

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)**

**IN THE MATTER OF THE COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED**

**AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE OR ARRANGEMENT OF
CANTRUST HOLDINGS INC., CANTRUST INC.,
CTI HOLDINGS (OSOYOOS) INC. AND ELMCLIFFE INVESTMENTS INC.**

Applicants

**REPLY BOOK OF AUTHORITIES
OF THE CCAA REPRESENTATIVES
(Sanction Hearing)
(Returnable June 11, 2021)**

June 10, 2021

STROSBERG SASSO SUTTS LLP
151 Bloor St West, Suite 602
Toronto, ON M5S 1S4

David R Wingfield (LSO #28710D)
dwingfield@strosbergco.com
Tel: (416) 432-1443
Fax: (866) 316-5308

HENEIN HUTCHISON LLP
235 King Street East, First Floor
Toronto, ON M5A 1J9

Marie Henein (LSO #33289T)
mhenein@hhllp.ca

Scott Hutchison (LSO #29912J)
shutchison@hhllp.ca

Tel: (416) 368-5000
Fax: (416) 368-6640

KALLOGHLIAN MYERS LLP

250 Yonge St, Suite 2201
Toronto, ON M5H 3E5

Serge Kalloghlian (LSO#: 55557F)
serge@kalloghlianmyers.com

Tel: (647) 812-5615
Fax: (647) 243-6620

**A DIMITRI LASCARIS LAW
PROFESSIONAL CORPORATION**

G101-360 Rue Saint-Jacques
Montreal, QC H2Y 1P5

A Dimitri Lascaris (LSO #50074A)
alexander.lascaris@gmail.com

Tel: (514) 941-5991
Fax: (519) 660-7845

WEISZ FELL KOUR LLP

5600-100 King St W,
Toronto, ON M5X 1C9

Steven Weisz (LSO #32102C)
sweisz@wfklaw.ca

Tel: 416.613.8281
Fax: 416.613.8290

CCAA Representative Counsel

To: The Service List

INDEX

1. *Vaeth v North American Palladium Ltd.*, [2016 ONSC 5015](#)
2. *Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada (Trustees of) v Sino-Forest Corp.*, [2015 ONSC 4004](#)
3. *Century Services Inc v Canada (Attorney General)*, [2010 SCC 60](#)
4. *Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp, (Re)*, [2008 ONCA 587](#), leave to appeal to SCC refused, [32765](#) (19 September 2008).
5. *Green v Canadian Imperial Bank of Commerce*, [2014 ONCA 90](#)
6. *Deloitte & Touche v Livent Inc (Receiver of)*, [2017 SCC 63](#)

CITATION: Vaeth v. North American Palladium Ltd., 2016 ONSC 5015
COURT FILE NO.: CV-15-11067-00CL
COURT FILE NO.: CV-16-548624
DATE: 20160808

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

BETWEEN:

WOLFGANG VAETH, ANIKA VAETH,
ROWITHA VAETH, SASKIA VAETH,
THORSTEN FUERHOLZER, ROSWITHA
FUERHOLZER, SABINE FUERHOLZER,
and BURKHARD SCHNEIDER

Plaintiffs

– and –

NORTH AMERICAN PALLADIUM LTD.,
PHIL DU TOIT, DAVID LANGILLE, and
KPMG LLP

Defendants

AND BETWEEN:

CRAIG JOHNSON

Plaintiff

– and –

NORTH AMERICAN PALLADIUM LTD.,
PHIL DU TOIT, DAVID LANGILLE, and
KPMG LLP

Defendants

Proceeding under the *Class Proceedings Act, 1992*

)
)
) *Eli Karp* for the Plaintiffs Wolfgang Vaeth,
) Anika Vaeth, Saskia Vaeth, Thorsten
) Fuerholzer, Roswitha Fuerholzer, Sabine,
) Fuerholzer, Burkhard Schneider, and Craig
) Johnson

)
) *Alan W. D'Silva* and *Alexandra Urbanski* for
) the Defendants North American Palladium
) Ltd., Phil Du Toit, and David Langille

)
) *Dana M. Peebles* for the Defendant KPMG
) LLP

)
) **HEARD:** July 22, 2016
)

PERELL, J.

REASONS FOR DECISION

A. INTRODUCTION

[1] Pursuant to the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, Morganti Legal acts for Craig Johnson in a securities misrepresentation class action, (the “Johnson Class Action”) against North American Palladium Ltd. (“Palladium”), Phil Du Toit, David Langille, (collectively, the “Palladium Defendants”) and KPMG LLP, which was Palladium’s auditor. The class action is about alleged misrepresentations made in Palladium’s corporate public disclosure documents between July 30, 2014 and April 14, 2015 inclusive.

[2] Morganti Legal also acts for Wolfgang Vaeth, Anika Vaeth, Saskia Vaeth, Thorsten Fuerholzer, Roswitha Fuerholzer, Sabine Fuerholzer and Burkhard Schneider (the “Vaeth Plaintiffs”), in a securities misrepresentation action (the “Vaeth Action”) against the Palladium Defendants and KPMG about the same alleged misrepresentations. The plaintiffs in both actions advance common law negligence claims and statutory misrepresentation claims under Ontario’s *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5.

[3] The Defendants in both actions bring a motion to stay both actions temporarily.

[4] For the reasons that follow, I shall make an Order that temporarily stays both actions for the purpose of effecting a change of lawyer in one or the other of the actions. The Order is as follows:

1. Subject to the right of the plaintiffs in the Vaeth Action (the Vaeth Plaintiffs) to discontinue their action or to deliver a notice of change of lawyer, it shall be temporarily stayed until the earlier of:

(a) the certification of the Johnson Class Action and the delivery of opt-out notices by the Vaeth Plaintiffs; or

(b) the discontinuance or other termination of the Johnson Class Action.

2. If the Vaeth Action is discontinued, the Vaeth Plaintiffs may participate in the Johnson Class Action as Class Members or as Representative Plaintiffs.

3. The Johnson Class Action shall be temporarily stayed until the earlier of:

(a) the discontinuance of the Vaeth Action;

(b) the delivery of a notice of change of lawyer in the Vaeth Action; or

(c) the delivery of a notice of change of lawyer in the Johnson Class Action.

4. If the Vaeth Action is not discontinued or if no notice of change of lawyer is delivered in the Vaeth Action within ninety days and if no notice of change of lawyer is delivered in the Johnson Action within ninety days, then pursuant to s. 29 of the *Class Proceedings Act, 1992*, the Johnson Class Action shall be discontinued.

B. FACTUAL AND PROCEDURAL BACKGROUND

[5] Palladium is a publicly traded mining exploration and production company based in

Toronto. Mr. Du Toit is its former President and Chief Executive Officer. Mr. Langille is its former Chief Financial Officer. KPMG is a public accounting firm with offices in Toronto and was Palladium's auditor. Mr. Johnson and the Plaintiffs in the Vaeth Action are all investors that purchased Palladium shares in the secondary market.

[6] On August 7, 2015, Wolfgang Vaeth, Thorsten Furholzer, and Burkhard Schneider, all represented by Morganti Legal, commenced the Vaeth Action (CV-15-11067-00CL). The Vaeth Action was subsequently amended to add Anika Vaeth, Saskia Vaeth, Roswitha Fuerholzer, and Sabine Fuerholzer. All the Plaintiffs are residents of Germany; they claim damages of approximately \$2 million.

[7] A few days later, on August 12, 2015, Mr. Vaeth also commenced action CV-15-11073-00CL (the Vaeth Class Action), a proposed class action.

[8] The Statements of Claim in the Vaeth Action and in the Vaeth Class Action plead that that the Defendants are liable for misrepresentations made in Palladium's corporate public disclosure documents between July 30, 2014 and April 14, 2015 inclusive. Both actions seek damages from the same Defendants for the same alleged misrepresentations in public filings over the same time period. Morganti Legal was the lawyer of record in both actions.

[9] After the Defendants' counsel communicated their view that there was a conflict of interest in Morganti Legal acting for Mr. Vaeth in both the Vaeth Action and the Vaeth Class Action, Mr. Vaeth discontinued the Vaeth Class Action. After discontinuing the Vaeth Class Action, Mr. Vaeth and his co-plaintiffs undertook to the Defendants not to commence another class action. The Vaeth Action continued with Morganti Legal as lawyer of record.

[10] By order dated January 2, 2016, I granted leave for the Vaeth Class Action to be discontinued. Leave is required under s. 29 of the *Class Proceedings Act, 1992*. Notice of the discontinuance was given to putative Class Members. The notice was given to the persons who had contacted Morganti Legal. There was a press release to the investing public. The press release alerted investors that the running of the limitation period for claims against the Defendants would resume with the discontinuance of the Vaeth Class Action, unless another investor chose to commence another class action.

[11] On February 19, 2016, the Plaintiffs in the Vaeth Action brought a motion for leave to make a secondary market misrepresentation claim pursuant to s. 138.8 of the *Ontario Securities Act*. The delivery of the motion is required to arrest the running of the limitation period for the statutory claim.

[12] The delivery of the notice of motion for leave under Part XXIII.1 of the *Ontario Securities Act* created a civil procedure problem. As explained at length in *The Trustees of the Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada v. Sino-Forest Corporation*, 2012 ONSC 1924, an action asserting both a common law negligence cause of action and also a statutory cause of action for which leave is required presents a special or unique civil procedure problem.

[13] In a normal action, after a statement of claim is delivered, the defendant is required to deliver its statement of claim, but in an action that combines a common law cause of action with a statutory cause of action under Ontario's *Securities Act*, a "hybrid" action, the defendant can refuse to deliver a statement of defence to the statutory cause of action because that action, technically speaking, does not exist until leave to commence it is granted.

[14] The situation of a hybrid action is further complicated because in the motion for leave to commence the statutory cause of action, the defendant may - but under s. 138.2 of the *Ontario Securities Act*, is not obliged to - deliver an affidavit to resist the leave motion: *Ainslie v. CV Technologies Inc.* (2008), 93 O.R. (3d) 200 (S.C.J.) at paras. 14-20, 24-25; *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2010 ONSC 790 at para. 32. There are further complications if the hybrid action is also a proposed class action.

[15] In *The Trustees of the Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada v. Sino-Forest Corporation*, *supra*, I analyze the choices of the defendant in a hybrid action. From that analysis, it follows that the defendant in a hybrid action has three choices: (1) deliver both an affidavit to resist the leave motion under s. 138.8 of the *Ontario Securities Act* and also a statement of defence; (2) voluntarily deliver a statement of defence without delivering an affidavit under s. 138.8; or (3) do not deliver any affidavit or pleading and await the outcome of the leave motion.

[16] In the immediate case, the current decision of the Defendants is not to deliver any affidavits or pleadings until it is determined whether leave to commence the statutory claim will be granted. The Defendants, however, complain that they find themselves between a procedural rock and a hard place because they would like the Vaeth Plaintiffs, who are foreign plaintiffs, to post security for costs, but under the *Rules of Civil Procedure*, the Defendants are unable to make this request until after delivering a statement of defence, which they are not prepared to do.

[17] Returning to the narrative, on March 14, 2016, Mr. Johnson issued his proposed class action against the Palladium Defendants and KPMG. Morganti Legal was, once again, the lawyer of record. Mr. Johnson and the Class Members sought damages from the same Defendants for the same alleged misrepresentations in public filings over the same time period as in the Vaeth Action and the discontinued Vaeth Class Action.

[18] Upon being served with the Johnson Class Action, the Defendants asked Morganti Legal how it proposed to pursue both the Vaeth Action and the Johnson Class Action. The Defendants, once again, communicated their view that there was a conflict of interest in Morganti Legal appearing as lawyer of record in both actions.

[19] In response, Morganti Legal indicated that it intended to simultaneously press forward with discovery of the common law misrepresentation claims in the Vaeth Action and to bring a motion for leave to commence an action for secondary market liability pursuant to s. 138.8 of the *Ontario Securities Act* in the Johnson Class Action. Subsequently, Morganti Legal said that it would be prepared to stay the Johnson Class Action while the Vaeth Plaintiffs pursued just their common law claim. Morganti Legal disputed that there was any conflict of interest or problem in its plan to be lawyer of record in both the Vaeth Action and the Johnson Class Action.

[20] Without conceding that there was any conflict of interest in the firm acting as lawyer of record in both actions, Morganti Legal submitted that this issue could and should be dealt with at the certification motion. More precisely, it submitted that its qualifications to be Class Counsel would be determined under s. 5(1)(e) of the *Class Proceedings Act, 1992*, which addresses the qualification of the proposed representative plaintiff.

[21] Further, the law firm submitted that its clients; i.e., Mr. Johnson and the Vaeth Plaintiffs, had consented to the firm acting in both actions. The law firm submitted that under the Law Society's *Rules of Professional Conduct* there is no requirement that their clients receive

independent legal advice in consenting to a joint retainer.

[22] I pause here to make three observations.

[23] First, Morganti Legal's original plan (discovery of the common law claim in the Vaeth Action followed by the leave motion in the Johnson Class Action) has the procedural difficulty that under Rule 30.1 (Deemed Undertaking), all parties and their lawyers are deemed to undertake not to use evidence or information from documentary discovery (Rule 30) and from examinations for discovery (Rule 31) for any purposes other than those proceedings in which the evidence or information was obtained. The Defendants submitted that Morganti Legal's plan of proceeding with just the common law negligence claim in the Vaeth Action was unfair and improper because it was unavoidable that the deemed undertaking in the Vaeth Action would be violated and Morganti Legal would eventually use evidence or information from the Vaeth Action in the Johnson Class Action. To use the evidence and information from the Vaeth Action in the Johnson Class Action, Morganti Legal and Mr. Johnson would require an order pursuant to rule 30.1.01(8) that the deemed undertaking did not apply. Morganti Legal, however, disputed that the deemed undertaking applied, or it submitted that it would undoubtedly be able to obtain an order under rule 30.1.01(8) to be relieved of the deemed undertaking and thus use the discovery evidence in the Vaeth Action in the Johnson Class Action.

[24] The second observation is that Morganti Legal's alternative plan (discovery in the Vaeth Action and a temporary stay of the Johnson Class Action) reveals that the Vaeth Plaintiffs apparently believe that their common law negligence claim will succeed and, therefore, they do not need what the statutory claim under the Ontario *Securities Act* has to offer; namely, a misrepresentation claim without the necessity of establishing that the plaintiff reasonably relied on the misrepresentation.

[25] In other words, a common law negligent misrepresentation claim has five elements that the Vaeth Plaintiffs must prove; namely: (1) a duty of care based on a special relationship between the plaintiff and the defendant; (2) an untrue, inaccurate, or misleading representation; (3) the defendant making the representation negligently; (4) the plaintiff having reasonably relied on the misrepresentation; and, (5) the plaintiff suffering damages as a consequence of relying on the misrepresentation: *Queen v. Cognos*, [1993] 1 S.C.R. 87. In contrast, the statutory claim has fewer constituent elements and the statute deems that investors relied on the public documents that contained the misrepresentations, and the Vaeth Plaintiffs apparently believe that they can succeed without resorting to the statutory cause of action, which also comes with the baggage of some limits on the amount of damages and statutory defences.

[26] The third observation, which foreshadows the discussion below, is that the alternative plan demonstrates, in a small way, how Morganti Legal may have a conflict in representing both the Vaeth Plaintiffs and Mr. Johnson because the Johnson Class Action would be delayed to accommodate the Vaeth Plaintiffs who apparently believe that they do not need the fallback of the statutory claim under the Ontario *Securities Act*.

[27] Returning to the factual background, the Defendants disagreed with the positions and submissions of Morganti Legal and moved to have both actions temporarily stayed until the conflict problems were resolved. The Defendants did not propose that both actions be stayed permanently and conceded that Morganti Legal could be lawyer of record in one or the other of the Vaeth Action or the Johnson Class Action. The Defendants also agreed that if the Vaeth Plaintiffs wished to discontinue the Vaeth Action and again become the representative plaintiff

or a Class Member in the Johnson Class Action, then the Defendants would release them from the undertaking not to resume a class action. I regard this concession as without prejudice to the Defendants' right to challenge the Vaeth Plaintiffs as satisfying the representative plaintiff criterion for certification. There is, however, no getting around the fact that the Vaeth Plaintiffs are putative Class Members in the Johnson Class Action.

[28] By objecting to the multiplicity of proceedings, the Defendants also submitted that there were reasons to temporarily stay the Vaeth Action that are independent of the conflict of interest problems.

C. DISCUSSION AND ANALYSIS

Introduction

[29] It's complicated.

[30] But, in my opinion, Morganti Legal cannot be permitted to act as lawyer of record in both the Johnson Class Action and the Vaeth Action. The law firm may be retained by one or the other of Mr. Johnson or the Vaeth Plaintiffs, but the law firm cannot be retained to simultaneously act for both.

[31] In my opinion, the mutual consent of Mr. Johnson and of the Vaeth Plaintiffs will not resolve the law firm's irreconcilable conflicts of interest and the procedural problems arising from the joint retainer.

[32] Further, it is my opinion, that there are reasons to temporarily stay the Vaeth Action independent of the problems of Morganti Legal's joint retainer. As will become apparent, these independent reasons for a temporary stay of the Vaeth Action are complications in the problems of the law firm's joint retainer.

[33] The problems of the joint retainer, however, can be resolved by the Order described above and explained below. As will be explained below, the purport of the Order is to permit a class action to go forward. In that class action, Morganti Legal can be Class Counsel only if the Vaeth Plaintiffs discontinue the Vaeth Action and participate in the Johnson Class Action; however, if the Vaeth Plaintiffs persist in opting out of the Johnson Class Action, then Morganti Legal can act for them, but Mr. Johnson must retain another law firm to be Class Counsel.

[34] In order to explain my decision, I shall first explain why I am temporarily staying the Vaeth Action until the earlier of: (a) the discontinuance or other termination of the Johnson Class Action; or (b) the certification of the Johnson Class Action and the delivery of opt-out notices by the Plaintiffs of the Vaeth Action. This explanation will describe the court's jurisdiction to temporarily stay individual actions when there is a companion class action.

[35] Second, I shall explain why Morganti Legal as putative Class Counsel has irreconcilable conflicts of interest and cannot have a joint retainer with a representative plaintiff (Mr. Johnson) and Opt-out Class Members (the Vaeth Plaintiffs).

[36] Third, I shall explain the operation of the Order described above.

1. The Court's Jurisdiction to Temporarily Stay Actions Pending the Certification of a Class Action

[37] Civil procedure encourages the avoidance of a multiplicity of proceedings. Multiple proceedings that litigate the same issue are obviously inefficient, a waste of scarce judicial resources, and the cause of expense and delay in the administration of justice. And multiple proceedings that litigate the same issues entail the possibility of inconsistent results that may be embarrassing to the administration of justice and instill sentiments of unfairness because similarly situated parties experience and perceive different outcomes. Multiple proceedings against the same defendant over the same issue may compromise the ability of the defendant to defend itself because it must defend itself over and over again, and while this circumstance may explain why the outcomes of virtually identical cases can be contradictory, it is not fair to the defendants.

[38] Section 138 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, provides that “[a]s far as possible, multiplicity of legal proceedings shall be avoided.” This provision is fostered by s. 106 of the *Courts of Justice Act*, which provides that “[a] court, on its own initiative or on motion by any person, whether or not a party, may stay any proceeding in the court on such terms as are considered just.” It is also fostered by s. 107 of the *Act*, which allows for a party in one action to seek the transfer of a related action to the same venue for consolidation or trial together with another action.

[39] Section 138 of the *Courts of Justice Act* is recognized and facilitated by various *Rules of Civil Procedure*, including: the joinder of claims and parties (Rule 5); consolidation and hearing together (Rule 6); separate hearings (Rule 6.1); class proceedings (Rule 12); service outside Ontario (Rule 17); and the determination of an issue before trial (Rule 21), which rule, among other things, empowers the court to stay or dismiss an action on the ground that “the court has no jurisdiction over the subject matter” or that “another proceeding is pending in Ontario or another jurisdiction between the same parties in respect of the same subject matter.” The avoidance of a multiplicity of proceedings as far as possible is also facilitated by case managing together the multiple cases or by an order that all motions be heard by one judge pursuant to rule 37.15.

[40] In the last regard, in *Dumoulin v. Ontario*, [2004] O.J. No. 2778 (S.C.J.), Justice Cullity jointly case managed a proposed class action by Mr. Dumoulin on behalf of a class of persons harmed by exposure to toxic mould at the Newmarket Court House along with an individual action by Ms. Verkerk who was a class member in the Dumoulin action. Justice Cullity said that to avoid unnecessary duplication of procedures, to avoid inconsistencies in the application of legal principles, and to achieve the most economical use of judicial and other litigation resources, it was desirable to manage both cases together.

[41] The avoidance of a multiplicity of proceedings is also a goal of the *Class Proceedings Act*, 1992. The primary goal of class proceedings legislation is access to justice, but judicial economy, behaviour modification, and procedural fairness to all the parties are closely associated ancillary goals. Through the mechanism of a common issues trial, a class proceeding empowers the court to dispose of or substantially advance a multiplicity of individual claims through a single proceeding with consistent results. Class proceedings allow both plaintiffs and defendants to maximize the efficiency of their claims and defences respectively.

[42] Optimally, a class proceeding would resolve in one proceeding all the claims and

defences. This optimization frequently occurs; however, as in the case at bar, class members are not obliged to participate and are entitled to opt-out. Ultimately, the Vaeth Plaintiffs are entitled to pursue their joinder of claims outside of the Johnson Class Action.

[43] From the vantage point of all of access to justice, judicial economy, behaviour modification, and fairness to Defendants, the circumstances of the Johnson Class Action, the former Vaeth Class Action, and the current Vaeth Action would be best served by a single class action. This is particularly true in the context of securities misrepresentations class actions, which were designed precisely to fit with class actions. It would have been preferable for judicial economy, etc., if in the fall of 2015, the Vaeth Action had been discontinued and the Vaeth Class Action had been continued and not abandoned. It then would not have been necessary for Mr. Johnson to commence a class action. However, with the leave of the court, the Vaeth Plaintiffs were entitled to abandon their class action and to pursue an individual action with a joinder of individual claims.

[44] By providing Class Members with a right to opt-out, the *Class Proceedings Act, 1992* preserves an individual plaintiff's right to bring his or her own action. Where an individual plaintiff does not opt-out of class proceedings, a court will stay his or her individual proceedings: *Dumoulin v. Ontario*, *supra* at paras. 8-10; *Cheung v. Kings Land Development Inc.* (2001), 55 O.R. (3d) 747 (S.C.J.) at para. 12, leave to appeal ref'd 156 O.A.C. 73 (S.C.J.). A class member loses his or her litigation autonomy, if he or she does not opt-out of the class action.

[45] However, class proceedings legislation is not intended to impede actions by individual plaintiffs who opt-out of the class proceedings: *Northfield Capital Corp. v. Aurelian Resources Inc.* (2007), 84 O.R. (3d) 748 (S.C.J.). The authorities reveal that putative class members may decide to maintain their litigation autonomy, opt-out, and sue the defendant in individual actions or in actions involving the joinder of two or more plaintiffs: *Northfield Capital Corp. v. Aurelian Resources Inc. supra*; *Durling v. Sunrise Propane Energy Group Inc.*, 2011 ONSC 266 at paras. 19-20; *Abdulrahim v. Nav Canada*, 2010 ONSC 5542 at para. 66.

[46] The Vaeth Plaintiffs' litigation autonomy, however, is not unfettered, and while they ultimately are entitled to pursue their joinder of claims outside the Johnson Class Action, the court has the jurisdiction to at least temporarily avoid a multiplicity of proceedings. The *Class Proceedings Act, 1992*, confers upon the court a broad discretion to manage the proceedings. Section 13 of the *Act* authorizes the court to "stay any proceeding related to the class proceeding," and s. 12 authorizes the court to "make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination." Sections 12 and 13 state:

Court may determine conduct of proceeding

12. The court, on the motion of a party or class member, may make any order it considers appropriate respecting the conduct of a class proceeding to ensure its fair and expeditious determination and, for the purpose, may impose such terms on the parties as it considers appropriate.

Court may stay any other proceeding

13. The court, on its own initiative or on the motion of a party or class member, may stay any proceeding related to the class proceeding before it, on such terms as it considers appropriate.

[47] Sections 12 and 13 of the *Class Proceedings Act, 1992*, may and are used to avoid a multiplicity of proceedings. As I discussed recently in *Kowalyshyn v. Valeant Pharmaceuticals International, Inc.*, 2016 ONSC 3819, which was a carriage fight in Ontario about rival class actions in Ontario and across the country, the avoidance of a multiplicity of proceedings is a complex and troublesome problem that can arise in a variety of ways. The immediate case does not involve a carriage fight, but it involves a multiplicity of proceedings because there is both: (1) the Vaeth Action, which in the lingo of the trade, is an individual action or joinder of claims action; and (2) the Johnson Class Action, which is a form of representative action. Since both actions involve investors in Palladium, the same Defendants, the same factual circumstances, and the same legal issues, there is a multiplicity of proceedings. The motion now before the court raises the general issue of whether some avoidance of a multiplicity of proceedings can be achieved.

[48] In *Durling v. Sunrise Propane Energy Group Inc.*, *supra*, the individual plaintiffs, who planned to opt-out, withdrew their objection to the putative representative plaintiff's request that their individual actions be temporarily stayed pending the certification motion. Justice Horkins granted the request for a stay, and she stated at paras. 17-20:

17. Class proceedings often exist alongside individual actions. One does not automatically preclude the other from proceeding.

18. Section 13 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 permits the court, on its own initiative or on a motion by a party or class member, to stay a proceeding related to a class proceeding before it. Typically, the individual actions are stayed pending the outcome of a certification hearing, but this is not mandated by the *Class Proceedings Act, 1992*.

19. If the class proceeding is certified, the individual plaintiff must decide whether to opt out or participate as a member of the certified class. There is an absolute right to opt out of a class under s. 9 of the *Class Proceedings Act, 1992*. Existing case law suggests that individual plaintiffs who opt out of a certified class can move forward with their individual actions. However, the individual action commenced by a plaintiff who does not opt out, will be stayed: see *Cheung et al. v. King's Land Development Inc. et al.* (2001), 55 O.R. (3d) 747 (S.C.J.), at para. 12.

20. The *Class Proceedings Act, 1992* permits "freedom of choice by allowing those who do not wish to be bound by the outcome of the proceeding to opt out. Thus, the *Class Proceedings Act* clearly contemplates that there may be a multiplicity of proceedings arising from the same event or transaction": See *Abdulrahim v. Nav Canada*, [2010] O.J. No. 4660 at para. 66.

[49] In *Hollinger International Inc. v. Hollinger Inc.*, [2004] O.J. No. 3464 (S.C.J.), leave to appeal to Div. Ct. refused, [2005] O.J. No. 708, Justice Farley, at para. 5, sets out the issues that courts have considered in deciding to exercise their discretion in issuing a temporary stay of a proceeding. These issues are: (a) whether there is substantial overlap of issues in the two proceedings; (b) whether the two cases share the same factual background; (c) whether issuing a temporary stay will prevent unnecessary and costly duplication of judicial and legal resources; and (d) whether the temporary stay will result in an injustice to the party resisting the stay.

[50] In the immediate case, as noted above, the Vaeth Plaintiffs are putative Class Members of the Johnson Class Action, but they have indicated that if the Johnson Class Action were certified as a class proceeding, they would opt-out of the Johnson Class Action and they would pursue their claims in the Vaeth Action. They, therefore, submit that the Vaeth Action should not be temporarily stayed as requested by the Defendants to await the outcome of the certification motion and the leave application under Part XXII.1 of the *Ontario Securities Act*.

[51] I disagree, and in my opinion there are good reasons independent of the conflict of interest matters, discussed below, associated with their choice of lawyer that justify a temporary stay of the Vaeth Action. In other words, assuming that the Vaeth Plaintiffs had retained a different law firm to pursue their individual joined claims, it would still be appropriate for the court to stay the Vaeth Action pending the outcome of the certification and leave motion in the Johnson Class Action. In my opinion, the fairest, most efficient, and sensible way to co-ordinate and administer the multiplicity of proceedings is to stay the Vaeth Action until the status of the Johnson Class Action crystallizes.

[52] In other words, there are good reasons for imposing a temporary stay of the Vaeth Action regardless of who the lawyer of record is.

[53] One reason for temporarily staying the Vaeth Action is that while the Vaeth Plaintiffs are entitled to opt-out of the class proceedings, they would not be prejudiced and rather would benefit by delaying making any decision until after the leave motion and the certification motion are adjudicated.

[54] In *Rooney v. Arcelormittal S.A.*, 2013 ONSC 6062, there was a class action in which the plaintiff alleged misrepresentations in the disclosure documents of a takeover bid for Baffinland Iron Mines motion. A group of shareholders who were putative class members in the class action were also applicants in a share valuation application against one of the defendants in the class action. Thus the takeover of Baffinland was at the heart of both the class action and also the valuation proceeding. More specifically, the fair value of the shares in Baffinland was at issue in both proceedings. The plaintiff in the class action supported by the applicants in the valuation application sought a temporary stay of the valuation until after the certification motion.

[55] Notwithstanding the resistance of the defendant common to both the class action and the valuation proceeding, Justice Leitch granted a temporary stay of the valuation proceeding. After noting that the two proceedings shared the same factual background and that there was a substantial overlap of issues, she saw no prejudice to the defendant if the temporary stay was granted. Further, issuing a temporary stay would prevent unnecessary and costly duplication of judicial and legal resources.

[56] I can understand why in some class actions, a putative class member with sufficient resources to take on the defendants directly would be prepared to forgo the advantages of being a class member and not wait to learn the outcome of a certification motion, but this is not such a case. There are no apparent circumstances of urgency compelling the Vaeth Plaintiffs to prosecute their claims ahead of the Class Members' claims. The case at bar is not a personal injury claim where an individual plaintiff with a substantial claim may actually need the compensation sooner than the later of a class action that requires certification before it can progress.

[57] A second reason, to speak colloquially, to temporarily stay the Vaeth Action is that the Defendants cannot be in two places at once. Practically speaking, the individual action and the class action require co-ordination and administration. The need to co-ordinate the multiplicity of proceedings is acute because the Vaeth Plaintiffs and Mr. Johnson both plead causes of action under the Ontario *Securities Act*. The Vaeth Plaintiffs do not need to bring a certification motion, but they do need to bring a motion for leave to pursue their claims under the Ontario *Securities Act*.

[58] The Vaeth Plaintiffs, because they may be satisfied with their common law negligent misrepresentation action, plan to proceed to discoveries on just the common law claim and suggest that the Johnson Class Action can wait. However, the Vaeth Plaintiffs have no automatic right for a bifurcated examination for discovery separating the common law misrepresentation claims from the statutory misrepresentation claims for which leave is required under the Ontario *Securities Act*. At the current time, the Defendants in the Vaeth Action are being asked to deliver their statement of defence, but as I explained above, while they can do so voluntarily, they cannot be obligated to plead until after it is determined whether the court will grant leave to either the Vaeth Plaintiffs or Mr. Johnson to commence the statutory cause of action.

[59] A third reason to temporarily stay the Vaeth Action, but one that is not independent of the fact that Morganti Legal is at the moment lawyer of record on the Vaeth Action and the Johnson Class Action is that practically speaking or *de facto* the Vaeth Action and the Johnson Class Action have been consolidated.

[60] However, in *Obonsawin (c.o.b. Native Leasing Services) v. Canada*, [2002] O.J. No. 2502 (S.C.J.), Justice Epstein held that an individual action could not be joined, i.e. consolidated, with a class action about the same subject matter. She noted at para. 23:

23. Moreover, joinder of a class action with an individual claim is not compatible with the advancement of the objectives of class proceedings. Certainly joinder of an individual action with a class action is not consistent with the objectives of behaviour modification or access to justice. Depending on the facts of the particular case, joinder may also interfere with the type of judicial economy contemplated by class proceedings. In fact, joinder may unnecessarily complicate the class proceeding. There are therefore policy reasons why such joinder should not be permitted.

[61] In *Northfield Capital Corp. v. Aurelian Resources Inc.*, *supra*, Justice Ground held that consolidating an individual claim with a class action proceeding would be contrary to the purpose and goals of the *Class Proceedings Act*, 1992.

[62] In *Abdulrahim v. Nav Canada*, *supra*, which involved a largely settled class action, Justice Strathy, as he then was, refused the remaining defendant's request to have the class action tried together with the individual actions brought by plaintiffs who had opted out of the class action. The opt-out plaintiffs supported this request. Class Counsel objected and submitted that this would be a perversion of the opt-out process because it would permit the opt-outs to dictate the pace of the litigation - to have their cake and eat it - by opting out but continuing to call the tune of the prosecution. Justice Strathy agreed with this submission and stated at para. 66:

66. These authorities acknowledge that class actions, by their very nature, avoid a multiplicity of proceedings and that the rules concerning consolidation of ordinary actions should be applied with some caution to class actions. I therefore agree with the submission of class counsel that a class action cannot be treated as being the same as any other action for the purposes of a motion such as this. A class action is the very embodiment of the principle that a multiplicity of proceedings should be avoided. In permitting a claim to be advanced on behalf of numerous similarly-situated individuals, the class action promotes access to justice and judicial economy. At the same time, the Ontario class action regime permits freedom of choice by allowing those who do not wish to be bound by the outcome of the proceeding to opt out. Thus, the C.P.A. [*Class Proceedings Act*] clearly contemplates that there may be a multiplicity of proceedings arising from the same event or transaction. The statute expressly contemplates that, in spite of its size and scope, the class action will be managed so as to promote its "fair and expeditious" determination. It would be a strange perversion of the intent of the statute if those who opt out are permitted to fetter the progress of the class action. It would be even stranger if those opt-outs could sit on the sidelines

and do nothing while the class action marches to the finish line and then call "time out" so they can catch up.

[63] Where this analysis takes me is to the conclusion that regardless of whom may be their lawyer of record, the Vaeth Plaintiffs should stand their action down until it is determined whether the Johnson Class Action is certified with or without a statutory claim for which leave of the court is required.

[64] If the court grants leave under the Ontario *Securities Act* in the class action for the secondary market misrepresentation claim, it is highly unlikely that the Defendants would not oppose leave being granted in the Vaeth Action, and, in any event, the Vaeth Plaintiffs will be able to make a reasoned decision about whether to opt-out of the Johnson Class Action assuming it was certified.

2. The Joint Retainer Conflicts of Class Counsel

[65] The above analysis has led to the conclusion that regardless of who may be lawyer of record, the Vaeth Action should be temporarily stayed to await the outcome of the leave motion and certification motion in the Johnson Class Action. The above analysis, however, does not address the problem that Morganti Legal is the lawyer of record for the Vaeth Plaintiffs and Mr. Johnson and will remain so during the temporary stay of the Vaeth Action and it will be lawyer of record after the stay is lifted, when the Vaeth Plaintiffs may opt-out of the Johnson Class Action.

[66] Although it denies it, Morganti Legal has a conflict of interest with this joint retainer and may only act for one or the other of these clients. The clients have conflicting interests and the law firm has conflicts of interest in purporting to provide independent legal advice and professional services to both Mr. Johnson and the Vaeth Plaintiffs.

[67] There are inherent conflicts between the joint retainer clients given that the Vaeth Plaintiffs are putative Class Members in the Johnson Class Action that plan to opt-out of the Johnson Class Action. Presumably, the reason that the Vaeth Plaintiffs would opt-out is the belief that they will do better outside the class action than as participants sheltered from adverse costs consequences and from examinations for discovery in the common issues trial without leave of the court.

[68] Once the Vaeth Plaintiffs do opt-out of the Johnson Class Action, there is a direct conflict of interest between the Vaeth Plaintiffs and the Class Members in the Johnson Class Action about the sequence of any settlement if there are genuine or imposed solvency limits on the settlement proceeds. Visualize, if Mr. Johnson negotiated a settlement with the Palladium Defendants at their insurance limits and assuming the Palladium Defendants had no other assets, then there might be nothing left for the Vaeth Plaintiffs.

[69] Visualize; if the Palladium Defendants or KPMG were only prepared to offer a fixed amount of settlement funds, and if the Vaeth Plaintiffs settled first, while their settlement would not require court approval, the settlement could deplete the resources available for Class Members in the Johnson Class Action who might be disappointed by their lawyers allowing this to happen.

[70] If there was enough money for all, unless the formula for distributing the settlement funds was the same for the Vaeth Plaintiffs and the Class Members in the Johnson Class Action, then one or the other may be disappointed in the results achieved by Morganti Legal.

[71] Visualize; if the Palladium Defendants or KPMG were only prepared to offer a fixed amount of settlement funds, then regardless of which client settled first, the other client might be disappointed by what it might regard as an unfair or disproportionate distribution of those settlement funds.

[72] The circumstance of different recoveries for similarly situated persons may have particularly bad optics if the Vaeth Plaintiffs' settlement is a substantially better one than the settlement negotiated for the Class Members in the Johnson Class Action and this circumstance would make obtaining court approval of the settlement more difficult. Thus, the circumstance of Morganti Legal acting for both the Vaeth Plaintiffs and for Class Members in the Johnson Class Action compromises its ability to recommend a settlement for the class that might in their best interests but appear to be a capitulation when contrasted to what the Vaeth Plaintiffs recovered.

[73] In this regard, in this area of the optics of class action settlements, it needs to be noted that the Vaeth Plaintiffs, given their significant individual losses, are more incited to demand a less compromising settlement than Mr. Johnson who given the entrepreneurial model of Ontario's class action regime is, practically speaking, in partnership with Morganti Legal. The law firm accepts the risks of the litigation in return for a contingency fee and it may be assumed that the law firm has agreed to protect Mr. Johnson from his exposure to costs. Morganti Legal, given its assumption of risk compared to the risk assumed by the Vaeth Plaintiffs in their individual actions, may be more inclined to negotiate a less remunerative settlement for Class Members in the Johnson Class Action but one that in the aggregate is a handsome return for the law firm.

[74] Apart from the optics and apart from the difficulties associated with the prospect of different settlements, there is the problem of the deemed undertaking noted above. It is certainly possible that the court might relieve the Vaeth Plaintiffs and Morganti Legal from the deemed undertaking, but there is something unseemly in the Vaeth Plaintiffs opting out of the class action and then using the leverage of that class action against the Defendants possibly to secure a better settlement than the one achieved by the class.

[75] There is also the problem for Morganti Legal of the possibility of conflicting instructions about the prosecution of the claims against the Defendants. As already noted above, there is already one example in the proposal to pursue the Vaeth Plaintiffs' common law negligence claim and park the Johnson Class Action. I do not see this as beneficial to the Class Members.

[76] In *Logan v. Canada (Minister of Health)*, [2002] O.J. No. 522 (S.C.J.), Ms. Bulloch-MacIntosh had an individual personal injury action against Canada and others with respect to allegedly defective jaw implants. Without discontinuing her individual action, Ms. Bulloch-MacIntosh wished to be added as a representative plaintiff in a proposed class action brought by Ms. Logan against Canada so that the discovery evidence in her individual action could be used in Ms. Logan's action. Ms. Logan proposed that her individual action be stayed while she turned her attention to be added to the class action. Justice Winkler, as he then was, adjourned the motion because he reasoned that it was inappropriate for Ms. Bulloch-MacIntosh – and her lawyer of record - to have both a class action and an individual action outstanding and, therefore, the matter of the status of Ms. Bulloch-MacIntosh's individual action had to be addressed first.

Justice Winkler stated at paras. 6-7, with emphasis added:

6. To permit a litigant to maintain their individual action, albeit subject to a stay, while at the same time acting as a representative plaintiff in a class proceeding in respect of the same issues appears, *prima facie*, to be inimical to the objects of the CPA [*Class Proceedings Act*], and in particular to the stated goal of judicial economy or litigation efficiency. The conduct of proceedings in this way creates duplicative litigation in respect of those issues which remain alive if the individual action is merely stayed while the plaintiff in that action participates in the class proceeding. Additionally, the stay against one defendant in the individual action creates the risk of an inherent prejudice through delay to the other defendants, who are not parties to the class proceeding and who have cross-claims to assert against the defendant subject to a stay. The class proceeding has the potential to continue for a significant time, especially if appeals are pursued. **As well, there is the potential for a conflict of interest for Bulloch-MacIntosh and her counsel, who are also class counsel, if both actions are permitted to continue. Each will have obligations in the context of their respective roles as representative plaintiff and class counsel in the class proceeding. Those obligations cannot be performed where an individual action is being maintained by the representative plaintiff at the same time as the class proceeding is being prosecuted.**

7. Moreover, in light of the inherent prejudice of delay, the prospect of duplicative litigation, the complexity occasioned by the presence of cross-claims and the appearance of a conflict of interest on the part of the representative plaintiff and class counsel, it is arguable that granting a stay as opposed to a discontinuance or dismissal, would defeat the elements of fairness, efficiency and manageability that must exist in a class proceeding. See: *Hollick v. Toronto (City)*, [2001] S.C.J. No. 67.

[77] In short, Morganti Legal's plans to act for individual plaintiffs and Class Members is a multiplicity of problems added on top of a multiplicity of proceedings. None of the problems are answered by the consent of the Vaeth Plaintiffs and Mr. Johnson to the joint retainer.

[78] In short, Morganti Legal can act for the Vaeth Plaintiffs, but then Mr. Johnson must retain a new lawyer of record. Or, Morganti Legal can act for Mr. Johnson, but then the Vaeth Plaintiffs must retain a new lawyer or discontinue their own action and participate in the class action, where they will be treated no better or no worse than Mr. Johnson and the other Class Members.

[79] I, therefore, conclude that the Johnson Class Action should be temporarily stayed in the manner described in the introduction to these Reasons for Decision, which I will explain in the next part of these Reasons.

3. The Temporary Stay Orders

[80] As explained above, independent of the conflict of interest problems of Morganti Legal, there are reasons to temporarily stay the Vaeth Action. I, therefore, stay it until the earlier of: (a) the certification of the Johnson Class Action and the delivery of opt-out notices by the Vaeth Plaintiffs; or (b) the discontinuance or other termination of the Johnson Class Action.

[81] The temporary stay of the Vaeth Action would also be lifted if the Vaeth Plaintiffs voluntarily discontinued their own action, which would allow them to participate in the Johnson Class Action. As noted above, the Defendants release the Vaeth Plaintiffs from the undertaking not to commence another class action.

[82] As explained above, because of the conflict of interest problems of Morganti Legal being lawyer of record in both the Vaeth Action and in the Johnson Class Action, it is also necessary to temporarily stay the Johnson Class Action.

[83] Therefore, the Johnson Class Action shall be temporarily stayed until the earlier of: (a) the discontinuance of the Vaeth Action; (b) the delivery of a notice of change of lawyer in the Vaeth Action; or (c) the delivery of a notice of change of lawyer in the Johnson Class Action.

[84] The purpose of this temporary stay is to move toward the situation where Morganti Legal is lawyer of record in just one action, which depends upon whether the Vaeth Plaintiffs discontinue their action or retain a new lawyer of record in the Vaeth Action in which case Morganti Legal could continue to act for Mr. Johnson in his proposed class action. However, if the Vaeth Plaintiffs propose to continue with their action with Morganti Legal as lawyer of record, then Mr. Johnson must obtain a new lawyer of record.

[85] If the Vaeth Action is not discontinued or if no notice of change of lawyer is delivered in the Vaeth Action within ninety days and if no notice of change of lawyer is delivered in the Johnson Class Action within ninety days, then pursuant to s. 29 of the *Class Proceedings Act, 1992*, the Johnson Class Action shall be discontinued.

[86] I have added the above temporal provision to my Order to resolve the current predicament in a timely way and to deal with the contingency of the Vaeth Plaintiffs continuing with Morganti Legal as lawyer of record but Mr. Johnson being unable to obtain new Class Counsel willing to take on the risks of a class action against the Palladium Defendants and KPMG.

[87] Under the *Class Proceedings Act, 1992*, a representative plaintiff cannot be a self-represented party. If Mr. Johnson cannot retain class counsel, he would have no choice but to discontinue his proposed class action, and pursuant to s. 29 of the *Class Proceedings Act, 1992*, I direct that the Johnson Class Action shall be discontinued if he is unable to find a new lawyer of record.

D. CONCLUSION

[88] For the above reasons, I make the order described at the outset of these Reasons for Decision.

[89] If the parties cannot agree about the matter of costs, they may make submissions in writing beginning with the Defendants' submissions within 20 days of the release of these Reasons for Decision followed by Mr. Johnson's and the Vaeth Plaintiffs' submissions within a further 20 days.

Perell, J.

CITATION: Vaeth v. North American Palladium Ltd., 2016 ONSC 5015
COURT FILE NO.: CV-15-11067-00CL
COURT FILE NO.: CV-16-548624
DATE: 20160808

**ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE**

BETWEEN:

WOLFGANG VAETH, ANIKA VAETH, ROWITHA
VAETH, SASKIA VAETH, THORSTEN
FUERHOLZER, ROSWITHA FUERHOLZER,
SABINE FUERHOLZER, and BURKHARD
SCHNEIDER

Plaintiffs

– and –

NORTH AMERICAN PALLADIUM LTD., PHIL DU
TOIT, DAVID LANGILLE, and KPMG LLP

Defendants

AND BETWEEN:

CRAIG JOHNSON

Plaintiff

– and –

NORTH AMERICAN PALLADIUM LTD., PHIL DU
TOIT, DAVID LANGILLE, and KPMG LLP

Defendants

REASONS FOR DECISION

PERELL J.

Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada (Trustees of) v. Sino-Forest Corp.

Ontario Judgments

Ontario Superior Court of Justice

G.B. Morawetz R.S.J.

Heard: May 11, 2015.

Judgment: June 24, 2015.

[2015] O.J. No. 5550 | 2015 ONSC 4004 | 27 C.B.R. (6th) 134 | 2015 CarswellOnt 9738
| 256 A.C.W.S. (3d) 304

Between The Trustees of the Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada, the Trustees of the International Union of Operating Engineers Local 793 Pension Plan for Operating Engineers in Ontario, Sjunde AP-Fonden, David Grant and Robert Wong, Plaintiffs, and Sino-Forest Corporation, Ernst and Young LLP, BDO Limited (formerly known as BDO McCabe Lo Limited) Allen T.Y. Chan, W. Judson Martin, Kai Kat Poon, David J. Horsley, William E. Ardell, James P. Bowland, James M.E. Hyde, Edmund Mak, Simon Murray, Peter Wang, Garry J. West, Credit Suisse Securities (Canada), Inc., TD Securities Inc., Dundee Securities Corporation, RBC Dominion Securities Inc., Scotia Capital Inc., CIBC World Markets Inc., Merrill Lynch Canada Inc., Canaccord Financial Ltd., Maison Placements Canada Inc, Credit Suisse Securities (USA) LLC and Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated (successor by merger to Banc of America Securities LLC), Defendants

(50 paras.)

Case Summary

Civil procedure — Parties — Class or representative actions — Settlements — Approval — Motion by the class action plaintiffs for approval of minutes of settlement dismissed — The Litigation Trustee objected on the grounds that it was not consulted in the settlement — The class action plaintiffs must accept that the consent of the Trustee and Monitor were required to approve the settlement, pursuant to a 2012 creditors' arrangement — However, the Trustee, who had no economic interest, should not arbitrarily withhold consent — The parties were directed to negotiate a resolution — If they were unable to do so, the class action plaintiffs could bring their motion again.

Motion by the class action plaintiffs for approval of minutes of settlement of the action against the defendants dismissed. The class action plaintiffs and the defendants had reached an agreement of settlement, whereby the defendants would pay the class action plaintiffs \$32.5 million. The settlement included a release of all named third parties. The Litigation Trustee (Trustee) objected on the grounds that it had been excluded from the settlement negotiations. The Trustee claimed that its consent, and that of the Monitor, was required to release third parties, pursuant to a 2012 creditor arrangement. The plaintiffs argued that the court could approve the settlement notwithstanding the Trustee's objections, as the Trustee had no economic interest in the settlement and was being arbitrary in withholding consent. The class action plaintiffs also argued that the court could "deem" the Trustee's acceptance.

HELD: Motion dismissed.

The class action plaintiffs must accept that the creditors' arrangement required the consent of the

Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada (Trustees of) v. Sino-Forest Corp.

Trustee and Monitor for release of third parties. Further, the class action plaintiffs had been aware, at all times, of the need for the Trustee's consent to any third party release. However, the Trustee had no economic interest in the settlement and should not withhold consent arbitrarily or capriciously. The parties were directed to negotiate a resolution to the issue; if no resolution could be reached, the class action plaintiffs could bring their motion again for determination by the court.

Statutes, Regulations and Rules Cited:

Companies' Creditors Arrangement Act, RSC c. C-36,

Counsel

Ken Rosenberg, Kirk Baert, A. Dimitri Lascaris for Ad Hoc Committee of Purchasers of the Applicant Securities, including the Representative Plaintiffs in the Ontario Class Action.

Robert Staley, Derek J. Bell, Jonathan Bell for Sino-Forest Litigation Trust.

Derrick Tay for Monitor.

Bryan McLeese for US Plaintiffs.

Brandon Barnes for Mr. Kai Kit Poon.

Jason Beitchman for Allen T.Y. Chan.

David Bish, John Fabello, Rebecca Wise for Dealers.

Robert Wong for himself.

Kenneth Dekker for BDO Limited.

G.B. MORAWETZ R.S.J.

1 Some roads lead to nowhere. Others are dead-end or circular. None of these can take you to your destination. In legal terms, no party obtains the desired outcome. That seems to be the case here.

2 This motion is brought to approve a \$32.5 million settlement with Credit Suisse Securities (Canada) Inc., TD Securities Inc., Dundee Securities Corporation, RBC Dominion Securities Inc., Scotia Capital Inc., CIBC World Markets Inc., Merrill Lynch Canada Inc., Canaccord Financial Ltd and Maison Placements Canada Inc., Credit Suisse Securities (USA) LLC and Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith Incorporated (successor by merger to Banc of America Securities LLC) (the "Dealers" and the "Dealers Settlement"), defendants in a class action concerning Sino-Forest Corporation ("Sino-Forest" or "SFC").

3 Counsel to the Ad Hoc Committee of Purchasers of the Applicants' securities, including the Representative Plaintiffs in the Ontario Class Action (the "Class Action Plaintiffs"), submits that the

Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada (Trustees of) v. Sino-Forest Corp.

settlement is the product of hard-fought and protracted negotiations which were conducted in the securities class actions and CCAA proceedings.

4 Minutes of Settlement were entered into in late December 2014.

5 The Dealers Settlement is to be implemented through Sino-Forest's Plan of Compromise and Reorganization (the "Plan"), which has received court sanction in the Sino-Forest proceeding under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, RSC c, C-36, as Amended (the "CCAA"). The Plan requires that the Dealers Settlement be "acceptable" to the Litigation Trustee. The Litigation Trustee has not indicated that the Dealers Settlement is acceptable.

6 The Class Action Plaintiffs request that the Court approve the settlement and the release without the consent of the Litigation Trustee. The Dealers support this position.

7 The Litigation Trustee opposes the motion. The Litigation Trustee requests an order requiring the Dealers and Class Action Plaintiffs to comply with the consent requirements articulated in the Plan definition of Named Third Party Defendant Release prior to seeking approval of a third party release.

8 The motion is also for an order:

- (a) approving the proposed claims and distribution protocol setting out the process for the allocation and distribution of the net proceeds of the Settlement Funds; and
- (b) appointing a Settlement Administrator.

9 Argument on the return of the motion was limited to the threshold issue, namely, whether the Dealers Settlement could be approved over the objections of the Class Action Plaintiffs in relation to the consent requirements articulated in the definition of Named Third Party Defendant Release. This threshold issue has to be determined before considering the merits of the Dealers Settlement. Accordingly, argument on the remaining issues was deferred.

10 In order to analyze the positions of the Class Action Plaintiffs and the Litigation Trust, it is helpful to review a chronology of relevant events.

11 At a creditors meeting held on December 3, 2012, an overwhelming majority of Sino-Forest's affected creditors approved the Plan.

12 Pursuant to a Litigation Trust Agreement dated January 30, 2013 (the "Trust Agreement"), the Plan and the CCAA Plan Sanction Order, Mr. Cosimo Borrelli was appointed as the Litigation Trustee of the SFC Litigation Trust, the plaintiffs in this action. Under the Trust Agreement and the CCAA Plan Sanction Order, the Litigation Trust assets of SFC were transferred to the SFC Litigation Trust. The Litigation Trust Assets include the Litigation Trust Claims, the Litigation Funding Amount, and any other assets acquired by the SFC Litigation Trust on or after the effective date pursuant to the Trust Agreement or the CCAA Plan.

13 The Litigation Trust Claims (as defined in the CCAA Plan) consist of any and all claims which have been or may be asserted by or on behalf of (a) SFC against any and all third parties; or (b) the Trustees (on behalf of the former Noteholders in SFC) against any and all persons in connection with the Notes issued by SFC, other than in either case "(i) any claim, right or cause of action against any Person that is released pursuant to Article 7 [of the Plan]; or (ii) any Excluded Litigation Trust Claim."

14 Section 4.12(b) of the Plan reads:

All causes of action against the Underwriters by (i) SFC or (ii) the Trustees (on behalf of the Noteholders) shall be deemed to be Excluded Litigation Trust Claims that are fully, finally, irrevocably and forever compromised, released, discharged, canceled and barred on the Plan implementation date in accordance with Article 7 hereof, provided that, unless otherwise agreed by SFC and the initial consenting Noteholders prior to the Plan implementation date in accordance with section 4.12(a) hereof, any such Causes of Action for fraud or criminal conduct shall not constitute Excluded Litigation Trust Claims and shall be transferred to the Litigation Trust in accordance with section 6.4(o) hereof.

15 Pursuant to section 4.12(b), the cause of action of the Litigation Trust as against the Dealers was deemed to be an Excluded Litigation Trust Claim and thus, does not form part of the Litigation Trust Claims. This fact is not in dispute.

16 Subsequent to the sanction of the Plan, the Class Action Plaintiffs agreed to Minutes of Settlement to resolve the claims advanced against the Dealers in the Ontario Class Action in exchange for \$32,500,000. If the settlement is approved, the Class Action Plaintiffs seek to allocate 69.23% of the aggregate settlement funds available for distribution (after deducting Class Counsel fees and certain other amounts) to subordinated equity claim holders, with the remaining 30.769% being allocated to Noteholder claimants.

17 As part of the proposed settlement, the Dealers also seek to obtain a CCAA Plan release.

18 The CCAA Plan provides a mechanism by which "Named Third Party Defendants" in the class actions can take advantage of a prescribed settlement framework to obtain the benefit of a broad release of all claims under the terms of the Plan. Specifically, the Plan allows a "Named Third Party Defendant" to settle specified litigation in relation to Sino-Forest, and to obtain a "Named Third Party Defendant Release" (the "CCAA Release") subject to certain conditions.

19 The term "Named Third Party Defendant Release" is defined at section 1.1 of the CCAA Plan, which reads:

"Named Third Party Defendant Release" means a release of any applicable Named Third Party Defendant agreed to pursuant to a Named Third Party Settlement and approved pursuant to a Named Third Party Defendant Settlement Order, provided that such release must be acceptable to SFC (if on or prior to the Plan Implementation Date), the Monitor, the initial consenting Noteholders (if on or prior to the Plan Implementation Date) and the Litigation Trustee (if after the Plan Implementation Date), and provided further that such release shall not affect the plaintiffs in the Class Actions without the consent of counsel to the Ontario Class Action Plaintiffs.

20 Mr. Borrelli, in his capacity as Litigation Trustee of the SFC Litigation Trust, submits that the overwhelming support for the CCAA Plan was the result of exhaustive negotiations between Sino-Forest, the Monitor, and various constituent groups. Mr. Borrelli also submits that the Plan was a heavily negotiated document in which both the Class Action Plaintiffs and the Dealers' counsel were directly involved. The Plan was sanctioned on December 10, 2012, more than two years before the Minutes of Settlement were concluded.

21 This was the situation at the time when the Minutes of Settlement were entered into: the Plan had been sanctioned; the action against the Dealers was an Excluded Trust Litigation Claim; and the

Labourers' Pension Fund of Central and Eastern Canada (Trustees of) v. Sino-Forest Corp.

Dealers and the Class Action Plaintiffs were aware of the procedure required to obtain a CCAA Release.

22 The Litigation Trust complains that not only have the Dealers failed to obtain its consent and that of the Monitor, they have deliberately excluded the Litigation Trustee and the Monitor from all negotiations giving rise to the settlement for which they now seek court approval.

23 The Litigation Trust further complains that the Dealers only advised that they had entered into a settlement agreement that purportedly "entitled" them to a CCAA Release after they had executed minutes of settlement with the Class Action Plaintiffs. They further complain that neither the Litigation Trustee nor the Monitor was consulted regarding terms for their consent to a CCAA Release.

24 Upon learning of the settlement, counsel to the Litigation Trustee reminded counsel to the Dealers that the Class Action Plaintiffs had been put on notice on several occasions (dating back to 2013) that they could not offer a CCAA Release without the prior consent of the Litigation Trustee and the Monitor.

