

parties deliver a written summary of the anticipated evidence of a witness; any oral examination of a witness at trial will be subject to a time limit or; the evidence of a witness be given in whole or in part by affidavit.

[77] These powers allow the judge to use the insight she gained from hearing the summary judgment motion to craft a trial procedure that will resolve the dispute in a way that is sensitive to the complexity and importance of the issue, the amount involved in the case, and the effort expended on the failed motion. The motion judge should look to the summary trial as a model, particularly where affidavits filed could serve as the evidence of a witness, subject to time-limited examinations and cross-examinations. Although the Rules did not adopt the Osborne Report's recommendation of a summary trial model, this model already exists under the simplified rules or on consent. In my view, the summary trial model would also be available further to the broad powers granted to a judge under Rule 20.05(2).

[78] Where a motion judge dismisses a motion for summary judgment, in the absence of compelling reasons to the contrary, she should also seize herself of the matter as the trial judge. I agree with the Osborne Report that the involvement of a single judicial officer throughout

saves judicial time since parties will not have to get a different judge up to speed each time an issue arises in the case. It may also have a calming effect on the conduct of litigious parties and counsel, as they will come to predict how the judicial official assigned to the case might rule on a given issue. [p. 88]

[79] While such an approach may complicate scheduling, to the extent that current scheduling practices prevent summary judgment motions being used in an efficient and cost effective manner, the

tribunal peut aussi ordonner la remise par les parties d'un résumé concis de leur déclaration préliminaire, la remise par les parties d'un résumé écrit de la déposition prévue d'un témoin, la limitation de la durée de tout interrogatoire oral d'un témoin au procès, ou la présentation par affidavit de tout ou partie de la déposition d'un témoin.

[77] Ces pouvoirs permettent au juge de mettre à profit les connaissances acquises lors de l'audition de la requête en jugement sommaire pour élaborer une procédure d'instruction de nature à régler le litige en tenant compte de la complexité et de l'importance de la question soulevée, de la somme en jeu et des efforts déployés lors de l'instruction de la requête rejetée. Le juge saisi de la requête devrait s'inspirer de la procédure d'instruction sommaire, en particulier lorsque les affidavits déposés serviraient de dépositions, sous réserve d'interrogatoires et de contre-interrogatoires d'une durée limitée. Bien que les Règles n'aient pas adopté le modèle de l'instruction sommaire recommandé dans le rapport Osborne, ce modèle est déjà prévu par les règles simplifiées ou peut être utilisé du consentement des parties. À mon avis, le modèle de l'instruction sommaire pourrait également s'appliquer si le juge exerce les vastes pouvoirs que lui confère le par. 20.05(2) des Règles.

[78] Le juge qui rejette une requête en jugement sommaire devrait également se saisir de l'instance à titre de juge du procès à moins que des raisons impérieuses l'en empêchent. Je suis d'accord avec le rapport Osborne pour dire que la gestion du litige par un seul fonctionnaire judiciaire

permet à la cour d'économiser du temps étant donné que les parties n'ont pas à mettre un juge différent au fait chaque fois qu'un problème survient relativement à la cause. Elle peut également avoir un effet de modération sur le comportement des parties litigantes et des avocats, qui en viendront à prévoir la façon dont le fonctionnaire judiciaire affecté à la cause pourrait statuer sur une question donnée. [p. 105]

[79] Une telle approche risque de compliquer l'établissement du calendrier, dans la mesure où les pratiques actuelles en la matière empêchent de recourir de façon efficace et économique à la

courts should be prepared to change their practices in order to facilitate access to justice.

#### D. *Standard of Review*

[80] The Court of Appeal concluded that determining the appropriate test for summary judgment — whether there is a genuine issue requiring a trial — is a legal question, reviewable on a correctness standard, while any factual determinations made by the motion judge will attract deference.

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

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

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

requête en jugement sommaire, mais les tribunaux devraient être disposés à modifier leurs habitudes afin de faciliter l’accès à la justice.

#### D. *Norme de contrôle*

[80] La Cour d’appel a conclu que le choix du critère à appliquer en matière de jugement sommaire — déterminer s’il existe une véritable question litigieuse nécessitant la tenue d’un procès — est une question de droit, susceptible de révision selon la norme de la décision correcte, alors que les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la requête commandent la retenue.

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

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

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