faits

Stephanie Walker suffered serious personal injuries as a result of a motor vehicle accident. Ms. Walker and her family (the “plaintiffs”) initiated litigation against Donald Ritchie, a truck driver, and his employer, Harold Marcus Limited (the “defendants”). The defendants denied liability throughout the course of the litigation and did not admit facts. The matter took four years to proceed to trial and involved issues the trial judge described as complex. During the litigation, the plaintiffs issued an offer to settle pursuant to Rule 49 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. The defendants rejected this offer.

Stephanie Walker a subi des blessures graves par suite d'un accident d'automobile. Madame Walker et sa famille (les « demandeurs ») ont poursuivi Donald Ritchie, un camionneur, ainsi que son employeur, Harold Marcus Limited (les « défendeurs »). Ces derniers ont nié leur responsabilité pendant toute la durée du litige et n'ont pas admis les faits. L'affaire a mis quatre ans avant d'être instruite et soulevait des questions que le juge du procès a qualifiées de complexes. Au cours de l'instance, les demandeurs ont présenté une offre de transaction sous le régime de la règle 49 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194. Les défendeurs ont rejeté cette offre.

At trial, the defendants were found 100 percent liable for the accident. Brockenshire J. awarded the plaintiffs \$5,168,317 in damages, inclusive of pre-judgment interest. As the plaintiffs' award exceeded their Rule 49 offer, the plaintiffs were entitled under Rule 49 to partial indemnity costs for the litigation up to the date of service of the offer and substantial indemnity costs from that point onward.

À l'issue du procès, le tribunal a conclu à l'entière responsabilité des défendeurs. Le juge Brockenshire a accordé aux demandeurs des dommages-intérêts de 5 168 317 \$, incluant l'intérêt avant jugement. Comme cette somme excédait le montant de l'offre de transaction faite par les demandeurs sous le régime de la règle 49, ces derniers avaient droit, en vertu de cette règle, à des dépens d'indemnisation partielle jusqu'à la date de la signification de l'offre et à des dépens d'indemnisation substantielle à compter de cette date.

1

2

3

III. Decisions Below

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2004), 2 C.P.C. (6th) 163

4 Brockenshire J. awarded \$577,879.69 to the plaintiffs for fees and disbursements, inclusive of G.S.T. He did so after reviewing the bill of costs submitted by the plaintiffs, which included claims for disbursements and fees for each step in the litigation.

5 Brockenshire J. noted that a “huge amount of time went into this file” (para. 13). Nevertheless, he found that most of the hours claimed by the plaintiffs’ counsel in the bill of costs were reasonable. This determination was based primarily upon the complexity of the proceedings and the fact that the plaintiffs were put to their proof on every issue because of the defendants’ refusal to admit facts. Moreover, Brockenshire J. held that it was appropriate for the hourly rate for the plaintiffs’ primary counsel to be set at the highest level on both the partial indemnity and the substantial indemnity scales under the Tariff. As Brockenshire J. stated: “the top rate is for the most experienced lawyer in the most complex and important cases” (para. 18).

6 In addition, Brockenshire J. also ordered the defendants to pay a premium of \$192,600, inclusive of G.S.T. He found that counsel for the plaintiffs had carried the litigation for four years without remuneration because the plaintiffs could not afford it. Liability was not admitted, and as such, plaintiffs’ counsel faced the risk of non-payment. On the basis of this risk and the result achieved, Brockenshire J. held it was appropriate to award the premium.

B. *Ontario Court of Appeal* (2005), 12 C.P.C. (6th) 51

7 Gillese and Lang J.J.A., for a unanimous panel, upheld the risk premium of \$192,600 awarded by Brockenshire J. A premium payable by defendants

III. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l’Ontario* (2004), 2 C.P.C. (6th) 163

Après examen du mémoire de dépens soumis par les demandeurs, lequel comprenait des demandes d’honoraires et de débours pour chaque étape de l’instance, le juge Brockenshire a adjugé à ces derniers des dépens de 577 879,69 \$, incluant la TPS, au titre des honoraires et des débours.

Bien que le juge Brockenshire ait signalé qu’un [TRADUCTION] « temps considérable avait été consacré à ce dossier » (par. 13), il a néanmoins estimé que les heures déclarées par l’avocat des demandeurs dans le mémoire de dépens étaient pour l’essentiel raisonnables. Cette conclusion reposait principalement sur le fait que l’instance avait été complexe et que le refus des défendeurs d’admettre les faits avait obligé les demandeurs à prouver chacune de leurs allégations. De plus, le juge Brockenshire a conclu qu’il y avait lieu, dans le cas de l’avocat principal, d’appliquer le taux horaire le plus élevé prévu par le tarif, tant pour les dépens d’indemnisation partielle que pour les dépens d’indemnisation substantielle, car, d’affirmer le juge, [TRADUCTION] « le tarif maximal s’applique aux avocats les plus expérimentés, dans les affaires les plus complexes et les plus importantes » (par. 18).

Le juge Brockenshire a également ordonné aux défendeurs de payer une prime de 192 600 \$ incluant la TPS, parce que l’avocat des demandeurs avait occupé dans ce dossier pendant quatre ans sans être payé, en raison de l’impécuniosité des demandeurs, et que, comme les défendeurs n’avaient pas reconnu leur responsabilité, il avait couru le risque de ne toucher aucune rémunération. Compte tenu de ce risque et du résultat obtenu, le juge a estimé qu’il convenait d’accorder la prime.

B. *Cour d’appel de l’Ontario* (2005), 12 C.P.C. (6th) 51

Rendant l’arrêt unanime de la Cour d’appel, les juges Gillese et Lang ont confirmé la prime de risque de 192 600 \$ accordée par le juge

had been upheld by the Ontario Court of Appeal previously, where the defendant was required to pay substantial indemnity costs: *Lurtz v. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119. Gillese and Lang J.J.A. held that a risk premium can be awarded against a defendant where the plaintiff is entitled to substantial indemnity costs under Rule 49, but rejected the argument that premiums are available when the plaintiff is only entitled to partial indemnity costs.

Gillese and Lang J.J.A. emphasized that risk premiums should rarely be awarded. The imposition of such a premium can only be justified where there is both risk of non-payment and an “outstanding result”.

They defined risk as having the following features: (1) the plaintiff lacked the financial resources to fund lengthy and complex litigation; (2) plaintiff’s counsel financed the litigation; (3) the defendant contested liability; and (4) plaintiff’s counsel assumed the risk not only of delayed but possible non-payment of fees.

IV. Analysis

A. *Development of Risk Premiums as Between Plaintiff and Plaintiff’s Counsel*

While this case does not concern fee arrangements between solicitor and client, it is first necessary to provide some background about these arrangements before turning to the question of whether a risk premium should be payable by an unsuccessful defendant.