25 Counsel to the Litigation Trustee takes the position that, as a result of its exclusion from all negotiations, the Litigation Trustee was unfairly denied any opportunity to seek consideration from the beneficiaries of the SFC Litigation Trust ("SFC Non-Subordinated Creditors"). That includes non-monetary forms of consideration, such as the cooperation provisions obtained in the settlement with Mr. David Horsley or those obtained in favour of the Class Action Plaintiffs in the proposed settlement with the Dealers.

26 It seems clear to me that the Dealers were aware, at all times, that the Plan required any third party release provided to the Dealers to be acceptable to the Litigation Trust and the Monitor.

27 The Class Action Plaintiffs, recognizing that the action as against the Dealers was an Excluded Litigation Trust Claim, decided to forge ahead and conclude the Minutes of Settlement without addressing the issue of whether or not the CCAA Release would be acceptable to the Litigation Trust.

28 In effect, the Class Action Plaintiffs now seek the court's assistance to override the specific language of the Plan.

29 The Class Action Plaintiffs submit that the Litigation Trust may not unreasonably withhold its acknowledgement of the CCAA Release as being "acceptable". They rely on statements that have been made in a number of cases, notably *Ted Leroy Trucking Ltd., Re*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379 (S.C.C.) (at paras. 14 and 19-21), to the effect that the CCAA is a flexible statute. They submit that flexibility permits the court to grant the CCAA Release notwithstanding the Litigation Trust's refusal to confirm that it is "acceptable". Counsel submits that the CCAA gives the court broad jurisdiction to make orders and "fill in the gaps in legislation" so as to give effect to the objects of the statute.

30 Counsel further submits that the Court may "deem" that the Litigation Trustee has provided its acceptance, or to approve the CCAA Release in the absence of the Litigation Trustee's consent. Counsel references *Playdium Entertainment Corp., Re*, [2001] O.J. No. 4252 (Ont. S.C.J. [Commercial List]) where the debtor Playdium sought an order permitting it to assign an asset. It required the consent of Famous Players, which consent, pursuant to a contract, could not be unreasonably withheld. Although Spence J. found that it was entirely reasonable for Famous Players to withhold its consent, he concluded that he had jurisdiction to approve the assignment.

31 At paragraph 23 he stated:

If there were no CCAA order in place and Playdium wished to assign it to the proposed assignees, it would not be able to do so, in view of Famous Players' withholding of its consent. The CCAA order affords a context in which the Court has the jurisdiction to make the order. For the order to be appropriate, it must be in keeping with the purposes and spirit of the regime created by CCAA ...

32 In my view, the *Playdium* case can be distinguished in these circumstances. In *Playdium*, the transaction involved assignment to the assignee, a new entity, of the material contracts of the business of *Playdium*. These contracts provided that they could not be assigned without the consent of Famous Players, which consent could not be unreasonably withheld. These contracts were entered into prior to the CCAA filing. Spence J. was of the view that the CCAA could be used in certain circumstances to override this consent right.

33 In the case, the agreements came into effect after the CCAA filing. All parties acknowledge that the CCAA Plan was the product of extensive negotiations among Sino-Forest, the Monitor, and various constituent groups. As noted above, Mr. Borrelli stated that the Plan was a heavily negotiated document and both the Class Action Plaintiff and the Dealers counsel participated in its formation.

34 In my view, this is an important distinction. In a post-filing CCAA environment, with each interested party carefully negotiating its position, the CCAA Plan and the subsequent Litigation Trust Agreement were drafted in a careful and comprehensive manner. Given that the Class Action Plaintiffs participated in the negotiation of the documents and the crafting of the defined terms referenced herein, there was never any doubt that the Class Action Plaintiffs were aware that the CCAA Release had to be acceptable to the Litigation Trust and the Monitor.

35 In my view, the plain wording of the defined term "Named Third Party Defendant Release" leads to the inescapable conclusion that the Release must be in a form which is acceptable to the Litigation Trustee and the Monitor. The position of the Class Action Plaintiffs, which in effect, seeks to override this requirement, is flawed. In my view, it would not be appropriate, at this time, to override the consent rights of the Litigation Trustee and the Monitor.

36 On the other side, the position of the Litigation Trust is also flawed. The Litigation Trust has no economic interest in this action. Indeed, the Class Action Plaintiffs characterize the Litigation Trust's opposition to the Dealers Settlement as a "stick-up". While the Litigation Trust takes the position that there are some ancillary issues involved that could possibly lead to a portion of the consideration being allocated to it, the action itself is an Excluded Litigation Trust Claim whose benefits should therefore accrue to the Class Action Plaintiffs.

37 Each side, in effect, has tried to stymie the other. The Class Action Plaintiffs negotiated the Minutes of Settlement without regard to whether or not the CCAA Release would be acceptable to the SFC Litigation Trustee. They want the court's assistance in rewriting the contract. The Litigation Trust, in turn, recognizes that it has no economic value in the Dealers Action, but wants to obtain indirect compensation in exchange for providing the formal declaration that the CCAA Release is in an acceptable form. The result is a classic stalemate.

38 The Class Action Plaintiffs do not wish to concede any part of the settlement proceeds to the Litigation Trust. The Litigation Trust has to be satisfied that the CCAA Release is acceptable. The Dealers Settlement cannot be consummated without the CCAA Release.

39 The Class Action Plaintiffs want to consummate the Dealers Settlement. They cannot do so with the cooperation of the Litigation Trust. The Litigation Trust wants concessions from the Class Action Plaintiffs, but acknowledges that it has no economic interest in the action itself. The parties are at an impasse.

40 The situation is not unlike disputes over a generation ago which involved a receiver and a trustee in bankruptcy in relation to proceeds arising from the assignment of a leasehold interest of a bankrupt.

41 Some of the issues were referenced by Henry J. in *Karelia Ltd., Re* (1980), 31 O.R. (2d) 153, [1980] O.J. No. 3842 (Ont. S.C.). In the regime in existence at that time, only a trustee in bankruptcy had the statutory right to effect an assignment of an unexpired portion of a lease of a bankrupt tenant to a fit and proper assignee. In many circumstances, the leasehold interest, with the exception of the last day of the lease, had been pledged as security to a secured creditor. Thus, the situation that confronted both the receiver and a trustee was that the secured creditor would have the economic interest in the proceeds arising from the assignment of any unexpired portion of a lease, but the receiver had no ability to compel the landlord agree to the assignment.

42 As a result, in the absence of landlord consent, an assignment could only take place if the receiver was able to reach an accommodation with the trustee. The reality was that the trustee, with no economic interest in the proceeds arising from the assignment of a leasehold interest, was in a position to extract some consideration from the secured creditor.

43 These forced negotiations, or negotiations by necessity, between the trustee and the receiver resemble the situation now facing the Litigation Trustee (Trustee in Bankruptcy) and the Class Action Plaintiffs (the Secured Creditor or Receiver). Each side requires a degree of cooperation from the other.

44 All parties should be mindful of the guidance recently provided by the Supreme Court of Canada in *Bhasin v. Hrynew*, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494 (S.C.C.). At paragraph 63 the court held as follows:

The first step is to recognize that there is an organizing principle of good faith that underlies and manifests itself in various more specific doctrines governing contractual performance. That organizing principle is simply that parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily.

45 The CCAA Plan is, in effect, a contract. Both sides should attempt to resolve this issue in good faith.

46 The CCAA Release must be acceptable to the Litigation Trust and the Monitor. The Class Action Plaintiffs have to recognize that reality. In return, the Litigation Trust must acknowledge that it has no economic interest in the action itself and that its consent to a CCAA Release should not be arbitrarily withheld. To date, the Monitor has not taken a position.

47 The threshold issue is resolved in favour of the Litigation Trust. The CCAA Release must be acceptable to the Litigation Trustee and the Monitor.

48 However, the Litigation Trustee, having no economic interest in the Dealer Action, must perform its contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily. On the other hand, the Class Action Plaintiffs must recognize that the Litigation Trustee does have certain rights.

49 While the parties may already have had some discussions to resolve their difference, it seems to me that they should attempt to resolve this issue in accordance with the principles set forth in *Bhasin, supra*. Accordingly, I direct the parties to negotiate with each other to resolve this issue and to return to court at a 9:30 hearing on Friday, July 24, 2015, to report their progress to me.

50 If the matter is not resolved on or prior to that date, the Class Action Plaintiffs can renew their motion for the requested relief and a date will be set for argument on the issue of whether the parties have indeed been negotiating in good faith in accordance with the principles set forth in *Bhasin, supra*. If necessary, I will then determine whether the relief requested by the Class Action Plaintiffs can be granted over the objections of the Litigation Trustee.

Century Services Inc. Appellant

v.

**Attorney General of Canada on behalf
of Her Majesty The Queen in Right of
Canada Respondent**

**INDEXED AS: CENTURY SERVICES INC. v. CANADA
(ATTORNEY GENERAL)**

2010 SCC 60

File No.: 33239.

2010: May 11; 2010: December 16.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA**

Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Crown applying on eve of bankruptcy of debtor company to have GST monies held in trust paid to Receiver General of Canada — Whether deemed trust in favour of Crown under Excise Tax Act prevails over provisions of Companies' Creditors Arrangement Act purporting to nullify deemed trusts in favour of Crown — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 18.3(1) — Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222(3).

Bankruptcy and insolvency — Procedure — Whether chambers judge had authority to make order partially lifting stay of proceedings to allow debtor company to make assignment in bankruptcy and to stay Crown's right to enforce GST deemed trust — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, s. 11.

Trusts — Express trusts — GST collected but unremitted to Crown — Judge ordering that GST be held by Monitor in trust account — Whether segregation of Crown's GST claim in Monitor's account created an express trust in favour of Crown.

Century Services Inc. Appelante

c.

**Procureur général du Canada au
nom de Sa Majesté la Reine du chef du
Canada Intimé**

**RÉPERTORIÉ : CENTURY SERVICES INC. c. CANADA
(PROCUREUR GÉNÉRAL)**

2010 CSC 60

N^o du greffe : 33239.

2010 : 11 mai; 2010 : 16 décembre.

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

**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE**

Faillite et insolvabilité — Priorités — Demande de la Couronne à la société débitrice, la veille de la faillite, sollicitant le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue en fiducie au titre de la TPS — La fiducie réputée établie par la Loi sur la taxe d'accise en faveur de la Couronne l'emporte-t-elle sur les dispositions de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies censées neutraliser ces fiducies? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 18.3(1) — Loi sur la taxe d'accise, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222(3).

Faillite et insolvabilité — Procédure — Le juge en cabinet avait-il le pouvoir, d'une part, de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre à la compagnie débitrice de faire cession de ses biens en faillite et, d'autre part, de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11.

Fiducies — Fiducies expresses — Somme perçue au titre de la TPS mais non versée à la Couronne — Ordonnance du juge exigeant que la TPS soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie — Le fait que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte du contrôleur a-t-il créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne?

The debtor company commenced proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA"), obtaining a stay of proceedings to allow it time to reorganize its financial affairs. One of the debtor company's outstanding debts at the commencement of the reorganization was an amount of unremitted Goods and Services Tax ("GST") payable to the Crown. Section 222(3) of the *Excise Tax Act* ("ETA") created a deemed trust over unremitted GST, which operated despite any other enactment of Canada except the *Bankruptcy and Insolvency Act* ("BIA"). However, s. 18.3(1) of the CCAA provided that any statutory deemed trusts in favour of the Crown did not operate under the CCAA, subject to certain exceptions, none of which mentioned GST.

Pursuant to an order of the CCAA chambers judge, a payment not exceeding \$5 million was approved to the debtor company's major secured creditor, Century Services. However, the chambers judge also ordered the debtor company to hold back and segregate in the Monitor's trust account an amount equal to the unremitted GST pending the outcome of the reorganization. On concluding that reorganization was not possible, the debtor company sought leave of the court to partially lift the stay of proceedings so it could make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown moved for immediate payment of unremitted GST to the Receiver General. The chambers judge denied the Crown's motion, and allowed the assignment in bankruptcy. The Court of Appeal allowed the appeal on two grounds. First, it reasoned that once reorganization efforts had failed, the chambers judge was bound under the priority scheme provided by the ETA to allow payment of unremitted GST to the Crown and had no discretion under s. 11 of the CCAA to continue the stay against the Crown's claim. Second, the Court of Appeal concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account, the chambers judge had created an express trust in favour of the Crown.

Held (Abella J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.: The apparent conflict between s. 222(3) of the ETA and s. 18.3(1) of the CCAA can be resolved through an interpretation that properly recognizes the history of the CCAA, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by

La compagnie débitrice a déposé une requête sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC ») et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. Parmi les dettes de la compagnie débitrice au début de la réorganisation figurait une somme due à la Couronne, mais non versée encore, au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS »). Le paragraphe 222(3) de la *Loi sur la taxe d'accise* (« LTA ») crée une fiducie réputée visant les sommes de TPS non versées. Cette fiducie s'applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (« LFI »). Toutefois, le par. 18.3(1) de la LACC prévoyait que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, les fiducies réputées établies par la loi en faveur de la Couronne ne s'appliquaient pas sous son régime.

Le juge siégeant en son cabinet chargé d'appliquer la LACC a approuvé par ordonnance le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars. Toutefois, il a également ordonné à la compagnie débitrice de retenir un montant égal aux sommes de TPS non versées et de le déposer séparément dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à l'issue de la réorganisation. Ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, la compagnie débitrice a demandé au tribunal de lever partiellement la suspension des procédures pour lui permettre de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. La Couronne a demandé par requête le paiement immédiat au receveur général des sommes de TPS non versées. Le juge siégeant en son cabinet a rejeté la requête de la Couronne et autorisé la cession des biens. La Cour d'appel a accueilli l'appel pour deux raisons. Premièrement, elle a conclu que, après que la tentative de réorganisation eut échoué, le juge siégeant en son cabinet était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'autoriser le paiement à la Couronne des sommes qui lui étaient dues au titre de la TPS, et que l'art. 11 de la LACC ne lui conférait pas le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne. Deuxièmement, la Cour d'appel a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur, le juge siégeant en son cabinet avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

Arrêt (la juge Abella est dissidente) : Le pourvoi est accueilli.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell : Il est possible de résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la LTA et le par. 18.3(1) de la LACC en les interprétant d'une manière qui tienne compte adéquatement de l'historique de la LACC, de la fonction de cette loi parmi

Parliament and the principles for interpreting the *CCAA* that have been recognized in the jurisprudence. The history of the *CCAA* distinguishes it from the *BIA* because although these statutes share the same remedial purpose of avoiding the social and economic costs of liquidating a debtor's assets, the *CCAA* offers more flexibility and greater judicial discretion than the rules-based mechanism under the *BIA*, making the former more responsive to complex reorganizations. Because the *CCAA* is silent on what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily provides the backdrop against which creditors assess their priority in the event of bankruptcy. The contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the *CCAA* and the *BIA*, and one of its important features has been a cutback in Crown priorities. Accordingly, the *CCAA* and the *BIA* both contain provisions nullifying statutory deemed trusts in favour of the Crown, and both contain explicit exceptions exempting source deductions deemed trusts from this general rule. Meanwhile, both Acts are harmonious in treating other Crown claims as unsecured. No such clear and express language exists in those Acts carving out an exception for GST claims.

When faced with the apparent conflict between s. 222(3) of the *ETA* and s. 18.3(1) of the *CCAA*, courts have been inclined to follow *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* and resolve the conflict in favour of the *ETA*. *Ottawa Senators* should not be followed. Rather, the *CCAA* provides the rule. Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so expressly and elaborately. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. The internal logic of the *CCAA* appears to subject a GST deemed trust to the waiver by Parliament of its priority. A strange asymmetry would result if differing treatments of GST deemed trusts under the *CCAA* and the *BIA* were found to exist, as this would encourage statute shopping, undermine the *CCAA*'s remedial purpose and invite the very social ills that the statute was enacted to avert. The later in time enactment of the more general s. 222(3) of the *ETA* does not require application of the doctrine of implied repeal to the earlier and more specific s. 18.3(1) of the *CCAA* in the circumstances of this case. In any event,

l'ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d'insolvabilité et des principes d'interprétation de la *LACC* reconnus dans la jurisprudence. L'historique de la *LACC* permet de distinguer celle-ci de la *LFI* en ce sens que, bien que ces lois aient pour objet d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de l'actif d'un débiteur, la *LACC* offre plus de souplesse et accorde aux tribunaux un plus grand pouvoir discrétionnaire que le mécanisme fondé sur des règles de la *LFI*, ce qui rend la première mieux adaptée aux réorganisations complexes. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence permettant aux créanciers de savoir s'ils ont la priorité dans l'éventualité d'une faillite. Le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser les aspects communs à la *LACC* et à la *LFI*, et l'une des caractéristiques importantes de cette réforme est la réduction des priorités dont jouit la Couronne. Par conséquent, la *LACC* et la *LFI* contiennent toutes deux des dispositions neutralisant les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif en faveur de la Couronne, et toutes deux comportent des exceptions expresses à la règle générale qui concernent les fiducies réputées établies à l'égard des retenues à la source. Par ailleurs, ces deux lois considèrent les autres créances de la Couronne comme des créances non garanties. Ces lois ne comportent pas de dispositions claires et expresses établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

Les tribunaux appelés à résoudre le conflit apparent entre le par. 222(3) de la *LTA* et le par. 18.3(1) de la *LACC* ont été enclins à appliquer l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* et à trancher en faveur de la *LTA*. Il ne convient pas de suivre cet arrêt. C'est plutôt la *LACC* qui énonce la règle applicable. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Il semble découler de la logique interne de la *LACC* que la fiducie réputée établie à l'égard de la TPS est visée par la renonciation du législateur à sa priorité. Il y aurait une étrange asymétrie si l'on concluait que la *LACC* ne traite pas les fiducies réputées à l'égard de la TPS de la même manière que la *LFI*, car cela encouragerait les créanciers à recourir à la loi la plus favorable, minerait les objectifs réparateurs de la *LACC* et risquerait de favoriser les maux sociaux que l'édiction de ce texte législatif visait justement à

recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in s. 18.3 of the Act being renumbered and reformulated, making it the later in time provision. This confirms that Parliament's intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*. The conflict between the *ETA* and the *CCAA* is more apparent than real.

The exercise of judicial discretion has allowed the *CCAA* to adapt and evolve to meet contemporary business and social needs. As reorganizations become increasingly complex, *CCAA* courts have been called upon to innovate. In determining their jurisdiction to sanction measures in a *CCAA* proceeding, courts should first interpret the provisions of the *CCAA* before turning to their inherent or equitable jurisdiction. Noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the *CCAA* is capable of supporting. The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. The requirements of appropriateness, good faith and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. The question is whether the order will usefully further efforts to avoid the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company, which extends to both the purpose of the order and the means it employs. Here, the chambers judge's order staying the Crown's GST claim was in furtherance of the *CCAA*'s objectives because it blunted the impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation and fostered a harmonious transition from the *CCAA* to the *BIA*, meeting the objective of a single proceeding that is common to both statutes. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of *BIA* proceedings, but no gap exists between the two statutes because they operate in tandem and creditors in both cases look to the *BIA* scheme of distribution to foreshadow how they will fare if the reorganization is unsuccessful. The breadth of the court's discretion under the *CCAA* is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. Hence, the chambers judge's order was authorized.

prévenir. Le paragraphe 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et générale que le par. 18.3(1) de la *LACC*, n'exige pas l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. En tout état de cause, par suite des modifications apportées récemment à la *LACC* en 2005, l'art. 18.3 a été reformulé et renuméroté, ce qui en fait la disposition postérieure. Cette constatation confirme que c'est dans la *LACC* qu'est exprimée l'intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS. Le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel.

L'exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires a fait en sorte que la *LACC* a évolué et s'est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains. Comme les réorganisations deviennent très complexes, les tribunaux chargés d'appliquer la *LACC* ont été appelés à innover. Les tribunaux doivent d'abord interpréter les dispositions de la *LACC* avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour établir leur pouvoir de prendre des mesures dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. À cet égard, il faut souligner que le texte de la *LACC* peut être interprété très largement. La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n'a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. L'opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l'esprit lorsqu'il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Il s'agit de savoir si l'ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l'objectif d'éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d'une compagnie insolvable. Ce critère s'applique non seulement à l'objectif de l'ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. En l'espèce, l'ordonnance du juge siégeant en son cabinet qui a suspendu l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, parce qu'elle avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et favorisait une transition harmonieuse entre la *LACC* et la *LFI*, répondant ainsi à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*, mais il n'existe aucun hiatus entre ces lois étant donné qu'elles s'appliquent de concert et que, dans les deux cas, les créanciers examinent le régime de distribution prévu par la *LFI* pour connaître la situation qui serait la leur en cas d'échec de la réorganisation. L'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC* suffit pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime de la *LFI*. Le juge siégeant en son cabinet pouvait donc rendre l'ordonnance qu'il a prononcée.

No express trust was created by the chambers judge's order in this case because there is no certainty of object inferable from his order. Creation of an express trust requires certainty of intention, subject matter and object. At the time the chambers judge accepted the proposal to segregate the monies in the Monitor's trust account there was no certainty that the Crown would be the beneficiary, or object, of the trust because exactly who might take the money in the final result was in doubt. In any event, no dispute over the money would even arise under the interpretation of s. 18.3(1) of the CCAA established above, because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the CCAA and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount.

Per Fish J.: The GST monies collected by the debtor are not subject to a deemed trust or priority in favour of the Crown. In recent years, Parliament has given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme but has declined to amend the provisions at issue in this case, a deliberate exercise of legislative discretion. On the other hand, in upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, courts have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In the context of the Canadian insolvency regime, deemed trusts exist only where there is a statutory provision creating the trust and a CCAA or BIA provision explicitly confirming its effective operation. The *Income Tax Act*, the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* all contain deemed trust provisions that are strikingly similar to that in s. 222 of the *ETA* but they are all also confirmed in s. 37 of the CCAA and in s. 67(3) of the BIA in clear and unmistakable terms. The same is not true of the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament created a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it did not confirm the continued operation of the trust in either the BIA or the CCAA, reflecting Parliament's intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

L'ordonnance du juge siégeant en son cabinet n'a pas créé de fiducie expresse en l'espèce, car aucune certitude d'objet ne peut être inférée de cette ordonnance. La création d'une fiducie expresse exige la présence de certitudes quant à l'intention, à la matière et à l'objet. Lorsque le juge siégeant en son cabinet a accepté la proposition que les sommes soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie, car il y avait un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent en fin de compte. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la LACC dégagee précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à l'argent, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la LACC et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question.

Le juge Fish : Les sommes perçues par la débitrice au titre de la TPS ne font l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité, mais il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il s'agit d'un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer. Par contre, en maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la LTA, les tribunaux ont protégé indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. Dans le contexte du régime canadien d'insolvabilité, il existe une fiducie réputée uniquement lorsqu'une disposition législative crée la fiducie et qu'une disposition de la LACC ou de la LFI confirme explicitement l'existence de la fiducie. La *Loi de l'impôt sur le revenu*, le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* renferment toutes des dispositions relatives aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l'art. 222 de la LTA, mais le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions est confirmé à l'art. 37 de la LACC et au par. 67(3) de la LFI en termes clairs et explicites. La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la LTA. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu'il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l'effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne confirme pas l'existence de la fiducie dans la LFI ou la LACC, ce qui témoigne de son intention de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l'introduction de la procédure d'insolvabilité.

Per Abella J. (dissenting): Section 222(3) of the *ETA* gives priority during *CCAA* proceedings to the Crown's deemed trust in unremitted GST. This provision unequivocally defines its boundaries in the clearest possible terms and excludes only the *BIA* from its legislative grasp. The language used reflects a clear legislative intention that s. 222(3) would prevail if in conflict with any other law except the *BIA*. This is borne out by the fact that following the enactment of s. 222(3), amendments to the *CCAA* were introduced, and despite requests from various constituencies, s. 18.3(1) was not amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. This indicates a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the *CCAA*.

The application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. An earlier, specific provision may be overruled by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails. Section 222(3) achieves this through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3). By operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) after the enactment of s. 222(3) of the *ETA* has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision. This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes other than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request for payment of the GST funds during the *CCAA* proceedings.

La juge Abella (dissidente) : Le paragraphe 222(3) de la *LTA* donne préséance, dans le cadre d'une procédure relevant de la *LACC*, à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l'égard de la TPS non versée. Cette disposition définit sans équivoque sa portée dans des termes on ne peut plus clairs et n'exclut que la *LFI* de son champ d'application. Les termes employés révèlent l'intention claire du législateur que le par. 222(3) l'emporte en cas de conflit avec toute autre loi sauf la *LFI*. Cette opinion est confortée par le fait que des modifications ont été apportées à la *LACC* après l'édiction du par. 222(3) et que, malgré les demandes répétées de divers groupes, le par. 18.3(1) n'a pas été modifié pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. Cela indique que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l'application du par. 18.3(1) de la *LACC*.

Cette conclusion est renforcée par l'application d'autres principes d'interprétation. Une disposition spécifique antérieure peut être supplantée par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu'il a employés, a exprimé l'intention de faire prévaloir la loi générale. Le paragraphe 222(3) accomplit cela de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » sauf la *LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3). Selon l'alinéa 44f) de la *Loi d'interprétation*, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) à la suite de l'édiction du par. 222(3) de la *LTA* n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure ». Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi autre que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1), ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent, il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

Cases Cited

By Deschamps J.

Overruled: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinguished:** *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; **referred to:** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] S.C.R. 659; *Quebec (Revenu) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

By Fish J.

Referred to: *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

By Abella J. (dissenting)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305; *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862; *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663.

Statutes and Regulations Cited

An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt renversé : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737; **distinction d'avec l'arrêt :** *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; **arrêts mentionnés :** *Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659; *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192; *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII); *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720; *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513; *Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134; *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9; *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366; *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158; *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118; *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144; *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5; *Philip's Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25; *Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108.

Citée par le juge Fish

Arrêt mentionné : *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737.

Citée par la juge Abella (dissidente)

Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re) (2005), 73 O.R. (3d) 737; *Société Télé-Mobile Co. c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305; *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862; *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663.

Lois et règlements cités

Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, ch. I-21, art. 2 « texte », 44f).

- the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47, ss. 69, 128, 131.
- Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 67, 81.1, 81.2, 86 [am. 1992, c. 27, s. 39; 1997, c. 12, s. 73; 2000, c. 30, s. 148; 2005, c. 47, s. 69; 2009, c. 33, s. 25].
- Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8, s. 23.
- Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11 [am. 2005, c. 47, s. 128], 11.02 [ad. *idem*], 11.09 [ad. *idem*], 11.4 [am. *idem*], 18.3 [ad. 1997, c. 12, s. 125; rep. 2005, c. 47, s. 131], 18.4 [*idem*], 20 [am. 2005, c. 47, s. 131], 21 [ad. 1997, c. 12, s. 126; am. 2005, c. 47, s. 131], s. 37 [ad. 2005, c. 47, s. 131].
- Companies' Creditors Arrangement Act, 1933*, S.C. 1932-33, c. 36 [am. 1952-53, c. 3].
- Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, ss. 86(2), (2.1).
- Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15, s. 222.
- Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), ss. 227(4), (4.1).
- Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, ss. 2 "enactment", 44(f).
- Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11.
- Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.), art. 227(4), (4.1).
- Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47, art. 69, 128, 131.
- Loi sur l'assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, art. 86(2), (2.1).
- Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 67, 81.1, 81.2, 86 [mod. 1992, ch. 27, art. 39; 1997, ch. 12, art. 73; 2000, ch. 30, art. 148; 2005, ch. 47, art. 69; 2009, ch. 33, art. 25].
- Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15, art. 222.
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 11 [mod. 2005, ch. 47, art. 128], 11.02 [aj. *idem*], 11.09 [aj. *idem*], 11.4 [mod. *idem*], 18.3 [aj. 1997, ch. 12, art. 125; abr. 2005, ch. 47, art. 131], 18.4 [*idem*], 20 [mod. 2005, ch. 47, art. 131], 21 [aj. 1997, ch. 12, art. 126; mod. 2005, ch. 47, art. 131], 37 [aj. 2005, ch. 47, art. 131].
- Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, S.C. 1932-33, ch. 36 [mod. 1952-53, ch. 3].
- Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11.
- Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8, art. 23.

Authors Cited

- Canada. Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency. *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.
- Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, 15:15.
- Canada. Industry Canada. Marketplace Framework Policy Branch. *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Corporate and Insolvency Law Policy Directorate, 2002.
- Canada. Senate. *Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, p. 2147.
- Canada. Senate. Standing Committee on Banking, Trade and Commerce. *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*. Ottawa: Senate of Canada, 2003.
- Canada. Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation. *Bankruptcy and Insolvency: Report of*

Doctrine citée

- Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n^o 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15.
- Canada. Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité. *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.
- Canada. Comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité. *Faillite et Insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité*. Ottawa : Information Canada, 1970.
- Canada. Industrie Canada. Direction générale des politiques-cadres du marché. *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Direction des politiques du droit corporatif et de l'insolvabilité, 2002.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des banques et du commerce. *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrange-*

- the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation*. Ottawa: Information Canada, 1970.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal: Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587.
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (online: <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Insolvency Institute of Canada and Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto: Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. "The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto: Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto: Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. "Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy" (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto: University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto: Irwin Law, 2009.
- ments avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : 2003.
- Canada. Sénat. *Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 2000.
- Côté, Pierre-André, avec la collaboration de Stéphane Beaulac et Mathieu Devinat. *Interprétation des lois*, 4^e éd. Montréal : Thémis, 2009.
- Edwards, Stanley E. « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587.
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform. *Report* (2002) (en ligne : <http://www.cairp.ca/publications/submissions-to-government/law-reform/index.php>).
- Institut d'insolvabilité du Canada et Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation. Legislative Review Task Force (Commercial). *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55* (2005).
- Jackson, Georgina R. and Janis Sarra. « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007*. Toronto : Thomson Carswell, 2008, 41.
- Jones, Richard B. « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005*. Toronto : Thomson Carswell, 2006, 481.
- Lamer, Francis L. *Priority of Crown Claims in Insolvency*. Toronto : Carswell, 1996 (loose-leaf updated 2010, release 1).
- Morgan, Barbara K. « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461.
- Sarra, Janis. *Creditor Rights and the Public Interest : Restructuring Insolvent Corporations*. Toronto : University of Toronto Press, 2003.
- Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont. : LexisNexis, 2008.
- Waters, Donovan W. M., Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.
- Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*. Toronto : Irwin Law, 2009.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Tysoe and Smith J.J.A.), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, reversing a judgment of Brenner C.J.S.C., 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, dismissing a Crown application for payment of GST monies. Appeal allowed, Abella J. dissenting.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James and Matthew J. G. Curtis, for the appellant.

Gordon Bourgard, David Jacyk and Michael J. Lema, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein and Cromwell J.J. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — For the first time this Court is called upon to directly interpret the provisions of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). In that respect, two questions are raised. The first requires reconciliation of provisions of the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA"), which lower courts have held to be in conflict with one another. The second concerns the scope of a court's discretion when supervising reorganization. The relevant statutory provisions are reproduced in the Appendix. On the first question, having considered the evolution of Crown priorities in the context of insolvency and the wording of the various statutes creating Crown priorities, I conclude that it is the CCAA and not the ETA that provides the rule. On the second question, I conclude that the broad discretionary jurisdiction conferred on the supervising judge must be interpreted having regard to the remedial nature of the CCAA and insolvency legislation generally. Consequently, the court had the discretion to partially lift a stay of proceedings to allow the debtor to make an assignment under the *Bankruptcy and Insolvency*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Tysoe et Smith), 2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, 270 B.C.A.C. 167, 454 W.A.C. 167, [2009] 12 W.W.R. 684, [2009] G.S.T.C. 79, [2009] B.C.J. No. 918 (QL), 2009 CarswellBC 1195, qui a infirmé une décision du juge en chef Brenner, 2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221, [2008] B.C.J. No. 2611 (QL), 2008 CarswellBC 2895, qui a rejeté la demande de la Couronne sollicitant le paiement de la TPS. Pourvoi accueilli, la juge Abella est dissidente.

Mary I. A. Buttery, Owen J. James et Matthew J. G. Curtis, pour l'appelante.

Gordon Bourgard, David Jacyk et Michael J. Lema, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Charron, Rothstein et Cromwell rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — C'est la première fois que la Cour est appelée à interpréter directement les dispositions de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). À cet égard, deux questions sont soulevées. La première requiert la conciliation d'une disposition de la LACC et d'une disposition de la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« LTA »), qui, selon des juridictions inférieures, sont en conflit l'une avec l'autre. La deuxième concerne la portée du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui surveille une réorganisation. Les dispositions législatives pertinentes sont reproduites en annexe. Pour ce qui est de la première question, après avoir examiné l'évolution des priorités de la Couronne en matière d'insolvabilité et le libellé des diverses lois qui établissent ces priorités, j'arrive à la conclusion que c'est la LACC, et non la LTA, qui énonce la règle applicable. Pour ce qui est de la seconde question, je conclus qu'il faut interpréter les larges pouvoirs discrétionnaires conférés au juge en tenant compte de la nature réparatrice de la LACC et de la législation sur l'insolvabilité en général. Par conséquent, le tribunal avait le pouvoir

Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”). I would allow the appeal.

1. Facts and Decisions of the Courts Below

[2] Ted LeRoy Trucking Ltd. (“LeRoy Trucking”) commenced proceedings under the *CCAA* in the Supreme Court of British Columbia on December 13, 2007, obtaining a stay of proceedings with a view to reorganizing its financial affairs. LeRoy Trucking sold certain redundant assets as authorized by the order.

[3] Amongst the debts owed by LeRoy Trucking was an amount for Goods and Services Tax (“GST”) collected but unremitted to the Crown. The *ETA* creates a deemed trust in favour of the Crown for amounts collected in respect of GST. The deemed trust extends to any property or proceeds held by the person collecting GST and any property of that person held by a secured creditor, requiring that property to be paid to the Crown in priority to all security interests. The *ETA* provides that the deemed trust operates despite any other enactment of Canada except the *BIA*. However, the *CCAA* also provides that subject to certain exceptions, none of which mentions GST, deemed trusts in favour of the Crown do not operate under the *CCAA*. Accordingly, under the *CCAA* the Crown ranks as an unsecured creditor in respect of GST. Nonetheless, at the time LeRoy Trucking commenced *CCAA* proceedings the leading line of jurisprudence held that the *ETA* took precedence over the *CCAA* such that the Crown enjoyed priority for GST claims under the *CCAA*, even though it would have lost that same priority under the *BIA*. The *CCAA* underwent substantial amendments in 2005 in which some of the provisions at issue in this appeal were renumbered and reformulated (S.C. 2005, c. 47). However, these amendments only came into force on September 18, 2009. I will refer to the amended provisions only where relevant.

discrétionnaire de lever partiellement la suspension des procédures pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »). Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi.

1. Faits et décisions des juridictions inférieures

[2] Le 13 décembre 2007, Ted LeRoy Trucking Ltd. (« LeRoy Trucking ») a déposé une requête sous le régime de la *LACC* devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique et obtenu la suspension des procédures dans le but de réorganiser ses finances. L’entreprise a vendu certains éléments d’actif excédentaires, comme l’y autorisait l’ordonnance.

[3] Parmi les dettes de LeRoy Trucking figurait une somme perçue par celle-ci au titre de la taxe sur les produits et services (« TPS ») mais non versée à la Couronne. La *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée visant les sommes perçues au titre de la TPS. Cette fiducie réputée s’applique à tout bien ou toute recette détenue par la personne qui perçoit la TPS et à tout bien de cette personne détenu par un créancier garanti, et le produit découlant de ces biens doit être payé à la Couronne par priorité sur tout droit en garantie. Aux termes de la *LTA*, la fiducie réputée s’applique malgré tout autre texte législatif du Canada sauf la *LFI*. Cependant, la *LACC* prévoit également que, sous réserve de certaines exceptions, dont aucune ne concerne la TPS, ne s’appliquent pas sous son régime les fiducies réputées qui existent en faveur de la Couronne. Par conséquent, pour ce qui est de la TPS, la Couronne est un créancier non garanti dans le cadre de cette loi. Néanmoins, à l’époque où LeRoy Trucking a débuté ses procédures en vertu de la *LACC*, la jurisprudence dominante indiquait que la *LTA* l’emportait sur la *LACC*, la Couronne jouissant ainsi d’un droit prioritaire à l’égard des créances relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, malgré le fait qu’elle aurait perdu cette priorité en vertu de la *LFI*. La *LACC* a fait l’objet de modifications substantielles en 2005, et certaines des dispositions en cause dans le présent pourvoi ont alors été renumérotées et reformulées (L.C. 2005, ch. 47). Mais ces modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009. Je ne me reporterai aux dispositions modifiées que lorsqu’il sera utile de le faire.

[4] On April 29, 2008, Brenner C.J.S.C., in the context of the CCAA proceedings, approved a payment not exceeding \$5 million, the proceeds of redundant asset sales, to Century Services, the debtor's major secured creditor. LeRoy Trucking proposed to hold back an amount equal to the GST monies collected but unremitted to the Crown and place it in the Monitor's trust account until the outcome of the reorganization was known. In order to maintain the *status quo* while the success of the reorganization was uncertain, Brenner C.J.S.C. agreed to the proposal and ordered that an amount of \$305,202.30 be held by the Monitor in its trust account.

[5] On September 3, 2008, having concluded that reorganization was not possible, LeRoy Trucking sought leave to make an assignment in bankruptcy under the BIA. The Crown sought an order that the GST monies held by the Monitor be paid to the Receiver General of Canada. Brenner C.J.S.C. dismissed the latter application. Reasoning that the purpose of segregating the funds with the Monitor was "to facilitate an ultimate payment of the GST monies which were owed pre-filing, but only if a viable plan emerged", the failure of such a reorganization, followed by an assignment in bankruptcy, meant the Crown would lose priority under the BIA (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] The Crown's appeal was allowed by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Tysoe J.A. for a unanimous court found two independent bases for allowing the Crown's appeal.

[7] First, the court's authority under s. 11 of the CCAA was held not to extend to staying the Crown's application for immediate payment of the GST funds subject to the deemed trust after it was clear that reorganization efforts had failed and

[4] Le 29 avril 2008, le juge en chef Brenner de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans le contexte des procédures intentées en vertu de la LACC, a approuvé le paiement à Century Services, le principal créancier garanti du débiteur, d'une somme d'au plus cinq millions de dollars, soit le produit de la vente d'éléments d'actif excédentaires. LeRoy Trucking a proposé de retenir un montant égal aux sommes perçues au titre de la TPS mais non versées à la Couronne et de le déposer dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Afin de maintenir le statu quo, en raison du succès incertain de la réorganisation, le juge en chef Brenner a accepté la proposition et ordonné qu'une somme de 305 202,30 \$ soit détenue par le contrôleur dans son compte en fiducie.

[5] Le 3 septembre 2008, ayant conclu que la réorganisation n'était pas possible, LeRoy Trucking a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique l'autorisation de faire cession de ses biens en vertu de la LFI. Pour sa part, la Couronne a demandé au tribunal d'ordonner le paiement au receveur général du Canada de la somme détenue par le contrôleur au titre de la TPS. Le juge en chef Brenner a rejeté cette dernière demande. Selon lui, comme la détention des fonds dans le compte en fiducie du contrôleur visait à [TRADUCTION] « faciliter le paiement final des sommes de TPS qui étaient dues avant que l'entreprise ne débute les procédures, mais seulement si un plan viable était proposé », l'impossibilité de procéder à une telle réorganisation, suivie d'une cession de biens, signifiait que la Couronne perdrait sa priorité sous le régime de la LFI (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[6] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel interjeté par la Couronne (2009 BCCA 205, 270 B.C.A.C. 167). Rédigeant l'arrêt unanime de la cour, le juge Tysoe a invoqué deux raisons distinctes pour y faire droit.

[7] Premièrement, le juge d'appel Tysoe a conclu que le pouvoir conféré au tribunal par l'art. 11 de la LACC n'autorisait pas ce dernier à rejeter la demande de la Couronne sollicitant le paiement immédiat des sommes de TPS faisant l'objet de la fiducie réputée,

that bankruptcy was inevitable. As restructuring was no longer a possibility, staying the Crown's claim to the GST funds no longer served a purpose under the CCAA and the court was bound under the priority scheme provided by the *ETA* to allow payment to the Crown. In so holding, Tysoe J.A. adopted the reasoning in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), which found that the *ETA* deemed trust for GST established Crown priority over secured creditors under the CCAA.

[8] Second, Tysoe J.A. concluded that by ordering the GST funds segregated in the Monitor's trust account on April 29, 2008, the judge had created an express trust in favour of the Crown from which the monies in question could not be diverted for any other purposes. The Court of Appeal therefore ordered that the money held by the Monitor in trust be paid to the Receiver General.

2. Issues

[9] This appeal raises three broad issues which are addressed in turn:

- (1) Did s. 222(3) of the *ETA* displace s. 18.3(1) of the CCAA and give priority to the Crown's *ETA* deemed trust during CCAA proceedings as held in *Ottawa Senators*?
- (2) Did the court exceed its CCAA authority by lifting the stay to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy?
- (3) Did the court's order of April 29, 2008 requiring segregation of the Crown's GST claim in the Monitor's trust account create an express trust in favour of the Crown in respect of those funds?

après qu'il fut devenu clair que la tentative de réorganisation avait échoué et que la faillite était inévitable. Comme la restructuration n'était plus une possibilité, il ne servait plus à rien, dans le cadre de la LACC, de suspendre le paiement à la Couronne des sommes de TPS et le tribunal était tenu, en raison de la priorité établie par la LTA, d'en autoriser le versement à la Couronne. Ce faisant, le juge Tysoe a adopté le raisonnement énoncé dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), suivant lequel la fiducie réputée que crée la LTA à l'égard des sommes dues au titre de la TPS établissait la priorité de la Couronne sur les créanciers garantis dans le cadre de la LACC.

[8] Deuxièmement, le juge Tysoe a conclu que, en ordonnant la ségrégation des sommes de TPS dans le compte en fiducie du contrôleur le 29 avril 2008, le tribunal avait créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne, et que les sommes visées ne pouvaient être utilisées à quelque autre fin que ce soit. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné que les sommes détenues par le contrôleur en fiducie pour la Couronne soient versées au receveur général.

2. Questions en litige

[9] Le pourvoi soulève trois grandes questions que j'examinerai à tour de rôle :

- (1) Le paragraphe 222(3) de la LTA l'emporte-t-il sur le par. 18.3(1) de la LACC et donne-t-il priorité à la fiducie réputée qui est établie par la LTA en faveur de la Couronne pendant des procédures régies par la LACC, comme il a été décidé dans l'arrêt *Ottawa Senators*?
- (2) Le tribunal a-t-il outrepassé les pouvoirs qui lui étaient conférés par la LACC en levant la suspension des procédures dans le but de permettre au débiteur de faire cession de ses biens?
- (3) L'ordonnance du tribunal datée du 29 avril 2008 exigeant que le montant de TPS réclamé par la Couronne soit détenu séparément dans le compte en fiducie du contrôleur a-t-elle créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne à l'égard des fonds en question?

3. Analysis

[10] The first issue concerns Crown priorities in the context of insolvency. As will be seen, the *ETA* provides for a deemed trust in favour of the Crown in respect of GST owed by a debtor “[d]espite . . . any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)” (s. 222(3)), while the *CCAA* stated at the relevant time that “notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be [so] regarded” (s. 18.3(1)). It is difficult to imagine two statutory provisions more apparently in conflict. However, as is often the case, the apparent conflict can be resolved through interpretation.

[11] In order to properly interpret the provisions, it is necessary to examine the history of the *CCAA*, its function amidst the body of insolvency legislation enacted by Parliament, and the principles that have been recognized in the jurisprudence. It will be seen that Crown priorities in the insolvency context have been significantly pared down. The resolution of the second issue is also rooted in the context of the *CCAA*, but its purpose and the manner in which it has been interpreted in the case law are also key. After examining the first two issues in this case, I will address Tysoe J.A.’s conclusion that an express trust in favour of the Crown was created by the court’s order of April 29, 2008.

3.1 *Purpose and Scope of Insolvency Law*

[12] Insolvency is the factual situation that arises when a debtor is unable to pay creditors (see generally, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), at p. 16). Certain legal proceedings become available upon insolvency, which typically allow a debtor to obtain a court order staying its creditors’ enforcement actions and attempt to obtain

3. Analyse

[10] La première question porte sur les priorités de la Couronne dans le contexte de l’insolvabilité. Comme nous le verrons, la *LTA* crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée à l’égard de la TPS due par un débiteur « [m]algré [. . .] tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) » (par. 222(3)), alors que selon la disposition de la *LACC* en vigueur à l’époque, « par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme [tel] » (par. 18.3(1)). Il est difficile d’imaginer deux dispositions législatives plus contradictoires en apparence. Cependant, comme c’est souvent le cas, le conflit apparent peut être résolu au moyen des principes d’interprétation législative.

[11] Pour interpréter correctement ces dispositions, il faut examiner l’historique de la *LACC*, la fonction de cette loi parmi l’ensemble des textes adoptés par le législateur fédéral en matière d’insolvabilité et les principes reconnus dans la jurisprudence. Nous verrons que les priorités de la Couronne en matière d’insolvabilité ont été restreintes de façon appréciable. La réponse à la deuxième question repose aussi sur le contexte de la *LACC*, mais l’objectif de cette loi et l’interprétation qu’en a donnée la jurisprudence jouent également un rôle essentiel. Après avoir examiné les deux premières questions soulevées en l’espèce, j’aborderai la conclusion du juge Tysoe selon laquelle l’ordonnance rendue par le tribunal le 29 avril 2008 a eu pour effet de créer une fiducie expresse en faveur de la Couronne.

3.1 *Objectif et portée du droit relatif à l’insolvabilité*

[12] L’insolvabilité est la situation de fait qui se présente quand un débiteur n’est pas en mesure de payer ses créanciers (voir, généralement, R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2009), p. 16). Certaines procédures judiciaires peuvent être intentées en cas d’insolvabilité. Ainsi, le débiteur peut généralement obtenir une ordonnance judiciaire

a binding compromise with creditors to adjust the payment conditions to something more realistic. Alternatively, the debtor's assets may be liquidated and debts paid from the proceeds according to statutory priority rules. The former is usually referred to as reorganization or restructuring while the latter is termed liquidation.

[13] Canadian commercial insolvency law is not codified in one exhaustive statute. Instead, Parliament has enacted multiple insolvency statutes, the main one being the *BIA*. The *BIA* offers a self-contained legal regime providing for both reorganization and liquidation. Although bankruptcy legislation has a long history, the *BIA* itself is a fairly recent statute — it was enacted in 1992. It is characterized by a rules-based approach to proceedings. The *BIA* is available to insolvent debtors owing \$1000 or more, regardless of whether they are natural or legal persons. It contains mechanisms for debtors to make proposals to their creditors for the adjustment of debts. If a proposal fails, the *BIA* contains a bridge to bankruptcy whereby the debtor's assets are liquidated and the proceeds paid to creditors in accordance with the statutory scheme of distribution.

[14] Access to the *CCAA* is more restrictive. A debtor must be a company with liabilities in excess of \$5 million. Unlike the *BIA*, the *CCAA* contains no provisions for liquidation of a debtor's assets if reorganization fails. There are three ways of exiting *CCAA* proceedings. The best outcome is achieved when the stay of proceedings provides the debtor with some breathing space during which solvency is restored and the *CCAA* process terminates without reorganization being needed. The second most desirable outcome occurs when the debtor's compromise or arrangement is accepted by its creditors and the reorganized company emerges from the *CCAA* proceedings as a going concern. Lastly, if the compromise or arrangement fails, either

ayant pour effet de suspendre les mesures d'exécution de ses créanciers, puis tenter de conclure avec eux une transaction à caractère exécutoire contenant des conditions de paiement plus réalistes. Ou alors, les biens du débiteur sont liquidés et ses dettes sont remboursées sur le produit de cette liquidation, selon les règles de priorité établies par la loi. Dans le premier cas, on emploie habituellement les termes de réorganisation ou de restructuration, alors que dans le second, on parle de liquidation.

[13] Le droit canadien en matière d'insolvabilité commerciale n'est pas codifié dans une seule loi exhaustive. En effet, le législateur a plutôt adopté plusieurs lois sur l'insolvabilité, la principale étant la *LFI*. Cette dernière établit un régime juridique autonome qui concerne à la fois la réorganisation et la liquidation. Bien qu'il existe depuis longtemps des mesures législatives relatives à la faillite, la *LFI* elle-même est une loi assez récente — elle a été adoptée en 1992. Ses procédures se caractérisent par une approche fondée sur des règles préétablies. Les débiteurs insolvable — personnes physiques ou personnes morales — qui doivent 1 000 \$ ou plus peuvent recourir à la *LFI*. Celle-ci comporte des mécanismes permettant au débiteur de présenter à ses créanciers une proposition de rajustement des dettes. Si la proposition est rejetée, la *LFI* établit la démarche aboutissant à la faillite : les biens du débiteur sont liquidés et le produit de cette liquidation est versé aux créanciers conformément à la répartition prévue par la loi.

[14] La possibilité de recourir à la *LACC* est plus restreinte. Le débiteur doit être une compagnie dont les dettes dépassent cinq millions de dollars. Contrairement à la *LFI*, la *LACC* ne contient aucune disposition relative à la liquidation de l'actif d'un débiteur en cas d'échec de la réorganisation. Une procédure engagée sous le régime de la *LACC* peut se terminer de trois façons différentes. Le scénario idéal survient dans les cas où la suspension des recours donne au débiteur un répit lui permettant de rétablir sa solvabilité et où le processus régi par la *LACC* prend fin sans qu'une réorganisation soit nécessaire. Le deuxième scénario le plus souhaitable est le cas où la transaction ou l'arrangement proposé par le débiteur est

the company or its creditors usually seek to have the debtor's assets liquidated under the applicable provisions of the *BIA* or to place the debtor into receivership. As discussed in greater detail below, the key difference between the reorganization regimes under the *BIA* and the *CCAA* is that the latter offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion, making it more responsive to complex reorganizations.

[15] As I will discuss at greater length below, the purpose of the *CCAA* — Canada's first reorganization statute — is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets. Proposals to creditors under the *BIA* serve the same remedial purpose, though this is achieved through a rules-based mechanism that offers less flexibility. Where reorganization is impossible, the *BIA* may be employed to provide an orderly mechanism for the distribution of a debtor's assets to satisfy creditor claims according to predetermined priority rules.

[16] Prior to the enactment of the *CCAA* in 1933 (S.C. 1932-33, c. 36), practice under existing commercial insolvency legislation tended heavily towards the liquidation of a debtor company (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), at p. 12). The battering visited upon Canadian businesses by the Great Depression and the absence of an effective mechanism for reaching a compromise between debtors and creditors to avoid liquidation required a legislative response. The *CCAA* was innovative as it allowed the insolvent debtor to attempt reorganization under judicial supervision outside the existing insolvency legislation which, once engaged, almost invariably resulted in liquidation (*Reference re Companies' Creditors*

accepté par ses créanciers et où la compagnie réorganisée poursuit ses activités au terme de la procédure engagée en vertu de la *LACC*. Enfin, dans le dernier scénario, la transaction ou l'arrangement échoue et la compagnie ou ses créanciers cherchent habituellement à obtenir la liquidation des biens en vertu des dispositions applicables de la *LFI* ou la mise sous séquestre du débiteur. Comme nous le verrons, la principale différence entre les régimes de réorganisation prévus par la *LFI* et la *LACC* est que le second établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire, ce qui rend le mécanisme mieux adapté aux réorganisations complexes.

[15] Comme je vais le préciser davantage plus loin, la *LACC* — la première loi canadienne régissant la réorganisation — a pour objectif de permettre au débiteur de continuer d'exercer ses activités et, dans les cas où cela est possible, d'éviter les coûts sociaux et économiques liés à la liquidation de son actif. Les propositions faites aux créanciers en vertu de la *LFI* répondent au même objectif, mais au moyen d'un mécanisme fondé sur des règles et offrant moins de souplesse. Quand la réorganisation s'avère impossible, les dispositions de la *LFI* peuvent être appliquées pour répartir de manière ordonnée les biens du débiteur entre les créanciers, en fonction des règles de priorité qui y sont établies.

[16] Avant l'adoption de la *LACC* en 1933 (S.C. 1932-33, ch. 36), la liquidation de la compagnie débitrice constituait la pratique la plus courante en vertu de la législation existante en matière d'insolvabilité commerciale (J. Sarra, *Creditor Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (2003), p. 12). Les ravages de la Grande Dépression sur les entreprises canadiennes et l'absence d'un mécanisme efficace susceptible de permettre aux débiteurs et aux créanciers d'arriver à des compromis afin d'éviter la liquidation commandaient une solution législative. La *LACC* a innové en permettant au débiteur insolvable de tenter une réorganisation sous surveillance judiciaire, hors du cadre de la législation existante en matière d'insolvabilité qui, une fois entrée en jeu,

Arrangement Act, [1934] S.C.R. 659, at pp. 660-61; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 12-13).

[17] Parliament understood when adopting the CCAA that liquidation of an insolvent company was harmful for most of those it affected — notably creditors and employees — and that a workout which allowed the company to survive was optimal (Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 13-15).

[18] Early commentary and jurisprudence also endorsed the CCAA's remedial objectives. It recognized that companies retain more value as going concerns while underscoring that intangible losses, such as the evaporation of the companies' goodwill, result from liquidation (S. E. Edwards, "Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act" (1947), 25 *Can. Bar Rev.* 587, at p. 592). Reorganization serves the public interest by facilitating the survival of companies supplying goods or services crucial to the health of the economy or saving large numbers of jobs (*ibid.*, at p. 593). Insolvency could be so widely felt as to impact stakeholders other than creditors and employees. Variants of these views resonate today, with reorganization justified in terms of rehabilitating companies that are key elements in a complex web of interdependent economic relationships in order to avoid the negative consequences of liquidation.

[19] The CCAA fell into disuse during the next several decades, likely because amendments to the Act in 1953 restricted its use to companies issuing bonds (S.C. 1952-53, c. 3). During the economic downturn of the early 1980s, insolvency lawyers and courts adapting to the resulting wave of insolvencies resurrected the statute and deployed it in response to new economic challenges. Participants in insolvency proceedings grew to recognize and appreciate the statute's distinguishing feature: a grant of broad and flexible authority to the supervising court to make

aboutissait presque invariablement à la liquidation (*Reference re Companies' Creditors Arrangement Act*, [1934] R.C.S. 659, p. 660-661; Sarra, *Creditor Rights*, p. 12-13).

[17] Le législateur comprenait, lorsqu'il a adopté la LACC, que la liquidation d'une compagnie insolvable causait préjudice à la plupart des personnes touchées — notamment les créanciers et les employés — et que la meilleure solution consistait dans un arrangement permettant à la compagnie de survivre (Sarra, *Creditor Rights*, p. 13-15).

[18] Les premières analyses et décisions judiciaires à cet égard ont également entériné les objectifs réparateurs de la LACC. On y reconnaissait que la valeur de la compagnie demeurait plus grande lorsque celle-ci pouvait poursuivre ses activités, tout en soulignant les pertes intangibles découlant d'une liquidation, par exemple la disparition de la clientèle (S. E. Edwards, « Reorganizations Under the Companies' Creditors Arrangement Act » (1947), 25 *R. du B. can.* 587, p. 592). La réorganisation sert l'intérêt public en permettant la survie de compagnies qui fournissent des biens ou des services essentiels à la santé de l'économie ou en préservant un grand nombre d'emplois (*ibid.*, p. 593). Les effets de l'insolvabilité pouvaient même toucher d'autres intéressés que les seuls créanciers et employés. Ces arguments se font entendre encore aujourd'hui sous une forme un peu différente, lorsqu'on justifie la réorganisation par la nécessité de remettre sur pied des compagnies qui constituent des volets essentiels d'un réseau complexe de rapports économiques interdépendants, dans le but d'éviter les effets négatifs de la liquidation.

[19] La LACC est tombée en désuétude au cours des décennies qui ont suivi, vraisemblablement parce que des modifications apportées en 1953 ont restreint son application aux compagnies émettant des obligations (S.C. 1952-53, ch. 3). Pendant la récession du début des années 1980, obligés de s'adapter au nombre grandissant d'entreprises en difficulté, les avocats travaillant dans le domaine de l'insolvabilité ainsi que les tribunaux ont redécouvert cette loi et s'en sont servis pour relever les nouveaux défis de l'économie. Les participants aux

the orders necessary to facilitate the reorganization of the debtor and achieve the CCAA's objectives. The manner in which courts have used CCAA jurisdiction in increasingly creative and flexible ways is explored in greater detail below.