As between solicitor and client, fees for litigation may be payable without regard to the outcome of the case or may be contingent on the result obtained. A contingency fee arrangement is typically used by plaintiff’s counsel where there is the prospect of receiving a damages award. If the

Brockenshire. La Cour d’appel de l’Ontario avait déjà maintenu le paiement d’une telle prime par un défendeur condamné à des dépens d’indemnisation substantielle : *Lurtz c. Duchesne* (2005), 194 O.A.C. 119. Les juges Gillese et Lang ont statué qu’un défendeur peut être condamné à payer une prime de risque dans les cas où le demandeur a droit à des dépens d’indemnisation substantielle en vertu de la règle 49, mais ils ont écarté l’argument selon lequel une telle prime peut être octroyée lorsque le demandeur n’a droit qu’à des dépens d’indemnisation partielle.

Les juges Gillese et Lang de la Cour d’appel ont souligné que des primes de risque ne doivent être accordées que rarement. Une condamnation à une telle prime ne saurait être justifiée que dans les cas où il y a à la fois risque de non-paiement et [TRADUCTION] « résultat exceptionnel ».

Ils ont décrit ainsi les caractéristiques que doit présenter le risque de non-paiement : (1) le demandeur n’avait pas les ressources financières pour engager une instance longue et complexe; (2) l’avocat du demandeur a financé la poursuite; (3) le défendeur a nié sa responsabilité; (4) l’avocat du demandeur a assumé non seulement le risque que le versement de ses honoraires soit reporté mais également le risque de ne pas être payé du tout.

IV. Analyse

A. *Développement des primes de risque dans les rapports entre les demandeurs et leurs avocats*

Bien que la présente affaire ne concerne pas les conventions d’honoraires entre les avocats et leurs clients, certaines précisions sont quand même nécessaires à cet égard avant d’aborder la question de savoir si un défendeur dont la responsabilité a été retenue devrait payer une prime de risque.

Les honoraires que le client doit verser à son avocat peuvent être établis soit indépendamment de l’issue de l’affaire, soit en fonction du résultat obtenu. Les conventions d’honoraires conditionnels entre avocats et clients se rencontrent généralement lorsque le client est demandeur dans une affaire

8

9

10

11

plaintiff's case is lost, the lawyer receives no payment. If the plaintiff's case is won, the lawyer receives a pre-determined percentage of the damages award or a fixed fee. Thus, where counsel expends time and incurs disbursements on behalf of a client, that lawyer assumes the risk of non-payment for those services and disbursements should the litigation prove unsuccessful. To compensate for this risk, a contingency fee will typically be higher than that which would have been payable had counsel billed the client irrespective of the outcome.

12 Prior to 2002, and at the time applicable to this case, contingency fee arrangements were barred in Ontario. Contingency fee arrangements had been seen as violating the rule against champerty, as it was considered undesirable for lawyers to have a pecuniary interest in the outcome of their clients' litigation. As a means of promoting access to justice, contingency fee arrangements are now permitted in Ontario, but are regulated by the *Solicitors Act*, R.S.O. 1990, c. S.15 (as amended by S.O. 2002, c. 24, Sch. A). See also *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257 (C.A.).

13 Even before the introduction of contingency fee arrangements, lawyers still represented impecunious plaintiffs. Given the plaintiff's impecuniosity, efforts to enforce a debt for fees and disbursements against the plaintiff might prove fruitless. However, where the plaintiff successfully received a damage award, he/she would now have the means to pay counsel. In *Stribbell v. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748 (H.C.J.), Osborne J. (as he then was) held it was not champertous for an impecunious plaintiff to pay his counsel fees out of his damage award. In his view, such a payment by the plaintiff was necessary to ensure access to justice and to ensure that deserving actions be prosecuted by competent counsel.

pouvant donner lieu à l'attribution de dommages-intérêts. Si le demandeur est débouté de son action, l'avocat ne touche pas d'honoraires, mais si celle-ci est accueillie, il reçoit un pourcentage préétabli des dommages-intérêts accordés ou des honoraires déterminés. En conséquence, l'avocat qui consacre du temps et engage des frais pour le compte de son client risque de n'être ni payé pour ses services ni remboursé pour ses dépenses si le client n'a pas gain de cause. Pour compenser ce risque, les honoraires conditionnels sont généralement plus élevés que ceux qui seraient payables par le client si l'avocat facturait ses services sans égard à l'issue de l'affaire.

Avant 2002, et à l'époque visée en l'espèce, les conventions d'honoraires conditionnels étaient interdites en Ontario. On considérait en effet qu'elles contrevenaient à la règle prohibant les pactes d'honoraires d'avocats, établie parce qu'il ne paraissait pas souhaitable qu'un avocat ait un intérêt pécuniaire dans l'issue de l'instance de son client. Dans le but de favoriser l'accès à la justice, les conventions d'honoraires conditionnels sont désormais permises en Ontario, mais elles sont réglementées par la *Loi sur les procureurs*, L.R.O. 1990, ch. S.15 (modifiée par L.O. 2002, ch. 24, ann. A). Voir également *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 61 O.R. (3d) 257 (C.A.).

Même avant l'introduction des conventions d'honoraires conditionnels, il arrivait quand même que des avocats représentent des demandeurs impécunieux. Toutefois, l'impécuniosité de ces clients pouvait rendre futile tout effort de recouvrement de la créance pour honoraires et débours. Par ailleurs, lorsque des dommages-intérêts étaient accordés, le client avait alors les moyens de rémunérer son avocat. Dans *Stribbell c. Bhalla* (1990), 73 O.R. (2d) 748 (H.C.J.), le juge Osborne (plus tard juge en chef adjoint de l'Ontario) a statué qu'un demandeur impécunieux qui payait les honoraires de son avocat sur les dommages-intérêts que lui avait accordés le tribunal ne concluait pas de pacte illécite. Selon lui, ce mode de rémunération s'imposait pour que la justice soit accessible et pour que des actions méritant d'être instruites soient menées par des avocats compétents.

In *Desmoulin (Committee of) v. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217 (C.A.), Austin J.A. upheld a risk premium payable by a plaintiff to his counsel out of his award of damages. The plaintiff was impecunious. Counsel pursued the lengthy personal injury litigation without being paid and obtained a large judgment in favour of the plaintiff. After the successful conclusion of the trial, plaintiff's counsel rendered a bill to the client, a portion of which represented an amount over and above counsel's hourly rate. This premium was added by counsel to take into account the risk of non-payment borne by counsel. Austin J.A. held that the premium was justified as the taking on of litigation on behalf of impecunious plaintiffs should be encouraged in appropriate ways. The plaintiff did not qualify for legal aid but could not otherwise fund the litigation, as contingency fee agreements were not permitted in Ontario at the time. Austin J.A. emphasized that premiums should only be assessed where there "was a very real risk of an adverse finding on the issue of liability": *Desmoulin*, at p. 223.

As indicated, when counsel took on the plaintiffs' claims in this case, contingency arrangements were not permitted. The trial judge found plaintiffs' counsel carried the litigation, in the face of the defendants' denial of liability, through its four-year duration with no remuneration due to the impecuniosity of the plaintiffs. According to *Desmoulin*, it appears plaintiffs' counsel may have been entitled to charge the plaintiffs a risk premium.

The propriety of a risk premium between lawyer and client is not challenged in this appeal. At issue is whether the plaintiffs' costs award, payable by the unsuccessful defendants, should be increased to take into account the risk of non-payment to the plaintiffs' counsel.

Dans *Desmoulin (Committee of) c. Blair* (1994), 21 O.R. (3d) 217 (C.A.), le juge Austin a maintenu la prime de risque payable par le demandeur sur les dommages-intérêts obtenus par celui-ci. Ce demandeur était impécunieux. Son avocat, qui l'avait représenté sans être payé dans une longue action en dommages-intérêts pour préjudice corporel, avait obtenu une somme substantielle pour son client, à la suite de quoi il lui avait présenté une note d'honoraires comportant une somme excédant son tarif horaire. L'avocat avait ajouté cette prime pour tenir compte du risque de non-paiement qu'il avait couru. Le juge Austin a conclu que la prime était justifiée, car il convenait d'encourager les avocats, par des moyens appropriés, à représenter des demandeurs démunis. Dans cette affaire, bien qu'inadmissible à l'aide juridique, le demandeur n'aurait par ailleurs pas pu financer autrement le litige, puisque les conventions d'honoraires conditionnels étaient alors interdites en Ontario. Le juge a souligné que les primes ne devaient être imposées que dans le cas où il [TRADUCTION] « existait un risque très réel de décision défavorable sur la question de la responsabilité » : *Desmoulin*, p. 223.

Comme il a été mentionné, les conventions d'honoraires conditionnels n'étaient pas permises lorsque l'avocat des demandeurs a accepté de représenter ceux-ci en l'espèce. Le juge de première instance a estimé que, malgré le fait que les défendeurs n'aient toute responsabilité, l'avocat des demandeurs s'était occupé de leur dossier pendant les quatre années qu'a duré le litige, et ce, sans rémunération vu l'impécuniosité de ses clients. Suivant l'arrêt *Desmoulin*, il semble que l'avocat des demandeurs puisse avoir eu droit d'exiger de ceux-ci le paiement d'une prime de risque.

Le bien-fondé des primes de risque demandées par les avocats à leurs clients n'est pas remis en cause dans le présent pourvoi. Il s'agit plutôt de décider si les dépens payables par les défendeurs ayant succombé doivent être majorés pour tenir compte du risque de non-paiement couru par l'avocat des demandeurs.

14

15

16

B. *Ontario Costs Scheme at the Relevant Time*

17 Costs awards made by trial judges should be accorded a high degree of deference: *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, [2003] 3 S.C.R. 371, 2003 SCC 71, at paras. 42-43; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 S.C.R. 303, 2004 SCC 9, at para. 27. However, as LeBel J. stated in *Okanagan Indian Band*, at para. 43: “An appellate court may and should intervene where it finds that the trial judge has misdirected himself as to the applicable law”. In this case, the Court must look to the law governing costs in Ontario.

18 Ontario courts have discretion over costs; however, that discretion is not unlimited. Section 131(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, provides:

131.—(1) Subject to the provisions of an Act or rules of court, the costs of and incidental to a proceeding or a step in a proceeding are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid.

19 Thus, the determination of whether risk of non-payment to plaintiff’s counsel was an appropriate consideration requires an examination of the relevant Ontario legislative scheme governing the fixation of costs, which is contained in the *Rules of Civil Procedure*.

20 Rule 57.01(1) sets out the factors a court is to consider when exercising its discretion over costs. At the time costs were fixed in this case, Rule 57.01(1) read:

57.01 (1) In exercising its discretion under section 131 of the *Courts of Justice Act* to award costs, the court may consider, in addition to the result in the proceeding and any offer to settle or to contribute made in writing,

B. *Les règles relatives aux dépens en Ontario pendant la période pertinente*

Les décisions des juges de première instance concernant les dépens appellent un degré élevé de déférence (*Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371, 2003 CSC 71, par. 42-43; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, [2004] 1 R.C.S. 303, 2004 CSC 9, par. 27). Toutefois, comme l’a déclaré le juge LeBel au par. 43 de l’arrêt *Bande indienne Okanagan* : « Une cour d’appel peut et doit intervenir lorsqu’elle estime que le juge de première instance s’est fondé sur des considérations erronées en ce qui concerne le droit applicable ». En l’espèce, la Cour doit examiner le droit applicable en matière de dépens en Ontario.

Les tribunaux ontariens possèdent, en matière de dépens, un pouvoir discrétionnaire, mais ce pouvoir n’est toutefois pas absolu. Le paragraphe 131(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, prévoit ce qui suit :

131 (1) Sous réserve des dispositions d’une loi ou des règles de pratique, les dépens de l’instance ou d’une mesure prise dans le cadre de celle-ci, et qui sont accessibles à l’instance ou à la mesure, ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

En conséquence, pour décider si le risque de non-paiement qu’a couru l’avocat des demandeurs pouvait à bon droit être pris en considération, il faut examiner les principes régissant l’établissement des dépens, lesquels sont énoncés dans les *Règles de procédure civile* de l’Ontario.

Les facteurs que le tribunal peut prendre en considération dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens sont énumérés à la règle 57.01(1), qui était rédigée ainsi à la date où les dépens ont été adjugés en l’espèce :

57.01 (1) Dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens que lui confère l’article 131 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, le tribunal peut prendre en considération, outre le résultat de l’instance et l’offre de transaction ou de contribution présentée par écrit :

- | | |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> (a) the amount claimed and the amount recovered in the proceeding; (b) the apportionment of liability; (c) the complexity of the proceeding; (d) the importance of the issues; (e) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding; (f) whether any step in the proceeding was, <ul style="list-style-type: none"> (i) improper, vexatious or unnecessary, or (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution; (g) a party's denial of or refusal to admit anything that should have been admitted; (h) whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party, <ul style="list-style-type: none"> (i) commenced separate proceedings for claims that should have been made in one proceeding, or (ii) in defending a proceeding separated unnecessarily from another party in the same interest or defended by a different solicitor; and (i) <u>any other matter relevant to the question of costs.</u> | <ul style="list-style-type: none"> a) le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu; b) le partage de la responsabilité; c) le degré de complexité de l'instance; d) l'importance des questions en litige; e) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abrégé ou de prolonger inutilement la durée de l'instance; f) une mesure prise dans l'instance qui : <ul style="list-style-type: none"> (i) était irrégulière, vexatoire ou inutile, (ii) l'a été par négligence, erreur ou prudence excessive; g) la dénégation, par une partie, d'un fait qui aurait dû être reconnu ou son refus de reconnaître un tel fait; h) l'opportunité de condamner aux dépens d'une ou de plusieurs instances, si une partie : <ul style="list-style-type: none"> (i) a introduit des instances distinctes relativement à des demandes qui auraient dû être jointes dans une seule instance, (ii) a séparé inutilement sa défense de celle d'une autre partie ayant le même intérêt ou s'est fait représenter par un procureur distinct; i) <u>les autres facteurs pertinents à la question des dépens.</u> |
|---|--|