[20] Efforts to evolve insolvency law were not restricted to the courts during this period. In 1970, a government-commissioned panel produced an extensive study recommending sweeping reform but Parliament failed to act (see *Bankruptcy and Insolvency: Report of the Study Committee on Bankruptcy and Insolvency Legislation* (1970)). Another panel of experts produced more limited recommendations in 1986 which eventually resulted in enactment of the *Bankruptcy and Insolvency Act* of 1992 (S.C. 1992, c. 27) (see *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency* (1986)). Broader provisions for reorganizing insolvent debtors were then included in Canada's bankruptcy statute. Although the 1970 and 1986 reports made no specific recommendations with respect to the CCAA, the House of Commons committee studying the BIA's predecessor bill, C-22, seemed to accept expert testimony that the BIA's new reorganization scheme would shortly supplant the CCAA, which could then be repealed, with commercial insolvency and bankruptcy being governed by a single statute (*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Consumer and Corporate Affairs and Government Operations*, Issue No. 15, 3rd Sess., 34th Parl., October 3, 1991, at 15:15-15:16).

[21] In retrospect, this conclusion by the House of Commons committee was out of step with reality. It overlooked the renewed vitality the CCAA enjoyed in contemporary practice and the advantage that a

procédures en sont peu à peu venus à reconnaître et à apprécier la caractéristique propre de la loi : l'attribution, au tribunal chargé de surveiller le processus, d'une grande latitude lui permettant de rendre les ordonnances nécessaires pour faciliter la réorganisation du débiteur et réaliser les objectifs de la LACC. Nous verrons plus loin comment les tribunaux ont utilisé de façon de plus en plus souple et créative les pouvoirs qui leur sont conférés par la LACC.

[20] Ce ne sont pas seulement les tribunaux qui se sont employés à faire évoluer le droit de l'insolvabilité pendant cette période. En 1970, un comité constitué par le gouvernement a mené une étude approfondie au terme de laquelle il a recommandé une réforme majeure, mais le législateur n'a rien fait (voir *Faillite et insolvabilité : Rapport du comité d'étude sur la législation en matière de faillite et d'insolvabilité* (1970)). En 1986, un autre comité d'experts a formulé des recommandations de portée plus restreinte, qui ont finalement conduit à l'adoption de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* de 1992 (L.C. 1992, ch. 27) (voir *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité* (1986)). Des dispositions à caractère plus général concernant la réorganisation des débiteurs insolvable ont alors été ajoutées à la loi canadienne relative à la faillite. Malgré l'absence de recommandations spécifiques au sujet de la LACC dans les rapports de 1970 et 1986, le comité de la Chambre des communes qui s'est penché sur le projet de loi C-22 à l'origine de la *LFI* a semblé accepter le témoignage d'un expert selon lequel le nouveau régime de réorganisation de la *LFI* supplanterait rapidement la LACC, laquelle pourrait alors être abrogée et l'insolvabilité commerciale et la faillite seraient ainsi régies par un seul texte législatif (*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent des Consommateurs et Sociétés et Administration gouvernementale*, fascicule n° 15, 3^e sess., 34^e lég., 3 octobre 1991, 15:15-15:16).

[21] En rétrospective, cette conclusion du comité de la Chambre des communes ne correspondait pas à la réalité. Elle ne tenait pas compte de la nouvelle vitalité de la LACC dans la pratique contemporaine,

flexible judicially supervised reorganization process presented in the face of increasingly complex reorganizations, when compared to the stricter rules-based scheme contained in the *BIA*. The “flexibility of the *CCAA* [was seen as] a great benefit, allowing for creative and effective decisions” (Industry Canada, Marketplace Framework Policy Branch, *Report on the Operation and Administration of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies’ Creditors Arrangement Act* (2002), at p. 41). Over the past three decades, resurrection of the *CCAA* has thus been the mainspring of a process through which, one author concludes, “the legal setting for Canadian insolvency restructuring has evolved from a rather blunt instrument to one of the most sophisticated systems in the developed world” (R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 481).

[22] While insolvency proceedings may be governed by different statutory schemes, they share some commonalities. The most prominent of these is the single proceeding model. The nature and purpose of the single proceeding model are described by Professor Wood in *Bankruptcy and Insolvency Law*:

They all provide a collective proceeding that supersedes the usual civil process available to creditors to enforce their claims. The creditors’ remedies are collectivized in order to prevent the free-for-all that would otherwise prevail if creditors were permitted to exercise their remedies. In the absence of a collective process, each creditor is armed with the knowledge that if they do not strike hard and swift to seize the debtor’s assets, they will be beat out by other creditors. [pp. 2-3]

The single proceeding model avoids the inefficiency and chaos that would attend insolvency if each creditor initiated proceedings to recover its debt. Grouping all possible actions against the debtor into a single proceeding controlled in a single forum facilitates negotiation with creditors because it places them all on an equal footing,

ni des avantages qu’offrait, en présence de réorganisations de plus en plus complexes, un processus souple de réorganisation sous surveillance judiciaire par rapport au régime plus rigide de la *LFI*, fondé sur des règles préétablies. La « souplesse de la *LACC* [était considérée comme offrant] de grands avantages car elle permet de prendre des décisions créatives et efficaces » (Industrie Canada, Direction générale des politiques-cadres du marché, *Rapport sur la mise en application de la Loi sur la faillite et l’insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (2002), p. 50). Au cours des trois dernières décennies, la résurrection de la *LACC* a donc été le moteur d’un processus grâce auquel, selon un auteur, [TRADUCTION] « le régime juridique canadien de restructuration en cas d’insolvabilité — qui était au départ un instrument plutôt rudimentaire — a évolué pour devenir un des systèmes les plus sophistiqués du monde développé » (R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 481).

[22] Si les instances en matière d’insolvabilité peuvent être régies par des régimes législatifs différents, elles n’en présentent pas moins certains points communs, dont le plus frappant réside dans le modèle de la procédure unique. Le professeur Wood a décrit ainsi la nature et l’objectif de ce modèle dans *Bankruptcy and Insolvency Law* :

[TRADUCTION] Elles prévoient toutes une procédure collective qui remplace la procédure civile habituelle dont peuvent se prévaloir les créanciers pour faire valoir leurs droits. Les recours des créanciers sont collectivisés afin d’éviter l’anarchie qui régnerait si ceux-ci pouvaient exercer leurs recours individuellement. En l’absence d’un processus collectif, chaque créancier sait que faute d’agir de façon rapide et déterminée pour saisir les biens du débiteur, il sera devancé par les autres créanciers. [p. 2-3]

Le modèle de la procédure unique vise à faire échec à l’inefficacité et au chaos qui résulteraient de l’insolvabilité si chaque créancier engageait sa propre procédure dans le but de recouvrer sa créance. La réunion — en une seule instance relevant d’un même tribunal — de toutes les actions possibles contre le débiteur a pour effet de faciliter la négociation avec

rather than exposing them to the risk that a more aggressive creditor will realize its claims against the debtor's limited assets while the other creditors attempt a compromise. With a view to achieving that purpose, both the *CCAA* and the *BIA* allow a court to order all actions against a debtor to be stayed while a compromise is sought.

[23] Another point of convergence of the *CCAA* and the *BIA* relates to priorities. Because the *CCAA* is silent about what happens if reorganization fails, the *BIA* scheme of liquidation and distribution necessarily supplies the backdrop for what will happen if a *CCAA* reorganization is ultimately unsuccessful. In addition, one of the important features of legislative reform of both statutes since the enactment of the *BIA* in 1992 has been a cutback in Crown priorities (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, ss. 73 and 125; S.C. 2000, c. 30, s. 148; S.C. 2005, c. 47, ss. 69 and 131; S.C. 2009, c. 33, s. 25; see also *Quebec (Revenue) v. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 SCC 49, [2009] 3 S.C.R. 286; *Deputy Minister of Revenue v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35; *Proposed Bankruptcy Act Amendments: Report of the Advisory Committee on Bankruptcy and Insolvency*).

[24] With parallel *CCAA* and *BIA* restructuring schemes now an accepted feature of the insolvency law landscape, the contemporary thrust of legislative reform has been towards harmonizing aspects of insolvency law common to the two statutory schemes to the extent possible and encouraging reorganization over liquidation (see *An Act to establish the Wage Earner Protection Program Act, to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act and to make consequential amendments to other Acts*, S.C. 2005, c. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta. L.R. (4th) 192, at para. 19).

[25] Mindful of the historical background of the *CCAA* and *BIA*, I now turn to the first question at issue.

les créanciers en les mettant tous sur le même pied. Cela évite le risque de voir un créancier plus combatif obtenir le paiement de ses créances sur l'actif limité du débiteur pendant que les autres créanciers tentent d'arriver à une transaction. La *LACC* et la *LFI* autorisent toutes deux pour cette raison le tribunal à ordonner la suspension de toutes les actions intentées contre le débiteur pendant qu'on cherche à conclure une transaction.

[23] Un autre point de convergence entre la *LACC* et la *LFI* concerne les priorités. Comme la *LACC* ne précise pas ce qui arrive en cas d'échec de la réorganisation, la *LFI* fournit la norme de référence pour ce qui se produira dans une telle situation. De plus, l'une des caractéristiques importantes de la réforme dont ces deux lois ont fait l'objet depuis 1992 est la réduction des priorités de la Couronne (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73 et 125; L.C. 2000, ch. 30, art. 148; L.C. 2005, ch. 47, art. 69 et 131; L.C. 2009, ch. 33, art. 25; voir aussi *Québec (Revenu) c. Caisse populaire Desjardins de Montmagny*, 2009 CSC 49, [2009] 3 R.C.S. 286; *Sous-ministre du Revenu c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35; *Propositions d'amendements à la Loi sur la faillite : Rapport du Comité consultatif en matière de faillite et d'insolvabilité*).

[24] Comme les régimes de restructuration parallèles de la *LACC* et de la *LFI* constituent désormais une caractéristique reconnue dans le domaine du droit de l'insolvabilité, le travail de réforme législative contemporain a principalement visé à harmoniser, dans la mesure du possible, les aspects communs aux deux régimes et à privilégier la réorganisation plutôt que la liquidation (voir la *Loi édictant la Loi sur le Programme de protection des salariés et modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et d'autres lois en conséquence*, L.C. 2005, ch. 47; *Gauntlet Energy Corp., Re*, 2003 ABQB 894, 30 Alta L.R. (4th) 192, par. 19).

[25] Ayant à l'esprit le contexte historique de la *LACC* et de la *LFI*, je vais maintenant aborder la première question en litige.

3.2 *GST Deemed Trust Under the CCAA*

[26] The Court of Appeal proceeded on the basis that the *ETA* precluded the court from staying the Crown's enforcement of the GST deemed trust when partially lifting the stay to allow the debtor to enter bankruptcy. In so doing, it adopted the reasoning in a line of cases culminating in *Ottawa Senators*, which held that an *ETA* deemed trust remains enforceable during *CCAA* reorganization despite language in the *CCAA* that suggests otherwise.

[27] The Crown relies heavily on the decision of the Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* and argues that the later in time provision of the *ETA* creating the GST deemed trust trumps the provision of the *CCAA* purporting to nullify most statutory deemed trusts. The Court of Appeal in this case accepted this reasoning but not all provincial courts follow it (see, e.g., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), leave to appeal granted, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Century Services relied, in its written submissions to this Court, on the argument that the court had authority under the *CCAA* to continue the stay against the Crown's claim for unremitted GST. In oral argument, the question of whether *Ottawa Senators* was correctly decided nonetheless arose. After the hearing, the parties were asked to make further written submissions on this point. As appears evident from the reasons of my colleague Abella J., this issue has become prominent before this Court. In those circumstances, this Court needs to determine the correctness of the reasoning in *Ottawa Senators*.

[28] The policy backdrop to this question involves the Crown's priority as a creditor in insolvency situations which, as I mentioned above, has evolved considerably. Prior to the 1990s, Crown claims

3.2 *Fiducie réputée se rapportant à la TPS dans le cadre de la LACC*

[26] La Cour d'appel a estimé que la *LTA* empêchait le tribunal de suspendre les mesures prises par la Couronne pour bénéficier de la fiducie réputée se rapportant à la TPS, lorsqu'il a partiellement levé la suspension des procédures engagées contre le débiteur afin de permettre à celui-ci de faire cession de ses biens. Ce faisant, la cour a adopté un raisonnement qui s'insère dans un courant jurisprudentiel dominé par l'arrêt *Ottawa Senators*, suivant lequel il demeure possible de demander le bénéfice d'une fiducie réputée établie par la *LTA* pendant une réorganisation opérée en vertu de la *LACC*, et ce, malgré les dispositions de la *LACC* qui semblent dire le contraire.

[27] S'appuyant largement sur l'arrêt *Ottawa Senators* de la Cour d'appel de l'Ontario, la Couronne plaide que la disposition postérieure de la *LTA* créant la fiducie réputée visant la TPS l'emporte sur la disposition de la *LACC* censée neutraliser la plupart des fiducies réputées qui sont créées par des dispositions législatives. Si la Cour d'appel a accepté ce raisonnement dans la présente affaire, les tribunaux provinciaux ne l'ont pas tous adopté (voir, p. ex., *Komunik Corp. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6332 (CanLII), autorisation d'appel accordée, 2010 QCCA 183 (CanLII)). Dans ses observations écrites adressées à la Cour, Century Services s'est fondée sur l'argument suivant lequel le tribunal pouvait, en vertu de la *LACC*, maintenir la suspension de la demande de la Couronne visant le paiement de la TPS non versée. Au cours des plaidoiries, la question de savoir si l'arrêt *Ottawa Senators* était bien fondé a néanmoins été soulevée. Après l'audience, la Cour a demandé aux parties de présenter des observations écrites supplémentaires à ce sujet. Comme il ressort clairement des motifs de ma collègue la juge Abella, cette question a pris une grande importance devant notre Cour. Dans ces circonstances, la Cour doit statuer sur le bien-fondé du raisonnement adopté dans l'arrêt *Ottawa Senators*.

[28] Le contexte général dans lequel s'inscrit cette question concerne l'évolution considérable, signalée plus haut, de la priorité dont jouit la Couronne en tant que créancier en cas d'insolvabilité. Avant les

largely enjoyed priority in insolvency. This was widely seen as unsatisfactory as shown by both the 1970 and 1986 insolvency reform proposals, which recommended that Crown claims receive no preferential treatment. A closely related matter was whether the *CCAA* was binding at all upon the Crown. Amendments to the *CCAA* in 1997 confirmed that it did indeed bind the Crown (see *CCAA*, s. 21, as added by S.C. 1997, c. 12, s. 126).

[29] Claims of priority by the state in insolvency situations receive different treatment across jurisdictions worldwide. For example, in Germany and Australia, the state is given no priority at all, while the state enjoys wide priority in the United States and France (see B. K. Morgan, “Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy” (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, at p. 500). Canada adopted a middle course through legislative reform of Crown priority initiated in 1992. The Crown retained priority for source deductions of income tax, Employment Insurance (“EI”) and Canada Pension Plan (“CPP”) premiums, but ranks as an ordinary unsecured creditor for most other claims.

[30] Parliament has frequently enacted statutory mechanisms to secure Crown claims and permit their enforcement. The two most common are statutory deemed trusts and powers to garnish funds third parties owe the debtor (see F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (loose-leaf), at §2).

[31] With respect to GST collected, Parliament has enacted a deemed trust. The *ETA* states that every person who collects an amount on account of GST is deemed to hold that amount in trust for the Crown (s. 222(1)). The deemed trust extends to other property of the person collecting the tax equal in value to the amount deemed to be in trust if that amount has not been remitted in accordance with the *ETA*. The deemed trust also extends to property

années 1990, les créances de la Couronne bénéficiaient dans une large mesure d’une priorité en cas d’insolvabilité. Cette situation avantageuse suscitait une grande controverse. Les propositions de réforme du droit de l’insolvabilité de 1970 et de 1986 en témoignent — elles recommandaient que les créances de la Couronne ne fassent l’objet d’aucun traitement préférentiel. Une question connexe se posait : celle de savoir si la Couronne était même assujettie à la *LACC*. Les modifications apportées à la *LACC* en 1997 ont confirmé qu’elle l’était bel et bien (voir *LACC*, art. 21, ajouté par L.C. 1997, ch. 12, art. 126).

[29] Les revendications de priorité par l’État en cas d’insolvabilité sont abordées de différentes façons selon les pays. Par exemple, en Allemagne et en Australie, l’État ne bénéficie d’aucune priorité, alors qu’aux États-Unis et en France il jouit au contraire d’une large priorité (voir B. K. Morgan, « Should the Sovereign be Paid First? A Comparative International Analysis of the Priority for Tax Claims in Bankruptcy » (2000), 74 *Am. Bankr. L.J.* 461, p. 500). Le Canada a choisi une voie intermédiaire dans le cadre d’une réforme législative amorcée en 1992 : la Couronne a conservé sa priorité pour les sommes retenues à la source au titre de l’impôt sur le revenu et des cotisations à l’assurance-emploi (« AE ») et au Régime de pensions du Canada (« RPC »), mais elle est un créancier ordinaire non garanti pour la plupart des autres sommes qui lui sont dues.

[30] Le législateur a fréquemment adopté des mécanismes visant à protéger les créances de la Couronne et à permettre leur exécution. Les deux plus courants sont les fiducies présumées et les pouvoirs de saisie-arrêt (voir F. L. Lamer, *Priority of Crown Claims in Insolvency* (feuilles mobiles), §2).

[31] Pour ce qui est des sommes de TPS perçues, le législateur a établi une fiducie réputée. La *LTA* précise que la personne qui perçoit une somme au titre de la TPS est réputée la détenir en fiducie pour la Couronne (par. 222(1)). La fiducie réputée s’applique aux autres biens de la personne qui perçoit la taxe, pour une valeur égale à la somme réputée détenue en fiducie, si la somme en question n’a pas été versée en conformité avec la *LTA*. La fiducie réputée vise

held by a secured creditor that, but for the security interest, would be property of the person collecting the tax (s. 222(3)).

[32] Parliament has created similar deemed trusts using almost identical language in respect of source deductions of income tax, EI premiums and CPP premiums (see s. 227(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“*ITA*”), ss. 86(2) and (2.1) of the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23, and ss. 23(3) and (4) of the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8). I will refer to income tax, EI and CPP deductions as “source deductions”.

[33] In *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, this Court addressed a priority dispute between a deemed trust for source deductions under the *ITA* and security interests taken under both the *Bank Act*, S.C. 1991, c. 46, and the *Alberta Personal Property Security Act*, S.A. 1988, c. P-4.05 (“*PPSA*”). As then worded, an *ITA* deemed trust over the debtor’s property equivalent to the amount owing in respect of income tax became effective at the time of liquidation, receivership, or assignment in bankruptcy. *Sparrow Electric* held that the *ITA* deemed trust could not prevail over the security interests because, being fixed charges, the latter attached as soon as the debtor acquired rights in the property such that the *ITA* deemed trust had no property on which to attach when it subsequently arose. Later, in *First Vancouver Finance v. M.N.R.*, 2002 SCC 49, [2002] 2 S.C.R. 720, this Court observed that Parliament had legislated to strengthen the statutory deemed trust in the *ITA* by deeming it to operate from the moment the deductions were not paid to the Crown as required by the *ITA*, and by granting the Crown priority over all security interests (paras. 27-29) (the “*Sparrow Electric* amendment”).

également les biens détenus par un créancier garanti qui, si ce n’était de la sûreté, seraient les biens de la personne qui perçoit la taxe (par. 222(3)).

[32] Utilisant pratiquement les mêmes termes, le législateur a créé de semblables fiducies réputées à l’égard des retenues à la source relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC (voir par. 227(4) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), par. 86(2) et (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23, et par. 23(3) et (4) du *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8). J’emploierai ci-après le terme « retenues à la source » pour désigner les retenues relatives à l’impôt sur le revenu et aux cotisations à l’AE et au RPC.

[33] Dans *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, la Cour était saisie d’un litige portant sur la priorité de rang entre, d’une part, une fiducie réputée établie en vertu de la *LIR* à l’égard des retenues à la source, et, d’autre part, des sûretés constituées en vertu de la *Loi sur les banques*, L.C. 1991, ch. 46, et de la loi de l’Alberta intitulée *Personal Property Security Act*, S.A. 1988, ch. P-4.05 (« *PPSA* »). D’après les dispositions alors en vigueur, une fiducie réputée — établie en vertu de la *LIR* à l’égard des biens du débiteur pour une valeur égale à la somme due au titre de l’impôt sur le revenu — commençait à s’appliquer au moment de la liquidation, de la mise sous séquestre ou de la cession de biens. Dans *Sparrow Electric*, la Cour a conclu que la fiducie réputée de la *LIR* ne pouvait pas l’emporter sur les sûretés, au motif que, comme celles-ci constituaient des privilèges fixes grevant les biens dès que le débiteur acquérait des droits sur eux, il n’existait pas de biens susceptibles d’être visés par la fiducie réputée de la *LIR* lorsqu’elle prenait naissance par la suite. Ultérieurement, dans *First Vancouver Finance c. M.R.N.*, 2002 CSC 49, [2002] 2 R.C.S. 720, la Cour a souligné que le législateur était intervenu pour renforcer la fiducie réputée de la *LIR* en précisant qu’elle est réputée s’appliquer dès le moment où les retenues ne sont pas versées à la Couronne conformément aux exigences de la *LIR*, et en donnant à la Couronne la priorité sur toute autre garantie (par. 27-29) (la « modification découlant de l’arrêt *Sparrow Electric* »).

[34] The amended text of s. 227(4.1) of the *ITA* and concordant source deductions deemed trusts in the *Canada Pension Plan* and the *Employment Insurance Act* state that the deemed trust operates notwithstanding any other enactment of Canada, except ss. 81.1 and 81.2 of the *BIA*. The *ETA* deemed trust at issue in this case is similarly worded, but it excepts the *BIA* in its entirety. The provision reads as follows:

222. . . .

. . . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

[35] The Crown submits that the *Sparrow Electric* amendment, added by Parliament to the *ETA* in 2000, was intended to preserve the Crown's priority over collected GST under the *CCAA* while subordinating the Crown to the status of an unsecured creditor in respect of GST only under the *BIA*. This is because the *ETA* provides that the GST deemed trust is effective "despite" any other enactment except the *BIA*.

[36] The language used in the *ETA* for the GST deemed trust creates an apparent conflict with the *CCAA*, which provides that subject to certain exceptions, property deemed by statute to be held in trust for the Crown shall not be so regarded.

[37] Through a 1997 amendment to the *CCAA* (S.C. 1997, c. 12, s. 125), Parliament appears to have,

[34] Selon le texte modifié du par. 227(4.1) de la *LIR* et celui des fiducies réputées correspondantes établies dans le *Régime de pensions du Canada* et la *Loi sur l'assurance-emploi* à l'égard des retenues à la source, la fiducie réputée s'applique malgré tout autre texte législatif fédéral sauf les art. 81.1 et 81.2 de la *LFI*. La fiducie réputée de la *LTA* qui est en cause en l'espèce est formulée en des termes semblables sauf que la limite à son application vise la *LFI* dans son entier. Voici le texte de la disposition pertinente :

222. . . .

. . . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés

[35] La Couronne soutient que la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*, qui a été ajoutée à la *LTA* par le législateur en 2000, visait à maintenir la priorité de Sa Majesté sous le régime de la *LACC* à l'égard du montant de TPS perçu, tout en reléguant celle-ci au rang de créancier non garanti à l'égard de ce montant sous le régime de la *LFI* uniquement. De l'avis de la Couronne, il en est ainsi parce que, selon la *LTA*, la fiducie réputée visant la TPS demeure en vigueur « malgré » tout autre texte législatif sauf la *LFI*.

[36] Les termes utilisés dans la *LTA* pour établir la fiducie réputée à l'égard de la TPS créent un conflit apparent avec la *LACC*, laquelle précise que, sous réserve de certaines exceptions, les biens qui sont réputés selon un texte législatif être détenus en fiducie pour la Couronne ne doivent pas être considérés comme tels.

[37] Par une modification apportée à la *LACC* en 1997 (L.C. 1997, ch. 12, art. 125), le législateur

subject to specific exceptions, nullified deemed trusts in favour of the Crown once reorganization proceedings are commenced under the Act. The relevant provision reads:

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

This nullification of deemed trusts was continued in further amendments to the *CCAA* (S.C. 2005, c. 47), where s. 18.3(1) was renumbered and reformulated as s. 37(1):

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[38] An analogous provision exists in the *BIA*, which, subject to the same specific exceptions, nullifies statutory deemed trusts and makes property of the bankrupt that would otherwise be subject to a deemed trust part of the debtor's estate and available to creditors (S.C. 1992, c. 27, s. 39; S.C. 1997, c. 12, s. 73; *BIA*, s. 67(2)). It is noteworthy that in both the *CCAA* and the *BIA*, the exceptions concern source deductions (*CCAA*, s. 18.3(2); *BIA*, s. 67(3)). The relevant provision of the *CCAA* reads:

18.3 . . .

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

Thus, the Crown's deemed trust and corresponding priority in source deductions remain effective both in reorganization and in bankruptcy.

semble, sous réserve d'exceptions spécifiques, avoir neutralisé les fiducies réputées créées en faveur de la Couronne lorsque des procédures de réorganisation sont engagées sous le régime de cette loi. La disposition pertinente, à l'époque le par. 18.3(1), était libellée ainsi :

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

Cette neutralisation des fiducies réputées a été maintenue dans des modifications apportées à la *LACC* en 2005 (L.C. 2005, ch. 47), où le par. 18.3(1) a été reformulé et renuméroté, devenant le par. 37(1) :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d'une telle disposition.

[38] La *LFI* comporte une disposition analogue, qui — sous réserve des mêmes exceptions spécifiques — neutralise les fiducies réputées établies en vertu d'un texte législatif et fait en sorte que les biens du failli qui autrement seraient visés par une telle fiducie font partie de l'actif du débiteur et sont à la disposition des créanciers (L.C. 1992, ch. 27, art. 39; L.C. 1997, ch. 12, art. 73; *LFI*, par. 67(2)). Il convient de souligner que, tant dans la *LACC* que dans la *LFI*, les exceptions visent les retenues à la source (*LACC*, par. 18.3(2); *LFI*, par. 67(3)). Voici la disposition pertinente de la *LACC* :

18.3 . . .

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

Par conséquent, la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne et la priorité dont celle-ci jouit de ce fait sur les retenues à la source continuent de s'appliquer autant pendant la réorganisation que pendant la faillite.

[39] Meanwhile, in both s. 18.4(1) of the *CCAA* and s. 86(1) of the *BIA*, other Crown claims are treated as unsecured. These provisions, establishing the Crown's status as an unsecured creditor, explicitly exempt statutory deemed trusts in source deductions (*CCAA*, s. 18.4(3); *BIA*, s. 86(3)). The *CCAA* provision reads as follows:

18.4 . . .

. . . .

(3) Subsection (1) [Crown ranking as unsecured creditor] does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution

Therefore, not only does the *CCAA* provide that Crown claims do not enjoy priority over the claims of other creditors (s. 18.3(1)), but the exceptions to this rule (i.e., that Crown priority is maintained for source deductions) are repeatedly stated in the statute.

[40] The apparent conflict in this case is whether the rule in the *CCAA* first enacted as s. 18.3 in 1997, which provides that subject to certain explicit exceptions, statutory deemed trusts are ineffective under the *CCAA*, is overridden by the one in the *ETA* enacted in 2000 stating that GST deemed trusts operate despite any enactment of Canada except the *BIA*. With respect for my colleague Fish J., I do not think the apparent conflict can be resolved by denying it and creating a rule requiring both a statutory provision enacting the deemed trust, and a second statutory provision confirming it. Such a rule is unknown to the law. Courts must recognize

[39] Par ailleurs, les autres créances de la Couronne sont considérées par la *LACC* et la *LFI* comme des créances non garanties (*LACC*, par. 18.4(1); *LFI*, par. 86(1)). Ces dispositions faisant de la Couronne un créancier non garanti comportent une exception expresse concernant les fiducies réputées établies par un texte législatif à l'égard des retenues à la source (*LACC*, par. 18.4(3); *LFI*, par. 86(3)). Voici la disposition de la *LACC* :

18.4 . . .

. . . .

(3) Le paragraphe (1) [suivant lequel la Couronne a le rang de créancier non garanti] n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation

Par conséquent, non seulement la *LACC* précise que les créances de la Couronne ne bénéficient pas d'une priorité par rapport à celles des autres créanciers (par. 18.3(1)), mais les exceptions à cette règle (maintien de la priorité de la Couronne dans le cas des retenues à la source) sont mentionnées à plusieurs reprises dans la Loi.

[40] Le conflit apparent qui existe dans la présente affaire fait qu'on doit se demander si la règle de la *LTA* adoptée en 2000, selon laquelle les fiducies réputées visant la TPS s'appliquent malgré tout autre texte législatif fédéral sauf la *LFI*, l'emporte sur la règle énoncée dans la *LACC* — qui a d'abord été édictée en 1997 à l'art. 18.3 — suivant laquelle, sous réserve de certaines exceptions explicites, les fiducies réputées établies par une disposition législative sont sans effet dans le cadre de la *LACC*. Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par mon collègue le juge Fish, je ne crois pas qu'on puisse résoudre ce conflit apparent

conflicts, apparent or real, and resolve them when possible.

[41] A line of jurisprudence across Canada has resolved the apparent conflict in favour of the *ETA*, thereby maintaining GST deemed trusts under the *CCAA*. *Ottawa Senators*, the leading case, decided the matter by invoking the doctrine of implied repeal to hold that the later in time provision of the *ETA* should take precedence over the *CCAA* (see also *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (Alta. Q.B.); *Gauntlet*).

[42] The Ontario Court of Appeal in *Ottawa Senators* rested its conclusion on two considerations. First, it was persuaded that by explicitly mentioning the *BIA* in *ETA* s. 222(3), but not the *CCAA*, Parliament made a deliberate choice. In the words of MacPherson J.A.:

The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[43] Second, the Ontario Court of Appeal compared the conflict between the *ETA* and the *CCAA* to that before this Court in *Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862, and found them to be “identical” (para. 46). It therefore considered *Doré* binding (para. 49). In *Doré*, a limitations provision in the more general and recently enacted *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (“*C.C.Q.*”), was held to have repealed a more specific provision of the earlier Quebec *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19, with which it conflicted. By analogy,

en niant son existence et en créant une règle qui exige à la fois une disposition législative établissant la fiducie présumée et une autre la confirmant. Une telle règle est inconnue en droit. Les tribunaux doivent reconnaître les conflits, apparents ou réels, et les résoudre lorsque la chose est possible.

[41] Un courant jurisprudentiel pancanadien a résolu le conflit apparent en faveur de la *LTA*, confirmant ainsi la validité des fiducies réputées à l’égard de la TPS dans le cadre de la *LACC*. Dans l’arrêt déterminant à ce sujet, *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a invoqué la doctrine de l’abrogation implicite et conclu que la disposition postérieure de la *LTA* devait avoir préséance sur la *LACC* (voir aussi *Solid Resources Ltd., Re* (2002), 40 C.B.R. (4th) 219 (B.R. Alb.); *Gauntlet*).

[42] Dans *Ottawa Senators*, la Cour d’appel de l’Ontario a fondé sa conclusion sur deux considérations. Premièrement, elle était convaincue qu’en mentionnant explicitement la *LFI* — mais pas la *LACC* — au par. 222(3) de la *LTA*, le législateur a fait un choix délibéré. Je cite le juge MacPherson :

[TRADUCTION] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[43] Deuxièmement, la Cour d’appel de l’Ontario a comparé le conflit entre la *LTA* et la *LACC* à celui dont a été saisie la Cour dans *Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862, et les a jugés [TRADUCTION] « identiques » (par. 46). Elle s’estimait donc tenue de suivre l’arrêt *Doré* (par. 49). Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu’une disposition d’une loi de nature plus générale et récemment adoptée établissant un délai de prescription — le *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (« *C.c.Q.* ») — avait eu pour effet d’abroger une disposition plus spécifique

the Ontario Court of Appeal held that the later in time and more general provision, s. 222(3) of the *ETA*, impliedly repealed the more specific and earlier in time provision, s. 18.3(1) of the *CCAA* (paras. 47-49).

[44] Viewing this issue in its entire context, several considerations lead me to conclude that neither the reasoning nor the result in *Ottawa Senators* can stand. While a conflict may exist at the level of the statutes' wording, a purposive and contextual analysis to determine Parliament's true intent yields the conclusion that Parliament could not have intended to restore the Crown's deemed trust priority in GST claims under the *CCAA* when it amended the *ETA* in 2000 with the *Sparrow Electric* amendment.

[45] I begin by recalling that Parliament has shown its willingness to move away from asserting priority for Crown claims in insolvency law. Section 18.3(1) of the *CCAA* (subject to the s. 18.3(2) exceptions) provides that the Crown's deemed trusts have no effect under the *CCAA*. Where Parliament has sought to protect certain Crown claims through statutory deemed trusts and intended that these deemed trusts continue in insolvency, it has legislated so explicitly and elaborately. For example, s. 18.3(2) of the *CCAA* and s. 67(3) of the *BIA* expressly provide that deemed trusts for source deductions remain effective in insolvency. Parliament has, therefore, clearly carved out exceptions from the general rule that deemed trusts are ineffective in insolvency. The *CCAA* and *BIA* are in harmony, preserving deemed trusts and asserting Crown priority only in respect of source deductions. Meanwhile, there is no express statutory basis for concluding that GST claims enjoy a preferred treatment under the *CCAA* or the *BIA*. Unlike source deductions, which are clearly and expressly dealt with under both these insolvency statutes, no such clear and express language exists

d'un texte de loi antérieur, la *Loi sur les cités et villes* du Québec, L.R.Q., ch. C-19, avec laquelle elle entrerait en conflit. Par analogie, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que le par. 222(3) de la *LTA*, une disposition plus récente et plus générale, abrogeait implicitement la disposition antérieure plus spécifique, à savoir le par. 18.3(1) de la *LACC* (par. 47-49).

[44] En examinant la question dans tout son contexte, je suis amenée à conclure, pour plusieurs raisons, que ni le raisonnement ni le résultat de l'arrêt *Ottawa Senators* ne peuvent être adoptés. Bien qu'il puisse exister un conflit entre le libellé des textes de loi, une analyse téléologique et contextuelle visant à déterminer la véritable intention du législateur conduit à la conclusion que ce dernier ne saurait avoir eu l'intention de redonner la priorité, dans le cadre de la *LACC*, à la fiducie réputée de la Couronne à l'égard de ses créances relatives à la TPS quand il a apporté à la *LTA*, en 2000, la modification découlant de l'arrêt *Sparrow Electric*.

[45] Je rappelle d'abord que le législateur a manifesté sa volonté de mettre un terme à la priorité accordée aux créances de la Couronne dans le cadre du droit de l'insolvabilité. Selon le par. 18.3(1) de la *LACC* (sous réserve des exceptions prévues au par. 18.3(2)), les fiducies réputées de la Couronne n'ont aucun effet sous le régime de cette loi. Quand le législateur a voulu protéger certaines créances de la Couronne au moyen de fiducies réputées et voulu que celles-ci continuent de s'appliquer en situation d'insolvabilité, il l'a indiqué de manière explicite et minutieuse. Par exemple, le par. 18.3(2) de la *LACC* et le par. 67(3) de la *LFI* énoncent expressément que les fiducies réputées visant les retenues à la source continuent de produire leurs effets en cas d'insolvabilité. Le législateur a donc clairement établi des exceptions à la règle générale selon laquelle les fiducies réputées n'ont plus d'effet dans un contexte d'insolvabilité. La *LACC* et la *LFI* sont en harmonie : elles préservent les fiducies réputées et établissent la priorité de la Couronne seulement à l'égard des retenues à la source. En revanche, il n'existe aucune disposition législative expresse permettant de conclure que les créances relatives à la

in those Acts carving out an exception for GST claims.

[46] The internal logic of the *CCAA* also militates against upholding the *ETA* deemed trust for GST. The *CCAA* imposes limits on a suspension by the court of the Crown's rights in respect of source deductions but does not mention the *ETA* (s. 11.4). Since source deductions deemed trusts are granted explicit protection under the *CCAA*, it would be inconsistent to afford a better protection to the *ETA* deemed trust absent explicit language in the *CCAA*. Thus, the logic of the *CCAA* appears to subject the *ETA* deemed trust to the waiver by Parliament of its priority (s. 18.4).

[47] Moreover, a strange asymmetry would arise if the interpretation giving the *ETA* priority over the *CCAA* urged by the Crown is adopted here: the Crown would retain priority over GST claims during *CCAA* proceedings but not in bankruptcy. As courts have reflected, this can only encourage statute shopping by secured creditors in cases such as this one where the debtor's assets cannot satisfy both the secured creditors' and the Crown's claims (*Gauntlet*, at para. 21). If creditors' claims were better protected by liquidation under the *BIA*, creditors' incentives would lie overwhelmingly with avoiding proceedings under the *CCAA* and not risking a failed reorganization. Giving a key player in any insolvency such skewed incentives against reorganizing under the *CCAA* can only undermine that statute's remedial objectives and risk inviting the very social ills that it was enacted to avert.

TPS bénéficient d'un traitement préférentiel sous le régime de la *LACC* ou de la *LFI*. Alors que les retenues à la source font l'objet de dispositions explicites dans ces deux lois concernant l'insolvabilité, celles-ci ne comportent pas de dispositions claires et expresses analogues établissant une exception pour les créances relatives à la TPS.

[46] La logique interne de la *LACC* va également à l'encontre du maintien de la fiducie réputée établie dans la *LTA* à l'égard de la TPS. En effet, la *LACC* impose certaines limites à la suspension par les tribunaux des droits de la Couronne à l'égard des retenues à la source, mais elle ne fait pas mention de la *LTA* (art. 11.4). Comme les fiducies réputées visant les retenues à la source sont explicitement protégées par la *LACC*, il serait incohérent d'accorder une meilleure protection à la fiducie réputée établie par la *LTA* en l'absence de dispositions explicites en ce sens dans la *LACC*. Par conséquent, il semble découler de la logique de la *LACC* que la fiducie réputée établie par la *LTA* est visée par la renonciation du législateur à sa priorité (art. 18.4).

[47] De plus, il y aurait une étrange asymétrie si l'interprétation faisant primer la *LTA* sur la *LACC* préconisée par la Couronne était retenue en l'espèce : les créances de la Couronne relatives à la TPS conserveraient leur priorité de rang pendant les procédures fondées sur la *LACC*, mais pas en cas de faillite. Comme certains tribunaux l'ont bien vu, cela ne pourrait qu'encourager les créanciers à recourir à la loi la plus favorable dans les cas où, comme en l'espèce, l'actif du débiteur n'est pas suffisant pour permettre à la fois le paiement des créanciers garantis et le paiement des créances de la Couronne (*Gauntlet*, par. 21). Or, si les réclamations des créanciers étaient mieux protégées par la liquidation sous le régime de la *LFI*, les créanciers seraient très fortement incités à éviter les procédures prévues par la *LACC* et les risques d'échec d'une réorganisation. Le fait de donner à un acteur clé de telles raisons de s'opposer aux procédures de réorganisation fondées sur la *LACC* dans toute situation d'insolvabilité ne peut que miner les objectifs réparateurs de ce texte législatif et risque au contraire de favoriser les maux sociaux que son édicton visait justement à prévenir.

[48] Arguably, the effect of *Ottawa Senators* is mitigated if restructuring is attempted under the *BIA* instead of the *CCAA*, but it is not cured. If *Ottawa Senators* were to be followed, Crown priority over GST would differ depending on whether restructuring took place under the *CCAA* or the *BIA*. The anomaly of this result is made manifest by the fact that it would deprive companies of the option to restructure under the more flexible and responsive *CCAA* regime, which has been the statute of choice for complex reorganizations.

[49] Evidence that Parliament intended different treatments for GST claims in reorganization and bankruptcy is scant, if it exists at all. Section 222(3) of the *ETA* was enacted as part of a wide-ranging budget implementation bill in 2000. The summary accompanying that bill does not indicate that Parliament intended to elevate Crown priority over GST claims under the *CCAA* to the same or a higher level than source deductions claims. Indeed, the summary for deemed trusts states only that amendments to existing provisions are aimed at “ensuring that employment insurance premiums and Canada Pension Plan contributions that are required to be remitted by an employer are fully recoverable by the Crown in the case of the bankruptcy of the employer” (Summary to S.C. 2000, c. 30, at p. 4a). The wording of GST deemed trusts resembles that of statutory deemed trusts for source deductions and incorporates the same overriding language and reference to the *BIA*. However, as noted above, Parliament’s express intent is that only source deductions deemed trusts remain operative. An exception for the *BIA* in the statutory language establishing the source deductions deemed trusts accomplishes very little, because the explicit language of the *BIA* itself (and the *CCAA*) carves out these source deductions deemed trusts and maintains their effect. It is however noteworthy that no equivalent language maintaining GST deemed trusts exists under either the *BIA* or the *CCAA*.

[48] Peut-être l’effet de l’arrêt *Ottawa Senators* est-il atténué si la restructuration est tentée en vertu de la *LFI* au lieu de la *LACC*, mais il subsiste néanmoins. Si l’on suivait cet arrêt, la priorité de la créance de la Couronne relative à la TPS différerait selon le régime — *LACC* ou *LFI* — sous lequel la restructuration a lieu. L’anomalie de ce résultat ressort clairement du fait que les compagnies seraient ainsi privées de la possibilité de se restructurer sous le régime plus souple et mieux adapté de la *LACC*, régime privilégié en cas de réorganisations complexes.

[49] Les indications selon lesquelles le législateur voulait que les créances relatives à la TPS soient traitées différemment dans les cas de réorganisations et de faillites sont rares, voire inexistantes. Le paragraphe 222(3) de la *LTA* a été adopté dans le cadre d’un projet de loi d’exécution du budget de nature générale en 2000. Le sommaire accompagnant ce projet de loi n’indique pas que, dans le cadre de la *LACC*, le législateur entendait élever la priorité de la créance de la Couronne à l’égard de la TPS au même rang que les créances relatives aux retenues à la source ou encore à un rang supérieur à celles-ci. En fait, le sommaire mentionne simplement, en ce qui concerne les fiducies réputées, que les modifications apportées aux dispositions existantes visent à « faire en sorte que les cotisations à l’assurance-emploi et au Régime de pensions du Canada qu’un employeur est tenu de verser soient pleinement recouvrables par la Couronne en cas de faillite de l’employeur » (Sommaire de la L.C. 2000, ch. 30, p. 4a). Le libellé de la disposition créant une fiducie réputée à l’égard de la TPS ressemble à celui des dispositions créant de telles fiducies relatives aux retenues à la source et il comporte la même formule dérogatoire et la même mention de la *LFI*. Cependant, comme il a été souligné précédemment, le législateur a expressément précisé que seules les fiducies réputées visant les retenues à la source demeurent en vigueur. Une exception concernant la *LFI* dans la disposition créant les fiducies réputées à l’égard des retenues à la source est sans grande conséquence, car le texte explicite de la *LFI* elle-même (et celui de la *LACC*) établit ces fiducies et maintient leur effet. Il convient toutefois de souligner que ni la *LFI* ni la *LACC* ne comportent de disposition équivalente assurant le maintien en vigueur des fiducies réputées visant la TPS.

[50] It seems more likely that by adopting the same language for creating GST deemed trusts in the *ETA* as it did for deemed trusts for source deductions, and by overlooking the inclusion of an exception for the *CCAA* alongside the *BIA* in s. 222(3) of the *ETA*, Parliament may have inadvertently succumbed to a drafting anomaly. Because of a statutory lacuna in the *ETA*, the GST deemed trust could be seen as remaining effective in the *CCAA*, while ceasing to have any effect under the *BIA*, thus creating an apparent conflict with the wording of the *CCAA*. However, it should be seen for what it is: a facial conflict only, capable of resolution by looking at the broader approach taken to Crown priorities and by giving precedence to the statutory language of s. 18.3 of the *CCAA* in a manner that does not produce an anomalous outcome.

[51] Section 222(3) of the *ETA* evinces no explicit intention of Parliament to repeal *CCAA* s. 18.3. It merely creates an apparent conflict that must be resolved by statutory interpretation. Parliament's intent when it enacted *ETA* s. 222(3) was therefore far from unambiguous. Had it sought to give the Crown a priority for GST claims, it could have done so explicitly as it did for source deductions. Instead, one is left to infer from the language of *ETA* s. 222(3) that the GST deemed trust was intended to be effective under the *CCAA*.

[52] I am not persuaded that the reasoning in *Doré* requires the application of the doctrine of implied repeal in the circumstances of this case. The main issue in *Doré* concerned the impact of the adoption of the *C.C.Q.* on the administrative law rules with respect to municipalities. While Gonthier J. concluded in that case that the limitation provision in art. 2930 *C.C.Q.* had repealed by implication a limitation provision in the *Cities and Towns Act*, he did so on the basis of more than a textual analysis. The conclusion in *Doré* was reached after thorough

[50] Il semble plus probable qu'en adoptant, pour créer dans la *LTA* les fiducies réputées visant la TPS, le même libellé que celui utilisé pour les fiducies réputées visant les retenues à la source, et en omettant d'inclure au par. 222(3) de la *LTA* une exception à l'égard de la *LACC* en plus de celle établie pour la *LFI*, le législateur ait par inadvertance commis une anomalie rédactionnelle. En raison d'une lacune législative dans la *LTA*, il serait possible de considérer que la fiducie réputée visant la TPS continue de produire ses effets dans le cadre de la *LACC*, tout en cessant de le faire dans le cas de la *LFI*, ce qui entraînerait un conflit apparent avec le libellé de la *LACC*. Il faut cependant voir ce conflit comme il est : un conflit apparent seulement, que l'on peut résoudre en considérant l'approche générale adoptée envers les créances prioritaires de la Couronne et en donnant préséance au texte de l'art. 18.3 de la *LACC* d'une manière qui ne produit pas un résultat insolite.

[51] Le paragraphe 222(3) de la *LTA* ne révèle aucune intention explicite du législateur d'abroger l'art. 18.3 de la *LACC*. Il crée simplement un conflit apparent qui doit être résolu par voie d'interprétation législative. L'intention du législateur était donc loin d'être dépourvue d'ambiguïté quand il a adopté le par. 222(3) de la *LTA*. S'il avait voulu donner priorité aux créances de la Couronne relatives à la TPS dans le cadre de la *LACC*, il aurait pu le faire de manière aussi explicite qu'il l'a fait pour les retenues à la source. Or, au lieu de cela, on se trouve réduit à inférer du texte du par. 222(3) de la *LTA* que le législateur entendait que la fiducie réputée visant la TPS produise ses effets dans les procédures fondées sur la *LACC*.

[52] Je ne suis pas convaincue que le raisonnement adopté dans *Doré* exige l'application de la doctrine de l'abrogation implicite dans les circonstances de la présente affaire. La question principale dans *Doré* était celle de l'impact de l'adoption du *C.c.Q.* sur les règles de droit administratif relatives aux municipalités. Bien que le juge Gonthier ait conclu, dans cet arrêt, que le délai de prescription établi à l'art. 2930 du *C.c.Q.* avait eu pour effet d'abroger implicitement une disposition de la *Loi sur les cités et villes* portant sur la prescription, sa conclusion n'était pas

contextual analysis of both pieces of legislation, including an extensive review of the relevant legislative history (paras. 31-41). Consequently, the circumstances before this Court in *Doré* are far from “identical” to those in the present case, in terms of text, context and legislative history. Accordingly, *Doré* cannot be said to require the automatic application of the rule of repeal by implication.

[53] A noteworthy indicator of Parliament’s overall intent is the fact that in subsequent amendments it has not displaced the rule set out in the *CCAA*. Indeed, as indicated above, the recent amendments to the *CCAA* in 2005 resulted in the rule previously found in s. 18.3 being renumbered and reformulated as s. 37. Thus, to the extent the interpretation allowing the GST deemed trust to remain effective under the *CCAA* depends on *ETA* s. 222(3) having impliedly repealed *CCAA* s. 18.3(1) because it is later in time, we have come full circle. Parliament has renumbered and reformulated the provision of the *CCAA* stating that, subject to exceptions for source deductions, deemed trusts do not survive the *CCAA* proceedings and thus the *CCAA* is now the later in time statute. This confirms that Parliament’s intent with respect to GST deemed trusts is to be found in the *CCAA*.

[54] I do not agree with my colleague Abella J. that s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, can be used to interpret the 2005 amendments as having no effect. The new statute can hardly be said to be a mere re-enactment of the former statute. Indeed, the *CCAA* underwent a substantial review in 2005. Notably, acting consistently with its goal of treating both the *BIA* and the *CCAA* as sharing the same approach to insolvency, Parliament made parallel amendments to both statutes with respect to corporate proposals. In addition, new provisions were introduced regarding

fondée seulement sur une analyse textuelle. Il a en effet procédé à une analyse contextuelle approfondie des deux textes, y compris de l’historique législatif pertinent (par. 31-41). Par conséquent, les circonstances du cas dont était saisie la Cour dans *Doré* sont loin d’être « identiques » à celles du présent pourvoi, tant sur le plan du texte que sur celui du contexte et de l’historique législatif. On ne peut donc pas dire que l’arrêt *Doré* commande l’application automatique d’une règle d’abrogation implicite.

[53] Un bon indice de l’intention générale du législateur peut être tiré du fait qu’il n’a pas, dans les modifications subséquentes, écarté la règle énoncée dans la *LACC*. D’ailleurs, par suite des modifications apportées à cette loi en 2005, la règle figurant initialement à l’art. 18.3 a, comme nous l’avons vu plus tôt, été reprise sous une formulation différente à l’art. 37. Par conséquent, dans la mesure où l’interprétation selon laquelle la fiducie réputée visant la TPS demeurerait en vigueur dans le contexte de procédures en vertu de la *LACC* repose sur le fait que le par. 222(3) de la *LTA* constitue la disposition postérieure et a eu pour effet d’abroger implicitement le par. 18.3(1) de la *LACC*, nous revenons au point de départ. Comme le législateur a reformulé et renuméroté la disposition de la *LACC* précisant que, sous réserve des exceptions relatives aux retenues à la source, les fiducies réputées ne survivent pas à l’engagement de procédures fondées sur la *LACC*, c’est cette loi qui se trouve maintenant à être le texte postérieur. Cette constatation confirme que c’est dans la *LACC* qu’est exprimée l’intention du législateur en ce qui a trait aux fiducies réputées visant la TPS.

[54] Je ne suis pas d’accord avec ma collègue la juge Abella pour dire que l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, permet d’interpréter les modifications de 2005 comme n’ayant aucun effet. La nouvelle loi peut difficilement être considérée comme une simple refonte de la loi antérieure. De fait, la *LACC* a fait l’objet d’un examen approfondi en 2005. En particulier, conformément à son objectif qui consiste à faire concorder l’approche de la *LFI* et celle de la *LACC* à l’égard de l’insolvabilité, le législateur a apporté aux deux textes des modifications allant dans le même sens en ce qui concerne les

the treatment of contracts, collective agreements, interim financing and governance agreements. The appointment and role of the Monitor was also clarified. Noteworthy are the limits imposed by CCAA s. 11.09 on the court's discretion to make an order staying the Crown's source deductions deemed trusts, which were formerly found in s. 11.4. No mention whatsoever is made of GST deemed trusts (see Summary to S.C. 2005, c. 47). The review went as far as looking at the very expression used to describe the statutory override of deemed trusts. The comments cited by my colleague only emphasize the clear intent of Parliament to maintain its policy that only source deductions deemed trusts survive in CCAA proceedings.

[55] In the case at bar, the legislative context informs the determination of Parliament's legislative intent and supports the conclusion that *ETA* s. 222(3) was not intended to narrow the scope of the CCAA's override provision. Viewed in its entire context, the conflict between the *ETA* and the CCAA is more apparent than real. I would therefore not follow the reasoning in *Ottawa Senators* and affirm that CCAA s. 18.3 remained effective.

[56] My conclusion is reinforced by the purpose of the CCAA as part of Canadian remedial insolvency legislation. As this aspect is particularly relevant to the second issue, I will now discuss how courts have interpreted the scope of their discretionary powers in supervising a CCAA reorganization and how Parliament has largely endorsed this interpretation. Indeed, the interpretation courts have given to the CCAA helps in understanding how the CCAA grew to occupy such a prominent role in Canadian insolvency law.

propositions présentées par les entreprises. De plus, de nouvelles dispositions ont été ajoutées au sujet des contrats, des conventions collectives, du financement temporaire et des accords de gouvernance. Des clarifications ont aussi été apportées quant à la nomination et au rôle du contrôleur. Il convient par ailleurs de souligner les limites imposées par l'art. 11.09 de la *LACC* au pouvoir discrétionnaire du tribunal d'ordonner la suspension de l'effet des fiducies réputées créées en faveur de la Couronne relativement aux retenues à la source, limites qui étaient auparavant énoncées à l'art. 11.4. Il n'est fait aucune mention des fiducies réputées visant la TPS (voir le Sommaire de la L.C. 2005, ch. 47). Dans le cadre de cet examen, le législateur est allé jusqu'à se pencher sur les termes mêmes utilisés dans la loi pour écarter l'application des fiducies réputées. Les commentaires cités par ma collègue ne font que souligner l'intention manifeste du législateur de maintenir sa politique générale suivant laquelle seules les fiducies réputées visant les retenues à la source survivent en cas de procédures fondées sur la *LACC*.

[55] En l'espèce, le contexte législatif aide à déterminer l'intention du législateur et conforte la conclusion selon laquelle le par. 222(3) de la *LTA* ne visait pas à restreindre la portée de la disposition de la *LACC* écartant l'application des fiducies réputées. Eu égard au contexte dans son ensemble, le conflit entre la *LTA* et la *LACC* est plus apparent que réel. Je n'adopterais donc pas le raisonnement de l'arrêt *Ottawa Senators* et je confirmerais que l'art. 18.3 de la *LACC* a continué de produire ses effets.

[56] Ma conclusion est renforcée par l'objectif de la *LACC* en tant que composante du régime réparateur instauré la législation canadienne en matière d'insolvabilité. Comme cet aspect est particulièrement pertinent à propos de la deuxième question, je vais maintenant examiner la façon dont les tribunaux ont interprété l'étendue des pouvoirs discrétionnaires dont ils disposent lorsqu'ils surveillent une réorganisation fondée sur la *LACC*, ainsi que la façon dont le législateur a dans une large mesure entériné cette interprétation. L'interprétation de la *LACC* par les tribunaux aide en fait à comprendre comment celle-ci en est venue à jouer un rôle si important dans le droit canadien de l'insolvabilité.

3.3 *Discretionary Power of a Court Supervising a CCAA Reorganization*

[57] Courts frequently observe that “[t]he CCAA is skeletal in nature” and does not “contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred” (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, at para. 44, *per* Blair J.A.). Accordingly, “[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation” (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at para. 10, *per* Farley J.).

[58] CCAA decisions are often based on discretionary grants of jurisdiction. The incremental exercise of judicial discretion in commercial courts under conditions one practitioner aptly describes as “the hothouse of real-time litigation” has been the primary method by which the CCAA has been adapted and has evolved to meet contemporary business and social needs (see Jones, at p. 484).

[59] Judicial discretion must of course be exercised in furtherance of the CCAA’s purposes. The remedial purpose I referred to in the historical overview of the Act is recognized over and over again in the jurisprudence. To cite one early example:

The legislation is remedial in the purest sense in that it provides a means whereby the devastating social and economic effects of bankruptcy or creditor initiated termination of ongoing business operations can be avoided while a court-supervised attempt to reorganize the financial affairs of the debtor company is made.

(*Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57, *per* Doherty J.A., dissenting)

[60] Judicial decision making under the CCAA takes many forms. A court must first of all provide the conditions under which the debtor can attempt to reorganize. This can be achieved by

3.3 *Pouvoirs discrétionnaires du tribunal chargé de surveiller une réorganisation fondée sur la LACC*

[57] Les tribunaux font souvent remarquer que [TRADUCTION] « [l]a LACC est par nature schématisque » et ne « contient pas un code complet énonçant tout ce qui est permis et tout ce qui est interdit » (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 92 O.R. (3d) 513, par. 44, le juge Blair). Par conséquent, [TRADUCTION] « [l]’histoire du droit relatif à la LACC correspond à l’évolution de ce droit au fil de son interprétation par les tribunaux » (*Dylex Ltd., Re* (1995), 31 C.B.R. (3d) 106 (C. Ont. (Div. gén.)), par. 10, le juge Farley).

[58] Les décisions prises en vertu de la LACC découlent souvent de l’exercice discrétionnaire de certains pouvoirs. C’est principalement au fil de l’exercice par les juridictions commerciales de leurs pouvoirs discrétionnaires, et ce, dans des conditions décrites avec justesse par un praticien comme constituant [TRADUCTION] « la pépinière du contentieux en temps réel », que la LACC a évolué de façon graduelle et s’est adaptée aux besoins commerciaux et sociaux contemporains (voir Jones, p. 484).