Rule 57.01(1) guides a court's determination of the quantum of a costs award. While indemnification is and always has been one of the cornerstones of a costs award, the scheme in place at the time costs were fixed in this case was not one of full indemnity. An entitled party did not simply send its lawyer's bill to the other side. Rather, the quantum a party would receive as an indemnity was governed by the factors set out in Rule 57.01(1) and the Tariff. Rule 57.01(3) provided: "When the court awards costs, it shall fix them in accordance with subrule (1) and the Tariffs."

At the time costs were fixed in this case, the fee portion of the Tariff consisted of a costs grid with

La règle 57.01(1) guide le tribunal dans la détermination du montant des dépens. Bien que l'indemnisation constitue depuis toujours l'un des principes fondamentaux de l'adjudication des dépens, les règles applicables à l'époque pertinente ne prévoyaient pas l'indemnisation intégrale. La partie ayant droit aux dépens ne pouvait pas simplement se contenter d'envoyer le compte d'honoraires et de débours de son avocat à l'autre partie. La somme qu'elle recevait à titre d'indemnité était plutôt établie en fonction des facteurs énumérés à la règle 57.01(1) et au tarif. La règle 57.01(3) était ainsi libellée : « Lorsque le tribunal adjuge les dépens, il fixe ceux-ci conformément au paragraphe (1) et aux tarifs. »

À la date où les dépens ont été fixés en l'es-
pèce, la section du tarif se rapportant aux

two scales: “partial indemnity” and “substantial indemnity”. Each scale set hourly or daily maximums for various steps in the litigation process taking into consideration the experience and expertise of counsel.

23

Where a plaintiff makes an offer under Rule 49 and the plaintiff obtains a judgment as favourable or more favourable than that offer, the plaintiff is entitled to costs on the partial indemnity scale up to the point of offer and on the substantial indemnity scale from the point of offer onward unless the court orders otherwise. In this way, Rule 49 acts as a settlement incentive for a defendant to accept a reasonable offer. This settlement incentive under Rule 49, however, works both ways. If a defendant makes an offer to settle and the plaintiff obtains a judgment as favourable or less favourable than the offer, the plaintiff is entitled to costs on the partial indemnity scale up to the date of the service of the offer, but the unsuccessful defendant is entitled to costs on the partial indemnity scale from the point of offer onward unless the court orders otherwise. Rules 49.10(1) and 49.10(2) provide:

49.10 (1) Where an offer to settle,

- (a) is made by a plaintiff at least seven days before the commencement of the hearing;
- (b) is not withdrawn and does not expire before the commencement of the hearing; and
- (c) is not accepted by the defendant,

and the plaintiff obtains a judgment as favourable as or more favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled to partial indemnity costs to the date the offer to settle was served and substantial indemnity costs from that date, unless the court orders otherwise.

(2) Where an offer to settle,

- (a) is made by a defendant at least seven days before the commencement of the hearing;
- (b) is not withdrawn and does not expire before the commencement of the hearing; and

honoraires comportait une grille de dépens composée de deux barèmes : le « barème d’indemnisation partielle » et le « barème d’indemnisation substantielle ». Chaque barème établissait les taux horaires ou quotidiens maximaux applicables aux diverses étapes d’une instance, en fonction de l’expérience et de l’expertise de l’avocat.

Suivant la règle 49, lorsque le demandeur qui a présenté une offre de transaction obtient un jugement aussi favorable, ou plus favorable, que cette offre, il a droit aux dépens d’indemnisation partielle jusqu’à la date de l’offre et aux dépens d’indemnisation substantielle à compter de cette date, sauf ordonnance contraire du tribunal. La règle 49 agit ainsi comme une mesure propre à inciter le défendeur à transiger lorsqu’une offre raisonnable lui est présentée. Toutefois, cet incitatif joue dans les deux sens. Si un défendeur présente une offre de transaction et que le demandeur obtient un jugement aussi favorable, ou moins favorable que l’offre en question, le demandeur a droit aux dépens d’indemnisation partielle jusqu’à la date de signification de l’offre, mais le défendeur ayant succombé a droit aux dépens d’indemnisation partielle à compter de la date de l’offre, sauf ordonnance contraire du tribunal. Voici le texte des par. (1) et (2) de la règle 49.10 :

49.10 (1) Si une offre de transaction :

- a) est présentée par un demandeur au moins sept jours avant le début de l’audience;
- b) n’est pas retirée et n’expire pas avant le début de l’audience;
- c) n’est pas acceptée par le défendeur,

et que le demandeur obtient un jugement aussi favorable, ou plus favorable, que les conditions de l’offre, il a droit aux dépens d’indemnisation partielle à la date de la signification de l’offre et aux dépens d’indemnisation substantielle à compter de cette date, sauf ordonnance contraire du tribunal.

(2) Si une offre de transaction :

- a) est présentée par un défendeur au moins sept jours avant le début de l’audience;
- b) n’est pas retirée et n’expire pas avant le début de l’audience;

(c) is not accepted by the plaintiff,

and the plaintiff obtains a judgment as favourable as or less favourable than the terms of the offer to settle, the plaintiff is entitled to partial indemnity costs to the date the offer was served and the defendant is entitled to partial indemnity costs from that date, unless the court orders otherwise.

C. Does Risk of Non-Payment to Plaintiffs' Counsel Fall Within Rule 57.01(1)(i)?

Risk of non-payment to plaintiffs' counsel is not an enumerated factor under Rule 57.01(1). Can it be said that such risk falls within clause (i) as "any other matter relevant to the question of costs"? While these words are broad, from the scheme of Rule 57.01(1) I infer they are not unlimited. If the court's discretion to consider costs was unlimited, there would have been no need for clauses (a) to (h). On the contrary, I think the enumerated considerations in clauses (a) to (h) provide guidance as to matters that might be considered relevant in clause (i).

Indeed, the Latin maxim *ejusdem generis*, or the limited class rule, is helpful in determining legislative intent when a court is faced with a list of items followed by a general term. As R. Sullivan explains in *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4th ed. 2002), at pp. 175-77, the scope of the general term may be limited to any genus or class to which the specific items all belong. An examination of the factors that were expressly included at the time the costs award was fixed in this case reveals some common features among them.

First, the factors in place at the relevant time could be described as neutral. They applied to either a plaintiff or a defendant and typically either increased or decreased a costs award against one of those parties. Risk of non-payment to plaintiff's counsel lacks such neutrality. Taking risk

c) n'est pas acceptée par le demandeur,

et que le demandeur obtient un jugement aussi favorable, ou moins favorable, que les conditions de l'offre, le demandeur a droit aux dépens d'indemnisation partielle à la date de la signification de l'offre et le défendeur a droit aux dépens d'indemnisation partielle à compter de cette date, sauf ordonnance contraire du tribunal.

C. Le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur est-il un facteur visé la règle 57.01(1)(i)?

Le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur n'est pas un facteur énuméré à la règle 57.01(1). Peut-on considérer qu'il s'agit néanmoins d'un « autr[e] facteu[r] pertin[en]t à la question des dépens » au sens de l'al. i)? Bien que ces mots aient une large portée, je conclus du régime établi par la règle 57.01(1) que cette portée n'est pas illimitée. Si le tribunal jouissait d'un pouvoir discrétionnaire illimité en matière d'adjudication de dépens, il n'aurait pas été nécessaire d'édicter les al. a) à h). Je pense plutôt que les facteurs énumérés à ces alinéas donnent des indications sur les éléments qui peuvent être considérés comme pertinents au sens de l'al. i).

En effet, la maxime latine *ejusdem generis* ou règle des choses de même ordre constitue un outil utile lorsqu'un tribunal doit dégager l'intention du législateur dans le cas d'une énumération complétée par un terme générique. Comme l'explique R. Sullivan de *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes* (4^e éd. 2002), p. 175-177, le genre ou la catégorie des termes de l'énumération peuvent restreindre la portée du terme générique. En l'espèce, il ressort de l'examen des facteurs expressément prévus par la disposition applicable au moment de l'adjudication des dépens que ces facteurs possédaient des caractéristiques communes.

Premièrement, les facteurs alors applicables peuvent être décrits comme neutres. Ils s'appliquaient indifféremment au demandeur ou au défendeur et ils avaient généralement pour effet de hausser ou de réduire le montant des dépens que l'une des parties était condamnée à payer. Le risque de

24

25

26

into consideration would result in an increase in the costs awarded only against the defendant.

27

Second, the enumerated factors in place at the relevant time fell within one of two categories. They dealt either with the nature of the case or the conduct of the parties in the litigation. Parties to litigation have knowledge about the nature of the case and can control their own conduct in the litigation. Therefore, the parties are capable of predicting, generally, how such factors would affect a costs award against them, and may thereby be guided as to whether or not to settle or to proceed. By contrast, a risk premium is a financial arrangement between the plaintiffs and their counsel. It is not a matter about which the defendant would normally have knowledge, nor is it a matter about which the defendant is entitled to know. The risk premium does not fall within either of the categories of knowledge or control. It is a function of either the plaintiff's financial circumstances or simply the fee agreement between the plaintiff and counsel.

28

Application of the *ejusdem generis* rule would suggest that it was not the intention of its framers that clause (i) would include the risk of non-payment to plaintiffs' counsel as a relevant factor to consider in an award of costs against an unsuccessful defendant. Unsuccessful defendants should expect to pay similar amounts by way of costs across similar pieces of litigation involving similar conduct and counsel, regardless of what arrangements the particular plaintiff may have concluded with counsel.

29

In the Ontario Court of Appeal, Gillese and Lang J.J.A. concluded that the specific arrangement between plaintiff and counsel was not to be considered when an award of partial indemnity costs was ordered. Thus, a risk premium could not be assessed against a different unsuccessful defendant in this case. (At trial, an award of damages and

non-paiement couru par l'avocat du demandeur ne présente pas cette neutralité. En effet, la prise en considération de ce facteur ne peut que se traduire par l'augmentation des dépens adjugés contre le défendeur.

Deuxièmement, ces facteurs appartenaient à l'une ou l'autre de deux catégories. Ils se rapportaient soit à la nature de l'affaire soit à la conduite des parties pendant l'instance. Les parties à une instance connaissent la nature de celle-ci et sont maîtres de leur conduite pendant son déroulement. Par conséquent, elles sont en mesure de prévoir, de façon générale, comment ces facteurs pourraient jouer si elles étaient condamnées aux dépens et elles peuvent, à partir de là, décider s'il convient de transiger ou de poursuivre l'instance. La prime de risque, elle, procède d'une entente financière entre un demandeur et son avocat. Ce n'est pas un fait dont le défendeur connaît généralement l'existence ou qu'il a le droit de savoir. Elle n'entre ni dans la catégorie de la connaissance ni dans celle de la conduite. Elle dépend de la situation financière du demandeur ou simplement de la convention intervenue entre celui-ci et son avocat relativement aux honoraires.

L'application de la règle *ejusdem generis* tend à indiquer qu'il n'entraîne pas dans l'intention des rédacteurs de l'al. i) d'inclure le risque de non-paiement couru par l'avocat d'un demandeur ayant gain de cause dans les facteurs à considérer pour fixer les dépens que devra lui payer le défendeur. Les défendeurs qui succombent doivent pouvoir supposer qu'ils seront condamnés, au titre des dépens, à des sommes similaires à celles accordées dans des litiges analogues montrant des similarités relativement à la conduite des parties et aux avocats en présence, et ce, quels que soient les arrangements conclus par les demandeurs et leurs avocats.

Les juges Gillese et Lang de la Cour d'appel de l'Ontario ont conclu que, dans les cas où des dépens d'indemnisation partielle sont adjugés, la convention particulière intervenue entre un demandeur et son avocat ne doit pas être prise en considération. Par conséquent, une prime de risque ne pouvait être imposée à un autre défendeur ayant succombé

partial indemnity costs including a risk premium was made against the Wawanesa Mutual Insurance Company. The Court of Appeal reversed on the issue of risk premium and that aspect of the decision was not appealed to this Court.) At para. 113 of their reasons, Gillese and Lang J.J.A. stated:

A defendant has no knowledge of the private arrangements between the plaintiff and his or her counsel and thus has no means of measuring the risk of engaging in litigation. Defendants would be unable to gauge their exposure to costs when deciding whether and how to defend as exposure would be dependent, at least in part, on the financial means of the plaintiff. This difficulty would be compounded by the fact that many plaintiffs would happily agree to any amount of premium if the premium were to be paid by the losing party. In situations where a party realistically understands that his or her exposure for costs is limited to an award on a partial indemnity basis, counsel ought not to be concerned that the normal elements of costs will be inflated by a private arrangement made between the other side and his or her counsel.