[59] L’exercice par les tribunaux de leurs pouvoirs discrétionnaires doit évidemment tendre à la réalisation des objectifs de la LACC. Le caractère réparateur dont j’ai fait état dans mon aperçu historique de la Loi a à maintes reprises été reconnu dans la jurisprudence. Voici l’un des premiers exemples :

[TRADUCTION] La loi est réparatrice au sens le plus pur du terme, en ce qu’elle fournit un moyen d’éviter les effets dévastateurs, — tant sur le plan social qu’économique — de la faillite ou de l’arrêt des activités d’une entreprise, à l’initiation des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

(*Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57, le juge Doherty, dissident)

[60] Le processus décisionnel des tribunaux sous le régime de la LACC comporte plusieurs aspects. Le tribunal doit d’abord créer les conditions propres à permettre au débiteur de tenter une réorganisation.

staying enforcement actions by creditors to allow the debtor's business to continue, preserving the *status quo* while the debtor plans the compromise or arrangement to be presented to creditors, and supervising the process and advancing it to the point where it can be determined whether it will succeed (see, e.g., *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), at pp. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, at para. 27). In doing so, the court must often be cognizant of the various interests at stake in the reorganization, which can extend beyond those of the debtor and creditors to include employees, directors, shareholders, and even other parties doing business with the insolvent company (see, e.g., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, at para. 144, *per* Paperny J. (as she then was); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (Ont. S.C.J.), at para. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (Ont. S.C.J.), at para. 13, *per* Farley J.; Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 181-92 and 217-26). In addition, courts must recognize that on occasion the broader public interest will be engaged by aspects of the reorganization and may be a factor against which the decision of whether to allow a particular action will be weighed (see, e.g., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (Ont. S.C.J.), at para. 2, *per* Blair J. (as he then was); Sarra, *Creditor Rights*, at pp. 195-214).

[61] When large companies encounter difficulty, reorganizations become increasingly complex. CCAA courts have been called upon to innovate accordingly in exercising their jurisdiction beyond merely staying proceedings against the debtor to allow breathing room for reorganization. They have been asked to sanction measures for which there is no explicit authority in the CCAA. Without exhaustively cataloguing the various measures taken under the authority of the CCAA, it is useful to refer briefly to a few examples to illustrate the flexibility the statute affords supervising courts.

Il peut à cette fin suspendre les mesures d'exécution prises par les créanciers afin que le débiteur puisse continuer d'exploiter son entreprise, préserver le statu quo pendant que le débiteur prépare la transaction ou l'arrangement qu'il présentera aux créanciers et surveiller le processus et le mener jusqu'au point où il sera possible de dire s'il aboutira (voir, p. ex., *Chef Ready Foods Ltd. c. Hongkong Bank of Can.* (1990), 51 B.C.L.R. (2d) 84 (C.A.), p. 88-89; *Pacific National Lease Holding Corp., Re* (1992), 19 B.C.A.C. 134, par. 27). Ce faisant, le tribunal doit souvent déterminer les divers intérêts en jeu dans la réorganisation, lesquels peuvent fort bien ne pas se limiter aux seuls intérêts du débiteur et des créanciers, mais englober aussi ceux des employés, des administrateurs, des actionnaires et même de tiers qui font affaire avec la compagnie insolvable (voir, p. ex., *Canadian Airlines Corp., Re*, 2000 ABQB 442, 84 Alta. L.R. (3d) 9, par. 144, la juge Paperny (maintenant juge de la Cour d'appel); *Air Canada, Re* (2003), 42 C.B.R. (4th) 173 (C.S.J. Ont.), par. 3; *Air Canada, Re*, 2003 CanLII 49366 (C.S.J. Ont.), par. 13, le juge Farley; Sarra, *Creditor Rights*, p. 181-192 et 217-226). En outre, les tribunaux doivent reconnaître que, à l'occasion, certains aspects de la réorganisation concernent l'intérêt public et qu'il pourrait s'agir d'un facteur devant être pris en compte afin de décider s'il y a lieu d'autoriser une mesure donnée (voir, p. ex., *Canadian Red Cross Society/Société Canadienne de la Croix Rouge, Re* (2000), 19 C.B.R. (4th) 158 (C.S.J. Ont.), par. 2, le juge Blair (maintenant juge de la Cour d'appel); Sarra, *Creditor Rights*, p. 195-214).

[61] Quand de grandes entreprises éprouvent des difficultés, les réorganisations deviennent très complexes. Les tribunaux chargés d'appliquer la LACC ont ainsi été appelés à innover dans l'exercice de leur compétence et ne se sont pas limités à suspendre les procédures engagées contre le débiteur afin de lui permettre de procéder à une réorganisation. On leur a demandé de sanctionner des mesures non expressément prévues par la LACC. Sans dresser la liste complète des diverses mesures qui ont été prises par des tribunaux en vertu de la LACC, il est néanmoins utile d'en donner brièvement quelques exemples, pour bien illustrer la marge de manœuvre que la loi accorde à ceux-ci.

[62] Perhaps the most creative use of CCAA authority has been the increasing willingness of courts to authorize post-filing security for debtor in possession financing or super-priority charges on the debtor's assets when necessary for the continuation of the debtor's business during the reorganization (see, e.g., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (Ont. Ct. (Gen. Div.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, aff'g (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (S.C.); and generally, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 93-115). The CCAA has also been used to release claims against third parties as part of approving a comprehensive plan of arrangement and compromise, even over the objections of some dissenting creditors (see *Metcalfe & Mansfield*). As well, the appointment of a Monitor to oversee the reorganization was originally a measure taken pursuant to the CCAA's supervisory authority; Parliament responded, making the mechanism mandatory by legislative amendment.

[63] Judicial innovation during CCAA proceedings has not been without controversy. At least two questions it raises are directly relevant to the case at bar: (1) What are the sources of a court's authority during CCAA proceedings? (2) What are the limits of this authority?

[64] The first question concerns the boundary between a court's statutory authority under the CCAA and a court's residual authority under its inherent and equitable jurisdiction when supervising a reorganization. In authorizing measures during CCAA proceedings, courts have on occasion purported to rely upon their equitable jurisdiction to advance the purposes of the Act or their inherent jurisdiction to fill gaps in the statute. Recent appellate decisions have counselled against

[62] L'utilisation la plus créative des pouvoirs conférés par la LACC est sans doute le fait que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à autoriser, après le dépôt des procédures, la constitution de sûretés pour financer le débiteur demeuré en possession des biens ou encore la constitution de charges super-prioritaires grevant l'actif du débiteur lorsque cela est nécessaire pour que ce dernier puisse continuer d'exploiter son entreprise pendant la réorganisation (voir, p. ex., *Skydome Corp., Re* (1998), 16 C.B.R. (4th) 118 (C. Ont. (Div. gén.)); *United Used Auto & Truck Parts Ltd., Re*, 2000 BCCA 146, 135 B.C.A.C. 96, conf. (1999), 12 C.B.R. (4th) 144 (C.S.); et, d'une manière générale, J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 93-115). La LACC a aussi été utilisée pour libérer des tiers des actions susceptibles d'être intentées contre eux, dans le cadre de l'approbation d'un plan global d'arrangement et de transaction, malgré les objections de certains créanciers dissidents (voir *Metcalfe & Mansfield*). Au départ, la nomination d'un contrôleur chargé de surveiller la réorganisation était elle aussi une mesure prise en vertu du pouvoir de surveillance conféré par la LACC, mais le législateur est intervenu et a modifié la loi pour rendre cette mesure obligatoire.

[63] L'esprit d'innovation dont ont fait montre les tribunaux pendant des procédures fondées sur la LACC n'a toutefois pas été sans susciter de controverses. Au moins deux des questions que soulève leur approche sont directement pertinentes en l'espèce : (1) Quelles sont les sources des pouvoirs dont dispose le tribunal pendant les procédures fondées sur la LACC? (2) Quelles sont les limites de ces pouvoirs?

[64] La première question porte sur la frontière entre les pouvoirs d'origine législative dont dispose le tribunal en vertu de la LACC et les pouvoirs résiduels dont jouit un tribunal en raison de sa compétence inhérente et de sa compétence en equity, lorsqu'il est question de surveiller une réorganisation. Pour justifier certaines mesures autorisées à l'occasion de procédures engagées sous le régime de la LACC, les tribunaux ont parfois prétendu se fonder sur leur compétence en equity dans le but

purporting to rely on inherent jurisdiction, holding that the better view is that courts are in most cases simply construing the authority supplied by the CCAA itself (see, e.g., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, at paras. 45-47, *per* Newbury J.A.; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), at paras. 31-33, *per* Blair J.A.).

de réaliser les objectifs de la Loi ou sur leur compétence inhérente afin de combler les lacunes de celle-ci. Or, dans de récentes décisions, des cours d'appel ont déconseillé aux tribunaux d'invoquer leur compétence inhérente, concluant qu'il est plus juste de dire que, dans la plupart des cas, les tribunaux ne font simplement qu'interpréter les pouvoirs se trouvant dans la LACC elle-même (voir, p. ex., *Skeena Cellulose Inc., Re*, 2003 BCCA 344, 13 B.C.L.R. (4th) 236, par. 45-47, la juge Newbury; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 75 O.R. (3d) 5 (C.A.), par. 31-33, le juge Blair).

[65] I agree with Justice Georgina R. Jackson and Professor Janis Sarra that the most appropriate approach is a hierarchical one in which courts rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding (see G. R. Jackson and J. Sarra, "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, at p. 42). The authors conclude that when given an appropriately purposive and liberal interpretation, the CCAA will be sufficient in most instances to ground measures necessary to achieve its objectives (p. 94).

[65] Je suis d'accord avec la juge Georgina R. Jackson et la professeure Janis Sarra pour dire que la méthode la plus appropriée est une approche hiérarchisée. Suivant cette approche, les tribunaux procèdent d'abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d'invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC (voir G. R. Jackson et J. Sarra, « Selecting the Judicial Tool to get the Job Done : An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2007* (2008), 41, p. 42). Selon ces auteures, pourvu qu'on lui donne l'interprétation téléologique et large qui s'impose, la LACC permettra dans la plupart des cas de justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs (p. 94).

[66] Having examined the pertinent parts of the CCAA and the recent history of the legislation, I accept that in most instances the issuance of an order during CCAA proceedings should be considered an exercise in statutory interpretation. Particularly noteworthy in this regard is the expansive interpretation the language of the statute at issue is capable of supporting.

[66] L'examen des parties pertinentes de la LACC et de l'évolution récente de la législation me font adhérer à ce point de vue jurisprudentiel et doctrinal : dans la plupart des cas, la décision de rendre une ordonnance durant une procédure fondée sur la LACC relève de l'interprétation législative. D'ailleurs, à cet égard, il faut souligner d'une façon particulière que le texte de loi dont il est question en l'espèce peut être interprété très largement.

[67] The initial grant of authority under the CCAA empowered a court "where an application is made under this Act in respect of a company . . . on the application of any person interested in the

[67] En vertu du pouvoir conféré initialement par la LACC, le tribunal pouvait, « chaque fois qu'une demande [était] faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, [. . .] sur demande

matter, . . . subject to this Act, [to] make an order under this section” (*CCAA*, s. 11(1)). The plain language of the statute was very broad.

[68] In this regard, though not strictly applicable to the case at bar, I note that Parliament has in recent amendments changed the wording contained in s. 11(1), making explicit the discretionary authority of the court under the *CCAA*. Thus, in s. 11 of the *CCAA* as currently enacted, a court may, “subject to the restrictions set out in this Act, . . . make any order that it considers appropriate in the circumstances” (S.C. 2005, c. 47, s. 128). Parliament appears to have endorsed the broad reading of *CCAA* authority developed by the jurisprudence.

[69] The *CCAA* also explicitly provides for certain orders. Both an order made on an initial application and an order on subsequent applications may stay, restrain, or prohibit existing or new proceedings against the debtor. The burden is on the applicant to satisfy the court that the order is appropriate in the circumstances and that the applicant has been acting in good faith and with due diligence (*CCAA*, ss. 11(3), (4) and (6)).

[70] The general language of the *CCAA* should not be read as being restricted by the availability of more specific orders. However, the requirements of appropriateness, good faith, and due diligence are baseline considerations that a court should always bear in mind when exercising *CCAA* authority. Appropriateness under the *CCAA* is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the *CCAA*. The question is whether the order will usefully further efforts to achieve the remedial purpose of the *CCAA* — avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company. I would add that appropriateness extends not only to the purpose of the order, but also to the means it employs. Courts should be mindful that chances for successful reorganizations are enhanced where participants achieve common ground and all

d’un intéressé, [. . .] sous réserve des autres dispositions de la présente loi [. . .] rendre l’ordonnance prévue au présent article » (*LACC*, par. 11(1)). Cette formulation claire était très générale.

[68] Bien que ces dispositions ne soient pas strictement applicables en l’espèce, je signale à ce propos que le législateur a, dans des modifications récentes, apporté au texte du par. 11(1) un changement qui rend plus explicite le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par la *LACC*. Ainsi, aux termes de l’art. 11 actuel de la *LACC*, le tribunal peut « rendre [. . .] sous réserve des restrictions prévues par la présente loi [. . .] toute ordonnance qu’il estime indiquée » (L.C. 2005, ch. 47, art. 128). Le législateur semble ainsi avoir jugé opportun de sanctionner l’interprétation large du pouvoir conféré par la *LACC* qui a été élaborée par la jurisprudence.

[69] De plus, la *LACC* prévoit explicitement certaines ordonnances. Tant à la suite d’une demande initiale que d’une demande subséquente, le tribunal peut, par ordonnance, suspendre ou interdire toute procédure contre le débiteur, ou surseoir à sa continuation. Il incombe à la personne qui demande une telle ordonnance de convaincre le tribunal qu’elle est indiquée et qu’il a agi et continue d’agir de bonne foi et avec la diligence voulue (*LACC*, par. 11(3), (4) et (6)).

[70] La possibilité pour le tribunal de rendre des ordonnances plus spécifiques n’a pas pour effet de restreindre la portée des termes généraux utilisés dans la *LACC*. Toutefois, l’opportunité, la bonne foi et la diligence sont des considérations de base que le tribunal devrait toujours garder à l’esprit lorsqu’il exerce les pouvoirs conférés par la *LACC*. Sous le régime de la *LACC*, le tribunal évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi. Il s’agit donc de savoir si cette ordonnance contribuera utilement à la réalisation de l’objectif réparateur de la *LACC* — à savoir éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable. J’ajouterais que le critère de l’opportunité s’applique non seulement à l’objectif de l’ordonnance, mais aussi aux moyens utilisés. Les tribunaux

stakeholders are treated as advantageously and fairly as the circumstances permit.

[71] It is well established that efforts to reorganize under the *CCAA* can be terminated and the stay of proceedings against the debtor lifted if the reorganization is “doomed to failure” (see *Chef Ready*, at p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (B.C.C.A.), at paras. 6-7). However, when an order is sought that does realistically advance the *CCAA*’s purposes, the ability to make it is within the discretion of a *CCAA* court.

[72] The preceding discussion assists in determining whether the court had authority under the *CCAA* to continue the stay of proceedings against the Crown once it was apparent that reorganization would fail and bankruptcy was the inevitable next step.

[73] In the Court of Appeal, Tysoe J.A. held that no authority existed under the *CCAA* to continue staying the Crown’s enforcement of the GST deemed trust once efforts at reorganization had come to an end. The appellant submits that in so holding, Tysoe J.A. failed to consider the underlying purpose of the *CCAA* and give the statute an appropriately purposive and liberal interpretation under which the order was permissible. The Crown submits that Tysoe J.A. correctly held that the mandatory language of the *ETA* gave the court no option but to permit enforcement of the GST deemed trust when lifting the *CCAA* stay to permit the debtor to make an assignment under the *BIA*. Whether the *ETA* has a mandatory effect in the context of a *CCAA* proceeding has already been discussed. I will now address the question of whether the order was authorized by the *CCAA*.

doivent se rappeler que les chances de succès d’une réorganisation sont meilleures lorsque les participants arrivent à s’entendre et que tous les intéressés sont traités de la façon la plus avantageuse et juste possible dans les circonstances.

[71] Il est bien établi qu’il est possible de mettre fin aux efforts déployés pour procéder à une réorganisation fondée sur la *LACC* et de lever la suspension des procédures contre le débiteur si la réorganisation est [TRADUCTION] « vouée à l’échec » (voir *Chef Ready*, p. 88; *Philip’s Manufacturing Ltd., Re* (1992), 9 C.B.R. (3d) 25 (C.A.C.-B.), par. 6-7). Cependant, quand l’ordonnance demandée contribue vraiment à la réalisation des objectifs de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de cette loi l’habilite à rendre à cette ordonnance.

[72] L’analyse qui précède est utile pour répondre à la question de savoir si le tribunal avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de maintenir la suspension des procédures à l’encontre de la Couronne, une fois qu’il est devenu évident que la réorganisation échouerait et que la faillite était inévitable.

[73] En Cour d’appel, le juge Tysoe a conclu que la *LACC* n’habilitait pas le tribunal à maintenir la suspension des mesures d’exécution de la Couronne à l’égard de la fiducie réputée visant la TPS après l’arrêt des efforts de réorganisation. Selon l’appelante, en tirant cette conclusion, le juge Tysoe a omis de tenir compte de l’objectif fondamental de la *LACC* et n’a pas donné à ce texte l’interprétation téléologique et large qu’il convient de lui donner et qui autorise le prononcé d’une telle ordonnance. La Couronne soutient que le juge Tysoe a conclu à bon droit que les termes impératifs de la *LTA* ne laissaient au tribunal d’autre choix que d’autoriser les mesures d’exécution à l’endroit de la fiducie réputée visant la TPS lorsqu’il a levé la suspension de procédures qui avait été ordonnée en application de la *LACC* afin de permettre au débiteur de faire cession de ses biens en vertu de la *LFI*. J’ai déjà traité de la question de savoir si la *LTA* a un effet contraignant dans une procédure fondée sur la *LACC*. Je vais maintenant traiter de la question de savoir si l’ordonnance était autorisée par la *LACC*.

[74] It is beyond dispute that the *CCAA* imposes no explicit temporal limitations upon proceedings commenced under the Act that would prohibit ordering a continuation of the stay of the Crown's GST claims while lifting the general stay of proceedings temporarily to allow the debtor to make an assignment in bankruptcy.

[75] The question remains whether the order advanced the underlying purpose of the *CCAA*. The Court of Appeal held that it did not because the reorganization efforts had come to an end and the *CCAA* was accordingly spent. I disagree.

[76] There is no doubt that had reorganization been commenced under the *BIA* instead of the *CCAA*, the Crown's deemed trust priority for the GST funds would have been lost. Similarly, the Crown does not dispute that under the scheme of distribution in bankruptcy under the *BIA* the deemed trust for GST ceases to have effect. Thus, after reorganization under the *CCAA* failed, creditors would have had a strong incentive to seek immediate bankruptcy and distribution of the debtor's assets under the *BIA*. In order to conclude that the discretion does not extend to partially lifting the stay in order to allow for an assignment in bankruptcy, one would have to assume a gap between the *CCAA* and the *BIA* proceedings. Brenner C.J.S.C.'s order staying Crown enforcement of the GST claim ensured that creditors would not be disadvantaged by the attempted reorganization under the *CCAA*. The effect of his order was to blunt any impulse of creditors to interfere in an orderly liquidation. His order was thus in furtherance of the *CCAA*'s objectives to the extent that it allowed a bridge between the *CCAA* and *BIA* proceedings. This interpretation of the tribunal's discretionary power is buttressed by s. 20 of the *CCAA*. That section provides that the *CCAA* "may be applied together with the provisions of any Act of Parliament . . . that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them", such as

[74] Il n'est pas contesté que la *LACC* n'assujettit les procédures engagées sous son régime à aucune limite temporelle explicite qui interdirait au tribunal d'ordonner le maintien de la suspension des procédures engagées par la Couronne pour recouvrer la TPS, tout en levant temporairement la suspension générale des procédures prononcée pour permettre au débiteur de faire cession de ses biens.

[75] Il reste à se demander si l'ordonnance contribuait à la réalisation de l'objectif fondamental de la *LACC*. La Cour d'appel a conclu que non, parce que les efforts de réorganisation avaient pris fin et que, par conséquent, la *LACC* n'était plus d'aucune utilité. Je ne partage pas cette conclusion.

[76] Il ne fait aucun doute que si la réorganisation avait été entreprise sous le régime de la *LFI* plutôt qu'en vertu de la *LACC*, la Couronne aurait perdu la priorité que lui confère la fiducie réputée visant la TPS. De même, la Couronne ne conteste pas que, selon le plan de répartition prévu par la *LFI* en cas de faillite, cette fiducie réputée cesse de produire ses effets. Par conséquent, après l'échec de la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC*, les créanciers auraient eu toutes les raisons de solliciter la mise en faillite immédiate du débiteur et la répartition de ses biens en vertu de la *LFI*. Pour pouvoir conclure que le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal ne l'autorise pas à lever partiellement la suspension des procédures afin de permettre la cession des biens, il faudrait présumer l'existence d'un hiatus entre la procédure fondée sur la *LACC* et celle fondée sur la *LFI*. L'ordonnance du juge en chef Brenner suspendant l'exécution des mesures de recouvrement de la Couronne à l'égard de la TPS faisait en sorte que les créanciers ne soient pas désavantagés par la tentative de réorganisation fondée sur la *LACC*. Cette ordonnance avait pour effet de dissuader les créanciers d'entraver une liquidation ordonnée et, de ce fait, elle contribuait à la réalisation des objectifs de la *LACC*, dans la mesure où elle établit une passerelle entre les procédures régies par la *LACC* d'une part et celles régies par la *LFI* d'autre part. Cette interprétation du pouvoir discrétionnaire du tribunal se trouve renforcée par

the *BIA*. Section 20 clearly indicates the intention of Parliament for the *CCAA* to operate *in tandem* with other insolvency legislation, such as the *BIA*.

[77] The *CCAA* creates conditions for preserving the *status quo* while attempts are made to find common ground amongst stakeholders for a reorganization that is fair to all. Because the alternative to reorganization is often bankruptcy, participants will measure the impact of a reorganization against the position they would enjoy in liquidation. In the case at bar, the order fostered a harmonious transition between reorganization and liquidation while meeting the objective of a single collective proceeding that is common to both statutes.

[78] Tysoe J.A. therefore erred in my view by treating the *CCAA* and the *BIA* as distinct regimes subject to a temporal gap between the two, rather than as forming part of an integrated body of insolvency law. Parliament's decision to maintain two statutory schemes for reorganization, the *BIA* and the *CCAA*, reflects the reality that reorganizations of differing complexity require different legal mechanisms. By contrast, only one statutory scheme has been found to be needed to liquidate a bankrupt debtor's estate. The transition from the *CCAA* to the *BIA* may require the partial lifting of a stay of proceedings under the *CCAA* to allow commencement of the *BIA* proceedings. However, as Laskin J.A. for the Ontario Court of Appeal noted in a similar competition between secured creditors and the Ontario Superintendent of Financial Services seeking to enforce a deemed trust, "[t]he two statutes are related" and no "gap" exists between the two statutes which would allow the enforcement of property interests at the conclusion of *CCAA* proceedings that would be

l'art. 20 de la *LACC*, qui précise que les dispositions de la Loi « peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale [...] autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers », par exemple la *LFI*. L'article 20 indique clairement que le législateur entend voir la *LACC* être appliquée *de concert* avec les autres lois concernant l'insolvabilité, telle la *LFI*.

[77] La *LACC* établit les conditions qui permettent de préserver le statu quo pendant qu'on tente de trouver un terrain d'entente entre les intéressés en vue d'une réorganisation qui soit juste pour tout le monde. Étant donné que, souvent, la seule autre solution est la faillite, les participants évaluent l'impact d'une réorganisation en regard de la situation qui serait la leur en cas de liquidation. En l'espèce, l'ordonnance favorisait une transition harmonieuse entre la réorganisation et la liquidation, tout en répondant à l'objectif — commun aux deux lois — qui consiste à avoir une seule procédure collective.

[78] À mon avis, le juge d'appel Tysoe a donc commis une erreur en considérant la *LACC* et la *LFI* comme des régimes distincts, séparés par un hiatus temporel, plutôt que comme deux lois faisant partie d'un ensemble intégré de règles du droit de l'insolvabilité. La décision du législateur de conserver deux régimes législatifs en matière de réorganisation, la *LFI* et la *LACC*, reflète le fait bien réel que des réorganisations de complexité différente requièrent des mécanismes légaux différents. En revanche, un seul régime législatif est jugé nécessaire pour la liquidation de l'actif d'un débiteur en faillite. Le passage de la *LACC* à la *LFI* peut exiger la levée partielle d'une suspension de procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, de façon à permettre l'engagement des procédures fondées sur la *LFI*. Toutefois, comme l'a signalé le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans un litige semblable opposant des créanciers garantis et le Surintendant des services financiers de l'Ontario qui invoquait le bénéfice d'une fiducie réputée, [TRADUCTION] « [L]es deux lois sont

lost in bankruptcy (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, at paras. 62-63).

[79] The Crown's priority in claims pursuant to source deductions deemed trusts does not undermine this conclusion. Source deductions deemed trusts survive under both the *CCAA* and the *BIA*. Accordingly, creditors' incentives to prefer one Act over another will not be affected. While a court has a broad discretion to stay source deductions deemed trusts in the *CCAA* context, this discretion is nevertheless subject to specific limitations applicable only to source deductions deemed trusts (*CCAA*, s. 11.4). Thus, if *CCAA* reorganization fails (e.g., either the creditors or the court refuse a proposed reorganization), the Crown can immediately assert its claim in unremitted source deductions. But this should not be understood to affect a seamless transition into bankruptcy or create any "gap" between the *CCAA* and the *BIA* for the simple reason that, regardless of what statute the reorganization had been commenced under, creditors' claims in both instances would have been subject to the priority of the Crown's source deductions deemed trust.

[80] Source deductions deemed trusts aside, the comprehensive and exhaustive mechanism under the *BIA* must control the distribution of the debtor's assets once liquidation is inevitable. Indeed, an orderly transition to liquidation is mandatory under the *BIA* where a proposal is rejected by creditors. The *CCAA* is silent on the transition into liquidation but the breadth of the court's discretion under the Act is sufficient to construct a bridge to liquidation under the *BIA*. The court must do so in a manner that does not subvert the scheme of distribution under the *BIA*. Transition

liées » et il n'existe entre elles aucun « hiatus » qui permettrait d'obtenir l'exécution, à l'issue de procédures engagées sous le régime de la *LACC*, de droits de propriété qui seraient perdus en cas de faillite (*Ivaco Inc. (Re)* (2006), 83 O.R. (3d) 108, par. 62-63).

[79] La priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur une fiducie réputée visant des retenues à la source n'affaiblit en rien cette conclusion. Comme ces fiducies réputées survivent tant sous le régime de la *LACC* que sous celui de la *LFI*, ce facteur n'a aucune incidence sur l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à préférer une loi plutôt que l'autre. S'il est vrai que le tribunal agissant en vertu de la *LACC* dispose d'une grande latitude pour suspendre les réclamations fondée sur des fiducies réputées visant des retenues à la source, cette latitude n'en demeure pas moins soumise à des limitations particulières, applicables uniquement à ces fiducies réputées (*LACC*, art. 11.4). Par conséquent, si la réorganisation tentée sous le régime de la *LACC* échoue (p. ex. parce que le tribunal ou les créanciers refusent une proposition de réorganisation), la Couronne peut immédiatement présenter sa réclamation à l'égard des retenues à la source non versées. Mais il ne faut pas en conclure que cela compromet le passage harmonieux au régime de faillite ou crée le moindre « hiatus » entre la *LACC* et la *LFI*, car le fait est que, peu importe la loi en vertu de laquelle la réorganisation a été amorcée, les réclamations des créanciers auraient dans les deux cas été subordonnées à la priorité de la fiducie réputée de la Couronne à l'égard des retenues à la source.

[80] Abstraction faite des fiducies réputées visant les retenues à la source, c'est le mécanisme complet et exhaustif prévu par la *LFI* qui doit régir la répartition des biens du débiteur une fois que la liquidation est devenue inévitable. De fait, une transition ordonnée aux procédures de liquidation est obligatoire sous le régime de la *LFI* lorsqu'une proposition est rejetée par les créanciers. La *LACC* est muette à l'égard de cette transition, mais l'ampleur du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par cette loi est suffisante pour établir une passerelle vers une liquidation opérée sous le régime

to liquidation requires partially lifting the *CCAA* stay to commence proceedings under the *BIA*. This necessary partial lifting of the stay should not trigger a race to the courthouse in an effort to obtain priority unavailable under the *BIA*.

[81] I therefore conclude that Brenner C.J.S.C. had the authority under the *CCAA* to lift the stay to allow entry into liquidation.

3.4 *Express Trust*

[82] The last issue in this case is whether Brenner C.J.S.C. created an express trust in favour of the Crown when he ordered on April 29, 2008, that proceeds from the sale of LeRoy Trucking's assets equal to the amount of unremitted GST be held back in the Monitor's trust account until the results of the reorganization were known. Tysoe J.A. in the Court of Appeal concluded as an alternative ground for allowing the Crown's appeal that it was the beneficiary of an express trust. I disagree.

[83] Creation of an express trust requires the presence of three certainties: intention, subject matter, and object. Express or "true trusts" arise from the acts and intentions of the settlor and are distinguishable from other trusts arising by operation of law (see D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, eds., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at pp. 28-29, especially fn. 42).

[84] Here, there is no certainty to the object (i.e. the beneficiary) inferable from the court's order of April 29, 2008 sufficient to support an express trust.

de la *LFI*. Ce faisant, le tribunal doit veiller à ne pas perturber le plan de répartition établi par la *LFI*. La transition au régime de liquidation nécessite la levée partielle de la suspension des procédures ordonnée en vertu de la *LACC*, afin de permettre l'introduction de procédures en vertu de la *LFI*. Il ne faudrait pas que cette indispensable levée partielle de la suspension des procédures provoque une ruée des créanciers vers le palais de justice pour l'obtention d'une priorité inexistante sous le régime de la *LFI*.

[81] Je conclus donc que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir de lever la suspension des procédures afin de permettre la transition au régime de liquidation.

3.4 *Fiducie expresse*

[82] La dernière question à trancher en l'espèce est celle de savoir si le juge en chef Brenner a créé une fiducie expresse en faveur de la Couronne quand il a ordonné, le 29 avril 2008, que le produit de la vente des biens de LeRoy Trucking — jusqu'à concurrence des sommes de TPS non remises — soit détenu dans le compte en fiducie du contrôleur jusqu'à ce que l'issue de la réorganisation soit connue. Un autre motif invoqué par le juge Tysoe de la Cour d'appel pour accueillir l'appel interjeté par la Couronne était que, selon lui, celle-ci était effectivement la bénéficiaire d'une fiducie expresse. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

[83] La création d'une fiducie expresse exige la présence de trois certitudes : certitude d'intention, certitude de matière et certitude d'objet. Les fiducies expresses ou « fiducies au sens strict » découlent des actes et des intentions du constituant et se distinguent des autres fiducies découlant de l'effet de la loi (voir D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, dir., *Waters' Law of Trusts in Canada* (3^e éd. 2005), p. 28-29, particulièrement la note en bas de page 42).

[84] En l'espèce, il n'existe aucune certitude d'objet (c.-à-d. relative au bénéficiaire) pouvant être inférée de l'ordonnance prononcée le 29 avril 2008 par le tribunal et suffisante pour donner naissance à une fiducie expresse.

[85] At the time of the order, there was a dispute between Century Services and the Crown over part of the proceeds from the sale of the debtor's assets. The court's solution was to accept LeRoy Trucking's proposal to segregate those monies until that dispute could be resolved. Thus, there was no certainty that the Crown would actually be the beneficiary, or object, of the trust.

[86] The fact that the location chosen to segregate those monies was the Monitor's trust account has no independent effect such that it would overcome the lack of a clear beneficiary. In any event, under the interpretation of CCAA s. 18.3(1) established above, no such priority dispute would even arise because the Crown's deemed trust priority over GST claims would be lost under the CCAA and the Crown would rank as an unsecured creditor for this amount. However, Brenner C.J.S.C. may well have been proceeding on the basis that, in accordance with *Ottawa Senators*, the Crown's GST claim would remain effective if reorganization was successful, which would not be the case if transition to the liquidation process of the BIA was allowed. An amount equivalent to that claim would accordingly be set aside pending the outcome of reorganization.

[87] Thus, uncertainty surrounding the outcome of the CCAA restructuring eliminates the existence of any certainty to permanently vest in the Crown a beneficial interest in the funds. That much is clear from the oral reasons of Brenner C.J.S.C. on April 29, 2008, when he said: "Given the fact that [CCAA proceedings] are known to fail and filings in bankruptcy result, it seems to me that maintaining the status quo in the case at bar supports the proposal to have the monitor hold these funds in trust." Exactly who might take the money in the final result was therefore evidently in doubt. Brenner C.J.S.C.'s subsequent order of September 3, 2008 denying the Crown's application to enforce the trust once it was clear

[85] Au moment où l'ordonnance a été rendue, il y avait un différend entre Century Services et la Couronne au sujet d'une partie du produit de la vente des biens du débiteur. La solution retenue par le tribunal a consisté à accepter, selon la proposition de LeRoy Trucking, que la somme en question soit détenue séparément jusqu'à ce que le différend puisse être réglé. Par conséquent, il n'existait aucune certitude que la Couronne serait véritablement le bénéficiaire ou l'objet de la fiducie.

[86] Le fait que le compte choisi pour conserver séparément la somme en question était le compte en fiducie du contrôleur n'a pas à lui seul un effet tel qu'il suppléerait à l'absence d'un bénéficiaire certain. De toute façon, suivant l'interprétation du par. 18.3(1) de la LACC dégagée précédemment, aucun différend ne saurait même exister quant à la priorité de rang, étant donné que la priorité accordée aux réclamations de la Couronne fondées sur la fiducie réputée visant la TPS ne s'applique pas sous le régime de la LACC et que la Couronne est reléguée au rang de créancier non garanti à l'égard des sommes en question. Cependant, il se peut fort bien que le juge en chef Brenner ait estimé que, conformément à l'arrêt *Ottawa Senators*, la créance de la Couronne à l'égard de la TPS demeurerait effective si la réorganisation aboutissait, ce qui ne serait pas le cas si le passage au processus de liquidation régi par la LFI était autorisé. Une somme équivalente à cette créance serait ainsi mise de côté jusqu'à ce que le résultat de la réorganisation soit connu.

[87] Par conséquent, l'incertitude entourant l'issue de la restructuration tentée sous le régime de la LACC exclut l'existence d'une certitude permettant de conférer de manière permanente à la Couronne un intérêt bénéficiaire sur la somme en question. Cela ressort clairement des motifs exposés de vive voix par le juge en chef Brenner le 29 avril 2008, lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « Comme il est notoire que [des procédures fondées sur la LACC] peuvent échouer et que cela entraîne des faillites, le maintien du statu quo en l'espèce me semble militer en faveur de l'acceptation de la proposition d'ordonner au contrôleur de détenir ces fonds en fiducie. » Il y avait donc manifestement un doute quant à la question de savoir qui au juste pourrait toucher l'argent

that bankruptcy was inevitable, confirms the absence of a clear beneficiary required to ground an express trust.

4. Conclusion

[88] I conclude that Brenner C.J.S.C. had the discretion under the *CCAA* to continue the stay of the Crown's claim for enforcement of the GST deemed trust while otherwise lifting it to permit LeRoy Trucking to make an assignment in bankruptcy. My conclusion that s. 18.3(1) of the *CCAA* nullified the GST deemed trust while proceedings under that Act were pending confirms that the discretionary jurisdiction under s. 11 utilized by the court was not limited by the Crown's asserted GST priority, because there is no such priority under the *CCAA*.

[89] For these reasons, I would allow the appeal and declare that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada is not subject to deemed trust or priority in favour of the Crown. Nor is this amount subject to an express trust. Costs are awarded for this appeal and the appeal in the court below.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[90] I am in general agreement with the reasons of Justice Deschamps and would dispose of the appeal as she suggests.

[91] More particularly, I share my colleague's interpretation of the scope of the judge's discretion under s. 11 of the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("*CCAA*").

en fin de compte. L'ordonnance ultérieure du juge en chef Brenner — dans laquelle ce dernier a rejeté, le 3 septembre 2008, la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie présumée après qu'il fut devenu évident que la faillite était inévitable — confirme l'absence du bénéficiaire certain sans lequel il ne saurait y avoir de fiducie expresse.

4. Conclusion

[88] Je conclus que le juge en chef Brenner avait, en vertu de la *LACC*, le pouvoir discrétionnaire de maintenir la suspension de la demande de la Couronne sollicitant le bénéfice de la fiducie réputée visant la TPS, tout en levant par ailleurs la suspension des procédures de manière à permettre à LeRoy Trucking de faire cession de ses biens. Ma conclusion selon laquelle le par. 18.3(1) de la *LACC* neutralisait la fiducie réputée visant la TPS pendant la durée des procédures fondées sur cette loi confirme que les pouvoirs discrétionnaires exercés par le tribunal en vertu de l'art. 11 n'étaient pas limités par la priorité invoquée par la Couronne au titre de la TPS, puisqu'il n'existe aucune priorité de la sorte sous le régime de la *LACC*.

[89] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de déclarer que la somme de 305 202,30 \$ perçue par LeRoy Trucking au titre de la TPS mais non encore versée au receveur général du Canada ne fait l'objet d'aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne. Cette somme ne fait pas non plus l'objet d'une fiducie expresse. Les dépens sont accordés à l'égard du présent pourvoi et de l'appel interjeté devant la juridiction inférieure.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[90] Je souscris dans l'ensemble aux motifs de la juge Deschamps et je disposerais du pourvoi comme elle le propose.

[91] Plus particulièrement, je me rallie à son interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au juge par l'art. 11 de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C.

And I share my colleague's conclusion that Brenner C.J.S.C. did not create an express trust in favour of the Crown when he segregated GST funds into the Monitor's trust account (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] I nonetheless feel bound to add brief reasons of my own regarding the interaction between the CCAA and the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 ("ETA").

[93] In upholding deemed trusts created by the *ETA* notwithstanding insolvency proceedings, *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), and its progeny have been unduly protective of Crown interests which Parliament itself has chosen to subordinate to competing prioritized claims. In my respectful view, a clearly marked departure from that jurisprudential approach is warranted in this case.

[94] Justice Deschamps develops important historical and policy reasons in support of this position and I have nothing to add in that regard. I do wish, however, to explain why a comparative analysis of related statutory provisions adds support to our shared conclusion.

[95] Parliament has in recent years given detailed consideration to the Canadian insolvency scheme. It has declined to amend the provisions at issue in this case. Ours is not to wonder why, but rather to treat Parliament's preservation of the relevant provisions as a deliberate exercise of the legislative discretion that is Parliament's alone. With respect, I reject any suggestion that we should instead characterize the apparent conflict between s. 18.3(1) (now s. 37(1)) of the CCAA and s. 222 of the *ETA* as a drafting anomaly or statutory lacuna properly subject to judicial correction or repair.

1985, ch. C-36 (« *LACC* »). Je partage en outre sa conclusion suivant laquelle le juge en chef Brenner n'a pas créé de fiducie expresse en faveur de la Couronne en ordonnant que les sommes recueillies au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur (2008 BCSC 1805, [2008] G.S.T.C. 221).

[92] J'estime néanmoins devoir ajouter de brefs motifs qui me sont propres au sujet de l'interaction entre la *LACC* et la *Loi sur la taxe d'accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »).

[93] En maintenant, malgré l'existence des procédures d'insolvabilité, la validité de fiducies réputées créées en vertu de la *LTA*, l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), et les décisions rendues dans sa foulée ont eu pour effet de protéger indûment des droits de la Couronne que le Parlement avait lui-même choisi de subordonner à d'autres créances prioritaires. À mon avis, il convient en l'espèce de rompre nettement avec ce courant jurisprudentiel.

[94] La juge Deschamps expose d'importantes raisons d'ordre historique et d'intérêt général à l'appui de cette position et je n'ai rien à ajouter à cet égard. Je tiens toutefois à expliquer pourquoi une analyse comparative de certaines dispositions législatives connexes vient renforcer la conclusion à laquelle ma collègue et moi-même en arrivons.

[95] Au cours des dernières années, le législateur fédéral a procédé à un examen approfondi du régime canadien d'insolvabilité. Il a refusé de modifier les dispositions qui sont en cause dans la présente affaire. Il ne nous appartient pas de nous interroger sur les raisons de ce choix. Nous devons plutôt considérer la décision du législateur de maintenir en vigueur les dispositions en question comme un exercice délibéré du pouvoir discrétionnaire de légiférer, pouvoir qui est exclusivement le sien. Avec égards, je rejette le point de vue suivant lequel nous devrions plutôt qualifier l'apparente contradiction entre le par. 18.3(1) (maintenant le par. 37(1)) de la *LACC* et l'art. 222 de la *LTA* d'anomalie rédactionnelle ou de lacune législative susceptible d'être corrigée par un tribunal.

II

[96] In the context of the Canadian insolvency regime, a deemed trust will be found to exist only where two complementary elements co-exist: first, a statutory provision *creating* the trust; and second, a CCAA or *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”) provision *confirming* — or explicitly preserving — its effective operation.

[97] This interpretation is reflected in three federal statutes. Each contains a deemed trust provision framed in terms strikingly similar to the wording of s. 222 of the *ETA*.

[98] The first is the *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) (“ITA”), where s. 227(4) *creates* a deemed trust:

(4) Every person who deducts or withholds an amount under this Act is deemed, notwithstanding any security interest (as defined in subsection 224(1.3)) in the amount so deducted or withheld, to hold the amount separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor (as defined in subsection 224(1.3)) of that person that but for the security interest would be property of the person, in trust for Her Majesty and for payment to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act. [Here and below, the emphasis is of course my own.]

[99] In the next subsection, Parliament has taken care to make clear that this trust is unaffected by federal or provincial legislation to the contrary:

(4.1) Notwithstanding any other provision of this Act, the *Bankruptcy and Insolvency Act* (except sections 81.1 and 81.2 of that Act), any other enactment of Canada, any enactment of a province or any other law, where at any time an amount deemed by subsection 227(4) to be held by a person in trust for Her Majesty is not paid to Her Majesty in the manner and at the time provided under this Act, property of the person . . . equal in value to the amount so deemed to be held in trust is deemed

(a) to be held, from the time the amount was deducted or withheld by the person, separate and

II

[96] Dans le contexte du régime canadien d’insolvabilité, on conclut à l’existence d’une fiducie réputée uniquement lorsque deux éléments complémentaires sont réunis : en premier lieu, une disposition législative qui *crée* la fiducie et, en second lieu, une disposition de la *LACC* ou de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* ») qui *confirme* l’existence de la fiducie ou la maintient explicitement en vigueur.

[97] Cette interprétation se retrouve dans trois lois fédérales, qui renferment toutes une disposition relative aux fiducies réputées dont le libellé offre une ressemblance frappante avec celui de l’art. 222 de la *LTA*.

[98] La première est la *Loi de l’impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985, ch. 1 (5^e suppl.) (« *LIR* »), dont le par. 227(4) *crée* une fiducie réputée :

(4) Toute personne qui déduit ou retient un montant en vertu de la présente loi est réputée, malgré toute autre garantie au sens du paragraphe 224(1.3) le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté, séparé de ses propres biens et des biens détenus par son créancier garanti au sens de ce paragraphe qui, en l’absence de la garantie, seraient ceux de la personne, et en vue de le verser à Sa Majesté selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi. [Dans la présente citation et dans celles qui suivent, les soulignements sont évidemment de moi.]

[99] Dans le paragraphe suivant, le législateur prend la peine de bien préciser que toute disposition législative fédérale ou provinciale à l’effet contraire n’a aucune incidence sur la fiducie ainsi constituée :

(4.1) Malgré les autres dispositions de la présente loi, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* (sauf ses articles 81.1 et 81.2), tout autre texte législatif fédéral ou provincial ou toute règle de droit, en cas de non-versement à Sa Majesté, selon les modalités et dans le délai prévus par la présente loi, d’un montant qu’une personne est réputée par le paragraphe (4) détenir en fiducie pour Sa Majesté, les biens de la personne [. . .] d’une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté, à compter du moment où le montant est déduit ou retenu,

apart from the property of the person, in trust for Her Majesty whether or not the property is subject to such a security interest, . . .

séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à une telle garantie;

. . . and the proceeds of such property shall be paid to the Receiver General in priority to all such security interests.

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur une telle garantie.

[100] The continued operation of this deemed trust is expressly *confirmed* in s. 18.3 of the CCAA:

[100] Le maintien en vigueur de cette fiducie réputée est expressément *confirmé* à l'art. 18.3 de la LACC :

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3(1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(2) Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[101] The operation of the *ITA* deemed trust is also confirmed in s. 67 of the *BIA*:

[101] L'application de la fiducie réputée prévue par la *LIR* est également confirmée par l'art. 67 de la *LFI* :

(2) Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act*

(3) Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi*

[102] Thus, Parliament has first *created* and then *confirmed the continued operation* of the Crown's *ITA* deemed trust under *both* the CCAA and the *BIA* regimes.

[102] Par conséquent, le législateur a *créé*, puis *confirmé le maintien en vigueur* de la fiducie réputée établie par la *LIR* en faveur de Sa Majesté *tant* sous le régime de la *LACC* *que* sous celui de la *LFI*.

[103] The second federal statute for which this scheme holds true is the *Canada Pension Plan*, R.S.C. 1985, c. C-8 (“*CPP*”). At s. 23, Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown and specifies that it exists despite all contrary provisions in any other Canadian statute. Finally, and in almost identical terms, the *Employment Insurance Act*, S.C. 1996, c. 23 (“*EIA*”), creates a deemed trust in favour of the Crown: see ss. 86(2) and (2.1).

[104] As we have seen, the survival of the deemed trusts created under these provisions of the *ITA*, the *CPP* and the *EIA* is confirmed in s. 18.3(2) of the *CCAA* and in s. 67(3) of the *BIA*. In all three cases, Parliament’s intent to enforce the Crown’s deemed trust through insolvency proceedings is expressed in clear and unmistakable terms.

[105] The same is not true with regard to the deemed trust created under the *ETA*. Although Parliament creates a deemed trust in favour of the Crown to hold unremitted GST monies, and although it purports to maintain this trust notwithstanding any contrary federal or provincial legislation, it does not *confirm* the trust — or expressly provide for its continued operation — in either the *BIA* or the *CCAA*. The second of the two mandatory elements I have mentioned is thus absent reflecting Parliament’s intention to allow the deemed trust to lapse with the commencement of insolvency proceedings.

[106] The language of the relevant *ETA* provisions is identical in substance to that of the *ITA*, *CPP*, and *EIA* provisions:

222. (1) Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured creditor of the person that, but for a

[103] La deuxième loi fédérale où l’on retrouve ce mécanisme est le *Régime de pensions du Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-8 (« *RPC* »). À l’article 23, le législateur crée une fiducie réputée en faveur de la Couronne et précise qu’elle existe malgré les dispositions contraires de toute autre loi fédérale. Enfin, la *Loi sur l’assurance-emploi*, L.C. 1996, ch. 23 (« *LAE* »), crée dans des termes quasi identiques, une fiducie réputée en faveur de la Couronne : voir les par. 86(2) et (2.1).

[104] Comme nous l’avons vu, le maintien en vigueur des fiducies réputées créées en vertu de ces dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* est confirmé au par. 18.3(2) de la *LACC* et au par. 67(3) de la *LFI*. Dans les trois cas, le législateur a exprimé en termes clairs et explicites sa volonté de voir la fiducie réputée établie en faveur de la Couronne produire ses effets pendant le déroulement de la procédure d’insolvabilité.

[105] La situation est différente dans le cas de la fiducie réputée créée par la *LTA*. Bien que le législateur crée en faveur de la Couronne une fiducie réputée dans laquelle seront conservées les sommes recueillies au titre de la TPS mais non encore versées, et bien qu’il prétende maintenir cette fiducie en vigueur malgré les dispositions à l’effet contraire de toute loi fédérale ou provinciale, il ne *confirme* pas l’existence de la fiducie — ni ne prévoit expressément le maintien en vigueur de celle-ci — dans la *LFI* ou dans la *LACC*. Le second des deux éléments obligatoires que j’ai mentionnés fait donc défaut, ce qui témoigne de l’intention du législateur de laisser la fiducie réputée devenir caduque au moment de l’introduction de la procédure d’insolvabilité.

[106] Le texte des dispositions en cause de la *LTA* est substantiellement identique à celui des dispositions de la *LIR*, du *RPC* et de la *LAE* :

222. (1) La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la personne, jusqu’à ce qu’il soit

security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

. . .

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, . . .

. . .

. . . and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[107] Yet no provision of the *CCAA* provides for the continuation of this deemed trust after the *CCAA* is brought into play.

[108] In short, Parliament has imposed *two* explicit conditions, or “building blocks”, for survival under the *CCAA* of deemed trusts created by the *ITA*, *CPP*, and *EIA*. Had Parliament intended to likewise preserve under the *CCAA* deemed trusts created by the *ETA*, it would have included in the *CCAA* the sort of confirmatory provision that explicitly preserves other deemed trusts.

[109] With respect, unlike Tysoe J.A., I do not find it “inconceivable that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the *ETA* without considering the *CCAA* as a possible second exception” (2009 BCCA 205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, at para. 37). *All* of the deemed trust

versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

. . .

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

. . .

. . . et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[107] Pourtant, aucune disposition de la *LACC* ne prévoit le maintien en vigueur de la fiducie réputée une fois que la *LACC* entre en jeu.

[108] En résumé, le législateur a imposé *deux* conditions explicites — ou « composantes de base » — devant être réunies pour que survivent, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui ont été établies par la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*. S'il avait voulu préserver de la même façon, sous le régime de la *LACC*, les fiducies réputées qui sont établies par la *LTA*, il aurait inséré dans la *LACC* le type de disposition confirmatoire qui maintient explicitement en vigueur d'autres fiducies réputées.

[109] Avec égards pour l'opinion contraire exprimée par le juge Tysoe de la Cour d'appel, je ne trouve pas [TRADUCTION] « inconcevable que le législateur, lorsqu'il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la *LTA*, ait désigné expressément la *LFI* comme une exception sans envisager que la *LACC* puisse constituer une deuxième exception » (2009 BCCA

provisions excerpted above make explicit reference to the *BIA*. Section 222 of the *ETA* does not break the pattern. Given the near-identical wording of the four deemed trust provisions, it would have been surprising indeed had Parliament not addressed the *BIA* at all in the *ETA*.

[110] Parliament's evident intent was to render GST deemed trusts inoperative upon the institution of insolvency proceedings. Accordingly, s. 222 mentions the *BIA* so as to *exclude* it from its ambit — rather than to *include* it, as do the *ITA*, the *CPP*, and the *EIA*.

[111] Conversely, I note that *none* of these statutes mentions the *CCAA* expressly. Their specific reference to the *BIA* has no bearing on their interaction with the *CCAA*. Again, it is the confirmatory provisions *in the insolvency statutes* that determine whether a given deemed trust will subsist during insolvency proceedings.

[112] Finally, I believe that chambers judges should not segregate GST monies into the Monitor's trust account during *CCAA* proceedings, as was done in this case. The result of Justice Deschamps's reasoning is that GST claims become unsecured under the *CCAA*. Parliament has deliberately chosen to nullify certain Crown super-priorities during insolvency; this is one such instance.

III

[113] For these reasons, like Justice Deschamps, I would allow the appeal with costs in this Court and in the courts below and order that the \$305,202.30 collected by LeRoy Trucking in respect of GST but not yet remitted to the Receiver General of Canada

205, 98 B.C.L.R. (4th) 242, par. 37). *Toutes* les dispositions établissant des fiducies réputées qui sont reproduites ci-dessus font explicitement mention de la *LFI*. L'article 222 de la *LTA* ne rompt pas avec ce modèle. Compte tenu du libellé presque identique des quatre dispositions établissant une fiducie réputée, il aurait d'ailleurs été étonnant que le législateur ne fasse aucune mention de la *LFI* dans la *LTA*.

[110] L'intention du législateur était manifestement de rendre inopérantes les fiducies réputées visant la TPS dès l'introduction d'une procédure d'insolvabilité. Par conséquent, l'art. 222 mentionne la *LFI* de manière à l'*exclure* de son champ d'application — et non de l'y *inclure*, comme le font la *LIR*, le *RPC* et la *LAE*.

[111] En revanche, je constate qu'*aucune* de ces lois ne mentionne expressément la *LACC*. La mention explicite de la *LFI* dans ces textes n'a aucune incidence sur leur interaction avec la *LACC*. Là encore, ce sont les dispositions confirmatoires que l'on trouve *dans les lois sur l'insolvabilité* qui déterminent si une fiducie réputée continuera d'exister durant une procédure d'insolvabilité.

[112] Enfin, j'estime que les juges siégeant en leur cabinet ne devraient pas, comme cela s'est produit en l'espèce, ordonner que les sommes perçues au titre de la TPS soient détenues séparément dans le compte en fiducie du contrôleur pendant le déroulement d'une procédure fondée sur la *LACC*. Il résulte du raisonnement de la juge Deschamps que les réclamations de TPS deviennent des créances non garanties sous le régime de la *LACC*. Le législateur a délibérément décidé de supprimer certaines superpriorités accordées à la Couronne pendant l'insolvabilité; nous sommes en présence de l'un de ces cas.

III

[113] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis, à l'instar de la juge Deschamps, d'accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures, et d'ordonner que la somme de 305 202,30 \$ — qui a été perçue par LeRoy Trucking

be subject to no deemed trust or priority in favour of the Crown.

The following are the reasons delivered by

[114] ABELLA J. (dissenting) — The central issue in this appeal is whether s. 222 of the *Excise Tax Act*, R.S.C. 1985, c. E-15 (“ETA”), and specifically s. 222(3), gives priority during *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”), proceedings to the Crown’s deemed trust in unremitted GST. I agree with Tysoe J.A. that it does. It follows, in my respectful view, that a court’s discretion under s. 11 of the CCAA is circumscribed accordingly.

[115] Section 11¹ of the CCAA stated:

11. (1) Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

To decide the scope of the court’s discretion under s. 11, it is necessary to first determine the priority issue. Section 222(3), the provision of the *ETA* at issue in this case, states:

¹ Section 11 was amended, effective September 18, 2009, and now states:

11. Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

au titre de la TPS mais n’a pas encore été versée au receveur général du Canada — ne fasse l’objet d’aucune fiducie réputée ou priorité en faveur de la Couronne.

Version française des motifs rendus par

[114] LA JUGE ABELLA (dissidente) — La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si l’art. 222 de la *Loi sur la taxe d’accise*, L.R.C. 1985, ch. E-15 (« *LTA* »), et plus particulièrement le par. 222(3), donnent préséance, dans le cadre d’une procédure relevant de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »), à la fiducie réputée qui est établie en faveur de la Couronne à l’égard de la TPS non versée. À l’instar du juge Tysoe de la Cour d’appel, j’estime que tel est le cas. Il s’ensuit, à mon avis, que le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11 de la *LACC* est circonscrit en conséquence.

[115] L’article 11¹ de la *LACC* disposait :

11. (1) Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu’une demande est faite sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie, le tribunal, sur demande d’un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l’ordonnance prévue au présent article.

Pour être en mesure de déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l’art. 11, il est nécessaire de trancher d’abord la question de la priorité. Le paragraphe 222(3), la disposition de la *LTA* en cause en l’espèce, prévoit ce qui suit :

¹ L’article 11 a été modifié et le texte modifié, qui est entré en vigueur le 18 septembre 2009, est rédigé ainsi :

11. Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l’égard d’une compagnie débitrice, rendre, sur demande d’un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(3) Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

[116] Century Services argued that the CCAA's general override provision, s. 18.3(1), prevailed, and that the deeming provisions in s. 222 of the *ETA* were, accordingly, inapplicable during CCAA proceedings. Section 18.3(1) states:

18.3 (1) ... [N]otwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[117] As MacPherson J.A. correctly observed in *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), s. 222(3) of the *ETA* is in "clear conflict" with s. 18.3(1) of the CCAA (para. 31). Resolving the conflict between the two provisions is, essentially, what seems to me to be a relatively uncomplicated exercise in statutory

(3) Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

[116] Selon Century Services, la disposition dérogatoire générale de la *LACC*, le par. 18.3(1), l'emportait, et les dispositions déterminatives à l'art. 222 de la *LTA* étaient par conséquent inapplicables dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. Le paragraphe 18.3(1) dispose :

18.3 (1) ... [P]ar dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[117] Ainsi que l'a fait observer le juge d'appel MacPherson, dans l'arrêt *Ottawa Senators Hockey Club Corp. (Re)* (2005), 73 O.R. (3d) 737 (C.A.), le par. 222(3) de la *LTA* [TRADUCTION] « entre nettement en conflit » avec le par. 18.3(1) de la *LACC* (para. 31). Essentiellement, la résolution du conflit entre ces deux dispositions requiert à mon sens une

interpretation: Does the language reflect a clear legislative intention? In my view it does. The deemed trust provision, s. 222(3) of the *ETA*, has unambiguous language stating that it operates notwithstanding any law except the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“*BIA*”).

[118] By expressly excluding only one statute from its legislative grasp, and by unequivocally stating that it applies despite any other law anywhere in Canada *except* the *BIA*, s. 222(3) has defined its boundaries in the clearest possible terms. I am in complete agreement with the following comments of MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*:

The legislative intent of s. 222(3) of the *ETA* is clear. If there is a conflict with “any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*)”, s. 222(3) prevails. In these words Parliament did two things: it decided that s. 222(3) should trump all other federal laws and, importantly, it addressed the topic of exceptions to its trumping decision and identified a single exception, the *Bankruptcy and Insolvency Act* The *BIA* and the *CCAA* are closely related federal statutes. I cannot conceive that Parliament would specifically identify the *BIA* as an exception, but accidentally fail to consider the *CCAA* as a possible second exception. In my view, the omission of the *CCAA* from s. 222(3) of the *ETA* was almost certainly a considered omission. [para. 43]

[119] MacPherson J.A.’s view that the failure to exempt the *CCAA* from the operation of the *ETA* is a reflection of a clear legislative intention, is borne out by how the *CCAA* was subsequently changed after s. 18.3(1) was enacted in 1997. In 2000, when s. 222(3) of the *ETA* came into force, amendments were also introduced to the *CCAA*. Section 18.3(1) was not amended.

[120] The failure to amend s. 18.3(1) is notable because its effect was to protect the legislative *status quo*, notwithstanding repeated requests from

opération relativement simple d’interprétation des lois : Est-ce que les termes employés révèlent une intention claire du législateur? À mon avis, c’est le cas. Le texte de la disposition créant une fiducie réputée, soit le par. 222(3) de la *LTA*, précise sans ambiguïté que cette disposition s’applique malgré toute autre règle de droit sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »).

[118] En excluant explicitement une seule loi du champ d’application du par. 222(3) et en déclarant de façon non équivoque qu’il s’applique malgré toute autre loi ou règle de droit au Canada *sauf* la *LFI*, le législateur a défini la portée de cette disposition dans des termes on ne peut plus clairs. Je souscris sans réserve aux propos suivants du juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators* :

[TRADUCTION] L’intention du législateur au par. 222(3) de la *LTA* est claire. En cas de conflit avec « tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*) », c’est le par. 222(3) qui l’emporte. En employant ces mots, le législateur fédéral a fait deux choses : il a décidé que le par. 222(3) devait l’emporter sur tout autre texte législatif fédéral et, fait important, il a abordé la question des exceptions à cette préséance en en mentionnant une seule, la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité* [. . .] La *LFI* et la *LACC* sont des lois fédérales étroitement liées entre elles. Je ne puis concevoir que le législateur ait pu mentionner expressément la *LFI* à titre d’exception, mais ait involontairement omis de considérer la *LACC* comme une deuxième exception possible. À mon avis, le fait que la *LACC* ne soit pas mentionnée au par. 222(3) de la *LTA* était presque assurément une omission mûrement réfléchie de la part du législateur. [par. 43]

[119] L’opinion du juge d’appel MacPherson suivant laquelle le fait que la *LACC* n’ait pas été soustraite à l’application de la *LTA* témoigne d’une intention claire du législateur est confortée par la façon dont la *LACC* a par la suite été modifiée après l’édiction du par. 18.3(1) en 1997. En 2000, lorsque le par. 222(3) de la *LTA* est entré en vigueur, des modifications ont également été apportées à la *LACC*, mais le par. 18.3(1) de cette loi n’a pas été modifié.

[120] L’absence de modification du par. 18.3(1) vaut d’être soulignée, car elle a eu pour effet de maintenir le statu quo législatif, malgré les

various constituencies that s. 18.3(1) be amended to make the priorities in the *CCAA* consistent with those in the *BIA*. In 2002, for example, when Industry Canada conducted a review of the *BIA* and the *CCAA*, the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals recommended that the priority regime under the *BIA* be extended to the *CCAA* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (March 15, 2002), Sch. B, proposal 71). The same recommendations were made by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce in its 2003 report, *Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act*; by the Legislative Review Task Force (Commercial) of the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals in its 2005 *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*; and in 2007 by the Insolvency Institute of Canada in a submission to the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce commenting on reforms then under consideration.

[121] Yet the *BIA* remains the only exempted statute under s. 222(3) of the *ETA*. Even after the 2005 decision in *Ottawa Senators* which confirmed that the *ETA* took precedence over the *CCAA*, there was no responsive legislative revision. I see this lack of response as relevant in this case, as it was in *Tele-Mobile Co. v. Ontario*, 2008 SCC 12, [2008] 1 S.C.R. 305, where this Court stated:

While it cannot be said that legislative silence is necessarily determinative of legislative intention, in this case the silence is Parliament's answer to the consistent urging of Telus and other affected businesses and organizations that there be express language in the legislation to ensure that businesses can be reimbursed for the reasonable costs of complying with evidence-gathering orders. I see the legislative history as reflecting Parliament's intention that compensation not be paid for compliance with production orders. [para. 42]

demandes répétées de divers groupes qui souhaitaient que cette disposition soit modifiée pour aligner l'ordre de priorité établi par la *LACC* sur celui de la *LFI*. En 2002, par exemple, lorsque Industrie Canada a procédé à l'examen de la *LFI* et de la *LACC*, l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation ont recommandé que les règles de la *LFI* en matière de priorité soient étendues à la *LACC* (Joint Task Force on Business Insolvency Law Reform, *Report* (15 mars 2002), ann. B, proposition 71). Ces recommandations ont été reprises en 2003 par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce dans son rapport intitulé *Les débiteurs et les créanciers doivent se partager le fardeau : Examen de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, ainsi qu'en 2005 par le Legislative Review Task Force (Commercial) de l'Institut d'insolvabilité du Canada et de l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation dans son *Report on the Commercial Provisions of Bill C-55*, et en 2007 par l'Institut d'insolvabilité du Canada dans un mémoire soumis au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce au sujet de réformes alors envisagées.

[121] La *LFI* demeure néanmoins la seule loi soustraite à l'application du par. 222(3) de la *LTA*. Même à la suite de l'arrêt rendu en 2005 dans l'affaire *Ottawa Senators*, qui a confirmé que la *LTA* l'emportait sur la *LACC*, le législateur n'est pas intervenu. Cette absence de réaction de sa part me paraît tout aussi pertinente en l'espèce que dans l'arrêt *Société Télé-Mobile c. Ontario*, 2008 CSC 12, [2008] 1 R.C.S. 305, où la Cour a déclaré ceci :

Le silence du législateur n'est pas nécessairement déterminant quant à son intention, mais en l'espèce, il répond à la demande pressante de Telus et des autres entreprises et organisations intéressées que la loi prévoie expressément la possibilité d'un remboursement des frais raisonnables engagés pour communiquer des éléments de preuve conformément à une ordonnance. L'historique législatif confirme selon moi que le législateur n'a pas voulu qu'une indemnité soit versée pour l'obtempération à une ordonnance de communication. [par. 42]

[122] All this leads to a clear inference of a deliberate legislative choice to protect the deemed trust in s. 222(3) from the reach of s. 18.3(1) of the CCAA.

[123] Nor do I see any “policy” justification for interfering, through interpretation, with this clarity of legislative intention. I can do no better by way of explaining why I think the policy argument cannot succeed in this case, than to repeat the words of Tysoe J.A. who said:

I do not dispute that there are valid policy reasons for encouraging insolvent companies to attempt to restructure their affairs so that their business can continue with as little disruption to employees and other stakeholders as possible. It is appropriate for the courts to take such policy considerations into account, but only if it is in connection with a matter that has not been considered by Parliament. Here, Parliament must be taken to have weighed policy considerations when it enacted the amendments to the CCAA and ETA described above. As Mr. Justice MacPherson observed at para. 43 of *Ottawa Senators*, it is inconceivable that Parliament would specifically identify the BIA as an exception when enacting the current version of s. 222(3) of the ETA without considering the CCAA as a possible second exception. I also make the observation that the 1992 set of amendments to the BIA enabled proposals to be binding on secured creditors and, while there is more flexibility under the CCAA, it is possible for an insolvent company to attempt to restructure under the auspices of the BIA. [para. 37]

[124] Despite my view that the clarity of the language in s. 222(3) is dispositive, it is also my view that even the application of other principles of interpretation reinforces this conclusion. In their submissions, the parties raised the following as being particularly relevant: the Crown relied on the principle that the statute which is “later in time” prevails; and Century Services based its argument on the principle that the general provision gives way to the specific (*generalia specialibus non derogant*).

[122] Tout ce qui précède permet clairement d’inférer que le législateur a délibérément choisi de soustraire la fiducie réputée établie au par. 222(3) à l’application du par. 18.3(1) de la LACC.

[123] Je ne vois pas non plus de « considération de politique générale » qui justifierait d’aller à l’encontre, par voie d’interprétation législative, de l’intention aussi clairement exprimée par le législateur. Je ne saurais expliquer mieux que ne l’a fait le juge d’appel Tysoe les raisons pour lesquelles l’argument invoquant des considérations de politique générale ne peut, selon moi, être retenu en l’espèce. Je vais donc reprendre à mon compte ses propos à ce sujet :

[TRADUCTION] Je ne conteste pas qu’il existe des raisons de politique générale valables qui justifient d’inciter les entreprises insolvables à tenter de se restructurer de façon à pouvoir continuer à exercer leurs activités avec le moins de perturbations possibles pour leurs employés et pour les autres intéressés. Les tribunaux peuvent légitimement tenir compte de telles considérations de politique générale, mais seulement si elles ont trait à une question que le législateur n’a pas examinée. Or, dans le cas qui nous occupe, il y a lieu de présumer que le législateur a tenu compte de considérations de politique générale lorsqu’il a adopté les modifications susmentionnées à la LACC et à la LTA. Comme le juge MacPherson le fait observer au par. 43 de l’arrêt *Ottawa Senators*, il est inconcevable que le législateur, lorsqu’il a adopté la version actuelle du par. 222(3) de la LTA, ait désigné expressément la LFI comme une exception sans envisager que la LACC puisse constituer une deuxième exception. Je signale par ailleurs que les modifications apportées en 1992 à la LFI ont permis de rendre les propositions concordataires opposables aux créanciers garantis et que, malgré la plus grande souplesse de la LACC, il est possible pour une compagnie insolvable de se restructurer sous le régime de la LFI. [par. 37]

[124] Bien que je sois d’avis que la clarté des termes employés au par. 222(3) tranche la question, j’estime également que cette conclusion est même renforcée par l’application d’autres principes d’interprétation. Dans leurs observations, les parties indiquent que les principes suivants étaient, selon elles, particulièrement pertinents : la Couronne a invoqué le principe voulant que la loi « postérieure » l’emporte; Century Services a fondé son argumentation sur le principe de la préséance de la loi spécifique sur la loi générale (*generalia specialibus non derogant*).

[125] The “later in time” principle gives priority to a more recent statute, based on the theory that the legislature is presumed to be aware of the content of existing legislation. If a new enactment is inconsistent with a prior one, therefore, the legislature is presumed to have intended to derogate from the earlier provisions (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th ed. 2008), at pp. 346-47; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000), at p. 358).

[126] The exception to this presumptive displacement of pre-existing inconsistent legislation, is the *generalia specialibus non derogant* principle that “[a] more recent, general provision will not be construed as affecting an earlier, special provision” (Côté, at p. 359). Like a Russian Doll, there is also an exception within this exception, namely, that an earlier, specific provision may in fact be “overruled” by a subsequent general statute if the legislature indicates, through its language, an intention that the general provision prevails (*Doré v. Verdun (City)*, [1997] 2 S.C.R. 862).

[127] The primary purpose of these interpretive principles is to assist in the performance of the task of determining the intention of the legislature. This was confirmed by MacPherson J.A. in *Ottawa Senators*, at para. 42:

... the overarching rule of statutory interpretation is that statutory provisions should be interpreted to give effect to the intention of the legislature in enacting the law. This primary rule takes precedence over all maxims or canons or aids relating to statutory interpretation, including the maxim that the specific prevails over the general (*generalia specialibus non derogant*). As expressed by Hudson J. in *Canada v. Williams*, [1944] S.C.R. 226, ... at p. 239 ... :

The maxim *generalia specialibus non derogant* is relied on as a rule which should dispose of the question, but the maxim is not a rule of law but a rule of construction and bows to the intention of the

[125] Le principe de la préséance de la « loi postérieure » accorde la priorité à la loi la plus récente, au motif que le législateur est présumé connaître le contenu des lois alors en vigueur. Si, dans la loi nouvelle, le législateur adopte une règle inconciliable avec une règle préexistante, on conclura qu’il a entendu déroger à celle-ci (Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (5^e éd. 2008), p. 346-347; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3^e éd. 2000), p. 358).

[126] L’exception à cette supplantation présumée des dispositions législatives préexistantes incompatibles réside dans le principe exprimé par la maxime *generalia specialibus non derogant* selon laquelle une disposition générale plus récente n’est pas réputée déroger à une loi spéciale antérieure (Côté, p. 359). Comme dans le jeu des poupées russes, cette exception comporte elle-même une exception. En effet, une disposition spécifique antérieure peut dans les faits être « supplantée » par une loi ultérieure de portée générale si le législateur, par les mots qu’il a employés, a exprimé l’intention de faire prévaloir la loi générale (*Doré c. Verdun (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 862).

[127] Ces principes d’interprétation visent principalement à faciliter la détermination de l’intention du législateur, comme l’a confirmé le juge d’appel MacPherson dans l’arrêt *Ottawa Senators*, au par. 42 :

[TRADUCTION] ... en matière d’interprétation des lois, la règle cardinale est la suivante : les dispositions législatives doivent être interprétées de manière à donner effet à l’intention du législateur lorsqu’il a adopté la loi. Cette règle fondamentale l’emporte sur toutes les maximes, outils ou canons d’interprétation législative, y compris la maxime suivant laquelle le particulier l’emporte sur le général (*generalia specialibus non derogant*). Comme l’a expliqué le juge Hudson dans l’arrêt *Canada c. Williams*, [1944] R.C.S. 226, [...] à la p. 239 ... :

On invoque la maxime *generalia specialibus non derogant* comme une règle qui devrait trancher la question. Or cette maxime, qui n’est pas une règle de droit mais un principe d’interprétation, cède le pas

legislature, if such intention can reasonably be gathered from all of the relevant legislation.

(See also Côté, at p. 358, and Pierre-Andre Côté, with the collaboration of S. Beaulac and M. Devinat, *Interprétation des lois* (4th ed. 2009), at para. 1335.)

[128] I accept the Crown's argument that the "later in time" principle is conclusive in this case. Since s. 222(3) of the *ETA* was enacted in 2000 and s. 18.3(1) of the *CCAA* was introduced in 1997, s. 222(3) is, on its face, the later provision. This chronological victory can be displaced, as Century Services argues, if it is shown that the more recent provision, s. 222(3) of the *ETA*, is a general one, in which case the earlier, specific provision, s. 18.3(1), prevails (*generalia specialibus non derogant*). But, as previously explained, the prior specific provision does not take precedence if the subsequent general provision appears to "overrule" it. This, it seems to me, is precisely what s. 222(3) achieves through the use of language stating that it prevails despite any law of Canada, of a province, or "any other law" other than the *BIA*. Section 18.3(1) of the *CCAA* is thereby rendered inoperative for purposes of s. 222(3).

[129] It is true that when the *CCAA* was amended in 2005,² s. 18.3(1) was re-enacted as s. 37(1) (S.C. 2005, c. 47, s. 131). Deschamps J. suggests that this makes s. 37(1) the new, "later in time" provision. With respect, her observation is refuted by the operation of s. 44(f) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, which expressly deals with the (non) effect of re-enacting, without significant substantive changes, a repealed provision (see *Attorney General of Canada v. Public Service Staff Relations Board*, [1977] 2 F.C. 663, dealing with the predecessor provision to s. 44(f)). It directs that new enactments not be construed as

devant l'intention du législateur, s'il est raisonnablement possible de la dégager de l'ensemble des dispositions législatives pertinentes.

(Voir aussi Côté, p. 358, et Pierre-André Côté, avec la collaboration de S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois* (4^e éd. 2009), par. 1335.)

[128] J'accepte l'argument de la Couronne suivant lequel le principe de la loi « postérieure » est déterminant en l'espèce. Comme le par. 222(3) de la *LTA* a été édicté en 2000 et que le par. 18.3(1) de la *LACC* a été adopté en 1997, le par. 222(3) est, de toute évidence, la disposition postérieure. Cette victoire chronologique peut être neutralisée si, comme le soutient Century Services, on démontre que la disposition la plus récente, le par. 222(3) de la *LTA*, est une disposition générale, auquel cas c'est la disposition particulière antérieure, le par. 18.3(1), qui l'emporte (*generalia specialibus non derogant*). Mais, comme nous l'avons vu, la disposition particulière antérieure n'a pas préséance si la disposition générale ultérieure paraît la « supplanter ». C'est précisément, à mon sens, ce qu'accomplit le par. 222(3) de par son libellé, lequel précise que la disposition l'emporte sur tout autre texte législatif fédéral, tout texte législatif provincial ou « toute autre règle de droit » *sauf la LFI*. Le paragraphe 18.3(1) de la *LACC* est par conséquent rendu inopérant aux fins d'application du par. 222(3).

[129] Il est vrai que, lorsque la *LACC* a été modifiée en 2005², le par. 18.3(1) a été remplacé par le par. 37(1) (L.C. 2005, ch. 47, art. 131). Selon la juge Deschamps, le par. 37(1) est devenu, de ce fait, la disposition « postérieure ». Avec égards pour l'opinion exprimée par ma collègue, cette observation est réfutée par l'al. 44f) de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, ch. I-21, qui décrit expressément l'effet (inexistant) qu'a le remplacement — sans modifications notables sur le fond — d'un texte antérieur qui a été abrogé (voir *Procureur général du Canada c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1977] 2 C.F. 663, qui portait sur

2 The amendments did not come into force until September 18, 2009.

2 Les modifications ne sont entrées en vigueur que le 18 septembre 2009.

“new law” unless they differ in substance from the repealed provision:

44. Where an enactment, in this section called the “former enactment”, is repealed and another enactment, in this section called the “new enactment”, is substituted therefor,

. . .

(f) except to the extent that the provisions of the new enactment are not in substance the same as those of the former enactment, the new enactment shall not be held to operate as new law, but shall be construed and have effect as a consolidation and as declaratory of the law as contained in the former enactment;

Section 2 of the *Interpretation Act* defines an “enactment” as “an Act or regulation or any portion of an Act or regulation”.

[130] Section 37(1) of the current CCAA is almost identical to s. 18.3(1). These provisions are set out for ease of comparison, with the differences between them underlined:

37. (1) Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

18.3 (1) Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

[131] The application of s. 44(f) of the *Interpretation Act* simply confirms the government’s clearly expressed intent, found in Industry Canada’s clause-by-clause review of Bill C-55, where s. 37(1) was identified as “a technical amendment to re-order the provisions of this Act”. During second reading, the Hon. Bill Rompkey, then the Deputy Leader of the Government in the

la disposition qui a précédé l’al. 44f)). Cet alinéa précise que le nouveau texte ne doit pas être considéré de « droit nouveau », sauf dans la mesure où il diffère au fond du texte abrogé :

44. En cas d’abrogation et de remplacement, les règles suivantes s’appliquent :

. . .

f) sauf dans la mesure où les deux textes diffèrent au fond, le nouveau texte n’est pas réputé de droit nouveau, sa teneur étant censée constituer une refonte et une clarification des règles de droit du texte antérieur;

Le mot « texte » est défini ainsi à l’art. 2 de la *Loi d’interprétation* : « Tout ou partie d’une loi ou d’un règlement. »

[130] Le paragraphe 37(1) de la LACC actuelle est pratiquement identique quant au fond au par. 18.3(1). Pour faciliter la comparaison de ces deux dispositions, je les ai reproduites ci-après :

37. (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

18.3 (1) Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l’absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

[131] L’application de l’al. 44f) de la *Loi d’interprétation* vient tout simplement confirmer l’intention clairement exprimée par le législateur, qu’a indiquée Industrie Canada dans l’analyse du Projet de loi C-55, où le par. 37(1) était qualifié de « modification d’ordre technique concernant le réaménagement des dispositions de la présente loi ». Par ailleurs, durant la deuxième lecture du projet de loi

Senate, confirmed that s. 37(1) represented only a technical change:

On a technical note relating to the treatment of deemed trusts for taxes, the bill [*sic*] makes no changes to the underlying policy intent, despite the fact that in the case of a restructuring under the CCAA, sections of the act [*sic*] were repealed and substituted with renumbered versions due to the extensive reworking of the CCAA.

(*Debates of the Senate*, vol. 142, 1st Sess., 38th Parl., November 23, 2005, at p. 2147)

[132] Had the substance of s. 18.3(1) altered in any material way when it was replaced by s. 37(1), I would share Deschamps J.'s view that it should be considered a new provision. But since s. 18.3(1) and s. 37(1) are the same in substance, the transformation of s. 18.3(1) into s. 37(1) has no effect on the interpretive queue, and s. 222(3) of the *ETA* remains the "later in time" provision (Sullivan, at p. 347).

[133] This means that the deemed trust provision in s. 222(3) of the *ETA* takes precedence over s. 18.3(1) during *CCAA* proceedings. The question then is how that priority affects the discretion of a court under s. 11 of the *CCAA*.

[134] While s. 11 gives a court discretion to make orders notwithstanding the *BIA* and the *Winding-up Act*, R.S.C. 1985, c. W-11, that discretion is not liberated from the operation of any other federal statute. Any exercise of discretion is therefore circumscribed by whatever limits are imposed by statutes *other* than the *BIA* and the *Winding-up Act*. That includes the *ETA*. The chambers judge in this case was, therefore, required to respect the priority regime set out in s. 222(3) of the *ETA*. Neither s. 18.3(1) nor s. 11 of the *CCAA* gave him the authority to ignore it. He could not, as a result, deny the Crown's request

au Sénat, l'honorable Bill Rompkey, qui était alors leader adjoint du gouvernement au Sénat, a confirmé que le par. 37(1) représentait seulement une modification d'ordre technique :

Sur une note administrative, je signale que, dans le cas du traitement de fiducies présumées aux fins d'impôt, le projet de loi ne modifie aucunement l'intention qui sous-tend la politique, alors que dans le cas d'une restructuration aux termes de la LACC, des articles de la loi ont été abrogés et remplacés par des versions portant de nouveaux numéros lors de la mise à jour exhaustive de la LACC.

(*Débats du Sénat*, vol. 142, 1^{re} sess., 38^e lég., 23 novembre 2005, p. 2147)

[132] Si le par. 18.3(1) avait fait l'objet de modifications notables sur le fond lorsqu'il a été remplacé par le par. 37(1), je me rangerais à l'avis de la juge Deschamps qu'il doit être considéré comme un texte de droit nouveau. Mais comme les par. 18.3(1) et 37(1) ne diffèrent pas sur le fond, le fait que le par. 18.3(1) soit devenu le par. 37(1) n'a aucune incidence sur l'ordre chronologique du point de vue de l'interprétation, et le par. 222(3) de la *LTA* demeure la disposition « postérieure » (Sullivan, p. 347).

[133] Il s'ensuit que la disposition créant une fiducie réputée que l'on trouve au par. 222(3) de la *LTA* l'emporte sur le par. 18.3(1) dans le cadre d'une procédure fondée sur la *LACC*. La question qui se pose alors est celle de savoir quelle est l'incidence de cette préséance sur le pouvoir discrétionnaire conféré au tribunal par l'art. 11 de la *LACC*.

[134] Bien que l'art. 11 accorde au tribunal le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances malgré les dispositions de la *LFI* et de la *Loi sur les liquidations*, L.R.C. 1985, ch. W-11, ce pouvoir discrétionnaire demeure assujéti à l'application de toute autre loi fédérale. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est donc circonscrit par les limites imposées par toute loi *autre* que la *LFI* et la *Loi sur les liquidations*, et donc par la *LTA*. En l'espèce, le juge siégeant en son cabinet était donc tenu de respecter le régime de priorités établi au par. 222(3) de la *LTA*. Ni le par. 18.3(1) ni l'art. 11 de la *LACC* ne l'autorisaient à en faire abstraction. Par conséquent,

for payment of the GST funds during the CCAA proceedings.

[135] Given this conclusion, it is unnecessary to consider whether there was an express trust.

[136] I would dismiss the appeal.

APPENDIX

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at December 13, 2007)

11. (1) [Powers of court] Notwithstanding anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up Act*, where an application is made under this Act in respect of a company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make an order under this section.

. . .

(3) [Initial application court orders] A court may, on an initial application in respect of a company, make an order on such terms as it may impose, effective for such period as the court deems necessary not exceeding thirty days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

(4) [Other than initial application court orders] A court may, on an application in respect of a company other than an initial application, make an order on such terms as it may impose,

il ne pouvait pas refuser la demande présentée par la Couronne en vue de se faire payer la TPS dans le cadre de la procédure introduite en vertu de la *LACC*.

[135] Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de savoir s'il existait une fiducie expresse en l'espèce.

[136] Je rejetterais le présent pourvoi.

ANNEXE

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 13 décembre 2007)

11. (1) [Pouvoir du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations*, chaque fois qu'une demande est faite sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie, le tribunal, sur demande d'un intéressé, peut, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et avec ou sans avis, rendre l'ordonnance prévue au présent article.

. . .

(3) [Demande initiale — ordonnances] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour une période maximale de trente jours :

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(4) [Autres demandes — ordonnances] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime indiquée :

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for such period as the court deems necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in subsection (1);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of or proceeding with any other action, suit or proceeding against the company.

. . . .

(6) [Burden of proof on application] The court shall not make an order under subsection (3) or (4) unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make such an order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (4), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

11.4 (1) [Her Majesty affected] An order made under section 11 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for such period as the court considers appropriate but ending not later than

(i) the expiration of the order,

(ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,

(iii) six months following the court sanction of a compromise or arrangement,

a) suspendre, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, les procédures intentées contre la compagnie au titre des lois mentionnées au paragraphe (1), ou qui pourraient l'être;

b) surseoir, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, au cours de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à ce qu'il rende une nouvelle ordonnance à l'effet contraire, d'intenter ou de continuer toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

. . . .

(6) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance visée aux paragraphes (3) ou (4) que si :

a) le demandeur le convainc qu'il serait indiqué de rendre une telle ordonnance;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (4), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi — et continue d'agir — de bonne foi et avec toute la diligence voulue.

11.4 (1) [Suspension des procédures] Le tribunal peut ordonner :

a) la suspension de l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, à l'égard d'une compagnie lorsque celle-ci est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour une période se terminant au plus tard :

(i) à l'expiration de l'ordonnance rendue en application de l'article 11,

(ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,

(iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or arrangement, or

(v) the performance of a compromise or arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company where the company is a debtor under that legislation and the provision has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for such period as the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] An order referred to in subsection (1) ceases to be in effect if

(a) the company defaults on payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium,

(iv) au moment de tout défaut d’exécution de la transaction ou de l’arrangement,

(v) au moment de l’exécution intégrale de la transaction ou de l’arrangement;

b) la suspension de l’exercice par Sa Majesté du chef d’une province, pour une période se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas a)(i) à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition législative de cette province à l’égard d’une compagnie, lorsque celle-ci est un débiteur visé par la loi provinciale et qu’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation] L’ordonnance cesse d’être en vigueur dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement pour un montant qui devient dû à Sa Majesté après l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou

as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) under any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person

d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne,

and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11, other than an order referred to in subsection (1) of this section, does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same

ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] Les ordonnances du tribunal, autres que celles rendues au titre du paragraphe (1), n’ont pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou

effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

18.3 (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.3 (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l'application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

18.4 (1) [Status of Crown claims] In relation to a proceeding under this Act, all claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or any body under an enactment respecting workers' compensation, in this section and in section 18.5 called a "workers' compensation body", rank as unsecured claims.

. . .

(3) [Operation of similar legislation] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a "province providing a comprehensive pension plan" as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a "provincial pension plan" as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and

18.4 (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre de procédures intentées sous le régime de la présente loi, toutes les réclamations de Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province ou d'un organisme compétent au titre d'une loi sur les accidents du travail, y compris les réclamations garanties, prennent rang comme réclamations non garanties.

. . .

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n'a pas pour effet de porter atteinte à l'application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l'objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d'une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d'un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l'impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu'une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l'application de l'alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l'encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii),

in respect of any related interest, penalties or other amounts.

20. [Act to be applied conjointly with other Acts] The provisions of this Act may be applied together with the provisions of any Act of Parliament or of the legislature of any province, that authorizes or makes provision for the sanction of compromises or arrangements between a company and its shareholders or any class of them.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 (as at September 18, 2009)

11. [General power of court] Despite anything in the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*, if an application is made under this Act in respect of a debtor company, the court, on the application of any person interested in the matter, may, subject to the restrictions set out in this Act, on notice to any other person or without notice as it may see fit, make any order that it considers appropriate in the circumstances.

11.02 (1) [Stays, etc. — initial application] A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 30 days,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the *Bankruptcy and Insolvency Act* or the *Winding-up and Restructuring Act*;

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(2) [Stays, etc. — other than initial application] A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

(a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

20. [La loi peut être appliquée conjointement avec d'autres lois] Les dispositions de la présente loi peuvent être appliquées conjointement avec celles de toute loi fédérale ou provinciale, autorisant ou prévoyant l'homologation de transactions ou arrangements entre une compagnie et ses actionnaires ou une catégorie de ces derniers.

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36 (en date du 18 septembre 2009)

11. [Pouvoir général du tribunal] Malgré toute disposition de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, le tribunal peut, dans le cas de toute demande sous le régime de la présente loi à l'égard d'une compagnie débitrice, rendre, sur demande d'un intéressé, mais sous réserve des restrictions prévues par la présente loi et avec ou sans avis, toute ordonnance qu'il estime indiquée.

11.02 (1) [Suspension : demande initiale] Dans le cas d'une demande initiale visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période maximale de trente jours qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* ou de la *Loi sur les liquidations et les restructurations*;

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(2) [Suspension : demandes autres qu'initiales] Dans le cas d'une demande, autre qu'une demande initiale, visant une compagnie débitrice, le tribunal peut, par ordonnance, aux conditions qu'il peut imposer et pour la période qu'il estime nécessaire :

a) suspendre, jusqu'à nouvel ordre, toute procédure qui est ou pourrait être intentée contre la compagnie sous le régime des lois mentionnées à l'alinéa (1)a);

(b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and

(c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

(3) [Burden of proof on application] The court shall not make the order unless

(a) the applicant satisfies the court that circumstances exist that make the order appropriate; and

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

. . .

11.09 (1) [Stay — Her Majesty] An order made under section 11.02 may provide that

(a) Her Majesty in right of Canada may not exercise rights under subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* or any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee's premium, or employer's premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, in respect of the company if the company is a tax debtor under that subsection or provision, for the period that the court considers appropriate but ending not later than

(i) the expiry of the order,

(ii) the refusal of a proposed compromise by the creditors or the court,

(iii) six months following the court sanction of a compromise or an arrangement,

(iv) the default by the company on any term of a compromise or an arrangement, or

(v) the performance of a compromise or an arrangement in respect of the company; and

(b) Her Majesty in right of a province may not exercise rights under any provision of provincial legislation in respect of the company if the company is a debtor under that legislation and the provision has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income*

b) surseoir, jusqu'à nouvel ordre, à la continuation de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie;

c) interdire, jusqu'à nouvel ordre, l'introduction de toute action, poursuite ou autre procédure contre la compagnie.

(3) [Preuve] Le tribunal ne rend l'ordonnance que si :

a) le demandeur le convainc que la mesure est opportune;

b) dans le cas de l'ordonnance visée au paragraphe (2), le demandeur le convainc en outre qu'il a agi et continue d'agir de bonne foi et avec la diligence voulue.

. . .

11.09 (1) [Suspension des procédures : Sa Majesté] L'ordonnance prévue à l'article 11.02 peut avoir pour effet de suspendre :

a) l'exercice par Sa Majesté du chef du Canada des droits que lui confère le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ou toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* qui renvoie à ce paragraphe et qui prévoit la perception d'une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d'une cotisation ouvrière ou d'une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, à l'égard d'une compagnie qui est un débiteur fiscal visé à ce paragraphe ou à cette disposition, pour la période se terminant au plus tard :

(i) à l'expiration de l'ordonnance,

(ii) au moment du rejet, par le tribunal ou les créanciers, de la transaction proposée,

(iii) six mois après que le tribunal a homologué la transaction ou l'arrangement,

(iv) au moment de tout défaut d'exécution de la transaction ou de l'arrangement,

(v) au moment de l'exécution intégrale de la transaction ou de l'arrangement;

b) l'exercice par Sa Majesté du chef d'une province, pour la période que le tribunal estime indiquée et se terminant au plus tard au moment visé à celui des sous-alinéas *a)(i)* à (v) qui, le cas échéant, est applicable, des droits que lui confère toute disposition

Tax Act, or refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

for the period that the court considers appropriate but ending not later than the occurrence or time referred to in whichever of subparagraphs (a)(i) to (v) that may apply.

(2) [When order ceases to be in effect] The portions of an order made under section 11.02 that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b) cease to be in effect if

(a) the company defaults on the payment of any amount that becomes due to Her Majesty after the order is made and could be subject to a demand under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the

législative de cette province à l’égard d’une compagnie qui est un débiteur visé par la loi provinciale, s’il s’agit d’une disposition dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(2) [Cessation d’effet] Les passages de l’ordonnance qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b) cessent d’avoir effet dans les cas suivants :

a) la compagnie manque à ses obligations de paiement à l’égard de toute somme qui devient due à Sa Majesté après le prononcé de l’ordonnance et qui pourrait faire l’objet d’une demande aux termes d’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la

collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection; or

(b) any other creditor is or becomes entitled to realize a security on any property that could be claimed by Her Majesty in exercising rights under

(i) subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*,

(ii) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(iii) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(A) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(B) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection

perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe;

b) un autre créancier a ou acquiert le droit de réaliser sa garantie sur un bien qui pourrait être réclamé par Sa Majesté dans l’exercice des droits que lui confère l’une des dispositions suivantes :

(i) le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents,

(iii) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(A) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(B) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens

3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection.

(3) [Operation of similar legislation] An order made under section 11.02, other than the portions of that order that affect the exercise of rights of Her Majesty referred to in paragraph (1)(a) or (b), does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*,

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts, or

(c) any provision of provincial legislation that has a purpose similar to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, and the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

(3) [Effet] L’ordonnance prévue à l’article 11.02, à l’exception des passages de celle-ci qui suspendent l’exercice des droits de Sa Majesté visés aux alinéas (1)a) ou b), n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, et qui prévoit la perception d’une somme, ainsi que des intérêts, pénalités et autres charges afférents, laquelle :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute autre règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités et autres charges afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

37. (1) [Deemed trusts] Subject to subsection (2), despite any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a debtor company shall not be regarded as being held in trust for Her Majesty unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”), nor does it apply in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province if

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

Excise Tax Act, R.S.C. 1985, c. E-15 (as at December 13, 2007)

222. (1) [Trust for amounts collected] Subject to subsection (1.1), every person who collects an amount as or on account of tax under Division II is deemed, for all purposes and despite any security interest in the amount, to hold the amount in trust for Her Majesty in right of Canada, separate and apart from the property of the person and from property held by any secured

37. (1) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (2) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d’assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens de la compagnie débitrice ne peut être considéré comme tel par le seul effet d’une telle disposition.

(2) [Exceptions] Le paragraphe (1) ne s’applique pas à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l’assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l’égard des sommes réputées détenues en fiducie aux termes de toute loi d’une province créant une fiducie présumée dans le seul but d’assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d’une loi de cette province, si, dans ce dernier cas, se réalise l’une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l’impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) cette province est une province instituant un régime général de pensions au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un régime provincial de pensions au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues au titre de cette loi provinciale sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier de la compagnie et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Loi sur la taxe d’accise, L.R.C. 1985, ch. E-15 (en date du 13 décembre 2007)

222. (1) [Montants perçus détenus en fiducie] La personne qui perçoit un montant au titre de la taxe prévue à la section II est réputée, à toutes fins utiles et malgré tout droit en garantie le concernant, le détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, séparé de ses propres biens et des biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l’absence du droit en garantie, seraient ceux de la

creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, until the amount is remitted to the Receiver General or withdrawn under subsection (2).

(1.1) [Amounts collected before bankruptcy] Subsection (1) does not apply, at or after the time a person becomes a bankrupt (within the meaning of the *Bankruptcy and Insolvency Act*), to any amounts that, before that time, were collected or became collectible by the person as or on account of tax under Division II.

. . .

(3) [Extension of trust] Despite any other provision of this Act (except subsection (4)), any other enactment of Canada (except the *Bankruptcy and Insolvency Act*), any enactment of a province or any other law, if at any time an amount deemed by subsection (1) to be held by a person in trust for Her Majesty is not remitted to the Receiver General or withdrawn in the manner and at the time provided under this Part, property of the person and property held by any secured creditor of the person that, but for a security interest, would be property of the person, equal in value to the amount so deemed to be held in trust, is deemed

(a) to be held, from the time the amount was collected by the person, in trust for Her Majesty, separate and apart from the property of the person, whether or not the property is subject to a security interest, and

(b) to form no part of the estate or property of the person from the time the amount was collected, whether or not the property has in fact been kept separate and apart from the estate or property of the person and whether or not the property is subject to a security interest

and is property beneficially owned by Her Majesty in right of Canada despite any security interest in the property or in the proceeds thereof and the proceeds of the property shall be paid to the Receiver General in priority to all security interests.

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (as at December 13, 2007)

67. (1) [Property of bankrupt] The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise

personne, jusqu'à ce qu'il soit versé au receveur général ou retiré en application du paragraphe (2).

(1.1) [Montants perçus avant la faillite] Le paragraphe (1) ne s'applique pas, à compter du moment de la faillite d'un failli, au sens de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, aux montants perçus ou devenus percevables par lui avant la faillite au titre de la taxe prévue à la section II.

. . .

(3) [Non-versement ou non-retrait] Malgré les autres dispositions de la présente loi (sauf le paragraphe (4) du présent article), tout autre texte législatif fédéral (sauf la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*), tout texte législatif provincial ou toute autre règle de droit, lorsqu'un montant qu'une personne est réputée par le paragraphe (1) détenir en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada n'est pas versé au receveur général ni retiré selon les modalités et dans le délai prévus par la présente partie, les biens de la personne — y compris les biens détenus par ses créanciers garantis qui, en l'absence du droit en garantie, seraient ses biens — d'une valeur égale à ce montant sont réputés :

a) être détenus en fiducie pour Sa Majesté du chef du Canada, à compter du moment où le montant est perçu par la personne, séparés des propres biens de la personne, qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie;

b) ne pas faire partie du patrimoine ou des biens de la personne à compter du moment où le montant est perçu, que ces biens aient été ou non tenus séparés de ses propres biens ou de son patrimoine et qu'ils soient ou non assujettis à un droit en garantie.

Ces biens sont des biens dans lesquels Sa Majesté du chef du Canada a un droit de bénéficiaire malgré tout autre droit en garantie sur ces biens ou sur le produit en découlant, et le produit découlant de ces biens est payé au receveur général par priorité sur tout droit en garantie.

Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3 (en date du 13 décembre 2007)

67. (1) [Biens du failli] Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, ne comprennent pas les biens suivants :

(a) property held by the bankrupt in trust for any other person,

(b) any property that as against the bankrupt is exempt from execution or seizure under any laws applicable in the province within which the property is situated and within which the bankrupt resides, or

(b.1) such goods and services tax credit payments and prescribed payments relating to the essential needs of an individual as are made in prescribed circumstances and are not property referred to in paragraph (a) or (b),

but it shall comprise

(c) all property wherever situated of the bankrupt at the date of his bankruptcy or that may be acquired by or devolve on him before his discharge, and

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

(2) [Deemed trusts] Subject to subsection (3), notwithstanding any provision in federal or provincial legislation that has the effect of deeming property to be held in trust for Her Majesty, property of a bankrupt shall not be regarded as held in trust for Her Majesty for the purpose of paragraph (1)(a) unless it would be so regarded in the absence of that statutory provision.

(3) [Exceptions] Subsection (2) does not apply in respect of amounts deemed to be held in trust under subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan* or subsection 86(2) or (2.1) of the *Employment Insurance Act* (each of which is in this subsection referred to as a “federal provision”) nor in respect of amounts deemed to be held in trust under any law of a province that creates a deemed trust the sole purpose of which is to ensure remittance to Her Majesty in right of the province of amounts deducted or withheld under a law of the province where

(a) that law of the province imposes a tax similar in nature to the tax imposed under the *Income Tax Act* and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as the amounts referred to in subsection 227(4) or (4.1) of the *Income Tax Act*, or

a) les biens détenus par le failli en fiducie pour toute autre personne;

b) les biens qui, à l'encontre du failli, sont exempts d'exécution ou de saisie sous le régime des lois applicables dans la province dans laquelle sont situés ces biens et où réside le failli;

b.1) dans les circonstances prescrites, les paiements au titre de crédits de la taxe sur les produits et services et les paiements prescrits qui sont faits à des personnes physiques relativement à leurs besoins essentiels et qui ne sont pas visés aux alinéas a) et b),

mais ils comprennent :

c) tous les biens, où qu'ils soient situés, qui appartiennent au failli à la date de la faillite, ou qu'il peut acquérir ou qui peuvent lui être dévolus avant sa libération;

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice.

(2) [Fiducies présumées] Sous réserve du paragraphe (3) et par dérogation à toute disposition législative fédérale ou provinciale ayant pour effet d'assimiler certains biens à des biens détenus en fiducie pour Sa Majesté, aucun des biens du failli ne peut, pour l'application de l'alinéa (1)a), être considéré comme détenu en fiducie pour Sa Majesté si, en l'absence de la disposition législative en question, il ne le serait pas.

(3) [Exceptions] Le paragraphe (2) ne s'applique pas à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes des paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, des paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada* ou des paragraphes 86(2) ou (2.1) de la *Loi sur l'assurance-emploi* (chacun étant appelé « disposition fédérale » au présent paragraphe) ou à l'égard des montants réputés détenus en fiducie aux termes de toute loi d'une province créant une fiducie présumée dans le seul but d'assurer à Sa Majesté du chef de cette province la remise de sommes déduites ou retenues aux termes d'une loi de cette province, dans la mesure où, dans ce dernier cas, se réalise l'une des conditions suivantes :

a) la loi de cette province prévoit un impôt semblable, de par sa nature, à celui prévu par la *Loi de l'impôt sur le revenu*, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 227(4) ou (4.1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*;

(b) the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan*, that law of the province establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection and the amounts deducted or withheld under that law of the province are of the same nature as amounts referred to in subsection 23(3) or (4) of the *Canada Pension Plan*,

and for the purpose of this subsection, any provision of a law of a province that creates a deemed trust is, notwithstanding any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as the corresponding federal provision.

86. (1) [Status of Crown claims] In relation to a bankruptcy or proposal, all provable claims, including secured claims, of Her Majesty in right of Canada or a province or of any body under an Act respecting workers’ compensation, in this section and in section 87 called a “workers’ compensation body”, rank as unsecured claims.

. . .

(3) [Exceptions] Subsection (1) does not affect the operation of

(a) subsections 224(1.2) and (1.3) of the *Income Tax Act*;

(b) any provision of the *Canada Pension Plan* or of the *Employment Insurance Act* that refers to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* and provides for the collection of a contribution, as defined in the *Canada Pension Plan*, or an employee’s premium, or employer’s premium, as defined in the *Employment Insurance Act*, and of any related interest, penalties or other amounts; or

(c) any provision of provincial legislation that has a similar purpose to subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act*, or that refers to that subsection, to the extent that it provides for the collection of a sum, and of any related interest, penalties or other amounts, where the sum

(i) has been withheld or deducted by a person from a payment to another person and is in respect of a tax similar in nature to the income tax imposed on individuals under the *Income Tax Act*, or

b) cette province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) du *Régime de pensions du Canada*, la loi de cette province institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe, et les sommes déduites ou retenues aux termes de la loi de cette province sont de même nature que celles visées aux paragraphes 23(3) ou (4) du *Régime de pensions du Canada*.

Pour l’application du présent paragraphe, toute disposition de la loi provinciale qui crée une fiducie présumée est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier du failli et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que la disposition fédérale correspondante, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

86. (1) [Réclamations de la Couronne] Dans le cadre d’une faillite ou d’une proposition, les réclamations prouvables — y compris les réclamations garanties — de Sa Majesté du chef du Canada ou d’une province ou d’un organisme compétent au titre d’une loi sur les accidents du travail prennent rang comme réclamations non garanties.

. . .

(3) [Effet] Le paragraphe (1) n’a pas pour effet de porter atteinte à l’application des dispositions suivantes :

a) les paragraphes 224(1.2) et (1.3) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*;

b) toute disposition du *Régime de pensions du Canada* ou de la *Loi sur l’assurance-emploi* qui renvoie au paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* et qui prévoit la perception d’une cotisation, au sens du *Régime de pensions du Canada*, ou d’une cotisation ouvrière ou d’une cotisation patronale, au sens de la *Loi sur l’assurance-emploi*, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents;

c) toute disposition législative provinciale dont l’objet est semblable à celui du paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, ou qui renvoie à ce paragraphe, dans la mesure où elle prévoit la perception d’une somme, et des intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, qui :

(i) soit a été retenue par une personne sur un paiement effectué à une autre personne, ou déduite d’un tel paiement, et se rapporte à un impôt semblable, de par sa nature, à l’impôt sur le revenu auquel les particuliers sont assujettis en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu*,

(ii) is of the same nature as a contribution under the *Canada Pension Plan* if the province is a “province providing a comprehensive pension plan” as defined in subsection 3(1) of the *Canada Pension Plan* and the provincial legislation establishes a “provincial pension plan” as defined in that subsection,

and for the purpose of paragraph (c), the provision of provincial legislation is, despite any Act of Canada or of a province or any other law, deemed to have the same effect and scope against any creditor, however secured, as subsection 224(1.2) of the *Income Tax Act* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(i), or as subsection 23(2) of the *Canada Pension Plan* in respect of a sum referred to in subparagraph (c)(ii), and in respect of any related interest, penalties or other amounts.

Appeal allowed with costs, ABELLA J. dissenting.

Solicitors for the appellant: Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Vancouver.

(ii) soit est de même nature qu’une cotisation prévue par le *Régime de pensions du Canada*, si la province est « une province instituant un régime général de pensions » au sens du paragraphe 3(1) de cette loi et si la loi provinciale institue un « régime provincial de pensions » au sens de ce paragraphe.

Pour l’application de l’alinéa c), la disposition législative provinciale en question est réputée avoir, à l’encontre de tout créancier et malgré tout texte législatif fédéral ou provincial et toute règle de droit, la même portée et le même effet que le paragraphe 224(1.2) de la *Loi de l’impôt sur le revenu* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(i), ou que le paragraphe 23(2) du *Régime de pensions du Canada* quant à la somme visée au sous-alinéa c)(ii), et quant aux intérêts, pénalités ou autres montants y afférents, quelle que soit la garantie dont bénéficie le créancier.

Pourvoi accueilli avec dépens, la juge ABELLA est dissidente.

Procureurs de l’appelante : Fraser Milner Casgrain, Vancouver.

Procureur de l’intimé : Procureur général du Canada, Vancouver.

Court of Appeal for Ontario,
Laskin, Cronk and Blair JJ.A.
August 18, 2008

Debtor and creditor -- Companies' Creditors Arrangement Act
-- Companies' Creditors Arrangement Act permitting inclusion of
third-party releases in plan of compromise or arrangement to be
sanctioned by court where those releases are reasonably
connected to proposed restructuring -- Companies' Creditors
Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.

In response to a liquidity crisis which threatened the
Canadian market in Asset Backed Commercial Paper ("ABCP"), a
creditor-initiated Plan of Compromise and Arrangement was
crafted. The Plan called for the release of third parties from
any liability associated with ABCP, including, with certain
narrow exceptions, liability for claims relating to fraud. The
"double majority" required by s. 6 of the Companies'
Creditors Arrangement Act ("CCAA") approved the Plan. The
respondents sought court approval of the Plan under s. 6 of the
CCAA. The application judge made the following findings: (a)
the parties to be released were necessary and essential to the
restructuring; (b) the claims to be released were rationally
related to the purpose of the Plan and necessary for it; (c)
the Plan could not succeed without the releases; (d) the
parties who were to have claims against them released were
contributing in a tangible and realistic way to the Plan; and
(e) the Plan would benefit not only the debtor companies but
creditor noteholders generally. The application judge
sanctioned the Plan. The appellants were holders of ABCP notes
who opposed the Plan. On appeal, they argued that the CCAA does

not permit a release of claims against third parties and that the releases constitute an unconstitutional confiscation of private property that is within the exclusive domain of the provinces under s. 92 of the Constitution Act, 1867.

Held, the appeal should be dismissed.

On a proper interpretation, the CCAA permits the inclusion of third-party releases in a plan of compromise or arrangement to be sanctioned by the court where those releases are reasonably connected to the proposed restructuring. That conclusion is supported by (a) the open-ended, flexible character of the CCAA itself; (b) the broad nature of the term "compromise or arrangement" as used in the CCAA; and (c) the express statutory effect of the "double majority" vote and court sanction which render the plan binding on all creditors, including those unwilling to accept certain portions of it. The first of these signals a flexible approach to the application of the CCAA in new and evolving situations, an active judicial role in its application and interpretation, and a liberal approach to interpretation. The second provides the entre to negotiations between the parties [page514] affected in the restructuring and furnishes them with the ability to apply the broad scope of their ingenuity to fashioning the proposal. The latter afford necessary protection to unwilling creditors who may be deprived of certain of their civil and property rights as a result of the process.

While the principle that legislation must not be construed so as to interfere with or prejudice established contractual or proprietary rights -- including the right to bring an action -- in the absence of a clear indication of legislative intention to that effect is an important one, Parliament's intention to clothe the court with authority to consider and sanction a plan that contains third-party releases is expressed with sufficient clarity in the "compromise or arrangement" language of the CCAA coupled with the statutory voting and sanctioning mechanism making the provisions of the plan binding on all creditors. This is not a situation of impermissible "gap-filling" in the case of legislation severely affecting property rights; it is a question of finding meaning in the language of the Act itself.

Interpreting the CCAA as permitting the inclusion of third-party releases in a plan of compromise or arrangement is not unconstitutional under the division-of-powers doctrine and does not contravene the rules of public order pursuant to the Civil Code of Quebec. The CCAA is valid federal legislation under the federal insolvency power, and the power to sanction a plan of compromise or arrangement that contains third-party releases is embedded in the wording of the CCAA. The fact that this may interfere with a claimant's right to pursue a civil action or trump Quebec rules of public order is constitutionally immaterial. To the extent that the provisions of the CCAA are inconsistent with provincial legislation, the federal legislation is paramount.

The application judge's findings of fact were supported by the evidence. His conclusion that the benefits of the Plan to the creditors as a whole and to the debtor companies outweighed the negative aspects of compelling the unwilling appellants to execute the releases was reasonable.

Cases referred to

Steinberg Inc. c. Michaud, [1993] J.Q. no 1076, 42 C.B.R. (5th) 1, 1993 CarswellQue 229, 1993 CarswellQue 2055, [1993] R.J.Q. 1684, J.E. 93-1227, 55 Q.A.C. 297, 55 Q.A.C. 298, 41 A.C.W.S. (3d) 317 (C.A.), not folld

Canadian Airlines Corp. (Re), [2000] A.J. No. 771, 2000 ABQB 442, [2000] 10 W.W.R. 269, 84 Alta. L.R. (3d) 9, 265 A.R. 201, 9 B.L.R. (3d) 41, 20 C.B.R. (4th) 1, 98 A.C.W.S. (3d) 334 (Q.B.); NBD Bank, Canada v. Dofasco Inc. (1999), 46 O.R. (3d) 514, [1999] O.J. No. 4749, 181 D.L.R. (4th) 37, 127 O.A.C. 338, 1 B.L.R. (3d) 1, 15 C.B.R. (4th) 67, 47 C.C.L.T. (2d) 213, 93 A.C.W.S. (3d) 391 (C.A.); Pacific Coastal Airlines Ltd. v. Air Canada, [2001] B.C.J. No. 2580, 2001 BCSC 1721, 19 B.L.R. (3d) 286, 110 A.C.W.S. (3d) 259 (S.C.); Stelco Inc. (Re) (2005), 78 O.R. (3d) 241, [2005] O.J. No. 4883, 261 D.L.R. (4th) 368, 204 O.A.C. 205, 11 B.L.R. (4th) 185, 15

C.B.R. (5th) 307, 144 A.C.W.S. (3d) 15 (C.A.); Stelco Inc. (Re), [2005] O.J. No. 4814, 15 C.B.R. (5th) 297, 143 A.C.W.S. (3d) 623 (S.C.J.); Stelco Inc. (Re), [2006] O.J. No. 1996, 210 O.A.C. 129, 21 C.B.R. (5th) 157, 148 A.C.W.S. (3d) 193 (C.A.); consd

Other cases referred to

Air Canada (Re), [2004] O.J. No. 1909, [2004] O.T.C. 1169, 2 C.B.R. (5th) 4, 130 A.C.W.S. (3d) 899 (S.C.J.); Anvil Range Mining Corp. (Re) (1998), 7 C.B.R. (4th) 51 (Ont. Gen. Div.); Bell ExpressVu Ltd. Partnership v. Rex, [2002] 2 S.C.R. 559, [2002] S.C.J. No. 43, 2002 SCC 42, 212 D.L.R. (4th) 1, 287 N.R. 248, [2002] 5 W.W.R. 1, J.E. 2002-775, 166 B.C.A.C. 1, 100 B.C.L.R. (3d) 1, 18 C.P.R. (4th) 289, 93 C.R.R. (2d) 189, 113 A.C.W.S. (3d) 52, REJB 2002-30904; [page515] Canadian Red Cross Society (Re), [1998] O.J. No. 3306, 72 O.T.C. 99, 5 C.B.R. (4th) 299, 81 A.C.W.S. (3d) 932 (Gen. Div.); Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Canada, [1990] B.C.J. No. 2384, [1991] 2 W.W.R. 136, 51 B.C.L.R. (2d) 84, 4 C.B.R. (3d) 311, 23 A.C.W.S. (3d) 976 (C.A.); Cineplex Odeon Corp. (Re) (2001), 24 C.B.R. (4th) 201 (Ont. C.A.); Country Style Food Services (Re), [2002] O.J. No. 1377, 158 O.A.C. 30, 112 A.C.W.S. (3d) 1009 (C.A.); Dans l'affaire de la proposition de: Le Royal Penfield inc. et Groupe Thibault Van Houtte et Associs lte, [2003] J.Q. no 9223, [2003] R.J.Q. 2157, J.E. 2003-1566, 44 C.B.R. (4th) 302, [2003] G.S.T.C. 195 (C.S.); Dylex Ltd. (Re), [1995] O.J. No. 595, 31 C.B.R. (3d) 106, 54 A.C.W.S. (3d) 504 (Gen. Div.); Elan Corp. v. Comiskey (1990), 1 O.R. (3d) 289, [1990] O.J. No. 2180, 41 O.A.C. 282, 1 C.B.R. (3d) 101, 23 A.C.W.S. (3d) 1192 (C.A.); Employers' Liability Assurance Corp. v. Ideal Petroleum (1959) Ltd., [1978] 1 S.C.R. 230, [1976] S.C.J. No. 114, 75 D.L.R. (3d) 63, 14 N.R. 503, 26 C.B.R. (N.S.) 84, [1977] 1 A.C.W.S. 562; Fotini's Restaurant Corp. v. White Spot Ltd., [1998] B.C.J. No. 598, 38 B.L.R. (2d) 251, 78 A.C.W.S. (3d) 256 (S.C.); Guardian Assurance Co. (Re), [1917] 1 Ch. 431 (C.A.); Muscletech Research and Development Inc. (Re), [2006] O.J. No. 4087, 25 C.B.R. (5th) 231, 152 A.C.W.S. (3d) 16 (S.C.J.); Olympia & York Developments Ltd. (Re) (1993), 12 O.R. (3d) 500, [1993] O.J. No. 545, 17 C.B.R. (3d) 1, 38 A.C.W.S. (3d) 1149 (Gen. Div.); Ravelston Corp. (Re), [2007] O.J. No. 1389, 2007 ONCA 268, 31 C.B.R. (5th)

233, 156 A.C.W.S. (3d) 824, 159 A.C.W.S. (3d) 541; Reference re: Constitutional Creditors Arrangement Act (Canada), [1934] S.C.R. 659, [1934] S.C.J. No. 46, [1934] 4 D.L.R. 75, 16 C.B.R. 1; Reference re Timber Regulations, [1935] A.C. 184, [1935] 2 D.L.R. 1, [1935] 1 W.W.R. 607 (P.C.), affg [1933] S.C.R. 616, [1933] S.C.J. No. 53, [1934] 1 D.L.R. 43; Resurgence Asset Management LLC v. Canadian Airlines Corp., [2000] A.J. No. 1028, 2000 ABCA 238, [2000] 10 W.W.R. 314, 84 Alta. L.R. (3d) 52, 266 A.R. 131, 9 B.L.R. (3d) 86, 20 C.B.R. (4th) 46, 99 A.C.W.S. (3d) 533 (C.A.) [Leave to appeal to S.C.C. refused [2001] S.C.C.A. No. 60, 293 A.R. 351]; Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re) (1998), 36 O.R. (3d) 418, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2, 154 D.L.R. (4th) 193, 221 N.R. 241, J.E. 98-201, 106 O.A.C. 1, 50 C.B.R. (3d) 163, 33 C.C.E.L. (2d) 173, 98 CLLC 210-006; Royal Bank of Canada v. Larue, [1928] A.C. 187 (J.C.P.C.); Skydome Corp. v. Ontario, [1998] O.J. No. 6548, 16 C.B.R. (4th) 125 (Gen. Div.); Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage (2000), 50 O.R. (3d) 688, [2000] O.J. No. 3993, 137 O.A.C. 74, 20 C.B.R. (4th) 160, 100 A.C.W.S. (3d) 530 (C.A.); T&N Ltd. and Others (No. 3) (Re), [2006] E.W.H.C. 1447, [2007] 1 All E.R. 851, [2007] 1 B.C.L.C. 563, [2006] B.P.I.R. 1283, [2006] Lloyd's Rep. I.R. 817 (Ch.)