I agree with that reasoning. However, I see no reason why it would not be applicable when the court, under Rule 49, makes an award of costs on the substantial indemnity scale as opposed to the partial indemnity scale. Substantial indemnity costs were defined simply as costs payable on a higher scale than partial indemnity costs. As their name suggests, they were not intended to fully indemnify a party for any amount it may have undertaken to pay its counsel. I therefore see no basis for a difference in approach to the issue of a risk premium as between an award of partial or substantial indemnity costs.

In *Finlayson v. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271 (C.A.), Carthy J.A. found that a risk premium was not assessable against the unsuccessful defendant when costs were awarded pursuant to Rule 49. At para. 25 he stated:

en l'espèce. (En première instance, la Compagnie Mutuelle d'Assurance Wawanesa avait été condamnée à des dommages-intérêts et à des dépens d'indemnisation partielle incluant une prime de risque. La Cour d'appel a infirmé la décision relative à la prime de risque et cet aspect de l'arrêt n'a pas été porté en appel devant notre Cour.) Au paragraphe 113 de leurs motifs, les juges ont écrit ceci :

[TRADUCTION] Un défendeur n'est pas au fait des ententes privées qu'ont conclues le demandeur et son avocat. Il n'est donc pas en mesure d'évaluer le risque qu'il court en s'engageant dans l'instance. Les défendeurs seraient incapables, au moment où ils doivent prendre une décision sur l'opportunité et les modalités d'une défense, d'estimer les dépens qu'ils pourraient être appelés à payer, car ceux-ci dépendraient, en partie du moins, des moyens financiers du demandeur. Cette difficulté ne manquerait pas d'être exacerbée par le fait que bon nombre de demandeurs donneraient volontiers leur accord à quelque prime que ce soit si celle-ci était à la charge de la partie qui succombe. Dans le cas où une partie peut penser de façon réaliste que le risque auquel elle s'expose, en matière de dépens, se limite à des dépens d'indemnisation partielle, les avocats ne devraient pas avoir à se demander si la composition habituelle des dépens ne gonflera pas du fait d'une entente privée entre l'autre partie et son avocat.

Je souscris à ce raisonnement. Toutefois, je ne vois pas pourquoi il ne s'appliquerait pas lorsque le tribunal adjuge, en vertu de la règle 49, des dépens d'indemnisation substantielle plutôt que des dépens d'indemnisation partielle. Les dépens d'indemnisation substantielle ont été définis comme étant tout simplement des dépens établis suivant un barème plus élevé que les dépens d'indemnisation partielle. Comme leur nom l'indique, ils ne visent pas à indemniser intégralement une partie de la somme qu'elle s'est engagée à verser à son avocat. Je ne vois donc pas pourquoi il faudrait traiter différemment la prime de risque selon qu'il s'agit de dépens d'indemnisation partielle ou de dépens d'indemnisation substantielle.

Dans *Finlayson c. Roberts* (2000), 136 O.A.C. 271 (C.A.), le juge Carthy a conclu qu'il n'y avait pas lieu d'inclure la prime de risque dans les dépens adjugés en application de la règle 49 contre le défendeur qui succombe. Il a dit ce qui suit au par. 25 :

30

31

A premium fee does not fit with rule 49 concerns and is unfair to a defendant. On the date of an offer to settle, the risk of refusal is of future costs which can be measured against general experience. A defendant has no knowledge of private arrangements between the plaintiff and her counsel, and thus has no means of measuring the risk of refusing the plaintiff's offer. . . . To inflict [a risk premium] upon the defendant under rule 49 turns the rule from one that induces and encourages settlements, to a rule that penalizes a defendant for not accepting an offer by imposing what may be a totally unexpected obligation in an unknown amount. It also introduces the added difficulty presented by typical plaintiffs who would happily agree to any amount of premium that an insurer pays to counsel.

[TRADUCTION] Une prime de risque ne cadre pas avec les facteurs de la règle 49, et elle est injuste pour le défendeur. À la date de l'offre de transaction, le risque afférent au refus concerne les dépens à intervenir, que l'expérience permet d'évaluer. Mais le défendeur ne connaît pas les ententes privées intervenues entre le demandeur et son avocat, et il lui est donc impossible de mesurer le risque découlant du refus de l'offre du demandeur. [. . .] En imposant [une prime de risque] au défendeur sous le régime de la règle 49, on fait perdre à cette règle sa vocation de promotion des règlements pour la rendre pénalisante à l'endroit des défendeurs qui ont refusé une offre, en les assujettissant à une obligation qui est peut-être tout à fait imprévue et dont le montant est inconnu. On introduit également une difficulté supplémentaire du fait que le demandeur moyen consentirait volontiers à toute prime qui serait payée par un assureur à l'avocat.

32 *Finlayson* was distinguished in *Lurtz* on the basis that in *Finlayson* liability was admitted and the risk premium was pursuant to an agreement and not necessarily because the plaintiff was impecunious. However, I see nothing in Carthy J.A.'s reasons that purports to limit his view to cases where liability is admitted or to cases in which the risk premium agreement is not as a result of the impecuniosity of the plaintiff. As I read *Finlayson*, its reasoning can and should be applied to any assessment of costs flowing from a Rule 49 offer to settle. Carthy J.A. concludes at para. 28 of *Finlayson*:

Dans *Lurtz*, la Cour d'appel a distingué l'affaire dont elle était saisie de l'affaire *Finlayson*, au motif que, dans la seconde, il y avait eu aveu de responsabilité et que la prime de risque résultait d'une entente et pas nécessairement de l'impecuniosité du demandeur. Cependant, je ne vois rien dans les motifs du juge Carthy qui aurait pour effet de limiter l'application de son raisonnement aux cas où la responsabilité est reconnue ou à ceux où l'entente concernant la prime de risque ne résulte pas de l'impecuniosité du demandeur. Selon mon interprétation de l'arrêt *Finlayson*, le raisonnement exposé dans celui-ci peut et doit être appliqué à toute liquidation de dépens dans le cadre d'une offre de transaction fondée sur la règle 49. Le juge Carthy a tiré la conclusion suivante au par. 28 de *Finlayson* :

I therefore conclude that what is commonly known as a "risk premium" should not be included in a solicitor and client assessment under rule 49.

[TRADUCTION] Je conclus donc que ce qu'on appelle communément la « prime de risque » ne doit pas faire partie de dépens liquidés en application de la règle 49 sur la base avocat-client.

Carthy J.A.'s approach, with which I am in substantial agreement, provides strong reasoning as to why a risk premium is not to be included in an award of substantial indemnity costs under Rule 49.

L'analyse du juge Carthy, à laquelle je souscris pour l'essentiel, constitue un raisonnement solide expliquant pourquoi il ne faut pas inclure de prime de risque dans des dépens d'indemnisation substantielle adjugés en vertu de la règle 49.