Statutes referred to

Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 182

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 192 [as am.]

Civil Code of Quebec, C.c.Q.

Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 4, 5.1 [as am.], 6 [as am.]

Companies Act 1985 (U.K.), 1985, c. 6, s. 425

Constitution Act, 1867 (U.K.), 30 & 31 Victoria, c. 3, s. 92, (13), (21)

Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11

Authorities referred to

Dickerson, Reed, The Interpretation and Application of Statutes (Boston: Little, Brown and Company, 1975) [page516]

Houlden, L.W., and C.H. Morawetz, Bankruptcy and Insolvency Law of Canada, 3rd ed., looseleaf (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992)

Driedger, E.A., *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983)

Smith, Gavin, and Rachel Platts, eds., *Halsbury's Laws of England*, 4th ed. reissue, vol. 44(1) (London, U.K.: Butterworths, 1995)

Jackson, Georgina R., and Janis P. Sarra, "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters" in Sarra, Janis P., ed., *Annual Review of Insolvency Law*, 2007 (Vancouver: Carswell, 2007)

Driedger, E.A., and R. Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham, Ont.: Butterworths, 2002)

House of Commons Debates (Hansard), (20 April 1933) at 4091 (Hon. C.H. Cahan)

APPEAL from the sanction order of C.L. Campbell J., [2008] O.J. No. 2265, 43 C.B.R. (5th) 269 (S.C.J.) under the Companies' Creditors Arrangement Act.

See Schedule "C" -- Counsel for list of counsel.

The judgment of the court was delivered by

BLAIR J.A.: --

A. Introduction

[1] In August 2007, a liquidity crisis suddenly threatened the Canadian market in Asset Backed Commercial Paper ("ABCP"). The crisis was triggered by a loss of confidence amongst investors stemming from the news of widespread defaults on U.S. sub-prime mortgages. The loss of confidence placed the Canadian financial market at risk generally and was reflective of an economic volatility worldwide.

[2] By agreement amongst the major Canadian participants, the \$32 billion Canadian market in third-party ABCP was frozen on August 13, 2007, pending an attempt to resolve the crisis

through a restructuring of that market. The Pan-Canadian Investors Committee, chaired by Purdy Crawford, C.C., Q.C., was formed and ultimately put forward the creditor-initiated Plan of Compromise and Arrangement that forms the subject-matter of these proceedings. The Plan was sanctioned by Colin L. Campbell J. on June 5, 2008.

[3] Certain creditors who opposed the Plan seek leave to appeal and, if leave is granted, appeal from that decision. They raise an important point regarding the permissible scope of a restructuring under the Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36 as amended ("CCAA"): can the court sanction a Plan that calls for creditors to provide releases to third parties who are themselves solvent and not creditors of the debtor company? They also argue that, if the answer to this question is yes, the [page517] application judge erred in holding that this Plan, with its particular releases (which bar some claims even in fraud), was fair and reasonable and therefore in sanctioning it under the CCAA.

Leave to appeal

[4] Because of the particular circumstances and urgency of these proceedings, the court agreed to collapse an oral hearing for leave to appeal with the hearing of the appeal itself. At the outset of argument, we encouraged counsel to combine their submissions on both matters.

[5] The proposed appeal raises issues of considerable importance to restructuring proceedings under the CCAA Canada-wide. There are serious and arguable grounds of appeal and -- given the expedited timetable -- the appeal will not unduly delay the progress of the proceedings. I am satisfied that the criteria for granting leave to appeal in CCAA proceedings, set out in such cases as *Cineplex Odeon Corp. (Re)* (2001), 24 C.B.R. (4th) 201 (Ont. C.A.) and *Re Country Style Food Services*, [2002] O.J. No. 1377, 158 O.A.C. 30 (C.A.) are met. I would grant leave to appeal.

Appeal

[6] For the reasons that follow, however, I would dismiss the appeal.

B. Facts

The parties

[7] The appellants are holders of ABCP Notes who oppose the Plan. They do so principally on the basis that it requires them to grant releases to third-party financial institutions against whom they say they have claims for relief arising out of their purchase of ABCP Notes. Amongst them are an airline, a tour operator, a mining company, a wireless provider, a pharmaceuticals retailer and several holding companies and energy companies.

[8] Each of the appellants has large sums invested in ABCP -- in some cases, hundreds of millions of dollars. Nonetheless, the collective holdings of the appellants -- slightly over \$1 billion -- represent only a small fraction of the more than \$32 billion of ABCP involved in the restructuring.

[9] The lead respondent is the Pan-Canadian Investors Committee which was responsible for the creation and negotiation of the Plan on behalf of the creditors. Other respondents include various major international financial institutions, the five largest Canadian banks, several trust companies and some smaller holders of ABCP product. They participated in the market in a number of different ways.
[page518]

The ABCP market

[10] Asset Backed Commercial Paper is a sophisticated and hitherto well-accepted financial instrument. It is primarily a form of short-term investment -- usually 30 to 90 days -- typically with a low-interest yield only slightly better than that available through other short-term paper from a government or bank. It is said to be "asset backed" because the cash that is used to purchase an ABCP Note is converted into a portfolio of financial assets or other asset interests that in turn provide security for the repayment of the notes.

[11] ABCP was often presented by those selling it as a safe investment, somewhat like a guaranteed investment certificate.

[12] The Canadian market for ABCP is significant and administratively complex. As of August 2007, investors had placed over \$116 billion in Canadian ABCP. Investors range from individual pensioners to large institutional bodies. On the selling and distribution end, numerous players are involved, including chartered banks, investment houses and other financial institutions. Some of these players participated in multiple ways. The Plan in this proceeding relates to approximately \$32 billion of non-bank sponsored ABCP, the restructuring of which is considered essential to the preservation of the Canadian ABCP market.

[13] As I understand it, prior to August 2007, when it was frozen, the ABCP market worked as follows.

[14] Various corporations (the "Sponsors") would arrange for entities they control ("Conduits") to make ABCP Notes available to be sold to investors through "Dealers" (banks and other investment dealers). Typically, ABCP was issued by series and sometimes by classes within a series.

[15] The cash from the purchase of the ABCP Notes was used to purchase assets which were held by trustees of the Conduits ("Issuer Trustees") and which stood as security for repayment of the notes. Financial institutions that sold or provided the Conduits with the assets that secured the ABCP are known as "Asset Providers". To help ensure that investors would be able to redeem their notes, "Liquidity Providers" agreed to provide funds that could be drawn upon to meet the demands of maturing ABCP Notes in certain circumstances. Most Asset Providers were also Liquidity Providers. Many of these banks and financial institutions were also holders of ABCP Notes ("Noteholders"). The Asset and Liquidity Providers held first charges on the assets.

[16] When the market was working well, cash from the purchase of new ABCP Notes was also used to pay off maturing ABCP

[page519] Notes; alternatively, Noteholders simply rolled their maturing notes over into new ones. As I will explain, however, there was a potential underlying predicament with this scheme.

The liquidity crisis

[17] The types of assets and asset interests acquired to "back" the ABCP Notes are varied and complex. They were generally long-term assets such as residential mortgages, credit card receivables, auto loans, cash collateralized debt obligations and derivative investments such as credit default swaps. Their particular characteristics do not matter for the purpose of this appeal, but they shared a common feature that proved to be the Achilles heel of the ABCP market: because of their long-term nature, there was an inherent timing mismatch between the cash they generated and the cash needed to repay maturing ABCP Notes.

[18] When uncertainty began to spread through the ABCP marketplace in the summer of 2007, investors stopped buying the ABCP product and existing Noteholders ceased to roll over their maturing notes. There was no cash to redeem those notes. Although calls were made on the Liquidity Providers for payment, most of the Liquidity Providers declined to fund the redemption of the notes, arguing that the conditions for liquidity funding had not been met in the circumstances. Hence the "liquidity crisis" in the ABCP market.

[19] The crisis was fuelled largely by a lack of transparency in the ABCP scheme. Investors could not tell what assets were backing their notes -- partly because the ABCP Notes were often sold before or at the same time as the assets backing them were acquired; partly because of the sheer complexity of certain of the underlying assets; and partly because of assertions of confidentiality by those involved with the assets. As fears arising from the spreading U.S. sub-prime mortgage crisis mushroomed, investors became increasingly concerned that their ABCP Notes may be supported by those crumbling assets. For the reasons outlined above, however, they were unable to redeem their maturing ABCP Notes.

The Montreal Protocol

[20] The liquidity crisis could have triggered a wholesale liquidation of the assets, at depressed prices. But it did not. During the week of August 13, 2007, the ABCP market in Canada froze -- the result of a standstill arrangement orchestrated on the heels of the crisis by numerous market participants, including Asset Providers, Liquidity Providers, Noteholders and other financial industry representatives. Under the standstill agreement -- known as the Montreal Protocol -- the parties committed [page520] to restructuring the ABCP market with a view, as much as possible, to preserving the value of the assets and of the notes.

[21] The work of implementing the restructuring fell to the Pan-Canadian Investors Committee, an applicant in the proceeding and respondent in the appeal. The Committee is composed of 17 financial and investment institutions, including chartered banks, credit unions, a pension board, a Crown corporation and a university board of governors. All 17 members are themselves Noteholders; three of them also participated in the ABCP market in other capacities as well. Between them, they hold about two-thirds of the \$32 billion of ABCP sought to be restructured in these proceedings.

[22] Mr. Crawford was named the Committee's chair. He thus had a unique vantage point on the work of the Committee and the restructuring process as a whole. His lengthy affidavit strongly informed the application judge's understanding of the factual context, and our own. He was not cross-examined and his evidence is unchallenged.

[23] Beginning in September 2007, the Committee worked to craft a plan that would preserve the value of the notes and assets, satisfy the various stakeholders to the extent possible and restore confidence in an important segment of the Canadian financial marketplace. In March 2008, it and the other applicants sought CCAA protection for the ABCP debtors and the approval of a Plan that had been pre-negotiated with some, but not all, of those affected by the misfortunes in the Canadian

ABCP market.

The Plan

(a) Plan overview

[24] Although the ABCP market involves many different players and kinds of assets, each with their own challenges, the committee opted for a single plan. In Mr. Crawford's words, "all of the ABCP suffers from common problems that are best addressed by a common solution". The Plan the Committee developed is highly complex and involves many parties. In its essence, the Plan would convert the Noteholders' paper -- which has been frozen and therefore effectively worthless for many months -- into new, long-term notes that would trade freely, but with a discounted face value. The hope is that a strong secondary market for the notes will emerge in the long run.

[25] The Plan aims to improve transparency by providing investors with detailed information about the assets supporting their ABCP Notes. It also addresses the timing mismatch between the notes and the assets by adjusting the maturity provisions and interest rates on the new notes. Further, the Plan [page521] adjusts some of the underlying credit default swap contracts by increasing the thresholds for default triggering events; in this way, the likelihood of a forced liquidation flowing from the credit default swap holder's prior security is reduced and, in turn, the risk for ABCP investors is decreased.

[26] Under the Plan, the vast majority of the assets underlying ABCP would be pooled into two master asset vehicles (MAV1 and MAV2). The pooling is designed to increase the collateral available and thus make the notes more secure.

[27] The Plan does not apply to investors holding less than \$1 million of notes. However, certain Dealers have agreed to buy the ABCP of those of their customers holding less than the \$1 million threshold, and to extend financial assistance to these customers. Principal among these Dealers are National Bank and Canaccord, two of the respondent financial institutions the appellants most object to releasing. The application judge found that these developments appeared to be

designed to secure votes in favour of the Plan by various Noteholders and were apparently successful in doing so. If the Plan is approved, they also provide considerable relief to the many small investors who find themselves unwittingly caught in the ABDP collapse.

(b) The releases

[28] This appeal focuses on one specific aspect of the Plan: the comprehensive series of releases of third parties provided for in art. 10.

[29] The Plan calls for the release of Canadian banks, Dealers, Noteholders, Asset Providers, Issuer Trustees, Liquidity Providers and other market participants -- in Mr. Crawford's words, "virtually all participants in the Canadian ABCP market" -- from any liability associated with ABCP, with the exception of certain narrow claims relating to fraud. For instance, under the Plan as approved, creditors will have to give up their claims against the Dealers who sold them their ABCP Notes, including challenges to the way the Dealers characterized the ABCP and provided (or did not provide) information about the ABCP. The claims against the proposed defendants are mainly in tort: negligence, misrepresentation, negligent misrepresentation, failure to act prudently as a dealer/advisor, acting in conflict of interest and in a few cases fraud or potential fraud. There are also allegations of breach of fiduciary duty and claims for other equitable relief.

[30] The application judge found that, in general, the claims for damages include the face value of the Notes, plus interest and additional penalties and damages.

[31] The releases, in effect, are part of a quid pro quo. Generally speaking, they are designed to compensate various participants in [page522] the market for the contributions they would make to the restructuring. Those contributions under the Plan include the requirements that:

- (a) Asset Providers assume an increased risk in their credit default swap contracts, disclose certain proprietary information in relation to the assets and provide below-cost financing for margin funding facilities that are

- designed to make the notes more secure;
- (b) Sponsors -- who in addition have co-operated with the Investors' Committee throughout the process, including by sharing certain proprietary information -- give up their existing contracts;
 - (c) the Canadian banks provide below-cost financing for the margin funding facility; and
 - (d) other parties make other contributions under the Plan.

[32] According to Mr. Crawford's affidavit, the releases are part of the Plan "because certain key participants, whose participation is vital to the restructuring, have made comprehensive releases a condition for their participation".

The CCAA proceedings to date

[33] On March 17, 2008, the applicants sought and obtained an Initial Order under the CCAA staying any proceedings relating to the ABCP crisis and providing for a meeting of the Noteholders to vote on the proposed Plan. The meeting was held on April 25. The vote was overwhelmingly in support of the Plan -- 96 per cent of the Noteholders voted in favour. At the instance of certain Noteholders, and as requested by the application judge (who has supervised the proceedings from the outset), the monitor broke down the voting results according to those Noteholders who had worked on or with the Investors' Committee to develop the Plan and those Noteholders who had not. Re-calculated on this basis the results remained firmly in favour of the proposed Plan -- 99 per cent of those connected with the development of the Plan voted positively, as did 80 per cent of those Noteholders who had not been involved in its formulation.

[34] The vote thus provided the Plan with the "double majority" approval -- a majority of creditors representing two-thirds in value of the claims -- required under s. 6 of the CCAA.

[35] Following the successful vote, the applicants sought court approval of the Plan under s. 6. Hearings were held on May 12 [page523] and 13. On May 16, the application judge

issued a brief endorsement in which he concluded that he did not have sufficient facts to decide whether all the releases proposed in the Plan were authorized by the CCAA. While the application judge was prepared to approve the releases of negligence claims, he was not prepared at that point to sanction the release of fraud claims. Noting the urgency of the situation and the serious consequences that would result from the Plan's failure, the application judge nevertheless directed the parties back to the bargaining table to try to work out a claims process for addressing legitimate claims of fraud.

[36] The result of this renegotiation was a "fraud carve-out" -- an amendment to the Plan excluding certain fraud claims from the Plan's releases. The carve-out did not encompass all possible claims of fraud, however. It was limited in three key respects. First, it applied only to claims against ABCP Dealers. Secondly, it applied only to cases involving an express fraudulent misrepresentation made with the intention to induce purchase and in circumstances where the person making the representation knew it to be false. Thirdly, the carve-out limited available damages to the value of the notes, minus any funds distributed as part of the Plan. The appellants argue vigorously that such a limited release respecting fraud claims is unacceptable and should not have been sanctioned by the application judge.

[37] A second sanction hearing -- this time involving the amended Plan (with the fraud carve-out) -- was held on June 3, 2008. Two days later, Campbell J. released his reasons for decision, approving and sanctioning the Plan on the basis both that he had jurisdiction to sanction a Plan calling for third-party releases and that the Plan including the third-party releases in question here was fair and reasonable.

[38] The appellants attack both of these determinations.

C. Law and Analysis

[39] There are two principal questions for determination on this appeal:

- (1) As a matter of law, may a CCAA plan contain a release of claims against anyone other than the debtor company or its

directors?

(2) If the answer to that question is yes, did the application judge err in the exercise of his discretion to sanction the Plan as fair and reasonable given the nature of the releases called for under it? [page524]

(1) Legal authority for the releases

[40] The standard of review on this first issue -- whether, as a matter of law, a CCAA plan may contain third-party releases -- is correctness.

[41] The appellants submit that a court has no jurisdiction or legal authority under the CCAA to sanction a plan that imposes an obligation on creditors to give releases to third parties other than the directors of the debtor company. [See Note 1 below] The requirement that objecting creditors release claims against third parties is illegal, they contend, because:

- (a) on a proper interpretation, the CCAA does not permit such releases;
- (b) the court is not entitled to "fill in the gaps" in the CCAA or rely upon its inherent jurisdiction to create such authority because to do so would be contrary to the principle that Parliament did not intend to interfere with private property rights or rights of action in the absence of clear statutory language to that effect;
- (c) the releases constitute an unconstitutional confiscation of private property that is within the exclusive domain of the provinces under s. 92 of the Constitution Act, 1867;
- (d) the releases are invalid under Quebec rules of public order; and because
- (e) the prevailing jurisprudence supports these conclusions.

[42] I would not give effect to any of these submissions.

Interpretation, "gap filling" and inherent jurisdiction

[43] On a proper interpretation, in my view, the CCAA permits the inclusion of third-party releases in a plan of compromise or arrangement to be sanctioned by the court where those releases are reasonably connected to the proposed restructuring. I am led to this conclusion by a combination of

(a) the open-ended, flexible character of the CCAA itself, (b) the broad nature of the term "compromise or arrangement" as used in the Act, and (c) the express statutory effect of the "double-majority" vote and court sanction which render the plan binding on all creditors, including [page525] those unwilling to accept certain portions of it. The first of these signals a flexible approach to the application of the Act in new and evolving situations, an active judicial role in its application and interpretation, and a liberal approach to that interpretation. The second provides the entre to negotiations between the parties affected in the restructuring and furnishes them with the ability to apply the broad scope of their ingenuity in fashioning the proposal. The latter afford necessary protection to unwilling creditors who may be deprived of certain of their civil and property rights as a result of the process.

[44] The CCAA is skeletal in nature. It does not contain a comprehensive code that lays out all that is permitted or barred. Judges must therefore play a role in fleshing out the details of the statutory scheme. The scope of the Act and the powers of the court under it are not limitless. It is beyond controversy, however, that the CCAA is remedial legislation to be liberally construed in accordance with the modern purposive approach to statutory interpretation. It is designed to be a flexible instrument and it is that very flexibility which gives the Act its efficacy: *Canadian Red Cross Society (Re)*, [1998] O.J. No. 3306, 5 C.B.R. (4th) 299 (Gen. Div.). As Farley J. noted in *Dylex Ltd. (Re)*, [1995] O.J. No. 595, 31 C.B.R. (3d) 106 (Gen. Div.), at p. 111 C.B.R., "[t]he history of CCAA law has been an evolution of judicial interpretation".

[45] Much has been said, however, about the "evolution of judicial interpretation" and there is some controversy over both the source and scope of that authority. Is the source of the court's authority statutory, discerned solely through application of the principles of statutory interpretation, for example? Or does it rest in the court's ability to "fill in the gaps" in legislation? Or in the court's inherent jurisdiction?

[46] These issues have recently been canvassed by the

Honourable Georgina R. Jackson and Dr. Janis Sarra in their publication "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters", [See Note 2 below] and there was considerable argument on these issues before the application judge and before us. While I generally agree with the authors' suggestion that the courts should adopt a hierarchical approach in their resort to these interpretive tools -- statutory interpretation, gap-filling, discretion and inherent jurisdiction [page526] -- it is not necessary, in my view, to go beyond the general principles of statutory interpretation to resolve the issues on this appeal. Because I am satisfied that it is implicit in the language of the CCAA itself that the court has authority to sanction plans incorporating third-party releases that are reasonably related to the proposed restructuring, there is no "gap-filling" to be done and no need to fall back on inherent jurisdiction. In this respect, I take a somewhat different approach than the application judge did.

[47] The Supreme Court of Canada has affirmed generally -- and in the insolvency context particularly -- that remedial statutes are to be interpreted liberally and in accordance with Professor Driedger's modern principle of statutory interpretation. Driedger advocated that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)* (1998), 36 O.R. (3d) 418, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2, at para. 21, quoting E.A. Driedger, *Construction of Statutes*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1983); *Bell ExpressVu Ltd. Partnership v. Rex*, [2002] 2 S.C.R. 559, [2002] S.C.J. No. 43, at para. 26.

[48] More broadly, I believe that the proper approach to the judicial interpretation and application of statutes -- particularly those like the CCAA that are skeletal in nature -- is succinctly and accurately summarized by Jackson and Sarra in their recent article, *supra*, at p. 56:

The exercise of a statutory authority requires the statute to

be construed. The plain meaning or textualist approach has given way to a search for the object and goals of the statute and the intentionalist approach. This latter approach makes use of the purposive approach and the mischief rule, including its codification under interpretation statutes that every enactment is deemed remedial, and is to be given such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of its objects. This latter approach advocates reading the statute as a whole and being mindful of Driedger's "one principle", that the words of the Act are to be read in their entire context, in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament. It is important that courts first interpret the statute before them and exercise their authority pursuant to the statute, before reaching for other tools in the judicial toolbox. Statutory interpretation using the principles articulated above leaves room for gap-filling in the common law provinces and a consideration of purpose in Quebec as a manifestation of the judge's overall task of statutory interpretation. Finally, the jurisprudence in relation to statutory interpretation demonstrates the fluidity inherent in the judge's task in seeking the objects of the statute and the intention of the legislature.

[49] I adopt these principles. [page527]

[50] The remedial purpose of the CCAA -- as its title affirms -- is to facilitate compromises or arrangements between an insolvent debtor company and its creditors. In *Chef Ready Foods Ltd. v. Hongkong Bank of Canada*, [1990] B.C.J. No. 2384, 4 C.B.R. (3d) 311 (C.A.), at p. 318 C.B.R., Gibbs J.A. summarized very concisely the purpose, object and scheme of the Act:

Almost inevitably, liquidation destroyed the shareholders' investment, yielded little by way of recovery to the creditors, and exacerbated the social evil of devastating levels of unemployment. The government of the day sought, through the C.C.A.A., to create a regime whereby the principals of the company and the creditors could be brought together under the supervision of the court to attempt a

reorganization or compromise or arrangement under which the company could continue in business.

[51] The CCAA was enacted in 1933 and was necessary -- as the then secretary of state noted in introducing the Bill on First Reading-- "because of the prevailing commercial and industrial depression" and the need to alleviate the effects of business bankruptcies in that context: see the statement of the Hon. C.H. Cahan, Secretary of State, House of Commons Debates (Hansard) (April 20, 1933) at 4091. One of the greatest effects of that Depression was what Gibbs J.A. described as "the social evil of devastating levels of unemployment". Since then, courts have recognized that the Act has a broader dimension than simply the direct relations between the debtor company and its creditors and that this broader public dimension must be weighed in the balance together with the interests of those most directly affected: see, for example, *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289, [1990] O.J. No. 2180 (C.A.), per Doherty J.A. in dissent; *Skydome Corp. v. Ontario*, [1998] O.J. No. 6548, 16 C.B.R. (4th) 125 (Gen. Div.); *Anvil Range Mining Corp. (Re)* (1998), 7 C.B.R. (4th) 51 (Ont. Gen. Div.).

[52] In this respect, I agree with the following statement of Doherty J.A. in *Elan*, supra, at pp. 306-307 O.R.:

[T]he Act was designed to serve a "broad constituency of investors, creditors and employees". [See Note 3 below] Because of that "broad constituency" the court must, when considering applications brought under the Act, have regard not only to the individuals and organizations directly affected by the application, but also to the wider public interest.

(Emphasis added)

Application of the principles of interpretation

[53] An interpretation of the CCAA that recognizes its broader socio-economic purposes and objects is apt in this case. As the [page528] application judge pointed out, the restructuring underpins the financial viability of the Canadian

ABCP market itself.

[54] The appellants argue that the application judge erred in taking this approach and in treating the Plan and the proceedings as an attempt to restructure a financial market (the ABCP market) rather than simply the affairs between the debtor corporations who caused the ABCP Notes to be issued and their creditors. The Act is designed, they say, only to effect reorganizations between a corporate debtor and its creditors and not to attempt to restructure entire marketplaces.

[55] This perspective is flawed in at least two respects, however, in my opinion. First, it reflects a view of the purpose and objects of the CCAA that is too narrow. Secondly, it overlooks the reality of the ABCP marketplace and the context of the restructuring in question here. It may be true that, in their capacity as ABCP Dealers, the releasee financial institutions are "third-parties" to the restructuring in the sense that they are not creditors of the debtor corporations. However, in their capacities as Asset Providers and Liquidity Providers, they are not only creditors but they are prior secured creditors to the Noteholders. Furthermore -- as the application judge found -- in these latter capacities they are making significant contributions to the restructuring by "foregoing immediate rights to assets and . . . providing real and tangible input for the preservation and enhancement of the Notes" (para. 76). In this context, therefore, the application judge's remark, at para. 50, that the restructuring "involves the commitment and participation of all parties" in the ABCP market makes sense, as do his earlier comments, at paras. 48-49:

Given the nature of the ABCP market and all of its participants, it is more appropriate to consider all Noteholders as claimants and the object of the Plan to restore liquidity to the assets being the Notes themselves. The restoration of the liquidity of the market necessitates the participation (including more tangible contribution by many) of all Noteholders.

In these circumstances, it is unduly technical to classify

the Issuer Trustees as debtors and the claims of the Noteholders as between themselves and others as being those of third party creditors, although I recognize that the restructuring structure of the CCAA requires the corporations as the vehicles for restructuring.

(Emphasis added)

[56] The application judge did observe that "[t]he insolvency is of the ABCP market itself, the restructuring is that of the market for such paper" (para. 50). He did so, however, to point out the uniqueness of the Plan before him and its industry-wide significance and not to suggest that he need have no regard to the provisions of the CCAA permitting a restructuring as between debtor [page529] and creditors. His focus was on the effect of the restructuring, a perfectly permissible perspective given the broad purpose and objects of the Act. This is apparent from his later references. For example, in balancing the arguments against approving releases that might include aspects of fraud, he responded that "what is at issue is a liquidity crisis that affects the ABCP market in Canada" (para. 125). In addition, in his reasoning on the fair-and-reasonable issue, he stated, at para. 142: "Apart from the Plan itself, there is a need to restore confidence in the financial system in Canada and this Plan is a legitimate use of the CCAA to accomplish that goal".

[57] I agree. I see no error on the part of the application judge in approaching the fairness assessment or the interpretation issue with these considerations in mind. They provide the context in which the purpose, objects and scheme of the CCAA are to be considered.

The statutory wording

[58] Keeping in mind the interpretive principles outlined above, I turn now to a consideration of the provisions of the CCAA. Where in the words of the statute is the court clothed with authority to approve a plan incorporating a requirement for third-party releases? As summarized earlier, the answer to that question, in my view, is to be found in:

(a) the skeletal nature of the CCAA;

- (b) Parliament's reliance upon the broad notions of "compromise" and "arrangement" to establish the framework within which the parties may work to put forward a restructuring plan; and in
 - (c) the creation of the statutory mechanism binding all creditors in classes to the compromise or arrangement once it has surpassed the high "double majority" voting threshold and obtained court sanction as "fair and reasonable".
- Therein lies the expression of Parliament's intention to permit the parties to negotiate and vote on, and the court to sanction, third-party releases relating to a restructuring.

[59] Sections 4 and 6 of the CCAA state:

4. Where a compromise or an arrangement is proposed between a debtor company and its unsecured creditors or any class of them, the court may, on the application in a summary way of the company, of any such creditor or of the trustee in bankruptcy or liquidator of the company, order a meeting of the creditors or class of creditors, and, if the court so determines, of the shareholders of the company, to be summoned in such manner as the court directs. [page530]

.

6. Where a majority in number representing two-thirds in value of the creditors, or class of creditors, as the case may be, present and voting either in person or by proxy at the meeting or meetings thereof respectively held pursuant to sections 4 and 5, or either of those sections, agree to any compromise or arrangement either as proposed or as altered or modified at the meeting or meetings, the compromise or arrangement may be sanctioned by the court, and if so sanctioned is binding

- (a) on all the creditors or the class of creditors, as the case may be, and on any trustee for any such class of creditors, whether secured or unsecured, as the case may be, and on the company; and
- (b) in the case of a company that has made an authorized assignment or against which a bankruptcy order has been made under the Bankruptcy and

Insolvency Act or is in the course of being wound up under the Winding-up and Restructuring Act, on the trustee in bankruptcy or liquidator and contributories of the company.

Compromise or arrangement

[60] While there may be little practical distinction between "compromise" and "arrangement" in many respects, the two are not necessarily the same. "Arrangement" is broader than "compromise" and would appear to include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: L.W. Houlden and C.H. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, looseleaf, 3rd ed., vol. 4 (Scarborough, Ont.: Carswell, 1992) at 10A-12.2, N10. It has been said to be "a very wide and indefinite [word]": Reference re Timber Regulations, [1935] A.C. 184, [1935] 2 D.L.R. 1 (P.C.), at p. 197 A.C., affg [1933] S.C.R. 616, [1933] S.C.J. No. 53. See also *Guardian Assurance Co. (Re)*, [1917] 1 Ch. 431 (C.A.), at pp. 448, 450 Ch.; *T&N Ltd. and Others (No. 3) (Re)*, [2007] 1 All E.R. 851, [2006] E.W.H.C. 1447 (Ch.).

[61] The CCAA is a sketch, an outline, a supporting framework for the resolution of corporate insolvencies in the public interest. Parliament wisely avoided attempting to anticipate the myriad of business deals that could evolve from the fertile and creative minds of negotiators restructuring their financial affairs. It left the shape and details of those deals to be worked out within the framework of the comprehensive and flexible concepts of a "compromise" and "arrangement". I see no reason why a release in favour of a third party, negotiated as part of a package between a debtor and creditor and reasonably relating to the proposed restructuring cannot fall within that framework.

[62] A proposal under the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "BIA") is a contract: *Employers' Liability Assurance Corp. v. Ideal Petroleum (1959) Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 230, [1976] S.C.J. No. 114, at p. 239 S.C.R.; [page531] *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Armitage* (2000), 50 O.R. (3d) 688,

[2000] O.J. No. 3993 (C.A.), at para. 11. In my view, a compromise or arrangement under the CCAA is directly analogous to a proposal for these purposes and, therefore, is to be treated as a contract between the debtor and its creditors. Consequently, parties are entitled to put anything into such a plan that could lawfully be incorporated into any contract. See *Air Canada (Re)*, [2004] O.J. No. 1909, 2 C.B.R. (5th) 4 (S.C.J.), at para. 6; *Olympia & York Developments Ltd. (Re)* (1993), 12 O.R. (3d) 500, [1993] O.J. No. 545 (Gen. Div.), at p. 518 O.R.

[63] There is nothing to prevent a debtor and a creditor from including in a contract between them a term providing that the creditor release a third party. The term is binding as between the debtor and creditor. In the CCAA context, therefore, a plan of compromise or arrangement may propose that creditors agree to compromise claims against the debtor and to release third parties, just as any debtor and creditor might agree to such a term in a contract between them. Once the statutory mechanism regarding voter approval and court sanctioning has been complied with, the plan -- including the provision for releases -- becomes binding on all creditors (including the dissenting minority).

[64] *T&N Ltd. and Others (Re)*, supra, is instructive in this regard. It is a rare example of a court focusing on and examining the meaning and breadth of the term "arrangement". T&N and its associated companies were engaged in the manufacture, distribution and sale of asbestos-containing products. They became the subject of many claims by former employees, who had been exposed to asbestos dust in the course of their employment, and their dependents. The T&N companies applied for protection under s. 425 of the U.K. Companies Act 1985, a provision virtually identical to the scheme of the CCAA -- including the concepts of compromise or arrangement. [See Note 4 below]

[65] T&N carried employers' liability insurance. However, the employers' liability insurers (the "EL insurers") denied coverage. This issue was litigated and ultimately resolved through the establishment of a multi-million pound fund against which the employees and their dependants (the EL claimants)

would assert their claims. In return, T&N's former employees and dependants (the EL claimants) agreed to forego any further claims against the EL insurers. This settlement was incorporated into the plan of [page532] compromise and arrangement between the T&N companies and the EL claimants that was voted on and put forward for court sanction.

[66] Certain creditors argued that the court could not sanction the plan because it did not constitute a "compromise or arrangement" between T&N and the EL claimants since it did not purport to affect rights as between them but only the EL claimants' rights against the EL insurers. The court rejected this argument. Richards J. adopted previous jurisprudence -- cited earlier in these reasons -- to the effect that the word "arrangement" has a very broad meaning and that, while both a compromise and an arrangement involve some "give and take", an arrangement need not involve a compromise or be confined to a case of dispute or difficulty (paras. 46-51). He referred to what would be the equivalent of a solvent arrangement under Canadian corporate legislation as an example. [See Note 5 below] Finally, he pointed out that the compromised rights of the EL claimants against the EL insurers were not unconnected with the EL claimants' rights against the T&N companies; the scheme of arrangement involving the EL insurers was "an integral part of a single proposal affecting all the parties" (para. 52). He concluded his reasoning with these observations (para. 53):

In my judgment it is not a necessary element of an arrangement for the purposes of s 425 of the 1985 Act that it should alter the rights existing between the company and the creditors or members with whom it is made. No doubt in most cases it will alter those rights. But, provided that the context and content of the scheme are such as properly to constitute an arrangement between the company and the members or creditors concerned, it will fall within s 425. It is ... neither necessary nor desirable to attempt a definition of arrangement. The legislature has not done so. To insist on an alteration of rights, or a termination of rights as in the case of schemes to effect takeovers or mergers, is to impose a restriction which is neither warranted by the statutory language nor justified by the courts' approach over many

years to give the term its widest meaning. Nor is an arrangement necessarily outside the section, because its effect is to alter the rights of creditors against another party or because such alteration could be achieved by a scheme of arrangement with that party.

(Emphasis added)

[67] I find Richard J.'s analysis helpful and persuasive. In effect, the claimants in T&N were being asked to release their claims against the EL insurers in exchange for a call on the fund. Here, the appellants are being required to release their claims against certain financial third parties in exchange for what is anticipated to be an improved position for all ABCP Noteholders, stemming from the contributions the financial [page533] third parties are making to the ABCP restructuring. The situations are quite comparable.

The binding mechanism

[68] Parliament's reliance on the expansive terms "compromise" or "arrangement" does not stand alone, however. Effective insolvency restructurings would not be possible without a statutory mechanism to bind an unwilling minority of creditors. Unanimity is frequently impossible in such situations. But the minority must be protected too. Parliament's solution to this quandary was to permit a wide range of proposals to be negotiated and put forward (the compromise or arrangement) and to bind all creditors by class to the terms of the plan, but to do so only where the proposal can gain the support of the requisite "double majority" of votes [See Note 6 below] and obtain the sanction of the court on the basis that it is fair and reasonable. In this way, the scheme of the CCAA supports the intention of Parliament to encourage a wide variety of solutions to corporate insolvencies without unjustifiably overriding the rights of dissenting creditors.

The required nexus

[69] In keeping with this scheme and purpose, I do not suggest that any and all releases between creditors of the debtor company seeking to restructure and third parties may be

made the subject of a compromise or arrangement between the debtor and its creditors. Nor do I think the fact that the releases may be "necessary" in the sense that the third parties or the debtor may refuse to proceed without them, of itself, advances the argument in favour of finding jurisdiction (although it may well be relevant in terms of the fairness and reasonableness analysis).

[70] The release of the claim in question must be justified as part of the compromise or arrangement between the debtor and its creditors. In short, there must be a reasonable connection between the third-party claim being compromised in the plan and the restructuring achieved by the plan to warrant inclusion of the third-party release in the plan. This nexus exists here, in my view.

[71] In the course of his reasons, the application judge made the following findings, all of which are amply supported on the record:

- (a) The parties to be released are necessary and essential to the restructuring of the debtor; [page534]
- (b) the claims to be released are rationally related to the purpose of the Plan and necessary for it;
- (c) the Plan cannot succeed without the releases;
- (d) the parties who are to have claims against them released are contributing in a tangible and realistic way to the Plan; and
- (e) the Plan will benefit not only the debtor companies but creditor Noteholders generally.

[72] Here, then -- as was the case in T&N -- there is a close connection between the claims being released and the restructuring proposal. The tort claims arise out of the sale and distribution of the ABCP Notes and their collapse in value, as do the contractual claims of the creditors against the debtor companies. The purpose of the restructuring is to stabilize and shore up the value of those notes in the long run. The third parties being released are making separate contributions to enable those results to materialize. Those contributions are identified earlier, at para. 31 of these reasons. The application judge found that the claims being

released are not independent of or unrelated to the claims that the Noteholders have against the debtor companies; they are closely connected to the value of the ABCP Notes and are required for the Plan to succeed. At paras. 76-77, he said:

I do not consider that the Plan in this case involves a change in relationship among creditors "that does not directly involve the Company." Those who support the Plan and are to be released are "directly involved in the Company" in the sense that many are foregoing immediate rights to assets and are providing real and tangible input for the preservation and enhancement of the Notes. It would be unduly restrictive to suggest that the moving parties' claims against released parties do not involve the Company, since the claims are directly related to the value of the Notes. The value of the Notes is in this case the value of the Company.

This Plan, as it deals with releases, doesn't change the relationship of the creditors apart from involving the Company and its Notes.

[73] I am satisfied that the wording of the CCAA -- construed in light of the purpose, objects and scheme of the Act and in accordance with the modern principles of statutory interpretation -- supports the court's jurisdiction and authority to sanction the Plan proposed here, including the contested third-party releases contained in it.

The jurisprudence

[74] Third-party releases have become a frequent feature in Canadian restructurings since the decision of the Alberta Court of Queen's [page535] Bench in *Canadian Airlines Corp. (Re)*, [2000] A.J. No. 771, 265 A.R. 201 (Q.B.), leave to appeal refused by *Resurgence Asset Management LLC v. Canadian Airlines Corp.*, [2000] A.J. No. 1028, 266 A.R. 131 (C.A.), and [2001] S.C.C.A. No. 60, 293 A.R. 351. In *Muscletech Research and Development Inc. (Re)*, [2006] O.J. No. 4087, 25 C.B.R. (5th) 231 (S.C.J.), Justice Ground remarked (para. 8):

[It] is not uncommon in CCAA proceedings, in the context of a plan of compromise and arrangement, to compromise claims against the Applicants and other parties against whom such claims or related claims are made.

[75] We were referred to at least a dozen court-approved CCAA plans from across the country that included broad third-party releases. With the exception of *Canadian Airlines (Re)*, however, the releases in those restructurings -- including *MuscleTech* -- were not opposed. The appellants argue that those cases are wrongly decided because the court simply does not have the authority to approve such releases.

[76] In *Canadian Airlines (Re)* the releases in question were opposed, however. Paperny J. (as she then was) concluded the court had jurisdiction to approve them and her decision is said to be the wellspring of the trend towards third-party releases referred to above. Based on the foregoing analysis, I agree with her conclusion although for reasons that differ from those cited by her.

[77] Justice Paperny began her analysis of the release issue with the observation, at para. 87, that "[p]rior to 1997, the CCAA did not provide for compromises of claims against anyone other than the petitioning company". It will be apparent from the analysis in these reasons that I do not accept that premise, notwithstanding the decision of the Quebec Court of Appeal in *Michaud v. Steinberg*, [See Note 7 below] of which her comment may have been reflective. Paperny J.'s reference to 1997 was a reference to the amendments of that year adding s. 5.1 to the CCAA, which provides for limited releases in favour of directors. Given the limited scope of s. 5.1, Justice Paperny was thus faced with the argument -- dealt with later in these reasons -- that Parliament must not have intended to extend the authority to approve third-party releases beyond the scope of this section. She chose to address this contention by concluding that, although the amendments "[did] not authorize a release of claims against third parties other than directors, [they did] not prohibit such releases either" (para. 92). [page536]

[78] Respectfully, I would not adopt the interpretive

principle that the CCAA permits releases because it does not expressly prohibit them. Rather, as I explain in these reasons, I believe the open-ended CCAA permits third-party releases that are reasonably related to the restructuring at issue because they are encompassed in the comprehensive terms "compromise" and "arrangement" and because of the double-voting majority and court-sanctioning statutory mechanism that makes them binding on unwilling creditors.

[79] The appellants rely on a number of authorities, which they submit support the proposition that the CCAA may not be used to compromise claims as between anyone other than the debtor company and its creditors. Principal amongst these are *Michaud v. Steinberg*, supra; *NBD Bank, Canada v. Dofasco Inc.* (1999), 46 O.R. (3d) 514, [1999] O.J. No. 4749 (C.A.); *Pacific Coastal Airlines Ltd. v. Air Canada*, [2001] B.C.J. No. 2580, 19 B.L.R. (3d) 286 (S.C.); and *Stelco Inc. (Re)* (2005), 78 O.R. (3d) 241, [2005] O.J. No. 4883 (C.A.) ("*Stelco I*"). I do not think these cases assist the appellants, however. With the exception of *Steinberg*, they do not involve third-party claims that were reasonably connected to the restructuring. As I shall explain, it is my opinion that *Steinberg* does not express a correct view of the law, and I decline to follow it.

[80] In *Pacific Coastal Airlines*, Tysoe J. made the following comment, at para. 24:

[The purpose of the CCAA proceeding] is not to deal with disputes between a creditor of a company and a third party, even if the company was also involved in the subject matter of the dispute. While issues between the debtor company and non-creditors are sometimes dealt with in CCAA proceedings, it is not a proper use of a CCAA proceeding to determine disputes between parties other than the debtor company.

[81] This statement must be understood in its context, however. *Pacific Coastal Airlines* had been a regional carrier for Canadian Airlines prior to the CCAA reorganization of the latter in 2000. In the action in question, it was seeking to assert separate tort claims against Air Canada for contractual interference and inducing breach of contract in relation to

certain rights it had to the use of Canadian's flight designator code prior to the CCAA proceeding. Air Canada sought to have the action dismissed on grounds of res judicata or issue estoppel because of the CCAA proceeding. Tysoe J. rejected the argument.

[82] The facts in Pacific Coastal are not analogous to the circumstances of this case, however. There is no suggestion that a resolution of Pacific Coastal's separate tort claim against Air Canada was in any way connected to the Canadian Airlines restructuring, even though Canadian -- at a contractual level -- may have had some involvement with the particular dispute. [page537] Here, however, the disputes that are the subject matter of the impugned releases are not simply "disputes between parties other than the debtor company". They are closely connected to the disputes being resolved between the debtor companies and their creditors and to the restructuring itself.

[83] Nor is the decision of this court in the NBD Bank case dispositive. It arose out of the financial collapse of Algoma Steel, a wholly owned subsidiary of Dofasco. The bank had advanced funds to Algoma allegedly on the strength of misrepresentations by Algoma's Vice-President, James Melville. The plan of compromise and arrangement that was sanctioned by Farley J. in the Algoma CCAA restructuring contained a clause releasing Algoma from all claims creditors "may have had against Algoma or its directors, officers, employees and advisors". Mr. Melville was found liable for negligent misrepresentation in a subsequent action by the bank. On appeal, he argued that since the bank was barred from suing Algoma for misrepresentation by its officers, permitting it to pursue the same cause of action against him personally would subvert the CCAA process -- in short, he was personally protected by the CCAA release.

[84] Rosenberg J.A., writing for this court, rejected this argument. The appellants here rely particularly upon his following observations, at paras. 53-54:

In my view, the appellant has not demonstrated that

allowing the respondent to pursue its claim against him would undermine or subvert the purposes of the Act. As this court noted in *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 1 O.R. (3d) 289 at p. 297, . . . the CCAA is remedial legislation "intended to provide a structured environment for the negotiation of compromises between a debtor company and its creditors for the benefit of both". It is a means of avoiding a liquidation that may yield little for the creditors, especially unsecured creditors like the respondent, and the debtor company shareholders. However, the appellant has not shown that allowing a creditor to continue an action against an officer for negligent misrepresentation would erode the effectiveness of the Act.

In fact, to refuse on policy grounds to impose liability on an officer of the corporation for negligent misrepresentation would contradict the policy of Parliament as demonstrated in recent amendments to the CCAA and the Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3. Those Acts now contemplate that an arrangement or proposal may include a term for compromise of certain types of claims against directors of the company except claims that "are based on allegations of misrepresentations made by directors". L.W. Houlden and C.H. Morawetz, the editors of *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Carswell, 1999) at p. 192 are of the view that the policy behind the provision is to encourage directors of an insolvent corporation to remain in office so that the affairs of the corporation can be reorganized. I can see no similar policy interest in barring an action against an officer of the company who, prior to the insolvency, has misrepresented the financial affairs of the corporation to its creditors. It may be necessary to permit the compromise of claims against the debtor corporation, otherwise it may [page538] not be possible to successfully reorganize the corporation. The same considerations do not apply to individual officers. Rather, it would seem to me that it would be contrary to good policy to immunize officers from the consequences of their negligent statements which might otherwise be made in anticipation of being forgiven under a subsequent corporate proposal or arrangement.

(Footnote omitted)

[85] Once again, this statement must be assessed in context. Whether Justice Farley had the authority in the earlier Algoma CCAA proceedings to sanction a plan that included third-party releases was not under consideration at all. What the court was determining in NBD Bank was whether the release extended by its terms to protect a third party. In fact, on its face, it does not appear to do so. Justice Rosenberg concluded only that not allowing Mr. Melville to rely upon the release did not subvert the purpose of the CCAA. As the application judge here observed, "there is little factual similarity in NBD to the facts now before the Court" (para. 71). Contrary to the facts of this case, in NBD Bank the creditors had not agreed to grant a release to officers; they had not voted on such a release and the court had not assessed the fairness and reasonableness of such a release as a term of a complex arrangement involving significant contributions by the beneficiaries of the release -- as is the situation here. Thus, NBD Bank is of little assistance in determining whether the court has authority to sanction a plan that calls for third-party releases.

[86] The appellants also rely upon the decision of this court in Stelco I. There, the court was dealing with the scope of the CCAA in connection with a dispute over what were called the "Turnover Payments". Under an inter-creditor agreement, one group of creditors had subordinated their rights to another group and agreed to hold in trust and "turn over" any proceeds received from Stelco until the senior group was paid in full. On a disputed classification motion, the Subordinated Debt Holders argued that they should be in a separate class from the Senior Debt Holders. Farley J. refused to make such an order in the court below, stating:

[Sections] 4, 5 and 6 [of the CCAA] talk of compromises or arrangements between a company and its creditors. There is no mention of this extending by statute to encompass a change of relationship among the creditors vis--vis the creditors themselves and not directly involving the company.

(Citations omitted; emphasis added)

See Stelco Inc. (Re), [2005] O.J. No. 4814, 15 C.B.R. (5th) 297 (S.C.J.), at para. 7.

[87] This court upheld that decision. The legal relationship between each group of creditors and Stelco was the same, albeit there were inter-creditor differences, and creditors were to be classified in accordance with their legal rights. In addition, the [page539] need for timely classification and voting decisions in the CCAA process militated against enmeshing the classification process in the vagaries of inter-corporate disputes. In short, the issues before the court were quite different from those raised on this appeal.

[88] Indeed, the Stelco plan, as sanctioned, included third-party releases (albeit uncontested ones). This court subsequently dealt with the same inter-creditor agreement on an appeal where the Subordinated Debt Holders argued that the inter-creditor subordination provisions were beyond the reach of the CCAA and, therefore, that they were entitled to a separate civil action to determine their rights under the agreement: *Stelco Inc. (Re)*, [2006] O.J. No. 1996, 21 C.B.R. (5th) 157 (C.A.) ("*Stelco II*"). The court rejected that argument and held that where the creditors' rights amongst themselves were sufficiently related to the debtor and its plan, they were properly brought within the scope of the CCAA plan. The court said (para. 11):

In [*Stelco I*] -- the classification case -- the court observed that it is not a proper use of a CCAA proceeding to determine disputes between parties other than the debtor company . . . [H]owever, the present case is not simply an inter-creditor dispute that does not involve the debtor company; it is a dispute that is inextricably connected to the restructuring process.
(Emphasis added)

[89] The approach I would take to the disposition of this appeal is consistent with that view. As I have noted, the third-party releases here are very closely connected to the ABCP restructuring process.

[90] Some of the appellants -- particularly those represented by Mr. Woods -- rely heavily upon the decision of the Quebec

Court of Appeal in *Michaud v. Steinberg*, supra. They say that it is determinative of the release issue. In *Steinberg*, the court held that the CCAA, as worded at the time, did not permit the release of directors of the debtor corporation and that third-party releases were not within the purview of the Act. Deschamps J.A. (as she then was) said (paras. 42, 54 and 58 -- English translation):

Even if one can understand the extreme pressure weighing on the creditors and the respondent at the time of the sanctioning, a plan of arrangement is not the appropriate forum to settle disputes other than the claims that are the subject of the arrangement. In other words, one cannot, under the pretext of an absence of formal directives in the Act, transform an arrangement into a potpourri.

.

The Act offers the respondent a way to arrive at a compromise with its creditors. It does not go so far as to offer an umbrella to all the persons within its orbit by permitting them to shelter themselves from any recourse.

. [page540]

The [CCAA] and the case law clearly do not permit extending the application of an arrangement to persons other than the respondent and its creditors and, consequently, the plan should not have been sanctioned as is [that is, including the releases of the directors].

[91] Justices Vallerand and Delisle, in separate judgments, agreed. Justice Vallerand summarized his view of the consequences of extending the scope of the CCAA to third-party releases in this fashion (para. 7):

In short, the Act will have become the Companies' and Their Officers and Employees Creditors Arrangement Act -- an awful mess -- and likely not attain its purpose, which is to enable the company to survive in the face of its creditors and through their will, and not in the face of the creditors of its officers. This is why I feel, just like my colleague, that such a clause is contrary to the Act's mode of

operation, contrary to its purposes and, for this reason, is to be banned.

[92] Justice Delisle, on the other hand, appears to have rejected the releases because of their broad nature -- they released directors from all claims, including those that were altogether unrelated to their corporate duties with the debtor company -- rather than because of a lack of authority to sanction under the Act. Indeed, he seems to have recognized the wide range of circumstances that could be included within the term "compromise or arrangement". He is the only one who addressed that term. At para., 90 he said:

The CCAA is drafted in general terms. It does not specify, among other things, what must be understood by "compromise or arrangement". However, it may be inferred from the purpose of this [A]ct that these terms encompass all that should enable the person who has recourse to it to fully dispose of his debts, both those that exist on the date when he has recourse to the statute and those contingent on the insolvency in which he finds himself . . .

(Emphasis added)

[93] The decision of the court did not reflect a view that the terms of a compromise or arrangement should "encompass all that should enable the person who has recourse to [the Act] to dispose of his debts ... and those contingent on the insolvency in which he finds himself", however. On occasion, such an outlook might embrace third parties other than the debtor and its creditors in order to make the arrangement work. Nor would it be surprising that, in such circumstances, the third parties might seek the protection of releases, or that the debtor might do so on their behalf. Thus, the perspective adopted by the majority in *Steinberg*, in my view, is too narrow, having regard to the language, purpose and objects of the CCAA and the intention of Parliament. They made no attempt to consider and explain why a compromise or arrangement could not include third-party releases. In addition, the decision [page541] appears to have been based, at least partly, on a rejection of the use of contract-law concepts in analyzing the Act -- an approach inconsistent with the jurisprudence referred to above.

[94] Finally, the majority in *Steinberg* seems to have proceeded on the basis that the CCAA cannot interfere with civil or property rights under Quebec law. Mr. Woods advanced this argument before this court in his factum, but did not press it in oral argument. Indeed, he conceded that if the Act encompasses the authority to sanction a plan containing third-party releases -- as I have concluded it does -- the provisions of the CCAA, as valid federal insolvency legislation, are paramount over provincial legislation. I shall return to the constitutional issues raised by the appellants later in these reasons.

[95] Accordingly, to the extent *Steinberg* stands for the proposition that the court does not have authority under the CCAA to sanction a plan that incorporates third-party releases, I do not believe it to be a correct statement of the law and I respectfully decline to follow it. The modern approach to interpretation of the Act in accordance with its nature and purpose militates against a narrow interpretation and towards one that facilitates and encourages compromises and arrangements. Had the majority in *Steinberg* considered the broad nature of the terms "compromise" and "arrangement" and the jurisprudence I have referred to above, they might well have come to a different conclusion.

The 1997 amendments

[96] *Steinberg* led to amendments to the CCAA, however. In 1997, s. 5.1 was added, dealing specifically with releases pertaining to directors of the debtor company. It states:

5.1(1) A compromise or arrangement made in respect of a debtor company may include in its terms provision for the compromise of claims against directors of the company that arose before the commencement of proceedings under this Act and that relate to the obligations of the company where the directors are by law liable in their capacity as directors for the payment of such obligations.

Exception

(2) A provision for the compromise of claims against directors may not include claims that

- (a) relate to contractual rights of one or more creditors; or
- (b) are based on allegations of misrepresentations made by directors to creditors or of wrongful or oppressive conduct by directors.

Powers of court

(3) The court may declare that a claim against directors shall not be compromised if it is satisfied that the compromise would not be fair and reasonable in the circumstances. [page542]

Resignation or removal of directors

(4) Where all of the directors have resigned or have been removed by the shareholders without replacement, any person who manages or supervises the management of the business and affairs of the debtor company shall be deemed to be a director for the purposes of this section.

[97] Perhaps the appellants' strongest argument is that these amendments confirm a prior lack of authority in the court to sanction a plan including third-party releases. If the power existed, why would Parliament feel it necessary to add an amendment specifically permitting such releases (subject to the exceptions indicated) in favour of directors? *Expressio unius est exclusio alterius*, is the Latin maxim sometimes relied on to articulate the principle of interpretation implied in that question: to express or include one thing implies the exclusion of the other.

[98] The maxim is not helpful in these circumstances, however. The reality is that there may be another explanation why Parliament acted as it did. As one commentator has noted: [See Note 8 below]

Far from being a rule, [the maxim *expressio unius*] is not

even lexicographically accurate, because it is simply not true, generally, that the mere express conferral of a right or privilege in one kind of situation implies the denial of the equivalent right or privilege in other kinds. Sometimes it does and sometimes it does not, and whether it does or does not depends on the particular circumstances of context. Without contextual support, therefore there is not even a mild presumption here. Accordingly, the maxim is at best a description, after the fact, of what the court has discovered from context.

[99] As I have said, the 1997 amendments to the CCAA providing for releases in favour of directors of debtor companies in limited circumstances were a response to the decision of the Quebec Court of Appeal in *Steinberg*. A similar amendment was made with respect to proposals in the BIA at the same time. The rationale behind these amendments was to encourage directors of an insolvent company to remain in office during a restructuring rather than resign. The assumption was that by remaining in office the directors would provide some stability while the affairs of the company were being reorganized: see *Houlden and Morawetz*, vol. 1, *supra*, at 2-144, E11A; *Dans l'affaire de la proposition de: Le Royal Penfield inc. et Groupe Thibault Van Houtte et Associs lte*), [2003] J.Q. no. 9223, [2003] R.J.Q. 2157 (C.S.), at paras. 44-46.

[100] Parliament thus had a particular focus and a particular purpose in enacting the 1997 amendments to the CCAA and the [page543] BIA. While there is some merit in the appellants' argument on this point, at the end of the day I do not accept that Parliament intended to signal by its enactment of s. 5.1 that it was depriving the court of authority to sanction plans of compromise or arrangement in all circumstances where they incorporate third-party releases in favour of anyone other than the debtor's directors. For the reasons articulated above, I am satisfied that the court does have the authority to do so. Whether it sanctions the plan is a matter for the fairness hearing.

The deprivation of proprietary rights

[101] Mr. Shapray very effectively led the appellants' argument that legislation must not be construed so as to interfere with or prejudice established contractual or proprietary rights -- including the right to bring an action -- in the absence of a clear indication of legislative intention to that effect: Halsbury's Laws of England, 4th ed. reissue, vol. 44(1) (London: Butterworths, 1995) at paras. 1438, 1464 and 1467; Driedger, 2nd ed., *supra*, at 183; E.A. Driedger and Ruth Sullivan, Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes, 4th ed., (Markham, Ont.: Butterworths, 2002) at 399. I accept the importance of this principle. For the reasons I have explained, however, I am satisfied that Parliament's intention to clothe the court with authority to consider and sanction a plan that contains third-party releases is expressed with sufficient clarity in the "compromise or arrangement" language of the CCAA coupled with the statutory voting and sanctioning mechanism making the provisions of the plan binding on all creditors. This is not a situation of impermissible "gap-filling" in the case of legislation severely affecting property rights; it is a question of finding meaning in the language of the Act itself. I would therefore not give effect to the appellants' submissions in this regard.

The division of powers and paramountcy

[102] Mr. Woods and Mr. Sternberg submit that extending the reach of the CCAA process to the compromise of claims as between solvent creditors of the debtor company and solvent third parties to the proceeding is constitutionally impermissible. They say that under the guise of the federal insolvency power pursuant to s. 91(21) of the Constitution Act, 1867, this approach would improperly affect the rights of civil claimants to assert their causes of action, a provincial matter falling within s. 92(13), and contravene the rules of public order pursuant to the Civil Code of Quebec. [page544]

[103] I do not accept these submissions. It has long been established that the CCAA is valid federal legislation under the federal insolvency power: Reference re: Constitutional Creditors Arrangement Act (Canada), [1934] S.C.R. 659, [1934] S.C.J. No. 46. As the Supreme Court confirmed in that case (p.

661 S.C.R.), citing Viscount Cave L.C. in *Royal Bank of Canada v. Larue*, [1928] A.C. 187 (J.C.P.C.), "the exclusive legislative authority to deal with all matters within the domain of bankruptcy and insolvency is vested in Parliament". Chief Justice Duff elaborated:

Matters normally constituting part of a bankruptcy scheme but not in their essence matters of bankruptcy and insolvency may, of course, from another point of view and in another aspect be dealt with by a provincial legislature; but, when treated as matters pertaining to bankruptcy and insolvency, they clearly fall within the legislative authority of the Dominion.

[104] That is exactly the case here. The power to sanction a plan of compromise or arrangement that contains third-party releases of the type opposed by the appellants is embedded in the wording of the CCAA. The fact that this may interfere with a claimant's right to pursue a civil action -- normally a matter of provincial concern -- or trump Quebec rules of public order is constitutionally immaterial. The CCAA is a valid exercise of federal power. Provided the matter in question falls within the legislation directly or as necessarily incidental to the exercise of that power, the CCAA governs. To the extent that its provisions are inconsistent with provincial legislation, the federal legislation is paramount. Mr. Woods properly conceded this during argument.

Conclusion with respect to legal authority

[105] For all of the foregoing reasons, then, I conclude that the application judge had the jurisdiction and legal authority to sanction the Plan as put forward.

(2) The Plan is "fair and reasonable"

[106] The second major attack on the application judge's decision is that he erred in finding that the Plan is "fair and reasonable" and in sanctioning it on that basis. This attack is centred on the nature of the third-party releases contemplated and, in particular, on the fact that they will permit the release of some claims based in fraud.

[107] Whether a plan of compromise or arrangement is fair and reasonable is a matter of mixed fact and law, and one on which the application judge exercises a large measure of discretion. The standard of review on this issue is therefore one of deference. In [page545] the absence of a demonstrable error, an appellate court will not interfere: see *Ravelston Corp. Ltd. (Re)*, [2007] O.J. No. 1389, 31 C.B.R. (5th) 233 (C.A.).

[108] I would not interfere with the application judge's decision in this regard. While the notion of releases in favour of third parties -- including leading Canadian financial institutions -- that extend to claims of fraud is distasteful, there is no legal impediment to the inclusion of a release for claims based in fraud in a plan of compromise or arrangement. The application judge had been living with and supervising the ABCP restructuring from its outset. He was intimately attuned to its dynamics. In the end, he concluded that the benefits of the Plan to the creditors as a whole, and to the debtor companies, outweighed the negative aspects of compelling the unwilling appellants to execute the releases as finally put forward.

[109] The application judge was concerned about the inclusion of fraud in the contemplated releases and at the May hearing adjourned the final disposition of the sanctioning hearing in an effort to encourage the parties to negotiate a resolution. The result was the "fraud carve-out" referred to earlier in these reasons.

[110] The appellants argue that the fraud carve-out is inadequate because of its narrow scope. It (i) applies only to ABCP Dealers; (ii) limits the type of damages that may be claimed (no punitive damages, for example); (iii) defines "fraud" narrowly, excluding many rights that would be protected by common law, equity and the Quebec concept of public order; and (iv) limits claims to representations made directly to Noteholders. The appellants submit it is contrary to public policy to sanction a plan containing such a limited restriction on the type of fraud claims that may be pursued against the third parties.

[111] The law does not condone fraud. It is the most serious kind of civil claim. There is, therefore, some force to the appellants' submission. On the other hand, as noted, there is no legal impediment to granting the release of an antecedent claim in fraud, provided the claim is in the contemplation of the parties to the release at the time it is given: *Fotini's Restaurant Corp. v. White Spot Ltd.*, [1998] B.C.J. No. 598, 38 B.L.R. (2d) 251 (S.C.), at paras. 9 and 18. There may be disputes about the scope or extent of what is released, but parties are entitled to settle allegations of fraud in civil proceedings -- the claims here all being untested allegations of fraud -- and to include releases of such claims as part of that settlement.

[112] The application judge was alive to the merits of the appellants' submissions. He was satisfied in the end, however, [page546] that the need "to avoid the potential cascade of litigation that . . . would result if a broader 'carve out' were to be allowed" (para. 113) outweighed the negative aspects of approving releases with the narrower carve-out provision. Implementation of the Plan, in his view, would work to the overall greater benefit of the Noteholders as a whole. I can find no error in principle in the exercise of his discretion in arriving at this decision. It was his call to make.

[113] At para. 71, above, I recited a number of factual findings the application judge made in concluding that approval of the Plan was within his jurisdiction under the CCAA and that it was fair and reasonable. For convenience, I reiterate them here -- with two additional findings -- because they provide an important foundation for his analysis concerning the fairness and reasonableness of the Plan. The application judge found that:

- (a) The parties to be released are necessary and essential to the restructuring of the debtor;
- (b) the claims to be released are rationally related to the purpose of the Plan and necessary for it;
- (c) the Plan cannot succeed without the releases;
- (d) the parties who are to have claims against them released are contributing in a tangible and realistic way to the

Plan;

- (e) the Plan will benefit not only the debtor companies but creditor Noteholders generally;
- (f) the voting creditors who have approved the Plan did so with knowledge of the nature and effect of the releases; and that,
- (g) the releases are fair and reasonable and not overly broad or offensive to public policy.

[114] These findings are all supported on the record. Contrary to the submission of some of the appellants, they do not constitute a new and hitherto untried "test" for the sanctioning of a plan under the CCAA. They simply represent findings of fact and inferences on the part of the application judge that underpin his conclusions on jurisdiction and fairness.

[115] The appellants all contend that the obligation to release the third parties from claims in fraud, tort, breach of fiduciary duty, etc. is confiscatory and amounts to a requirement that they -- as individual creditors -- make the equivalent of a greater financial contribution to the Plan. In his usual lively fashion, [page547] Mr. Sternberg asked us the same rhetorical question he posed to the application judge. As he put it, how could the court countenance the compromise of what in the future might turn out to be fraud perpetrated at the highest levels of Canadian and foreign banks? Several appellants complain that the proposed Plan is unfair to them because they will make very little additional recovery if the Plan goes forward, but will be required to forfeit a cause of action against third-party financial institutions that may yield them significant recovery. Others protest that they are being treated unequally because they are ineligible for relief programs that Liquidity Providers such as Canaccord have made available to other smaller investors.

[116] All of these arguments are persuasive to varying degrees when considered in isolation. The application judge did not have that luxury, however. He was required to consider the circumstances of the restructuring as a whole, including the reality that many of the financial institutions were not only

acting as Dealers or brokers of the ABCP Notes (with the impugned releases relating to the financial institutions in these capacities, for the most part) but also as Asset and Liquidity Providers (with the financial institutions making significant contributions to the restructuring in these capacities).

[117] In insolvency restructuring proceedings, almost everyone loses something. To the extent that creditors are required to compromise their claims, it can always be proclaimed that their rights are being unfairly confiscated and that they are being called upon to make the equivalent of a further financial contribution to the compromise or arrangement. Judges have observed on a number of occasions that CCAA proceedings involve "a balancing of prejudices", inasmuch as everyone is adversely affected in some fashion.

[118] Here, the debtor corporations being restructured represent the issuers of the more than \$32 billion in non-bank sponsored ABCP Notes. The proposed compromise and arrangement affects that entire segment of the ABCP market and the financial markets as a whole. In that respect, the application judge was correct in adverting to the importance of the restructuring to the resolution of the ABCP liquidity crisis and to the need to restore confidence in the financial system in Canada. He was required to consider and balance the interests of all Noteholders, not just the interests of the appellants, whose notes represent only about 3 per cent of that total. That is what he did.

[119] The application judge noted, at para. 126, that the Plan represented "a reasonable balance between benefit to all Noteholders and enhanced recovery for those who can make out [page548] specific claims in fraud" within the fraud carve-out provisions of the releases. He also recognized, at para. 134, that:

No Plan of this size and complexity could be expected to satisfy all affected by it. The size of the majority who have approved it is testament to its overall fairness. No plan to address a crisis of this magnitude can work perfect equity

among all stakeholders.

[120] In my view, we ought not to interfere with his decision that the Plan is fair and reasonable in all the circumstances.

D. Disposition

[121] For the foregoing reasons, I would grant leave to appeal from the decision of Justice Campbell, but dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

SCHEDULE "A" -- CONDUITS

Apollo Trust
Apsley Trust
Aria Trust
Aurora Trust
Comet Trust
Encore Trust
Gemini Trust
Ironstone Trust
MMAI-I Trust
Newshore Canadian Trust
Opus Trust
Planet Trust
Rocket Trust
Selkirk Funding Trust
Silverstone Trust
Slate Trust
Structured Asset Trust
Structured Investment Trust III
Symphony Trust
Whitehall Trust

SCHEDULE "B" -- APPLICANTS

ATB Financial
Caisse de dpt et placement du Qubec
Canaccord Capital Corporation [page549]
Canada Mortgage and Housing Corporation
Canada Post Corporation
Credit Union Central Alberta Limited
Credit Union Central of BC
Credit Union Central of Canada

Credit Union Central of Ontario
Credit Union Central of Saskatchewan
Desjardins Group
Magna International Inc.
National Bank of Canada/National Bank Financial
Inc.
NAV Canada

Northwater Capital Management Inc.
Public Sector Pension Investment Board
The Governors of the University of Alberta

SCHEDULE "C" -- COUNSEL

- (1) Benjamin Zarnett and Frederick L. Myers, for the Pan-Canadian Investors Committee
- (2) Aubrey E. Kauffman and Stuart Brotman, for 4446372 Canada Inc. and 6932819 Canada Inc.
- (3) Peter F.C. Howard, and Samaneh Hosseini, for Bank of America N.A.; Citibank N.A.; Citibank Canada, in its capacity as Credit Derivative Swap Counterparty and not in any other capacity; Deutsche Bank AG; HSBC Bank Canada; HSBC Bank USA, National Association; Merrill Lynch International; Merrill Lynch Capital Services, Inc.; Swiss Re Financial Products Corporation; and UBS AG
- (4) Kenneth T. Rosenberg, Lily Harmer, and Max Starnino, for Jura Energy Corporation and Redcorp Ventures Ltd.
- (5) Craig J. Hill and Sam P. Rappos, for the Monitors (ABCP Appeals)
- (6) Jeffrey C. Carhart and Joseph Marin, for Ad Hoc Committee and Pricewaterhouse Coopers Inc., in its capacity as Financial Advisor
- (7) Mario J. Forte, for Caisse de Dpt et Placement du Qubec
- (8) John B. Laskin, for National Bank Financial Inc. and National Bank of Canada [page550]
- (9) Thomas McRae and Arthur O. Jacques, for Ad Hoc Retail Creditors Committee (Brian Hunter, et al.)
- (10) Howard Shapray, Q.C. and Stephen Fitterman for Ivanhoe Mines Ltd.
- (11) Kevin P. McElcheran and Heather L. Meredith for Canadian Banks, BMO, CIBC RBC, Bank of Nova Scotia and T.D. Bank
- (12) Jeffrey S. Leon, for CIBC Mellon Trust Company, Computershare Trust Company of Canada and BNY Trust Company of Canada, as Indenture Trustees

- (13) Usman Sheikh, for Coventree Capital Inc.
- (14) Allan Sternberg and Sam R. Sasso, for Brookfield Asset Management and Partners Ltd. and Hy Bloom Inc. and Cardacian Mortgage Services Inc.
- (15) Neil C. Saxe, for Dominion Bond Rating Service
- (16) James A. Woods, Sbastien Richemont and Marie-Anne Paquette, for Air Transat A.T. Inc., Transat Tours Canada Inc., The Jean Coutu Group (PJC) Inc., Aroports de Montral, Aroports de Montral Capital Inc., Pomerleau Ontario Inc., Pomerleau Inc., Labopharm Inc., Agence Mtropolitaine de Transport (AMT), Giro Inc., Vtements de sports RGR Inc., 131519 Canada Inc., Tecsys Inc., New Gold Inc. and Jazz Air LP
- (17) Scott A. Turner, for Webtech Wireless Inc., Wynn Capital Corporation Inc., West Energy Ltd., Sabre Energy Ltd., Petrolifera Petroleum Ltd., Vaquero Resources Ltd., and Standard Energy Ltd.
- (18) R. Graham Phoenix, for Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments III Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments V Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments XI Corp., Metcalfe & Mansfield Alternative Investments XII Corp., Quanto Financial Corporation and Metcalfe & Mansfield Capital Corp.

Notes

Note 1: Section 5.1 of the CCAA specifically authorizes the granting of releases to directors in certain circumstances.

Note 2: Georgina R. Jackson and Janis P. Sarra, "Selecting the Judicial Tool to get the Job Done: An Examination of Statutory Interpretation, Discretionary Power and Inherent Jurisdiction in Insolvency Matters" in Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, 2007 (Vancouver, B.C.: Carswell, 2007).

Note 3: Citing Gibbs J.A. in *Chef Ready Foods*, *supra*, at pp. 319-20 C.B.R.

Note 4: The legislative debates at the time the CCAA was introduced in Parliament in April 1933 make it clear that the CCAA is patterned after the predecessor provisions of s. 425 of the Companies Act 1985 (U.K.): see House of Commons Debates (Hansard), *supra*.

Note 5: See Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 192; Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 182.

Note 6: A majority in number representing two-thirds in value of the creditors (s. 6).

Note 7: Steinberg was originally reported in French: *Steinberg Inc. c. Michaud*, [1993] J.Q. no. 1076, [1993] R.J.Q. 1684 (C.A.). All paragraph references to Steinberg in this judgment are from the unofficial English translation available at 1993 CarswellQue 2055.

Note 8: Reed Dickerson, *The Interpretation and Application of Statutes* (Boston: Little Brown and Company, 1975) at pp. 234-35, cited in Bryan A. Garner, ed., *Black's Law Dictionary*, 8th ed. (West Group, St. Paul, Minn., 2004) at p. 621.

COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

CITATION: Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce, 2014 ONCA 90

DATE: 20140203

DOCKET: C55832, C55982, C56252

Doherty, Feldman, Cronk, Blair and Juriansz JJ.A.

C55832

BETWEEN

Howard Green and Anne Bell

Plaintiffs (Appellants)

and

Canadian Imperial Bank of Commerce, Gerald McCaughey, Tom Woods, Brian
G. Shaw, and Ken Kilgour

Defendants (Respondents)

C55982

BETWEEN

Marvin Neil Silver and Cliff Cohen

Plaintiffs (Respondents)

and

IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler, Francis T. Joyce,
Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and
Kathryn A. Gamble

Respondents (Appellants)

C56252

BETWEEN

Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund

Plaintiffs (Respondents)

and

Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi

Defendants (Appellants)

AND BETWEEN

Nabil Berzi

Plaintiffs (Respondents)

and

Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi

Defendants (Appellants)

AND BETWEEN

Huacheng Xing

Plaintiffs (Respondents)

and

Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi

Defendants (Appellants)

R. Paul Steep and Dana M. Peebles, for the appellants, IMAX Corporation,
Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler, Francis J. Joyce, Neil S. Braun,
Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble

William V. Sasso, A. Dimitri Lascaris, Serge Kalloghlian and Daniel E. Bach, for the respondents, Marvin Neil Silver and Cliff Cohen

Joel P. Rochon, Peter R. Jervis, Sakie Tambakos, John Archibald and Remissa Hirji, for the appellants, Howard Green and Anne Bell

James C. Tory and Sheila Block, for the respondent, Canadian Imperial Bank of Commerce

Benjamin Zarnett and David Conklin, for the respondents, Gerald McCaughey, Tom Woods, Brian G. Shaw, and Ken Kilgour

Nigel Campbell and Ryan A. Morris, for the appellants, Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi

Kirk M. Baert, Celeste Poltak, Michael Mazzuca, Peter Prozanski and Trent Morris, for the respondents, Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund, Nabil Berzi, Huacheng Xing

Anna Perschy, for the intervenor, Ontario Securities Commission

Alan L.W. D'Silva, Mark E. Walli and Lesley Mercer, for the intervener, Insurance Bureau of Canada

Margaret L. Waddell, for the intervenor, Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights

Jonathan Bida, for the intervenor, Shareholder Association for Research and Education

Heard: May 13, 14, 15, 16, 2013

On appeal from the order of Justice G.R. Strathy of the Superior Court of Justice, dated July 3, 2010, with reasons reported at 2012 ONSC 3637 (C55832); and on appeal from the order of Justice K.M. van Rensburg of the Superior Court of Justice, dated August 27, 2012, with reasons reported at 2012 ONSC 4881 (C56252); and on appeal from the order of Justice P.M. Perell of the Superior Court of Justice, dated October 15, 2012, with reasons reported at 2012 ONSC 6083 (C56252).

Feldman J.A.:

A. INTRODUCTION

[1] In each of these three appeals, the plaintiffs are representative plaintiffs in a class proceeding. They are each claiming damages under Part XXIII.1 of the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, s. 138.3, for misrepresentations alleged to have been made in respect of shares trading in the secondary market. In each case, the representative plaintiff commenced a class proceeding for common law negligent misrepresentation and in that statement of claim they each also made the statutory claim. The statutory claims are based on the new statutory cause of action under Part XXIII.1, which came into force on December 31, 2005. The statutory cause of action is found in s. 138.3, reproduced in Schedule “A”.

[2] In each case, the statement of claim was issued and served within the three-year limitation period for bringing the statutory claim (s.138.14), but in each case, leave to commence the statutory action (s.138.8) was not obtained within the three-year period.

[3] In this court’s decision in *Sharma v. Timminco*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, leave to appeal to S.C.C. refused, [2012] S.C.C.A. No. 157 (“*Timminco*”), the court held that the statutory claim is statute-barred if leave to commence the action is not obtained within the three-year limitation period, and that s. 28 of the *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c.6 (“CPA”) does not

suspend the running of the limitation period in favour of class members until leave has been obtained.

[4] The three experienced class proceedings judges who decided these cases dealt with the expiry of the limitation period in different ways. In *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 219 A.C.W.S. (3d) 692, (“*Green v. CIBC*”), Strathy J. held that there was no avenue available to relieve against the passage of the limitation period in light of the decision in *Timminco*. In *Silver v. IMAX Corp.*, [2009] O.J. No. 5573, 66 B.L.R. (4th) 222 (S.C.J.), leave to appeal to Ont. Div. Ct. refused, 2011 ONSC 1035, 105 O.R. (3d) 212, van Rensburg J. had already granted leave after the expiry of the limitation period. In 2012 ONSC 4881, [2012] O.J. No. 4002, she ordered that the leave that had been granted to commence the action applied *nunc pro tunc* within the limitation period. Both decisions will hereafter be referred to as “*Silver v. IMAX*”. In *Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund v. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264 (“*Celestica*”), Perell J. held that leave could be granted after the expiry of the limitation period by applying the doctrine of special circumstances.

[5] The three appeals were heard together by a five-judge panel of this court to allow the court to decide whether to reconsider the decision in *Timminco*.

[6] The *Timminco* court’s interpretation of the term “asserted” in s. 28 of the CPA was a viable one based on the arguments made and the record before it in

that case. However, when the consequence of the interpretation, which leaves class members without the normal s. 28 protection from the passage of the limitation period, is assessed in light of the purpose and intent of the new statutory claim, we have concluded that the interpretation given is not correct and the decision of the court should be overturned.

B. BRIEF PROCEDURAL BACKGROUND OF THE THREE APPEALS

[7] In *Green v. CIBC*, the applications for certification under the *CPA* and for leave to proceed under Part XXIII.1 of the *Securities Act* were heard together by Strathy J. *Timminco* was released on the second last day of the motion. Strathy J. would have granted leave and certification but following the decision in *Timminco*, he dismissed the leave application and the statutory action as time-barred.¹

[8] In *Silver v. IMAX*, van Rensburg J. had already granted leave before *Timminco* was released. Following the release of *Timminco*, the defendants applied for summary judgment to dismiss the action as time-barred when leave was granted. Justice van Rensburg dismissed the motion and made the grant of leave apply *nunc pro tunc*.

¹ An appeal from a refusal to certify a class proceeding lies to the Divisional Court, pursuant to s. 30(1) of the *CPA*. However, an appeal from a final order, the dismissal of the leave application and the action itself, lies to this court, pursuant to s. 6(1)(b) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43 ("the *CJA*"). Since the appeal lies to both courts in the same proceeding, this court has jurisdiction to hear and determine the appeal: s. 6(2) of the *CJA*; *Cavanaugh v. Grenville Christian College*, 2013 ONCA 139, [2013] O.J. No.1007, at paras. 24 and 32-33.

[9] The proceedings below in *Celestica* are not as far advanced as those in the other two appeals. The Ontario litigation was held in abeyance while a parallel action proceeded through the courts in the United States. The plaintiffs did not file a notice of motion to seek leave until after *Timminco* was released in 2012. Perell J. refused to strike the claim as statute-barred by applying the doctrine of special circumstances. He held that leave could be granted *nunc pro tunc* on the facts of *Celestica*, if the plaintiffs met the leave test.

C. THE DECISION IN *SHARMA V. TIMMINCO*

[10] In *Timminco*, the representative plaintiff commenced a class proceeding in May 2009. The pleading alleged that misrepresentations by the defendants between March and November 2008 affected the value of the Timminco shares that traded in the secondary market. It claimed damages for negligent misrepresentation on a class-wide basis. The statement of claim also stated that the plaintiff intended to move for an order “permitting the Plaintiff to assert the statutory causes of action” and to then deliver an amended statement of claim to plead them.

[11] In early 2011, as the expiry of the three-year limitation period under Part XXIII.1 approached and the plaintiff had not yet brought the motion for leave (or a motion to certify the class proceeding), he sought and obtained an order from the class proceedings judge, Perell J. The order declared that the effect of s. 28 of the *CPA* was to suspend the running of the limitation period in favour of all class

members, including the representative plaintiff, once the statutory claim was asserted or mentioned in a statement of claim and before leave to commence the statutory action was obtained.

[12] The defendants appealed that decision to this court. On appeal, this court reversed the decision of the motion judge. The court held that where a statement of claim in a class proceeding states that the statutory claim will be made based on the facts pleaded and that leave will be sought, s. 28 of the *CPA* does not suspend the running of the limitation period in favour of any member of the class unless leave to commence the statutory claim has first been obtained from the court.

D. THE EFFECT OF *TIMMINCO* ON THE THREE CASES NOW UNDER APPEAL

[13] When the decision in *Timminco* was released on February 16, 2012, the result came as a great surprise to the securities class action bar. Strathy J. observed in *Green v. CIBC* at para. 475 that: “Counsel for the individual defendants aptly described the decision, at that time, as a ‘thunderbolt’”. The immediate effect of the court’s decision was that the statutory claims in a number of cases were either statute-barred – as in the cases now before the court – or would likely become statute-barred before the three-year limitation period expired.

[14] In the three cases before the court, a class action had been commenced within the three-year limitation period provided by s. 138.14(1) of the *Securities*

*Act*² (set out in footnote 2 below and in Schedule “A” for ease of reference) in which all the facts that formed the basis of the cause of action were pleaded, along with the stated intention to seek leave to commence the statutory claim.³ Also in all three cases, a motion for leave to commence the statutory claim has been brought. In *Green v. CIBC*, the limitation period expired on December 6, 2010, before the motion for leave was heard; in *Silver v. IMAX*, the limitation period expired on March 9, 2009, while the leave decision was under reserve. In *Celestica*, the motion for leave has not yet been heard; the limitation period expired January 30, 2010.

² Section 138.14 provides: No action shall be commenced under section 138.3,

- (a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,
 - (i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and
 - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;
- (b) in the case of a misrepresentation in a public oral statement, later than the earlier of,
 - (i) three years after the date on which the public oral statement containing the misrepresentation was made, and
 - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in another province or territory of Canada in respect of the same misrepresentation; and
- (c) in the case of a failure to make timely disclosure, later than the earlier of,
 - (i) three years after the date on which the requisite disclosure was required to be made, and
 - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in another province or territory of Canada in respect of the same failure to make timely disclosure.

³ In *Celestica*, the *Xing* and *Berzi* actions were filed in Ontario in 2007 and 2008 respectively, but the *Millwright* action, which had been on hold while the parties monitored the U.S. action, was only filed in Ontario on April 8, 2011, after the limitation period expired. However, Perell J. consolidated all three actions on April 13, 2012 (SCJ Court File Nos. 54938CP, 08-361468-00CP, and CV-11-424069-00CP).

E. THE ABILITY OF THE COURT OF APPEAL TO REVIEW A PREVIOUS COURT DECISION

[15] In *David Polowin Real Estate Ltd. v. Dominion of Canada General Insurance Co.* (2005), 76 O.R. (3d) 161, this court described the circumstances in which it would revisit and reverse a previous decision of the court in the context of recognizing the importance of adhering to the doctrine of *stare decisis*. Previously, some judgments of this court had taken a more rigid approach, requiring errors to fit within one of the traditional exceptions to *stare decisis*. In *Polowin*, a case involving the interpretation of a provision of the *Insurance Act*, R.S.O. 1990, c. I.8 and a regulation under the Act, this court held that it could overrule its previous decision that had misinterpreted those provisions, regardless of whether the type of error fit into one of the traditional exceptions. Writing for the court in *Polowin*, Laskin J.A. articulated the preferred approach at para. 127, as follows:

[127] Instead of focusing on phrases such as "manifestly wrong", the approach I prefer is that adopted by this court in *R. v. White* (1996), 29 O.R. (3d) 577, [1996] O.J. No. 2405 (C.A.), at p. 602 O.R. It calls on the court to weigh the advantages and disadvantages of correcting the error in a previous decision. This approach focuses on the nature of the error, and the effect and future impact of either correcting it or maintaining it. In doing so, this approach not only takes into account the effect and impact on the parties and future litigants, but also on the integrity and administration of our justice system.

F. APPLYING THE *POLOWIN* TEST TO THE *TIMMINCO* DECISION

(1) The findings in *Timminco*

[16] Following the approach taken in *Polowin*, the first issue to be determined is whether the court in *Timminco* erred in its interpretation of s. 28 of the *CPA* and s. 138.8(1) of the *Securities Act*. To do that, it is necessary to review the *Timminco* decision in order to identify specifically what the case decided. As already noted, *Timminco* was a class action proceeding for alleged misrepresentations in the secondary market that caused the value of Timminco shares to fall and the class members to suffer losses. Along with common law causes of action in negligence and negligent misrepresentation, the statement of claim included para. 117, which provided:

117. The Plaintiff intends to deliver a notice of motion seeking, among other things, an Order permitting the Plaintiff to assert the statutory causes of action particularized in Part XXIII.1 of the *Securities Act*, and if granted, to amend this Statement of Claim to plead these causes of action.

[17] Unlike the common law cause of action for negligent misrepresentation, the statutory cause of action under Part XXIII.1 of the *Securities Act* allows an investor to recover for losses suffered without proving any reliance on the misrepresentation in the purchase or sale of shares. Consequently, the same facts surrounding the misrepresentation and its effect on the share price can ground both the common law cause of action and the statutory cause of action. However, the statutory cause of action requires leave of the court.

[18] Under the heading “Leave to Proceed”, s. 138.8(1) of the *Securities Act* provides:

138.8(1) No action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

(a) the action is being brought in good faith; and

(b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

[19] In *Timminco*, the court stated at para. 15 that it was not disputed that because leave had not been granted, the “class proceeding is not an action commenced under s. 138.3”. Therefore, whether leave of the court had to be obtained before a statement of claim could issue that commenced the action was not before the court in *Timminco*. The only issue before the court was whether the application of s. 28 of the *CPA* would nevertheless suspend the running of the limitation period for all class members before leave was obtained because the statutory cause of action was “asserted” in the class action statement of claim for negligent misrepresentation.

[20] Section 28 of the *CPA* is the provision that addresses how limitation periods operate in the context of class actions and reads as follows:

28. (1) Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a *cause of action asserted in a class proceeding* is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding and resumes running against the class member when,

(a) the member opts out of the class proceeding;

- (b) an amendment that has the effect of excluding the member from the class is made to the certification order;
- (c) a decertification order is made under section 10;
- (d) the class proceeding is dismissed without an adjudication on the merits;
- (e) the class proceeding is abandoned or discontinued with the approval of the court; or
- (f) the class proceeding is settled with the approval of the court, unless the settlement provides otherwise. [Emphasis added.]

[21] In order to come within s. 28 of the *CPA*, the s.138.3 cause of action had to have been “asserted” in a class proceeding. In order to interpret the term “asserted”, the court referred, at para. 17, to two dictionary definitions of “assert”: “make or enforce a claim to (*assert one’s rights*)” and “to invoke or enforce (a legal right)”. Focusing on the second meaning, “enforce” a claim or legal right, the court reasoned that because the statutory cause of action could not be enforced without leave being obtained, it could not be asserted before leave is obtained.

[22] The court identified five bases of support for this interpretation. The first two reflected access to justice concerns for the class members. First, the fact that none of the subsections of s. 28(1) that recommence the running of the limitation period depends on the granting or denial of leave means that class members could have the limitation period suspended to protect them, but the class action may never proceed. Similarly, the protective purpose of s. 28 would be thwarted where no leave motion is brought.

[23] Third, it was not the purpose of s. 28 to put class action plaintiffs in a better position than individual plaintiffs by suspending the limitation period before leave only for class action plaintiffs but not for individual plaintiffs. Fourth, the court's interpretation furthered the object of s. 138.14 of the *Securities Act*, the limitation period for the statutory claim, by forcing plaintiffs to proceed with the leave motion expeditiously. Fifth, in answer to an anticipated concern, the court observed that its interpretation would not have the effect of making s. 28 inapplicable to s. 138.3 claims for misrepresentation in the secondary market; s. 28 would apply to suspend the running of the limitation period, but only once an action was commenced with leave.

(2) The effect of the *Timminco* decision on class actions for a remedy under s. 138.3 of the *Securities Act*

[24] The effect of the decision in *Timminco* is that representative plaintiffs are required to both move for and obtain leave of the court, and to commence a class action containing a claim under s. 138.3, within the three-year limitation period provided in s. 138.14 of the *Securities Act* (or the abbreviated period, if it becomes applicable – ss. 138.14(a)(ii),(b)(ii),(c)(ii)).

[25] Obtaining leave within time may prove either difficult or impossible, depending on a number of circumstances. Two are most significant. Because the limitation period is not dependant on the discovery or the discoverability of the misrepresentation, the action must be commenced within three years of the misrepresentation. The longer it takes to discover the misrepresentation, the

shorter is the period available to conduct the leave motion (and any appeals), obtain leave and commence the action.

[26] Then once the motion for leave is launched, the timing of the hearing is only partially within the control of the moving party. For example, the defendants may initiate procedural steps that could cause delay. As well, court availability can affect the timing of the hearing and the decision. In *Silver v. IMAX*, the leave motion had been argued and was under reserve when the limitation period expired.

[27] The fact that a plaintiff cannot unilaterally control whether its claim is brought within the applicable limitation period is a unique circumstance, and one which is foreign to the concept of a limitation provision. The court was not made aware of any comparable limitation provision.⁴

(3) Considering *Timminco* in the context of the history and purpose of s. 28 of the CPA and s. 138.3 of the Securities Act
Section 28 of the CPA

[28] In order to reconsider the analysis and the result in *Timminco* in context, it is also necessary to review 1) the history and purpose of s. 28 of the CPA and 2)

⁴ The *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, S.O.R. /93-133, as amended, cited by the Canadian Imperial Bank of Commerce in *Green v. CIBC* as an example of an analogous time limit, do not contain a limitation period *per se*. They provide for a 24-month stay of the power of the federal Minister of Health to issue a Notice of Compliance where there is a claim with respect to a drug patent. The Regulations on their face give the court the discretion to extend the time if the claim is not expedited. If the case is not disposed of within two years and the court does not extend the time, the Minister could issue a Notice of Compliance, but the Federal Court does not automatically lose jurisdiction over the case.

the history and purpose of the new statutory action for misrepresentation in the secondary market under s. 138.3 of the *Securities Act*.

[29] Section 28 of the *CPA* has its genesis in the discussion and recommendation contained in chapter 19 of the Ontario Law Reform Commission's *Report on Class Actions* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982). The issue before the Commission was clearly articulated in the first paragraph of the chapter at p. 771:

A statute of limitations operates to prevent a party from commencing proceedings after the passage of a specific period of time, generally measured from the accrual of the cause of action. As a general rule, time ceases to run upon the commencement of an action within that specified period of time. It is clear that, when a representative plaintiff commences a class action, this result will follow insofar as the individual cause of action of the class representative is concerned. However, what of the causes of action of the absent class members? Does time likewise cease to run? If so, when does this occur: upon the commencement of the class action; upon the granting of certification; or, for example, upon the filing of a motion to intervene? Without statutory guidance, no certain answer is possible. Equally uncertain is the time when the limitation period, if suspended, will resume running against the absent class members. In the opinion of the Commission, these matters are important and should be dealt with in the proposed *Class Actions Act*.

[30] In *Logan v. Canada (Minister of Health)*, [2003] O.J. No. 418, 36 C.P.C. (5th) 176 (S.C.J.), aff'd, [2004] O.J. No. 2769, 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), at para. 24, Winkler J. quoted the Discussion of s. 28 of the *CPA* in the *Report of the*

Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform (Toronto, 1990)

as follows:

Given the number of potential class members and the fact that many of them are absent and require protection, care must be taken to ensure that their rights are not prejudiced by the commencement of a class proceeding. Limitation periods are therefore suspended until a party decides to act alone (opting-out) or until determination has been made in the proceeding itself.

[31] In an individual action where s. 28 of the *CPA* does not apply, when a person commences an action before the expiry of the applicable limitation period the action has been commenced within time and “time ceases to run”. This is also what normally occurs for the representative plaintiff in the context of a class proceeding: the clock stops running for him or her because the action is in time. The concern is for the other class members who have not commenced their own actions and will not need to do so if the class action is certified and proceeds. If it does not proceed, it is only in the case of the other class members that the limitation period may resume running. It will not normally resume running against the representative plaintiff because that person has an action commenced within time.

[32] The role of the representative plaintiff in a class action from a limitation point of view is to properly commence the action within the limitation period. Where a proceeding is commenced by the representative plaintiff within the limitation period, the other class members are, in effect, sheltered by the

timeliness of the representative plaintiff's action. The contrary is also true: the other class members get no protection from an untimely proceeding. That is, unless the representative plaintiff commences the action effectively within the limitation period, then time does not cease to run for the other class members.

[33] The effect of s. 28 was explained by Winkler J. and confirmed by this court in *Logan*, where the defendant argued that a class proceeding is only commenced once it is certified and, until then, it is an individual action and does not attract the protection of s. 28 for the rest of the class members. Winkler J. rejected that interpretation. He explained that the *CPA* is remedial legislation enacted to enhance access to justice for those with uneconomic individual claims. To require each such person to start his or her own action while waiting to see if the representative action is certified would defeat the purpose of s. 28 and the legislation as a whole. The court held that under s. 28, the commencement of the class action occurs when the claim is issued. It is at that time, and not when the claim is certified, that the limitation period is suspended for all class members.

[34] Section 28 recognizes that different causes of action can be asserted in one statement of claim and that they may have different, applicable limitation periods. Each such limitation period is suspended when each cause of action is effectively "asserted" in the action within the applicable limitation period.

Section 138.3 of the *Securities Act*

[35] Ongoing disclosure by corporate issuers of securities is one of the touchstones of corporate responsibility to the investing public. Together with the supervisory, regulatory authority of the Securities Commission, civil actions are an important way of obtaining compliance with the corporate obligation for ongoing, accurate disclosure.

[36] The new statutory claim for misrepresentation in the secondary market under s. 138.3 of the *Securities Act* (see Schedule “A”) was intended to be remedial legislation with the twin goals of a) facilitating and enhancing access to justice for investors, and b) deterring corporate misconduct and negligence. By removing the need to prove reliance by an individual investor in order to obtain a remedy, the new action makes it easier and more cost-effective for investors to prove their claims. It thereby achieves compensation for investors (although with a damages cap), and by so doing, discourages corporate actors from making misrepresentations in their post-prospectus continuous disclosure.

[37] In formulating the new civil remedy, both the Allen Committee that prepared the original report to the Toronto Stock Exchange, and the Canadian Securities Administrators (“CSA”) that prepared follow-up comments and draft legislation, focused on ensuring that the proposed legislative remedy would balance the interests of all potential parties and actors. This meant providing statutory defences for the corporate actors, a cap on the amount of damages that

could be recoverable, and a defined three-year limitation period from the date of the misrepresentation.

[38] In the Allen Committee final report, titled *Final Report: Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (Toronto: The Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure, 1997), which recommended the new statutory action, the committee concluded that to achieve the dual goals of a remedy for aggrieved investors and deterrence of corporate issuers, the most appropriate form of action would be a class proceeding under the *CPA*. The authors summarized their conclusion at para. 4.6:

4.6 The Committee concluded that the combination of class actions with statutory civil liability for a misrepresentation in continuous disclosure, properly designed, would provide the benefits of better disclosure without unduly facilitating meritless litigation. The objective is to provide aggrieved investors with a remedy the potential exercise of which would act as a deterrent to misrepresentations (similar to liability for a prospectus misrepresentation) without facilitating extortionate class actions...

[39] One of the largest concerns of potential defendants following the Allen Report recommendation remained the “strike suit”, which had become prevalent in the United States. In a strike suit, a class action lawyer would sue on a corporate statement whenever the share price fell, in order to obtain a quick settlement from the corporation, regardless of the merit of the claim.

[40] In order to meet this concern, two further protections were later added to the proposed new action by the CSA to prevent strike suits in Canada; one was

court-approved settlements. The other was a screening mechanism that required a plaintiff to seek leave of the court to commence an action, where the court would consider the merits of the proposed action by examining the evidence and determining whether the action was being brought in good faith and had a reasonable possibility of success. That is the leave requirement in s. 138.8 of the *Securities Act*.

[41] The result was the provision of the new statutory remedy for misrepresentation in ongoing disclosure, best pursued as a class proceeding, which would achieve compensation for class members, but also corporate deterrence. The deterrence component is significantly weakened if the claims are brought only by individual investors, first because the involved loss amounts are smaller, but also because such actions are likely to be too expensive to pursue on an individual basis.

(4) Is leave a component of and therefore a pre-requisite to “asserting” the statutory claim?

[42] The issue for the court in *Timminco* was whether the representative plaintiff had effectively “asserted” the statutory misrepresentation cause of action in the statement of claim when he commenced the class action for negligence but did not first obtain leave of the court to commence the statutory cause of action in accordance with s. 138.8(1) of the *Securities Act*. In other words, is leave required before the plaintiff is entitled to assert the statutory claim? In *Timminco*, this court answered “yes” to this question.

[43] The leave requirement is set out in s. 138.8(1) of the *Securities Act*. I repeat here for ease of reference both s. 138.8(1) as well as the opening phrase in s. 28 of the *CPA*:

138.8(1) No action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

(a) the action is being brought in good faith; and

(b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

28. Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member...

[44] The court in *Timminco* determined that the statutory cause of action under s. 138.3 of the *Securities Act* could not be “asserted” under s. 28 of the *CPA* because a component of that cause of action is leave of the court to commence the action. The two dictionary meanings of “assert” set out by the court were to “make or enforce a claim to” and “to invoke or enforce (a legal right)”. The court in *Timminco* focused on the enforcement aspect of the definitions.

[45] However, using the same definitions, to assert a claim is also to make a claim or to invoke a legal right.

[46] In my view, by pleading the statutory claim under s. 138.3, the representative plaintiff is “making the claim” or “invoking the legal right”. Although the claim cannot be ultimately enforced unless leave is granted, by pleading the

facts necessary to found the claim, the representative plaintiff is “making the claim” and “invoking the legal right” given by the statute.

[47] Even if one viewed the word “assert” in s. 28 as ambiguous, because it is contained in a provision that gives the benefit of the suspension of a limitation period to class members, the ambiguity should be resolved in favour of those entitled to that benefit. In *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, at para. 136, the Supreme Court of Canada stated that statutory provisions creating a limitation period are to be strictly construed in favour of the plaintiff. The Court referred to a statement by Estey J., writing for the majority of the Court in *Berardinelli v. Ontario Housing Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 275, at p. 280, that as a limitation provision circumscribes the rights of action of a citizen, any ambiguity should be “resolved in favour of the person whose right of action is being truncated”.

[48] In *Timminco*, the court raised the five concerns with this interpretation, referred to in paras. 22 and 23 above, some of which affect the rights of the defendants and some, the class action plaintiffs. The first was that the failure to seek leave or the denial of leave are not triggering events listed in s. 28(1) that restart the running of the limitation period. Therefore class members could be waiting indefinitely with no action proceeding. I believe the answer to this observation is that both the defendants and the class action case management judge will ensure that the motion for leave is proceeded with in a timely manner

or the class action proceeding is dismissed. Dismissal without adjudication on the merits is one of the triggers (s. 28(1)(d)) for resumption of the running of the limitation period. Of course, if leave is denied, the statutory claim is effectively at an end for all potential plaintiffs.

[49] The second issue raised in *Timminco* was that class members did not need the protective suspension of the limitation period that is the purpose of s. 28, where the representative plaintiff was not proceeding with the leave application. However, to the contrary, if a representative plaintiff is not proceeding and needs to be replaced, then the class members do need the protection of s. 28 during that time, otherwise they will each have to commence their own action and bring a leave motion.

[50] The third concern was that if asserting the claim without first obtaining leave has the effect of suspending the limitation period for class action plaintiffs under s. 28, this puts class action plaintiffs in a better position than an individual plaintiff, which is not the purpose of s. 28. I believe what the *Timminco* court was commenting on here is that by asserting the statutory cause of action in a statement of claim that commences another action, the effect of s. 28 is that it tolls the limitation period for all the class members, including the representative plaintiff, without having to first obtain leave and commence the statutory cause of action, as an individual plaintiff does.

[51] I agree that this is an unusual, if not anomalous effect of s. 28, in the context of the statutory claim. Normally, when a cause of action is asserted in a statement of claim, that statement of claim commences that cause of action. If the claim is commenced within the applicable limitation period, then the representative plaintiff has commenced his or her own action in time and the effect of s. 28 is only to suspend the limitation period for the other class members so that they need not commence their own actions. However, here the effect is to protect the representative plaintiff as well, who has not yet obtained leave and commenced the statutory action.

[52] As I have said, this effect is unusual. In this case, it means that class action members appear to have a procedural benefit or advantage that individual claimants do not, because individual claimants must obtain leave and commence the statutory action within the three-year limitation period. However, this result is not necessarily either inappropriate or unintended by s. 28.

[53] It is not inappropriate because although the statutory claim can be made individually, the committees that formulated it and the legislature that enacted it expected the statutory claim to be used optimally through the procedural vehicle of a class proceeding.⁵ This was in order to accomplish the two purposes: 1) to enhance and facilitate access to justice for claimants; and 2) to have a significant deterrent effect on corporate actors. Therefore, it is not inappropriate to give the

⁵ See paras. 37 and 38 above.

term “asserted” the purposive and effective interpretation which makes the statutory claim work successfully as a class proceeding.

[54] It follows that if the effect of the application of s. 28 to the statutory claim is to give class members a procedural benefit over individual claimants, there is no basis to say that effect was unintended by s. 28 in this context. It furthers the intent of the drafters of the new statutory claim that the claim be primarily brought as a class action.

[55] Fourth, the court in *Timminco* noted that the purpose of the three-year (or the abbreviated) limitation period for bringing secondary market misrepresentation claims (s. 138.14), is to ensure that such claims are brought and proceeded with expeditiously. An interpretation that does not require that leave be obtained within that period is inconsistent with that purpose. I will respond to this issue more fully in the next section of these reasons dealing with whether the *Timminco* judgment should be overruled.⁶

[56] Fifth, the court denied that the effect of its interpretation was to make s. 28 of the *CPA* inapplicable to s. 138.3 claims for misrepresentation in the secondary market. Rather, s. 28 would still suspend the running of the limitation period, but only once an action had been commenced with leave.

⁶ See paras. 67, 68 and 69 below.

[57] The problem with this interpretive conclusion is that it does not give s. 28 its protective effect for class members. Before leave is granted in the class action, they would have to start their own individual actions and obtain leave individually to ensure that their personal claims were timely. This result undermines the purpose of s. 28 as envisioned by the Law Reform Commission and the Attorney General's Advisory Committee, and as explained in *Logan* as well as in *Coulson v. Citigroup Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, at para. 49; aff'd, 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355.

(5) Two arguments made in these appeals that address the issue whether the statutory action can be commenced before leave is obtained, rather than whether it can be “asserted” within the meaning of s. 28 of the CPA before leave is obtained

[58] As discussed in paragraph 19 of these reasons, it was not argued in *Timminco* that a class proceeding for the statutory remedy had been “commenced” without obtaining leave. The only issue was whether the statutory claim could be “asserted”, within the meaning of s. 28 of the CPA, without first obtaining leave, in a statement of claim that was properly commenced for another class action framed in negligent misrepresentation.

[59] Part of the argument addressed to this court was based on a line of cases, culminating in this court's decision in *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562 (C.A.), which holds that where a statute provides that leave is required to commence an action, leave can be obtained after the action is commenced in an order that is made *nunc pro tunc*. It was argued that similarly,

this statutory claim could be commenced without first obtaining leave, as long as leave was later obtained by an order made *nunc pro tunc*.

[60] Another submission that addressed the timing of commencing the statutory action was that one could examine the use of language contained in a number of subsections of s. 138 of the *Securities Act* to assist in interpreting the intention of the legislature as to whether leave had to be obtained before a statement of claim for the statutory claim could be issued. For example, the *Securities Act* refers to a “motion” for leave but also to an “application” for leave. It also refers to the parties to the motion as plaintiff and defendant, arguably suggesting an existing action.

[61] Because the focus of these appeals was on the issue decided in *Timminco*, and because the procedural factual matrix of these appeals also mirrors that in *Timminco*, I have limited the decision in these appeals to the issue decided in *Timminco*. Accordingly, I do not address the two arguments just outlined.

(6) Conclusion on *Timminco*

[62] Based on the analysis discussed above, I conclude that *Timminco* wrongly held that: 1) a class action properly commenced cannot also assert a cause of action for the statutory remedy under s. 138.3 unless leave has first been obtained, and 2) before leave is obtained, s. 28 of the *CPA* does not suspend the limitation period for all class members in a properly commenced

class proceeding that claims a remedy under s. 138.3 and proposes to seek leave. Allowing the statutory claim to be asserted with the common law claim provides for procedural simplicity and reconciliation of the respective purposes of the *CPA* and the *Securities Act*.

G. IS THIS A CASE WHERE THE COURT SHOULD OVERRULE ITS PREVIOUS DECISION?

[63] Following the approach taken by this court in *Polowin*, which focuses on “the effect and future impact of either correcting [the error] or maintaining it”, in my view, the decision in *Timminco* should be overruled on these appeals for the following four reasons.

(1) One of the main benefits of the class action, the suspension of the limitation period for all members of the class, has been removed

[64] As discussed above, the twin goals of the new statutory cause of action for misrepresentation in the secondary market were to facilitate access to justice for investors and to deter corporate misconduct.

[65] It is clear that neither of the twin goals will be effectively achieved if the class action procedure is not a viable one. However, that is an effect of the *Timminco* decision. As a result of the *Timminco* interpretation of the interaction between s. 28 of the *CPA* and ss. 138.14 and 138.8 of the *Securities Act*, there is no suspension of the three-year limitation period for class members when the representative plaintiff commences a class action for negligence which also seeks a s. 138.3 remedy but without first obtaining leave. This means that class

members must do what s. 28 was intended to obviate: commence their own action with leave in order to try to ensure that their action is brought within the limitation period.

(2) *Timminco* undercuts the ability of investors to bring a class action within the limitation period because they do not have control of whether they can meet or toll the limitation period

[66] The effect of the decision in *Timminco* is that a representative plaintiff must move for and obtain leave to proceed (including the resolution of all appeals) before a class action can be commenced. This means that if, for example, an investor only learns about the misrepresentation two years and eleven months after it was made, the investor would have only one month not only to commence the action, but to obtain leave to do so. Even if a representative plaintiff initiates the leave motion much earlier in the three-year period, there is no guarantee that the motion will be completed, an order made, and all appeals exhausted within time. This makes the entire class action an uncertain endeavor.

[67] In *Timminco*, the representative plaintiff had taken no steps to bring the motion for leave as the limitation period came close to expiring. The *Timminco* court observed that its decision had the desirable effect of ensuring that the leave motion would be proceeded with expeditiously. It preserved the effective three-year time limit for obtaining leave, which is created by the combination of the

leave requirement (s. 138.3) and the three- year limitation for commencing the statutory action (s. 138.14).

[68] I agree that the motion for leave must be brought in a timely manner and pursued diligently until leave has been granted or denied. However, I note the submission made in these appeals on behalf of the Ontario Securities Commission that the leave provision, added to prevent strike suits, came after the limitation period was already part of the draft legislation. In addition, the CSA report that recommended the leave requirement did not refer to the issue of timeliness or link the importance of the leave motion to the limitation period.

[69] Accepting that the leave motion must be pursued diligently, there are a number of ways that can be achieved. Since class actions come under case management by experienced class action judges, it will be up to the judge and the parties to ensure timeliness.

[70] Removing from plaintiffs the ability to control compliance with the limitation period is another effect of the *Timminco* decision that undercuts the viability of the s. 138.3 action and the effectiveness of using the class action procedure. It could also have the indirect effect of forcing judges or the judicial administration to give undue priority to these particular actions and motions over other equally deserving litigation, in order to try to ensure limitation compliance.

(3) Similar legislation in other provinces and Ontario's response to *Timminco*

[71] Almost every province has leave, press release, and limitation period provisions very similar to those of the Ontario *Securities Act* in ss. 138.8 and 138.14. The fact that the same remedy can be obtained in other provinces for the same misrepresentation is recognized in s. 138.14 as a factor that may affect the limitation period for any claimant in any of those provinces.

[72] In response to the public concern about the effect of the *Timminco* decision on the efficacy of the statutory remedy, the Ontario government announced in its 2013 Budget, *A Prosperous and Fair Ontario* (Toronto: Queen's Printer for Ontario, 2013), at p. 290, that it would propose updates to the *Securities Act* if needed, following court cases (these appeals), to suspend the operation of the secondary market civil liability limitation period while leave to proceed was being sought. The Manitoba government has already amended its *Securities Act*, C.C.S.M. s. S50, Part 2. Section 197(2) of that Act now provides that once a leave motion has been initiated in a class action, the limitation period is suspended.

[73] It appears from these two legislative reactions, as well as the acknowledged surprise and concern in the securities bar and community, that the *Timminco* decision interprets the legislation in an unintended way and limits the access to justice that the new remedy was intended to provide. This court's

interpretation could also affect the interpretation and application of the statutory remedy in other provinces.

[74] One could argue that the court need not reverse its own decision when the legislature is able to fix the statutory language and clarify its intent with amendments to the legislation. However, where the court is in the position to revisit its interpretation and is satisfied that the *Polowin* test is met, and especially when the court's revised interpretation could be given effect in other affected provinces, the better course is for the court to act. Otherwise, each province would have to take separate action. In *Polowin*, the legislature had already amended the legislation for the future, but the court nevertheless reversed its decision, in part in order to protect those not covered by the amendment.

[75] Of course, it is still open to the legislature, if it so chooses, to reconsider the issue of commencement of a stand-alone claim for the statutory remedy, and to clarify at what stage of the litigation leave must be obtained.

(4) The *Timminco* decision is very recent

[76] In *R. v. White and Côté* (1996), 29 O.R. (3d) 577, [1996] O.J. No.2405 (C.A.), the case that preceded *Polowin* in reconsidering this court's approach to *stare decisis*, one of the factors that the court considered important in deciding whether to overrule a previous precedent was how recently it had been decided.

As the court stated at p. 605: there would be “less confusion and more certainty in correcting the error now rather than letting it take root”.

[77] Applying that principle here militates in favour of setting aside the *Timminco* interpretation of s. 28 of the *CPA* on these appeals.

CONCLUSION

[78] For the above reasons, I would set aside the interpretation given to s. 28 of the *CPA* in *Timminco*. I would hold that when a representative plaintiff in a class action brought within the *Securities Act* s. 138.14 limitation period, also pleads a cause of action based on s. 138.3 of the *Securities Act*, together with the facts that found that claim, and further pleads the intent to seek leave to commence an action under the *Securities Act*, then that claim has been “asserted” for the purpose of s. 28 of the *CPA*, and the limitation period is thereby suspended for all class members.

[79] The result of this conclusion is that none of the three actions under appeal is statute-barred. In *Celestica*, the leave motion has yet to be heard. In *Silver v. IMAX*, leave has been granted *nunc pro tunc*. Based on my proposed disposition of these appeals, the *nunc pro tunc* order is not necessary.

[80] In *Green v. CIBC*, the leave motion was heard and dismissed, based on *Timminco*. The respondent in that case has raised a further issue with respect to the granting of leave, and the appellant appeals the decision of the motion judge

to deny certification of the common law claim for negligent misrepresentation. I turn now to these additional issues.

H. OTHER ISSUES RAISED IN *GREEN V. CIBC*

(1) Did the motion judge err in his interpretation and application of the “reasonableness” test for granting leave

[81] The respondent argues that if this court finds that the s. 138.3 action is not statute-barred, then the motion judge erred in his conclusion that leave should be granted based on the evidence presented. Specifically, the respondent’s position is that the motion judge erred in his interpretation of the “reasonable possibility” of success statutory standard, and that he set the bar for granting leave too low when he stated that the test was intended “to screen out cases that, even though possibly brought in good faith, are so weak they cannot possibly succeed”.

[82] The respondent focuses on the motion judge’s conclusion with respect to the standard to be applied on the leave test in para. 373 of his reasons:

I respectfully agree with van Rensburg J. and Tausenfreund J. that the leave requirement is a relatively low threshold. *It is meant to screen out cases that, even though possibly brought in good faith are so weak they cannot possibly succeed.* This is consistent with the purpose of the legislation – *to screen out strike suits that are plainly unmeritorious. It is not meant to deprive bona fide litigants, with a difficult but not impossible case, from having their day in court.* This interpretation is also consistent with the philosophy of our legal system that contentious issues of fact and law

are generally decided after a full hearing on the merits.
[Emphasis added.]

[83] The respondent interprets this paragraph to mean that the standard has been set so low that a *mere* possibility of success rather than a *reasonable* possibility will suffice. I do not agree.

[84] I do agree with the respondent that to properly interpret and apply the leave standard, a “reasonable possibility” that at trial the action will be resolved in the plaintiff’s favour, it is essential to give full effect to the word “reasonable”.