33 The assessment of risk premiums against unsuccessful defendants has been rejected in the United States. While there are different considerations as between the United States and Ontario cost

Aux États-Unis, on a rejeté la possibilité d'imposer une prime de risque aux défendeurs ayant succombé. Bien que les règles régissant les dépens aux États-Unis et en Ontario fassent intervenir des

schemes, the risk analysis by the United States Supreme Court is instructive. As pointed out by Scalia J. for the majority of the Court in *City of Burlington v. Dague*, 505 U.S. 557 (1992), where payment to plaintiff's counsel is dependent upon the plaintiff achieving a favourable result, counsel's risk of non-payment is directly related to the plaintiff's risk of losing his/her case. Scalia J. determined that a plaintiff's risk of loss is a product of two factors: (1) the factual or legal merits of the plaintiff's case; and (2) the difficulty in establishing those merits. He explained that assessing costs against the defendant for the first component of risk leads to undesirable consequences while the second component of risk is already subsumed in the costs award without the need for a premium.

In my view the same reasoning applies to the Ontario costs scheme. As to the legal and factual merits of the plaintiff's claim, the more risky a case is to the plaintiff, the more defensible it is to the defendant. The threat of a risk premium would incline defendants with meritorious defences to settle. This increased tendency to settle brings with it an undesirable corollary effect — it would encourage plaintiffs to pursue the least meritorious claims. Encouraging plaintiffs to pursue the least meritorious claims is not an objective which the costs scheme should promote.

As to the difficulty of establishing the legal and factual merits of the plaintiff's claim, the complexity of the legal and factual issues in a particular case and the unwillingness of a defendant to admit liability or facts make it more difficult for the plaintiff to prove his/her case. This necessarily increases the risk of the plaintiff achieving an unfavourable result, and in turn, increases the risk to a lawyer whose payment is contingent upon that result. Moreover, these factors often lead to protracted litigation requiring additional time on behalf of plaintiff's counsel thereby increasing counsel's investment in the matter. Complexity may also require

considérations différentes, l'analyse relative au risque qu'a effectuée la Cour suprême des États-Unis est instructive. Le juge Scalia, qui a formulé l'opinion majoritaire de la Cour dans l'arrêt *City of Burlington c. Dague*, 505 U.S. 557 (1992), a souligné que, lorsque la rémunération de l'avocat du demandeur dépend du succès obtenu par celui-ci, le risque de non-paiement assumé par l'avocat est en corrélation directe avec le risque que le demandeur n'ait pas gain de cause, risque qui, selon le juge Scalia, est fonction de deux facteurs : (1) le bien-fondé factuel et juridique de la cause du demandeur; et (2) la difficulté d'établir ce bien-fondé. Le juge a expliqué que l'adjudication de dépens contre le défendeur pour tenir compte du premier facteur entraîne des conséquences non souhaitables et que, comme le deuxième facteur de risque est déjà intégré aux dépens, il n'est pas nécessaire d'ajouter une prime.

À mon avis, le même raisonnement s'applique au régime ontarien en matière de dépens. S'agissant du bien-fondé factuel et juridique d'une demande, plus une affaire est risquée pour le demandeur plus il est possible de lui opposer une défense. La menace d'une prime de risque pourrait donc pousser au règlement des défendeurs qui auraient par ailleurs des moyens de défense valables à invoquer. Une tendance accrue à régler de la sorte s'accompagnerait d'un effet indésirable : elle encouragerait les demandeurs à persister dans les actions les moins bien fondées. Encourager un tel comportement n'est pas un objectif que devraient favoriser les règles applicables en matière de dépens.

Pour ce qui est de la difficulté de démontrer le bien-fondé en droit et en fait d'une demande, la complexité des questions juridiques et factuelles en cause dans une affaire donnée et le refus d'un défendeur de reconnaître sa responsabilité accroissent les difficultés de preuve, ce qui amplifie nécessairement le risque de résultat défavorable pour le demandeur et, de ce fait, le risque couru par l'avocat de celui-ci, dont la rémunération est tributaire du résultat. Qui plus est, ces facteurs allongent souvent l'instance, forçant l'avocat du demandeur à consacrer davantage de temps à l'affaire, ce qui implique un investissement plus substantiel de sa

34

35

a more experienced or expert counsel to achieve a favourable result, whose investment of time is more valuable.

36 These factors, however, should already be taken into account by a court when it fixes costs. Complexity, length, result, and a failure to admit are enumerated factors under Rule 57.01(1) and experience and expertise of counsel were taken into consideration according to the express terms of the Tariff. Indeed, in this case the trial judge noted that while the costs award was “substantial” it was fair and reasonable. A full reading of his reasons indicates that he considered all of the above factors in arriving at that award. Compensating for these factors again through the addition of a risk premium arguably constitutes a double count in the costs award against the unsuccessful defendant.

D. *Do Access to Justice Considerations Make Risk of Non-Payment a Relevant Factor Under Rule 57.01(1)(i)?*

37 The plaintiffs argued that risk premiums payable by defendants encourage counsel to take on the cases of impecunious plaintiffs and therefore promote access to justice. They rely on *Okanagan Indian Band* in arguing that access to justice makes risk of non-payment to plaintiffs’ counsel a relevant consideration under the Ontario scheme.

38 *Okanagan Indian Band* involved an interim award of costs payable by the government to enable the Indian Band to engage in the litigation. LeBel J. emphasized that a defendant should only be required to carry the burden of ensuring an opponent’s access to justice in the most exceptional of circumstances. One of the requirements of the test is that the plaintiff “no other realistic option exists for bringing the issues to trial”: *Okanagan Indian Band*, at para. 40.

part. Il se peut aussi que, pour mener à bon port une affaire complexe, il faille un avocat plus spécialisé ou plus expérimenté, dont les services sont plus dispendieux.

Toutefois, ces facteurs entrent déjà en ligne de compte dans l’adjudication des dépens. La complexité et la durée de l’instance, son résultat et le défaut de reconnaître un fait qui aurait dû l’être sont des facteurs énumérés à la règle 57.01(1), et l’expérience et l’expertise de l’avocat ont été prises en considération conformément au texte du tarif. D’ailleurs, en l’espèce, le juge de première instance a souligné que, bien que [TRADUCTION] « substantiels », les dépens adjugés étaient justes et raisonnables. L’examen de l’ensemble de ses motifs indique qu’il a tenu compte de tous les facteurs susmentionnés en adjugeant les dépens. On peut soutenir qu’en ajoutant la compensation supplémentaire que représenterait la prime de risque on se trouverait à faire compter ces facteurs deux fois dans l’adjudication des dépens contre un défendeur ayant succombé.

D. *Le risque de non-paiement peut-il, pour des considérations fondées sur l’accès à la justice, constituer un facteur pertinent dans l’application de la règle 57.01(1)(i)?*

Les demandeurs ont fait valoir que l’octroi de primes de risque payables par les défendeurs encourage les avocats à accepter de représenter des parties impecunieuses et favorise, de ce fait, l’accès à la justice. Invoquant l’arrêt *Bande indienne Okanagan*, ils soutiennent que l’accès à la justice est une considération faisant du risque de non-paiement un facteur pertinent pour l’application des règles de l’Ontario relatives aux dépens.

Cet arrêt concernait l’octroi d’une provision pour frais payable par le gouvernement à la bande indienne afin de lui permettre de financer le procès. Le juge LeBel a souligné qu’un défendeur ne devrait avoir le fardeau d’assurer l’accès à la justice de la partie adverse que dans des circonstances très exceptionnelles. L’une des exigences du critère est que le demandeur « ne dispose réaliste-ment d’aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal » : *Bande indienne Okanagan*, par. 40.

Personal injury cases involve the prospect of receiving a favourable judgment out of which an impecunious plaintiff can pay a lawyer's fee. Thus, if successful, counsel will receive payment for the disbursements made and services rendered, i.e. what counsel would have received on an ongoing basis had the client been financially capable of paying. In addition to the delay in payment, however, such counsel bears the risk of non-payment if success is not achieved. This requires a further incentive for counsel to be willing to take on such cases. In other words, counsel will look to be compensated for providing the additional service of financing the litigation at his/her own risk.

This is the concern that the Ontario courts first responded to by permitting counsel to charge plaintiffs a risk premium. In addition, it is now met through legislation permitting counsel to charge contingency fees: see the *Solicitors Act* and the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6. The opportunity for counsel to charge his or her own client a risk premium, or now a contingency fee, encourages competent counsel to take on the cases of impecunious plaintiffs. Such a charge is not dependent upon the amount the plaintiff recovers from the opposing party in a costs award. The appropriate source of encouragement lies with the client not with his or her opponent. Requiring unsuccessful defendants to pay a premium to the plaintiffs in personal injury cases is not compelled on the theory of promoting access to justice.

The plaintiffs have also argued that risk premiums payable by unsuccessful defendants are required to provide access to justice to impecunious plaintiffs who, even if successful, will receive no or minimal damages given the nature of their case, such as a challenge under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In the absence of the prospect of a significant damage award out of which fees may be charged, there is little incentive for competent counsel to take on such cases. Nonetheless, I have difficulty placing serious weight on this argument. There are a number of other alternatives that

Les actions en dommages-intérêts pour préjudice corporel offrent au demandeur impecunieux la possibilité de payer son avocat sur la somme qu'il recevra en cas de jugement favorable. Ainsi, l'avocat qui obtient gain de cause est défrayé des débours qu'il a effectués et il est payé pour les services qu'il a rendus, comme il l'aurait été sur une base régulière si son client avait eu les moyens de le rémunérer. Dans un tel cas, toutefois, non seulement l'avocat accepte-t-il d'être payé plus tard, mais il risque en outre de ne pas être payé du tout si le tribunal rejette l'action. Il faut donc un incitatif supplémentaire pour que les avocats acceptent de tels mandats. Autrement dit, l'avocat voudra être compensé pour avoir en plus financé la cause à ses risques.

C'est à ce besoin que les tribunaux ontariens ont, les premiers, voulu répondre en permettant aux avocats de demander une prime de risque. Maintenant, des dispositions législatives permettant aux avocats de demander des honoraires conditionnels répondent également à ce besoin : voir la *Loi sur les procureurs* et la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6. La possibilité de demander une prime de risque ou, maintenant, des honoraires conditionnels à leurs clients encourage les avocats chevronnés à représenter des demandeurs impecunieux. Ces sommes ne dépendent pas du montant que le demandeur recevra de la partie adverse au titre des dépens. C'est du client que doit venir l'encouragement, non de la partie adverse. La promotion de l'accès à la justice n'exige pas que le défendeur qui succombe ait à verser une prime au demandeur dans une action pour préjudice corporel.

Les demandeurs ont également soutenu que la prime de risque imposée à un défendeur est nécessaire pour assurer l'accès à la justice d'un demandeur impecunieux qui, même s'il a gain de cause, n'obtiendra que peu ou pas de dommages-intérêts en raison de la nature de sa cause, mentionnons les contestations fondées sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Effectivement, en l'absence de possibilité que le client obtienne un jugement lui accordant des dommages-intérêts substantiels sur lesquels celui-ci pourrait payer les honoraires de son avocat, les avocats chevronnés sont peu incités

bring these cases to trial. For example, plaintiffs in such cases may qualify for some form of legal aid, receive funds to pursue the litigation from a private source, find counsel to take on the case on a *pro bono* basis, or, in rare cases, be entitled to an interim costs award. While there may be a plaintiff who is unable to secure one of these alternatives, the costs scheme does not aim at perfection. Risk premiums cannot be justified on this basis.

V. Conclusion

42 I conclude that risk of non-payment to the plaintiffs' lawyer was not a relevant factor under the costs scheme in Rule 57.01(1) at the time costs were fixed in this case. The appeal is allowed with costs and the premium in the amount of \$192,600 is set aside.

43 These reasons apply to the costs scheme in place in Ontario at the time costs were fixed in this case. Since that time the costs scheme has been modified in a number of ways. Whether or not the reasoning in this judgment applies to the costs scheme currently in place will be an issue for the courts as the occasion arises.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Lerner, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.

à se charger de telles affaires. Néanmoins, il m'est difficile d'accorder beaucoup de poids à cet argument. Il existe d'autres solutions pour saisir la justice de telles affaires. Par exemple, le demandeur pourrait être admissible à l'aide juridique, recevoir des fonds d'une source privée pour financer la contestation, trouver un avocat qui accepterait de se charger bénévolement de sa cause ou, dans des cas exceptionnels, obtenir d'un tribunal une provision pour frais. Certes, il pourra arriver qu'un demandeur ne puisse se prévaloir d'aucune de ces mesures, mais les règles en matière de dépens ne sauraient atteindre la perfection. On ne peut justifier les primes de risque sur ce fondement.

V. Conclusion

Je conclus que, au moment où les dépens ont été adjugés en l'espèce, le risque de non-paiement qu'a couru l'avocat des demandeurs ne constituait pas un facteur pertinent pour l'application de la règle 57.01(1). Le pourvoi est accueilli avec dépens, et la prime de 192 600 \$ est annulée.

Les présents motifs s'appliquent au régime tel qu'il existait en Ontario lorsque les dépens ont été adjugés en l'espèce. Les règles ayant changé de diverses façons depuis, l'applicabilité au régime actuel du raisonnement formulé dans le présent jugement devra être déterminée par les tribunaux lorsque la question se posera.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Lerner, Toronto.

Procureurs des intimés : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.