[85] Fortunately, in the class action context, the reasonable possibility concept is very familiar because it is used for determining whether the pleading discloses a cause of action as required by the first part of the test for certification in s. 5(1)(a) of the CPA. As this court recently said in *Arora v. Whirlpool Canada LP*, 2013 ONCA 657, at para. 14:

Certification is to be denied on the basis that the requirement of s. 5(1)(a) is not met only “if, assuming the facts pleaded are true, it is plain and obvious that the pleading discloses no reasonable cause of action, meaning that the plaintiff has no reasonable prospect of success”: *Taylor v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONCA 479, 111 O.R. (3d) 161 (Ont. C.A.), at para. 22, citing *Hunt v. T & N plc*, [1990] 2 S.C.R. 959 (S.C.C.), at p. 980; *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 (S.C.C.), at paras. 17-19; *Wellington v. Ontario*, 2011 ONCA 274, 105 O.R. (3d) 81 (Ont. C.A.), at para. 14, leave to appeal refused, [2011] S.C.C.A. No. 258 (S.C.C.).

[86] The phrase “reasonable prospect of success” was used by McLachlin C.J. in *Knight v. Imperial Tobacco Canada Ltd*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45 (also called *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*) where, in reference to a motion to strike a claim, the Chief Justice stated the test to be whether “the claim has any reasonable prospect of success”. She described its effect as “weeding out the hopeless claims and ensuring that those that have some chance of success go to trial” (para.19). Again, at para. 20, she refers to claims that have “a reasonable prospect of success” and “a reasonable chance of success”.

[87] It is apparent that the terms “prospect” and “chance” are being used by the Chief Justice as synonyms, and I would include the term “possibility” as another one.

[88] The purpose of the leave provision under Part XXIII.1 of the *Securities Act* is to discourage and eliminate bad faith strike suits that do not have a reasonable possibility of being successful. The statute asks the leave judge to first determine good faith, then whether there is a “reasonable possibility” that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff, *i.e.* that the plaintiff’s case will be successful – a reasonable possibility of success. In order to make that determination, the motion judge applies the same test that is used for determining whether the claim has a reasonable prospect of success for the purpose of certification. As the Chief Justice has described it, the purpose is to

weed out hopeless claims and only allow those to go forward that have “some chance of success”.

[89] Of course, the evidentiary record for the leave and certification motions is quite different. For the leave motion, each side may file affidavit evidence upon which there can be cross-examination. But, as has been pointed out by both Strathy J. and van Rensburg J., the motion is brought before discovery and production of documents, with the result that the evidence may or may not be the same at the trial. In contrast, for the certification motion under s. 5(1)(a), there is no evidentiary record, but the facts as pleaded in the statement of claim are taken to be true. In both cases, there is an evidentiary or deemed evidentiary record to which the test is applied.

[90] The motion judge stated that he agreed with van Rensburg J. (in *Silver v. IMAX*) and Tausenfreund J. (in *Dobbie v. Arctic Glacier Income Fund*, 2011 ONSC 25, 3 C.P.C. (7th) 261) that the leave requirement is “a relatively low threshold”. Perell J. in *Zaniewicz v. Zungai Haixi Corp*, 2012 ONSC 6061, at para. 37, described it as a “preliminary low-level merits based leave test”. I agree with these descriptive characterizations. However, beyond that, it is not necessary, in my view, to try to further qualify the test. As discussed above, it has been effectively described by McLachlin C.J. in relation to the *Hunt v. Carey* test for determining if a claim should be struck as disclosing no cause of action, when deciding whether a class action can be certified.

[91] In the securities class action context, there is also a significant procedural advantage to having the same test apply to the leave motion as to the certification motion. If the leave motion is heard before the certification motion and leave is denied, the claim is at an end. But if leave is granted, it will be unnecessary to reconsider the issue on the certification motion. Because the test is the same, and the evidentiary basis is the highest it can be for the plaintiff on the certification motion, once leave is granted on the record filed, the claim will also meet the cause of action criterion under s. 5(1)(a) of the *CPA*.

[92] There was considerable discussion at the oral hearing before this court about how quickly or expeditiously the leave motion is able to be heard and should be heard. Because the leave motion does not necessarily have to be heard and decided within the three-year limitation period when the statutory claim is asserted within the three-year limitation period in a class action, there is flexibility for the parties, together with the class action case management judge, to determine the best timing for the leave motion. That determination will also include whether it should be heard before or at the same time as the certification motion. The fact that the test for leave and for determining whether there is a cause of action is the same can shorten the proceedings considerably and factor into the timing decision.

[93] I am satisfied that Strathy J. applied the correct level of scrutiny when deciding whether leave should be granted in respect of each of the plaintiffs'

claims. At para. 374, after discussing the legislative and interpretive history of the leave test, he summarized the way he would approach the analysis as follows:

In my view, considering the purpose of the leave test and its legislative history, it would be unfair to the parties and to the court to expect the motion judge to engage in a finely calibrated weighing process. It seems to me that I should simply ask myself whether, having considered all the evidence adduced by the parties and having regard to the limitations of the motions process, the plaintiffs' case is so weak or has been so successfully rebutted by the defendant, that it has no reasonable possibility of success.

[94] He then went on to make findings in respect of each of the plaintiffs' claims, determining whether there was a reasonable possibility that the plaintiffs would establish at trial each of the impugned misrepresentations. He found there was a reasonable possibility for some claims but not for others. After dealing with the corporate responsibility, he addressed the statutory responsibility of each of the individual defendants. Finally, he dealt with the statutory defences. He applied the following test at para. 447: "whether there is a reasonable possibility that the defendants will not be able to establish one or both branches of the reasonable investigation defence" contained in s. 138.4(6) of the *Securities Act*. He concluded that there was such a reasonable possibility.

[95] In the result, but for the conclusion he had reached with respect to the passing of the limitation period based on *Timminco*, the motion judge would have granted leave to the plaintiffs to pursue the three claims set out in Schedule "B" to these reasons.

[96] Strathy J.'s analysis was careful and detailed. He applied the test set out in the statutory provision for leave to the evidence before him. There is no basis to interfere with his conclusions.

(2) Did the motion judge err by failing to certify some issues in the class action for common law negligent misrepresentation?

[97] The motion judge found that proof of reliance is a necessary component of a negligent misrepresentation claim. He referred to his earlier decision in *McKenna v. Gammon Gold Inc.*, 2010 ONSC 1591, 88 C.P.C. (6th) 27, where he concluded that multiple plaintiffs would not be able to prove reliance as a common issue in a claim for negligent misrepresentation in either the primary or secondary markets, and that such claims were therefore “fundamentally unsuitable for certification” (paras. 159-161). He then noted that the Supreme Court of Canada had recently reaffirmed the need to establish reliance in negligent misrepresentation claims in *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175. Finally, he rejected the submission that “fraud on the market” or the “efficient market” theory could replace the need to prove individual reliance.

[98] The appellants challenge these findings on two grounds. First, they say that the motion judge failed to consider whether certifying some of the issues that were common within the negligent misrepresentation claims would significantly advance the litigation; they submit that he erred in restricting his analysis solely to the common issue of reliance. Second, they argue that he should have

certified the issue of inferred common reliance based on the “fraud on the market” or “efficient market” economic theories.

[99] I would not give effect to the second ground. However, I agree with the appellants that certifying issues other than reliance that are common to the negligent misrepresentation claims would significantly advance those claims. For example, there may be investors who are entitled to a very large recovery beyond the capped amount allowed by the statutory claim. Those investors could use the findings on the common issues in order to advance their individual claims.

[100] Dealing first with whether the issue of reliance should be certified, in other cases of negligent misrepresentation, such as Strathy J.’s recent decision in *Cannon v. Funds for Canada Foundation*, 2012 ONSC 3009, 218 A.C.W.S. (3d) 264, the facts allowed the court to certify certain common issues, including inferred reliance. In that case, investors had invested in a tax shelter which was promoted, in part, based on an opinion letter and a comfort letter from a defendant lawyer. Strathy J. was prepared to certify common issues relating to reliance on the basis that there were only two documents investors looked at, and the entire tax shelter was premised on those documents being true. In those circumstances, inferred group reliance could be certified as a common issue.

[101] In *Green v. CIBC*, Strathy J. concluded that the issues of individual reliance were not suitable for certification on any basis. Nor could the issues of

individual reliance be supplanted by an inference of group reliance in the secondary market context. He supported that conclusion by observing that there was no authority for the use of the “fraud on the market” theory to supplant the inquiry into individual reliance in the secondary market context.

[102] Finally, Strathy J. also based his decision on the fact that the introduction of the statutory remedy for secondary market misrepresentation under s. 138.3 of the *Securities Act* “was enacted, in part, due to the difficulty in proving reliance-based common law claims and the rejection in Ontario of the ‘fraud on the market’ theory” (para. 595). The remedy includes provisions that prevent abuse and protect continuing shareholders from damaging exposure to such claims. He observed that to allow common law claims where the corporate and shareholder protections are not available would render the new remedy and the protective leave process redundant.

[103] I see no error in the motion judge’s analysis and no basis to interfere with his conclusion that the reliance issues should not be certified. However, if the motion judge intended to say that no issues in the entire common law misrepresentation claim can be certified alongside the statutory claim, that suggestion conflicts with s. 138.13 of the *Securities Act*, which provides:

The right of action for damages and the defences to an action under s. 138.3 are in addition to, and without derogation from, any other rights or defences the plaintiff or defendant may have in an action brought otherwise than under this Part.

[104] The first five proposed common issues identified by the plaintiffs refer to the conduct and intent of the defendant CIBC.⁷ (There is no appeal on this ground as against the individual defendants.) I see no reason why those issues cannot and should not be certified as against CIBC in order to advance the litigation. See *Cloud v. Canada (Attorney General)*, [2004] O.J. No. 4924, 73 O.R. (3d) 401, at para. 52. The trial judge may order individual trials to determine the issues of reliance and damages in accordance with s. 25 of the *CPA*.

[105] I would therefore allow the appeal in respect of those issues and allow them to be certified.

CONCLUSION

[106] In the result, in *Green v. CIBC*, I would allow the appeal to the extent that the order dismissing the class action as statute-barred would be set aside and the common issues in the common law claim relating to the conduct and intent of the defendant CIBC set out in Schedule “B” to these reasons would be certified. The finding of the motion judge that would have granted leave to commence the statutory action in respect of the common issues that he would have certified, also set out in Schedule “B”, plus the denial of certification of common issues relating to the issue of reliance in the common law claim would be confirmed.

[107] In *Silver v. IMAX*, I would dismiss the appeal.

⁷ See Schedule “B” to these reasons.

[108] In *Celestica*, I would dismiss the appeal. I would confirm the conclusion that that action is not statute-barred, but for the reasons set out above. I would confirm the conclusion that the motion for leave can now be heard.

[109] At the conclusion of the hearing of these appeals, it was agreed that costs of the appeals would be dealt with following release of the reasons for decision. If the parties are unable to agree on the costs of the appeals, the successful parties shall each submit a costs brief together with brief (maximum 3 pages) written submissions within 30 days of release of these reasons. The responding parties may make brief (maximum 4 pages) written response submissions within 14 days thereafter.

Released:

“FEB -3 2014”
“DD”

“K. Feldman J.A.”
“I agree Doherty J.A.”
“I agree E.A. Cronk J.A.”
“I agree R.A. Blair J.A.”
“I agree R. Juriansz J.A.”

SCHEDULE “A”

Securities Act: Part XXIII.1

138.3 (1) Where a responsible issuer or a person or company with actual, implied or apparent authority to act on behalf of a responsible issuer releases a document that contains a misrepresentation, a person or company who acquires or disposes of the issuer’s security during the period between the time when the document was released and the time when the misrepresentation contained in the document was publicly corrected has, without regard to whether the person or company relied on the misrepresentation, a right of action for damages against,

- (a) the responsible issuer;
- (b) each director of the responsible issuer at the time the document was released;
- (c) each officer of the responsible issuer who authorized, permitted or acquiesced in the release of the document;
- (d) each influential person, and each director and officer of an influential person, who knowingly influenced,
 - (i) the responsible issuer or any person or company acting on behalf of the responsible issuer to release the document, or
 - (ii) a director or officer of the responsible issuer to authorize, permit or acquiesce in the release of the document; and
- (e) each expert where,
 - (i) the misrepresentation is also contained in a report, statement or opinion made by the expert,
 - (ii) the document includes, summarizes or quotes from the report, statement or opinion of the expert, and
 - (iii) if the document was released by a person or company other than the expert, the expert consented in writing to the use of the report, statement or opinion in the document.

(2) Where a person with actual, implied or apparent authority to speak on behalf of a responsible issuer makes a public oral statement that relates to the business or affairs of the responsible issuer and that contains a misrepresentation, a person or company who acquires or disposes of the issuer’s security during the period between the time when the public oral statement was made and the time when the misrepresentation contained in the public oral statement was publicly corrected has, without regard to whether the person or company relied on the misrepresentation, a right of action for damages against,

- (a) the responsible issuer;

- (b) the person who made the public oral statement;
- (c) each director and officer of the responsible issuer who authorized, permitted or acquiesced in the making of the public oral statement;
- (d) each influential person, and each director and officer of the influential person, who knowingly influenced,
 - (i) the person who made the public oral statement to make the public oral statement, or
 - (ii) a director or officer of the responsible issuer to authorize, permit or acquiesce in the making of the public oral statement; and
- (e) each expert where,
 - (i) the misrepresentation is also contained in a report, statement or opinion made by the expert,
 - (ii) the person making the public oral statement includes, summarizes or quotes from the report, statement or opinion of the expert, and
 - (iii) if the public oral statement was made by a person other than the expert, the expert consented in writing to the use of the report, statement or opinion in the public oral statement.

(3) Where an influential person or a person or company with actual, implied or apparent authority to act or speak on behalf of the influential person releases a document or makes a public oral statement that relates to a responsible issuer and that contains a misrepresentation, a person or company who acquires or disposes of the issuer's security during the period between the time when the document was released or the public oral statement was made and the time when the misrepresentation contained in the document or public oral statement was publicly corrected has, without regard to whether the person or company relied on the misrepresentation, a right of action for damages against,

- (a) the responsible issuer, if a director or officer of the responsible issuer, or where the responsible issuer is an investment fund, the investment fund manager, authorized, permitted or acquiesced in the release of the document or the making of the public oral statement;
- (b) the person who made the public oral statement;
- (c) each director and officer of the responsible issuer who authorized, permitted or acquiesced in the release of the document or the making of the public oral statement;
- (d) the influential person;
- (e) each director and officer of the influential person who authorized, permitted or acquiesced in the release of the document or the making of the public oral statement; and
- (f) each expert where,
 - (i) the misrepresentation is also contained in a report, statement or opinion made by the expert,

- (ii) the document or public oral statement includes, summarizes or quotes from the report, statement or opinion of the expert, and
- (iii) if the document was released or the public oral statement was made by a person other than the expert, the expert consented in writing to the use of the report, statement or opinion in the document or public oral statement.

(4) Where a responsible issuer fails to make a timely disclosure, a person or company who acquires or disposes of the issuer's security between the time when the material change was required to be disclosed in the manner required under this Act or the regulations and the subsequent disclosure of the material change has, without regard to whether the person or company relied on the responsible issuer having complied with its disclosure requirements, a right of action for damages against,

- (a) the responsible issuer;
- (b) each director and officer of the responsible issuer who authorized, permitted or acquiesced in the failure to make timely disclosure; and
- (c) each influential person, and each director and officer of an influential person, who knowingly influenced,
 - (i) the responsible issuer or any person or company acting on behalf of the responsible issuer in the failure to make timely disclosure, or
 - (ii) a director or officer of the responsible issuer to authorize, permit or acquiesce in the failure to make timely disclosure.

(5) In an action under this section, a person who is a director or officer of an influential person is not liable in that capacity if the person is liable as a director or officer of the responsible issuer.

(6) In an action under this section,

- (a) multiple misrepresentations having common subject matter or content may, in the discretion of the court, be treated as a single misrepresentation; and
- (b) multiple instances of failure to make timely disclosure of a material change or material changes concerning common subject matter may, in the discretion of the court, be treated as a single failure to make timely disclosure.

(7) In an action under subsection (2) or (3), if the person who made the public oral statement had apparent authority, but not implied or actual authority, to speak on behalf of the issuer, no other person is liable with respect to any of the responsible issuer's securities that were acquired or disposed of before that other person became, or should reasonably have become, aware of the misrepresentation.

138.14: No action shall be commenced under section 138.3,

- (a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,
 - (i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and
 - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;
- (b) in the case of a misrepresentation in a public oral statement, later than the earlier of,
 - (i) three years after the date on which the public oral statement containing the misrepresentation was made, and
 - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in another province or territory of Canada in respect of the same misrepresentation; and
- (c) in the case of a failure to make timely disclosure, later than the earlier of,
 - (i) three years after the date on which the requisite disclosure was required to be made, and
 - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in another province or territory of Canada in respect of the same failure to make timely disclosure.

SCHEDULE “B”

Common law negligent misrepresentation issues that would have been certified as against CIBC in *Green v. CIBC*:

1. Did CIBC owe a duty of care to Class Members?
2. Did CIBC make representations, as set out in paragraphs 144 to 208 of the Second Amended Statement of Claim, concerning the overall extent of CIBC's CDO Exposure (as defined in the claim) and the extent of the impaired value of CIBC's CDO Portfolio and the hedges purchased to provide protection against the default of the RMBS and CDOs held directly and indirectly by CIBC during the Class Period, which were untrue, inaccurate or misleading? If so, what were the untrue, inaccurate or misleading representations made by CIBC, when, where and how?
3. Did CIBC make the representations described above negligently? If so, when, where and how were the representations made?
4. Were the representations described above publicly corrected? If so, when?
5. Did CIBC make the representations intending that the Class Members rely upon them in acquiring CIBC shares?

Issues on which leave to commence the statutory claim would have been granted:

- (a) the claim against CIBC and Brian Shaw in connection with the May 31, 2007 earnings conference call and against the three individual defendants who acquiesced in the statements made by Mr. Shaw;
- (b) the claim against CIBC and Woods in connection with the August 30, 2007 BNN interview;
- (c) the claim against CIBC, McCaughey and Woods in connection with the core documents, namely Q2, Q3, Q4 and fiscal 2007 financial statements and reports.

Common issues that would have been certified in the statutory action in respect of the above three misrepresentations (with necessary modifications) on which leave would have been granted:

8. Did some or all of the representations, as described above, made by CIBC and the Individual Defendants, or any of them, during the Class Period, constitute a misrepresentation within the meaning of section 138.3 of the Securities Act?

9. If the answer to (8) is yes, did the Individual Defendants, or any of them, authorize, permit, acquiesce in the release of any or all of the public oral statements or documents containing a misrepresentation within the meaning of section 138.3 of the Securities Act?

10. If the answer to (8) is yes, did CIBC or the individual Defendants, or any of them, know that the non-core document as defined under the Securities Act or the public oral statement contained a misrepresentation, or deliberately fail to acquire knowledge that the non-core document or public oral statement contained the misrepresentation, or are guilty of gross misconduct in connection with the release of the non-core document or the making of the public oral statement that contained the misrepresentation?

14. If the answer to either (8) [or (11)] is yes, have the Defendants, or some of them, established a reasonable investigation or expert reliance defence under the Securities Act?

15. Can any or all of the Defendants rely on section 138.7 of the Securities Act in order to limit their liability in the prescribed statutory amounts? If CIBC can rely on section 138.7 of the Securities Act, what was CIBC's market capitalization for the purposes of determining the cap on its liability?

Deloitte & Touche (now continued as Deloitte LLP) *Appellant*

v.

Livent Inc., through its special receiver and manager Roman Doroniuk *Respondent*

and

Canadian Coalition for Good Governance and Chartered Professional Accountants of Canada *Interveniers*

INDEXED AS: DELOITTE & TOUCHE v. LIVENT INC. (RECEIVER OF)

2017 SCC 63

File No.: 36875.

2017: February 15; 2017: December 20.

Present: McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Torts — Duty of care — Negligence — Negligent misrepresentation — Auditor failing to discover fraud by company's directors and company incurring losses — Proper application of analytical framework for establishing tort liability in cases of negligent misrepresentation or performance of service by auditor — Whether auditor breaching duty of care and therefore liable for company's losses — Appropriate date from which to calculate quantum of damages.

Livent produced and staged performances in theatres that it owned in Canada and the U.S., with its shares listed on Canadian and U.S. stock exchanges. To enhance Livent's success, its directors manipulated the company's financial records. Deloitte was Livent's auditor. Deloitte never uncovered the fraud. In August 1997, however, Deloitte identified irregularities in the reporting of profit from an asset sale. Deloitte did not resign. Instead, for the purpose of helping Livent to solicit investment, Deloitte helped prepare, and approved, a press release issued in

Deloitte & Touche (prorogée depuis sous le nom de Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.) *Appelante*

c.

Livent Inc., par son séquestre et administrateur spécial Roman Doroniuk *Intimée*

et

Coalition canadienne pour une bonne gouvernance et Comptables professionnels agréés du Canada *Intervenantes*

RÉPERTORIÉ : DELOITTE & TOUCHE c. LIVENT INC. (SÉQUESTRE DE)

2017 CSC 63

N° du greffe : 36875.

2017 : 15 février; 2017 : 20 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

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

Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut du vérificateur de découvrir la fraude des administrateurs d'une société et pertes subies par la société — Application correcte du cadre d'analyse permettant d'établir la responsabilité délictuelle dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service par un vérificateur — Le vérificateur a-t-il manqué à l'obligation de diligence et est-il en conséquence responsable des pertes de la société? — Date à compter de laquelle il convient de calculer le montant des dommages-intérêts.

Livent a produit et présenté des spectacles dans les théâtres qu'elle possédait au Canada et aux États-Unis, et ses actions étaient cotées à la bourse dans ces deux pays. Afin d'accroître le succès de Livent, ses administrateurs ont manipulé les documents financiers de l'entreprise. Deloitte était le vérificateur de Livent; elle n'a jamais découvert la fraude. En août 1997 cependant, Deloitte a découvert des irrégularités dans la comptabilisation des profits de la vente d'un actif. Deloitte n'a pas démissionné. Afin d'aider Livent à solliciter des

September 1997, which misrepresented the basis for the reporting of the profit. In October 1997, Deloitte provided a comfort letter for a public offering. It also prepared Livent's 1997 audit, which it finalized in April 1998. New equity investors later discovered the fraud. A subsequent investigation and re-audit resulted in restated financial reports. Livent filed for insolvency protection in November 1998. It sold its assets and went into receivership in 1999. Livent sued Deloitte later in tort and contract.

The trial judge held that Deloitte owed a duty of care to provide accurate information to Livent's shareholders. He held that Deloitte failed to meet the standard of care under this duty, either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998. The trial judge held that the measure of damages was the difference between Livent's value on the date on which Deloitte should have resigned and Livent's value at the time of insolvency. He reduced this by 25 percent to account for contingencies or trading losses, which he held were too remote to make Deloitte liable. The trial judge consequently awarded damages to Livent for breach of its duty of care, and alternatively for breach of contract, in the amount of \$84,750,000. The Court of Appeal upheld the trial judge's award and dismissed Deloitte's appeal and Livent's cross-appeal.

Held (McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

Per Karakatsanis, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The general framework set out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), and later refined in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, applies in cases of pure economic loss arising from an auditor's negligent misrepresentation or performance of a service. Comprising two stages, the *Anns/Cooper* framework asks whether a *prima facie* duty of care exists between the parties, and if so, whether there are any residual policy considerations that may negate the imposition of a duty of care. At the first stage, a *prima facie* duty

investissements, Deloitte l'a plutôt aidée à préparer, et elle a approuvé, un communiqué de presse publié en septembre 1997 qui présentait de façon inexacte la comptabilisation des profits. En octobre 1997, Deloitte a fourni une lettre de confort pour un appel public à l'épargne. Elle a également préparé le rapport du vérificateur pour l'exercice 1997 de Livent, rapport qu'elle a finalisé en avril 1998. De nouveaux investisseurs ont plus tard découvert la fraude. Une enquête et une nouvelle vérification ultérieures ont donné lieu à des états financiers modifiés. En novembre 1998, Livent a demandé la protection contre l'insolvabilité. Elle a vendu ses éléments d'actif et a été mise sous séquestre en 1999. Livent a plus tard poursuivi Deloitte en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle.

Le juge de première instance a conclu que Deloitte avait une obligation de diligence pour fournir des renseignements exacts aux actionnaires de Livent. Il a conclu que Deloitte n'avait pas respecté la norme de diligence applicable en vertu de cette obligation, soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent. Le juge de première instance a conclu que le montant des dommages-intérêts équivalait à l'écart entre la valeur de Livent à la date à laquelle Deloitte aurait dû démissionner et la valeur de Livent au moment de la faillite. Il a retranché 25 pour 100 de ce montant pour tenir compte des imprévus ou des pertes commerciales qui, selon lui, étaient trop éloignées pour que Deloitte puisse en être tenue responsable. En conséquence, le juge de première instance a accordé à Livent des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars pour manquement à son obligation de diligence ou, autrement, pour violation de contrat. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel de Deloitte et l'appel incident de Livent.

Arrêt (la juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

Les juges Karakatsanis, Gascon, Brown et Rowe : Le cadre général d'analyse établi dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), et précisé plus tard dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, s'applique dans le cas d'une perte purement économique découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d'un service par un vérificateur. Le cadre d'analyse à deux volets des arrêts *Anns* et *Cooper* pose les questions de savoir s'il existe une obligation de diligence *prima facie* entre les parties, et si, dans l'affirmative, des

of care is recognized where proximity and reasonable foreseeability of injury are established. When assessing proximity, if a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown. If a risk of reasonably foreseeable injury can also be shown, the first stage of the *Anns/Cooper* framework is complete and a duty of care may be identified. In such circumstances, the second stage of the framework will seldom be engaged because any residual policy considerations will have already been taken into account when the proximate relationship was first identified.

Where an established proximate relationship cannot be found, courts must undertake a full proximity analysis. To determine whether the close and direct relationship exists, courts must examine all relevant factors arising from the relationship. In cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative in the proximity analysis: the defendant's undertaking and the plaintiff's reliance. Where the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff's reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care and the plaintiff has a right to rely on the defendant's undertaking. These corollary rights and obligations create a relationship of proximity. Any reliance on the part of the plaintiff, which falls outside of the scope of the defendant's undertaking, necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant's duty of care. This properly limits liability on the basis that the defendant cannot be liable for a risk of injury against which he did not undertake to protect.

As for assessing reasonable foreseeability in the *prima facie* duty of care analysis, this entails asking whether an injury to the plaintiff was a reasonably foreseeable consequence of the defendant's negligence. Reasonable foreseeability concerns the likelihood of injury arising from the defendant's negligence. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the proximate relationship informs the foreseeability inquiry. The

considérations de politique résiduelles sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence. Au premier volet de l'analyse, il existe une obligation de diligence *prima facie* lorsque le lien de proximité et la prévisibilité raisonnable d'un préjudice sont établis. Au moment de l'examen du lien de proximité, si un rapport relève d'une catégorie déjà établie, ou si il s'agit d'un rapport analogue, l'existence du lien étroit et direct requis est établie. S'il est également possible d'établir l'existence d'un risque de préjudice raisonnablement prévisible, il est satisfait au premier volet du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* et il est possible d'affirmer l'existence d'une obligation de diligence. Dans de telles circonstances, le deuxième volet du cadre d'analyse entrera rarement en jeu parce que les considérations de politique résiduelles auront déjà été prises en compte lorsque l'existence du lien de proximité a été reconnue.

Lorsqu'ils ne peuvent conclure à l'existence d'un lien de proximité établi, les tribunaux doivent procéder à une analyse exhaustive à cet égard. Pour déterminer si le lien étroit et direct existe, les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents découlant du lien existant entre le demandeur et le défendeur. Dans le cas d'une perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d'un service, deux facteurs jouent un rôle déterminant dans l'analyse du lien de proximité : l'engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. Lorsqu'il s'engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d'agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l'engagement pris par le défendeur. Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l'engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l'obligation de diligence qui incombe au défendeur. Ce principe a pour effet de restreindre à juste titre la responsabilité au motif que le défendeur ne saurait être tenu responsable d'un risque de préjudice contre lequel il ne s'est pas engagé à protéger le demandeur.

L'examen de la prévisibilité raisonnable dans le cadre de l'analyse relative à l'obligation de diligence *prima facie* consiste à se demander si le préjudice subi par le demandeur constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur. La prévisibilité raisonnable s'attache à la probabilité de préjudice découlant de la négligence du défendeur. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation

purpose underlying the undertaking and the corresponding reliance limits the type of injury that could be reasonably foreseen to result from the defendant's negligence. An injury to the plaintiff will be reasonably foreseeable if the defendant should have reasonably foreseen that the plaintiff would rely on his or her representation and such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable. Both the reasonableness and the reasonable foreseeability of the plaintiff's reliance will be determined by the relationship of proximity between the parties.

At the second stage of the *Anns/Cooper* framework, the question is whether there are residual policy considerations outside the relationship of the parties that may negate the imposition of a duty of care. This stage is not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. Factors to be considered include whether the law already provides a remedy, the spectre of unlimited liability to an unlimited class and whether there are other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized. The place within the *Anns/Cooper* framework of this policy inquiry is significant. It follows the proximity and foreseeability inquiries. The policy inquiry assesses whether, despite the proximate relationship between the parties and the reasonably foreseeable quality of the plaintiff's injury, the defendant should nonetheless be insulated from liability. That it would limit liability in the face of findings of both proximity and reasonable foreseeability makes plain how narrowly it should be relied upon.

No proximate relationship has previously been established as between an auditor and its client for the purposes of soliciting investment. This case therefore requires a full proximity analysis. From August to October 1997, the services which Deloitte provided to Livent — particularly its ongoing assistance in relation to the press release and the provision of the comfort letter — were undertaken for the purpose of helping Livent to solicit investment. Given this undertaking, Livent was entitled to rely upon Deloitte to carry out these services with reasonable care. It follows that a relationship of proximity arose but only in respect of the content of Deloitte's undertaking. Losses outside the scope of this undertaking

négligente d'un service, le lien de proximité sert à guider l'analyse de la prévisibilité. L'objet qui sous-tend l'engagement et le fait de se fier à cet engagement restreint le type de préjudice dont on pourrait raisonnablement prévoir qu'il découlera de la négligence du défendeur. Le préjudice du demandeur sera raisonnablement prévisible si le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration, et si cette confiance serait raisonnable dans les circonstances particulières de l'affaire. Tant le caractère raisonnable que la prévisibilité raisonnable de cette confiance du demandeur seront déterminés en fonction du lien de proximité entre les parties.

Au deuxième volet du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, il s'agit de déterminer si des considérations de politique résiduelles étrangères au lien existant entre les parties sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence. À cette étape, l'analyse ne porte pas sur le lien existant entre les parties mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. Les facteurs à prendre en compte incluent les questions de savoir si la loi prévoit déjà une réparation, s'il faut craindre le risque de créer une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes et si d'autres raisons de politique générale indiquent que l'obligation de diligence ne devrait pas être reconnue. La place qu'occupe l'examen des considérations de politique dans le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* est importante. Cet examen fait suite à ceux du lien de proximité et de la prévisibilité, et il vise à déterminer si, malgré le lien de proximité qui unit les parties et le caractère raisonnablement prévisible du préjudice subi par le demandeur, le défendeur devrait tout de même être exonéré de responsabilité. La possibilité de limiter la responsabilité en dépit de la reconnaissance du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable démontre clairement à quel point il convient d'y recourir avec circonspection.

Aucun lien de proximité n'a déjà été établi entre un vérificateur et son client à des fins de sollicitation de fonds d'investissement. Il faut donc en l'espèce procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité. D'août à octobre 1997, les services que Deloitte a fournis à Livent — notamment une assistance constante concernant le communiqué de presse et la fourniture de la lettre de confort — avaient pour objet d'aider Livent à solliciter des investissements. Compte tenu de cet engagement, il était permis à Livent de s'attendre à ce que Deloitte agisse avec diligence raisonnable dans la prestation de ces services. Partant, il existait un lien de proximité, mais seulement quant au contenu de l'engagement pris par Deloitte. Les

are not recoverable from Deloitte. With respect to the press release and the comfort letter, Deloitte never undertook to assist Livent's shareholders in overseeing management; it cannot therefore be held liable for failing to take reasonable care to assist such oversight. Given that Livent had no right to rely on Deloitte's representations for a purpose other than that for which Deloitte undertook to act, Livent's reliance was neither reasonable nor reasonably foreseeable. Consequently, the increase in Livent's losses or liquidation deficit, which arose from that reliance, was not a reasonably foreseeable injury. Because no *prima facie* duty of care arose, there is no need to consider residual policy considerations.

However, the Court has already recognized that a duty is owed by an auditor in preparing a statutory audit and that a claim by a corporation for losses resulting from a negligent statutory audit could succeed. A statutory audit is prepared to allow shareholders to collectively supervise management and to take decisions with respect to the overall administration of the corporation. This describes precisely the function which Livent's shareholders were unable to discharge by reason of Deloitte's negligent 1997 audit. Deloitte did not alter the purpose for which it undertook to provide the 1997 audit or disclaim liability in relation to that purpose. Therefore, proximity is established in relation to the statutory audit, on the basis of the previously recognized proximate relationship. In addition, the type of injury Livent suffered was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence. Through the 1997 audit, Deloitte undertook to assist Livent's shareholders in scrutinizing management conduct. By negligently conducting the audit, and impairing Livent's shareholders' ability to oversee management, Deloitte exposed Livent to reasonably foreseeable risks, including losses that would have been avoided with a proper audit. Because proximity is based on a previously recognized category, there is no need to consider residual policy considerations. Deloitte owed Livent a duty of care, which it breached. Deloitte cannot rely on either the defence of illegality or of contributory fault, because the fraudulent acts of Livent's directors cannot be attributed to the corporation.

pertes qui échappent à la portée de cet engagement ne sont pas susceptibles d'indemnisation par Deloitte. Relativement au communiqué de presse et à la lettre de confort, Deloitte ne s'est jamais engagée à aider les actionnaires de Livent à surveiller la gestion. Elle ne saurait donc être tenue responsable pour avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable afin de faciliter cette surveillance. Puisque Livent n'avait aucun droit de se fier aux déclarations de Deloitte à une fin autre que celle visée par l'engagement de cette dernière, la confiance de Livent n'était ni raisonnable ni raisonnablement prévisible. En conséquence, l'augmentation de la perte ou du déficit de liquidation de Livent découlant de cette confiance ne constituait pas un préjudice raisonnablement prévisible. En l'absence d'une obligation de diligence *prima facie*, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles.

Cependant, la Cour a déjà reconnu qu'un vérificateur qui procède à une vérification exigée par la loi est tenu à une obligation, et qu'une action intentée par une société relativement à des pertes découlant d'une vérification exigée par la loi entachée de négligence pourrait être accueillie. Une vérification exigée par la loi a pour objet de permettre aux actionnaires collectivement de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à l'administration globale de la société. Il s'agit exactement là de la tâche dont les actionnaires de Livent n'ont pas été en mesure de s'acquitter à cause de la préparation négligente, par Deloitte, de son rapport du vérificateur pour l'exercice 1997. Deloitte n'a pas modifié le but dans lequel elle s'est engagée à produire le rapport de 1997, ni ne s'est déchargée de toute responsabilité à l'égard de ce but. En conséquence, l'existence d'un lien de proximité est établie quant à la vérification exigée par la loi, compte tenu du rapport de proximité déjà reconnu. De plus, le type de préjudice subi par Livent était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte. Par le rapport de 1997, Deloitte s'est engagée à aider les actionnaires de Livent à examiner en détail la conduite de la gestion. En effectuant cette vérification avec négligence, et en restreignant la capacité des actionnaires de Livent à surveiller la gestion, Deloitte a exposé Livent à des risques raisonnablement prévisibles, notamment à des pertes qu'une vérification adéquate aurait permis d'éviter. Puisque le lien de proximité relève d'une catégorie déjà reconnue, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles. Deloitte avait une obligation de diligence envers Livent et elle a manqué à cette obligation. Deloitte ne peut se fonder sur aucun des moyens de défense que sont l'illégalité et la faute contributoire parce que les actes frauduleux des administrateurs de Livent ne peuvent être attribués à l'entreprise.

Remoteness is not a bar to Livent's recovery. Remoteness examines whether the harm is too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable. It overlaps conceptually with the reasonable foreseeability analysis but the duty of care analysis is concerned with the type of injury that is reasonably foreseeable as flowing from the defendant's conduct, whereas the remoteness analysis is concerned with the actual injury suffered by the plaintiff. However, the loss here — stemming from Deloitte's failure to fulfill the specific undertaking it made to Livent in relation to the 1997 audit — was reasonably foreseeable.

The trial judge assessed Livent's damages following the 1997 audit at \$53.9 million. Applying the trial judge's 25 percent contingency reduction to this amount results in a final damages assessment of \$40,425,000. This is the amount for which Deloitte is liable. At trial, Livent conceded that its losses for negligent performance of a service or breach of contract would be identical. Therefore, the same quantum of liability applies for Deloitte's concurrent claim in breach of contract.

Per McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. (dissenting in part): Deloitte owed a duty of care to Livent, which it breached when it failed to discover and expose Livent's fraud in the audited statements. However, Deloitte is not liable for the loss that befell Livent. The claim in tort must be dismissed. The result is the same with respect to Livent's action in contract.

Courts have provided two doctrinal approaches for limiting recovery of pure economic loss flowing from negligent misstatement. The first is to hold that the scope of the duty of care of the advice-giver does not cover the loss claimed. The second is to hold that the loss is too remote from the negligent act and thus was not legally caused by that act. Both inquiries invoke similar considerations and arrive at the same point. The remoteness inquiry looks at the wrongdoing and its proximity to the loss claimed. The factors to be considered are not closed. The advice-giver's knowledge of the claimant's circumstances, the reasonable expectations arising from the relationship, and the presence of intervening factors that led to the loss may figure in the analysis. The scope of the duty of care inquiry looks to the relationship between the defendant's advice and the plaintiff's loss. It asks if that

L'éloignement n'est pas un obstacle à l'indemnisation de Livent. L'éloignement appelle à se demander si le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable. Il recoupe en théorie l'analyse de la prévisibilité raisonnable, mais l'analyse relative à l'obligation de diligence s'intéresse au type de préjudice qu'il est raisonnable de prévoir qu'il découlera de la conduite du défendeur, alors que l'analyse relative à l'éloignement s'attache au préjudice réel subi par le demandeur. Toutefois, la perte en l'espèce — qui découle du défaut de Deloitte de respecter l'engagement précis qu'elle avait pris envers Livent relativement au rapport de 1997 — était raisonnablement prévisible.

Le juge de première instance a évalué à 53,9 millions de dollars les dommages subis par Livent après le rapport de 1997. Si l'on applique à cette somme la réduction pour éventualités de 25 pour 100 ordonnée par le juge de première instance, on obtient la somme de 40 425 000 dollars. C'est là la somme dont Deloitte est responsable. Au procès, Livent a reconnu que ses pertes attribuables à la prestation négligente d'un service ou à la violation de contrat seraient identiques. Une responsabilité dans la même mesure est donc appliquée à Deloitte pour la demande concurrente fondée sur la violation de contrat.

La juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté (dissidents en partie) : Deloitte avait une obligation de diligence envers Livent, obligation à laquelle elle a manqué lorsqu'elle n'a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent dans les états financiers vérifiés. Cependant, Deloitte n'est pas responsable des pertes qu'a subies Livent. L'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. L'action en responsabilité contractuelle de Livent aboutit au même résultat.

Les tribunaux ont fourni deux approches théoriques pour limiter les pertes purement économiques indemnifiables à la suite d'une déclaration inexacte faite par négligence. Selon la première, l'étendue de l'obligation de diligence de la personne qui donne le conseil ne couvre pas la perte alléguée. Selon la deuxième, la perte est trop éloignée de l'acte négligent et n'a donc pas été causée, en droit, par cet acte. Dans les deux cas, l'analyse suscite des considérations semblables et arrive au même point. L'analyse relative au caractère éloigné porte sur l'acte fautif et sa proximité à la perte alléguée. La liste des facteurs devant être pris en considération n'est pas exhaustive. La connaissance de la situation du demandeur par la personne donnant le conseil, les attentes raisonnables découlant de la relation et la présence de facteurs intermédiaires ayant mené à la perte sont des facteurs qui

relationship was proximate. In cases of economic loss, it inquires into the purpose for which the advice was given and asks whether a reasonable person would have expected, or foreseen, that negligent advice would lead to the loss in question by virtue of the plaintiff's reliance on the advice.

The duty of care inquiry leads to the two-part test set out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.). The first part of the test asks whether there is proximity, or a sufficiently close relationship, between the parties. It focuses on the connection between the defendant's undertaking or statement and the loss claimed. The purpose for which the statement was made is pivotal, and is a matter of fact to be determined on the evidence adduced at trial.

In this case, three purposes of Livent's audit statements are discernable: (1) to report accurately on Livent's finances and provide it with audit opinions on which it could rely for the purpose of attracting investment; (2) to uncover errors or wrongdoing for the purpose of enabling Livent itself to correct or otherwise respond to the misfeasance; and (3) to provide audit reports on which Livent's shareholders could rely to supervise Livent's management. The scope of Deloitte's duty of care is defined solely by these purposes.

Deloitte's wrongful act did not deprive Livent of the ability to attract investment capital. In fact, Livent attracted a great deal of capital on the strength of Deloitte's statements. Likewise, Deloitte's wrongful act did not prevent Livent from detecting misfeasance in the company's management, which Livent would have corrected had it known. Finally, Livent did not prove that Deloitte's wrongdoing prevented its shareholders from exercising supervision in a manner that would have ended the company's loss-creating activities at an earlier date. The trial judge did not find that Livent's shareholders relied on Deloitte's negligent audit statements, or that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets in the period between the issuance of the relevant statements and Livent's insolvency. Crucially, the trial judge did not ask whether the shareholders had in fact relied on the audits and he did not ask whether, if they had relied, this reliance prevented them from taking steps to alter course. Finally,

peuvent être pris en compte dans l'analyse. L'analyse relative à l'étendue de l'obligation de diligence porte sur la corrélation entre le conseil du défendeur et la perte du demandeur. Il faut se demander si cette corrélation était immédiate. Dans les cas de perte économique, elle vise la fin pour laquelle le conseil a été donné, et il faut se demander si une personne raisonnable aurait pu prévoir que le conseil donné par négligence aurait causé la perte en question en raison du fait que le demandeur s'y soit fié.

L'analyse de l'obligation de diligence mène au critère en deux étapes énoncé dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.). La première étape du critère consiste à déterminer s'il y a proximité, ou une relation suffisamment étroite, entre les parties. Elle est axée sur le lien entre l'engagement ou la déclaration du défendeur et la perte alléguée. La fin pour laquelle la déclaration a été faite joue un rôle capital, et c'est une question de faits qu'il faut trancher en fonction de la preuve présentée au procès.

En l'espèce, on peut discerner trois fins auxquelles devaient servir les états financiers vérifiés par Livent : (1) présenter un état exact de la situation financière de Livent et lui fournir des opinions du vérificateur qu'elle pourra utiliser pour attirer des investissements; (2) découvrir des erreurs ou des actes fautifs afin de permettre à Livent de corriger elle-même cette faute ou de prendre des mesures à cet égard; et (3) fournir des rapports de vérification qui serviraient à la surveillance de la gestion de Livent par les actionnaires. Ces fins seulement définissent l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte.

L'acte fautif de Deloitte n'a pas empêché Livent d'attirer des capitaux d'investissement. En fait, Livent a attiré beaucoup de capitaux grâce aux déclarations de Deloitte. De même, l'acte fautif de Deloitte n'a pas empêché Livent de déceler dans la gestion de l'entreprise la faute que Livent aurait corrigée si elle en avait été informée. Enfin, Livent n'a pas prouvé que l'acte fautif de Deloitte a empêché ses actionnaires d'exercer leur surveillance d'une façon qui aurait mis fin plus tôt aux activités causant des pertes à l'entreprise. Le juge de première instance n'a pas conclu que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que, s'ils avaient reçu des états financiers exacts et s'y étaient fiés, ils auraient agi d'une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs au cours de la période entre la production des états financiers en cause et l'insolvabilité de Livent. Essentiellement, le juge de première instance ne s'est pas demandé si les actionnaires s'étaient effectivement fiés aux états financiers vérifiés, et il ne s'est

he did not ask whether these actions, had they been taken, would have prevented the losses that Livent built up during the seven-month period in question. If the trial judge had asked these questions, he would have been obliged to answer them in the negative, since Livent offered no proof to support affirmative answers. As a result, the factual basis for establishing loss on the basis of shareholder supervision was entirely lacking.

The majority suggests that, had Deloitte provided sound audit reports, Livent's shareholders and management may have made decisions that would have limited the company's losses. While this may be true, it is not enough to rely on unproven assertions to define the scope of the duty of care and to subsequently demonstrate causation. The majority's approach suggests that an auditor will generally become the underwriter for any losses suffered by a client following a negligent audit report. This, notwithstanding subsequent decisions — reliant or capricious — made by the client's shareholders. However, reliance cannot be presumed; it must be proved.

Because the loss at issue has not been shown to fall within the scope of Deloitte's duty of care, the first step of the *Anns* test is not established. It is therefore unnecessary to go on to ask whether *prima facie* liability is negated by policy considerations unrelated to the relationship between the parties. However, were it necessary to do so, the policy considerations of unfair allocation of loss and indeterminacy would preclude imposing liability on Deloitte.

Cases Cited

By Gascon and Brown JJ.

Applied: *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **distinguished:** *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240; **explained:** *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; **referred to:** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Canadian*

pas demandé si, dans le cas où les actionnaires s'étaient fiés à ces états financiers, cette confiance les avait empêchés de prendre des mesures pour changer les choses. Finalement, il ne s'est pas demandé si ces mesures, si elles avaient été prises, auraient empêché les pertes que Livent a accumulées pendant la période de sept mois en question. Si le juge de première instance avait posé ces questions, il aurait été tenu d'y répondre par la négative, puisque Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui de réponses affirmatives. En conséquence, aucun fondement factuel n'établissait une perte attribuable au manque de surveillance des actionnaires.

Selon les juges majoritaires, si Deloitte avait présenté des rapports de vérification justes, les actionnaires et les dirigeants de Livent auraient pu prendre des décisions qui auraient limité les pertes de l'entreprise. C'est peut-être le cas, mais il ne suffit pas que l'on se fie à des affirmations non prouvées pour définir l'étendue de l'obligation de diligence et démontrer par la suite la causalité. L'approche des juges majoritaires laisse croire qu'à la suite d'un rapport entaché de négligence, un vérificateur deviendra généralement garant de toutes les pertes subies par un client. Et cela malgré les décisions subséquentes — conséquentes ou fantaisistes — prises par les actionnaires du client. Toutefois, ce caractère conséquent ne peut être présumé; il doit être prouvé.

Puisqu'il n'a pas été démontré que les pertes en question sont visées par l'obligation de diligence de Deloitte, la première étape du critère énoncé dans *Anns* n'a pas été franchie. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si des considérations de politique générale non liées à la relation entre les parties annulent la responsabilité *prima facie*. Cependant, s'il était nécessaire de le faire, les considérations de politique générale que sont l'attribution inéquitable de la perte et l'indétermination empêcheraient que Deloitte soit tenue responsable.

Jurisprudence

Citée par les juges Gascon et Brown

Arrêt appliqué : *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **distinction d'avec les arrêts :** *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Hart Building Supplies Ltd. c. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240; **arrêts expliqués :** *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; **arrêts mentionnés :** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint*

National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co., [1992] 1 S.C.R. 1021; *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *Gross v. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Nykredit Mortgage Bank plc. v. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627; *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27; *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) v. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; 373409 *Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, 2002 SCC 81, [2002] 4 S.C.R. 312; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) v. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1.

By McLachlin C.J. (dissenting in part)

Caparo Industries plc. v. Dickman, [1990] 1 All E.R. 568; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365; *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC

John Shipbuilding Ltd., [1997] 3 R.C.S. 1210; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Kamloops (Ville) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Gross c. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Nykredit Mortgage Bank plc. c. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627; *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27; *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) c. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; 373409 *Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, 2002 CSC 81, [2002] 4 R.C.S. 312; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) c. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie)

Caparo Industries plc. c. Dickman, [1990] 1 All E.R. 568; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365; *Hughes-Holland c. BPE*

21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Hogarth v. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289; *Wightman v. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187; *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136; *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Burns v. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383; *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) v. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561; *Temseel Holdings Ltd. v. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633.

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, Part XII, ss. 153, 154.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.
Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225.
Negligence Act, R.S.O. 1990, c. N.1, s. 3.

Authors Cited

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford: Hart, 2007.
Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "indeterminate".
Blom, Joost. "Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence?" (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895.
Hohfeld, Wesley Newcomb. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1913), 23 *Yale L.J.* 16.
Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.
Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.

Solicitors, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Hogarth c. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289; *Wightman c. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, [2013] R.J.Q. 1054; *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136; *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Burns c. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383; *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) c. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561; *Temseel Holdings Ltd. c. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633.

Lois et règlements cités

Loi sur le partage de la responsabilité, L.R.O. 1990, c. N.1, art. 3.
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36.
Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, c. C225.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, c. B.16, partie XII, art. 153, 154.

Doctrine et autres documents cités

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*, Oxford, Hart, 2007.
Black's Law Dictionary, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « indeterminate ».
Blom, Joost. « Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence? » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895.
Hohfeld, Wesley Newcomb. « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1913), 23 *Yale L.J.* 16.
Jutras, Daniel. « Civil Law and Pure Economic Loss : What Are We Missing? » (1987), 12 *Rev. can. dr. comm.* 295.
Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006.

MacPherson, Darcy L. “Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*” (2005), 41 *Can. Bus. L.J.* 471.

Tushnet, Mark V. “Defending the Indeterminacy Thesis”, in Brian Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1998, 223.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

Weinrib, Ernest J. “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J. and Blair and Lauwers JJ.A.), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, 393 D.L.R. (4th) 1, 342 O.A.C. 201, 52 B.L.R. (5th) 225, 31 C.B.R. (6th) 205, 24 C.C.L.T. (4th) 177, [2016] O.J. No. 51 (QL), 2016 CarswellOnt 122 (WL Can.), affirming a decision of Gans J., 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12, 10 C.C.L.T. (4th) 182, 26 B.L.R. (5th) 15, [2014] O.J. No. 1635 (QL), 2014 CarswellOnt 4365 (WL Can.). Appeal allowed in part, McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. dissenting in part.

Peter H. Griffin, Matthew Fleming, Scott Rollwagen and Nina Bombier, for the appellant.

Peter F. C. Howard, Patrick O’Kelly, Nicholas McHaffie and Aaron Kreaden, for the respondent.

Markus Koehnen, David Kent and Jeffrey Levine, for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi and Duncan A. W. Ault, for the intervener Chartered Professional Accountants of Canada.

The judgment of Karakatsanis, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

GASCON AND BROWN JJ. —

I. Introduction

[1] This appeal provides the Court with an opportunity to affirm the analytical framework by which

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2006.

MacPherson, Darcy L. « Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche* » (2005), 41 *Rev. can. dr. comm.* 471.

Tushnet, Mark V. « Defending the Indeterminacy Thesis », in Brian Bix, ed., *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 223.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed., Toronto, Canada Law Book, 2012.

Weinrib, Ernest J. « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Blair et Lauwers), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, 393 D.L.R. (4th) 1, 342 O.A.C. 201, 52 B.L.R. (5th) 225, 31 C.B.R. (6th) 205, 24 C.C.L.T. (4th) 177, [2016] O.J. No. 51 (QL), 2016 CarswellOnt 122 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Gans, 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12, 10 C.C.L.T. (4th) 182, 26 B.L.R. (5th) 15, [2014] O.J. No. 1635 (QL), 2014 CarswellOnt 4365 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté sont dissidents en partie.

Peter H. Griffin, Matthew Fleming, Scott Rollwagen et Nina Bombier, pour l’appelante.

Peter F. C. Howard, Patrick O’Kelly, Nicholas McHaffie et Aaron Kreaden, pour l’intimée.

Markus Koehnen, David Kent et Jeffrey Levine, pour l’intervenante la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance.

Guy J. Pratte, Nadia Effendi et Duncan A. W. Ault, pour l’intervenante Comptables professionnels agréés du Canada.

Version française du jugement des juges Karakatsanis, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LES JUGES GASCON ET BROWN —

I. Introduction

[1] Le présent pourvoi donne à la Cour l’occasion de confirmer le cadre analytique qui permet

liability may be imposed in cases of negligent misrepresentation or performance of a service by an auditor.

[2] There is substantial agreement between us and the Chief Justice. We agree on the general analytical framework governing negligent misrepresentation claims (Chief Justice's reasons, at paras. 146-47). And we agree that Deloitte & Touche (now Deloitte LLP) should not be liable for its corporate client Livent Inc.'s increase in liquidation deficit which followed Deloitte's provision of negligent services in relation to the solicitation of investment.

[3] We conclude, however, that Deloitte should be liable for the increase in Livent's liquidation deficit which followed the statutory audit. In *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, this Court recognized that a statutory audit is prepared to allow shareholders to collectively "super-
vise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporatio[n]" which permits "the shareholders, acting as a group, to safeguard the interests of the corporatio[n]" (para. 56 (emphasis deleted)). This describes precisely the function which Livent's shareholders were unable to discharge by reason of Deloitte's negligence. As a consequence, Livent's corporate life was artificially prolonged, resulting in the interim deterioration of its finances. There was a sufficient evidentiary basis for liability based on impaired shareholder supervision. Application of the *Anns/Cooper* framework, coupled with the basis for auditor liability specifically identified by this Court in *Hercules*, would lead us to uphold the trial judge's finding of liability in relation to the negligently prepared statutory audit.

[4] As a result, we would allow the appeal from the decision of the Ontario Court of Appeal, 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, but only in part.

d'imposer une responsabilité en cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service par un vérificateur.

[2] Nous sommes d'accord pour l'essentiel avec la Juge en chef. Nous souscrivons au cadre d'analyse général qui régit les demandes relatives à des déclarations inexactes faites par négligence (motifs de la Juge en chef, par. 146-147). Et nous sommes d'accord pour dire que Deloitte & Touche (maintenant Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.) ne devrait pas être tenue responsable de l'augmentation du déficit de liquidation de sa société cliente, Livent Inc., qui a suivi la prestation négligente, par Deloitte, de services relatifs à la sollicitation de fonds d'investissement.

[3] Cependant, nous concluons que Deloitte devrait être tenue responsable de l'augmentation du déficit de liquidation de Livent qui a suivi la vérification exigée par la loi. Dans l'arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, notre Cour a reconnu qu'une vérification exigée par la loi a pour objet de permettre aux actionnaires collectivement « de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à la bonne administration globale [de la société] » ce qui permet « aux actionnaires, en tant que groupe, de protéger les intérêts [de la société] » (par. 56 (soulignement omis)). Il s'agit exactement là de la tâche dont les actionnaires de Livent n'ont pas été en mesure de s'acquitter à cause de la négligence de Deloitte. En conséquence, l'existence de Livent en tant qu'entreprise a été artificiellement prolongée, de sorte que sa situation financière s'est entre-temps détériorée. Des éléments de preuve suffisants permettaient de conclure à la responsabilité de Deloitte du fait que la surveillance par les actionnaires était compromise. L'application du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, conjuguée au fondement de la responsabilité du vérificateur que notre Cour a expressément reconnu dans *Hercules*, nous amène à confirmer la conclusion de responsabilité tirée par le juge de première instance du fait de la préparation négligente du rapport du vérificateur exigé par la loi.

[4] En conséquence, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi à l'encontre de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario, 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, mais en partie seulement.

II. Facts and Judicial History

[5] We generally agree with the facts and judicial history set out by the Chief Justice in her reasons. In particular, she correctly identifies the trial judge's core finding that Deloitte's conduct fell below the standard of care on two occasions: "... either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998" (Chief Justice's reasons, at para. 127; trial reasons, 2014 ONSC 2176, 10 C.C.L.T. (4th) 182, at paras. 241-42). We, like the Chief Justice, do not dispute these core findings. Some further elaboration upon them is, however, helpful.

[6] The trial judge's findings of negligence can be divided into two separate events: (1) Deloitte's approval of a 1997 press release ("Press Release") and provision of a comfort letter ("Comfort Letter"); and (2) Deloitte's preparation and approval of the 1997 clean audit opinion ("1997 Audit"). We would not label all of these documents "audit statements". Indeed, collapsing the distinctions between these documents obfuscates a proper duty of care analysis.

[7] Livent asserts that it detrimentally relied on Deloitte in each of these events, which impaired its ability to oversee its operations. Specifically, Livent says that, had Deloitte been prudent in relation to these representations, Livent's life would not have been artificially extended and that, in turn, it would have suffered less corporate loss (calculated as the increase in the deficit between its liabilities and assets at the time of its liquidation): trial reasons, at paras. 23-25, citing Livent's amended statement of claim, at paras. 210 and 212. A detailed recounting of the events pertaining to these two representations is, therefore, critical to the negligence analysis in this case.

II. Faits et historique judiciaire

[5] Nous souscrivons de manière générale aux faits et à l'historique des procédures judiciaires exposés par la Juge en chef dans ses motifs. En particulier, elle dégage bien la conclusion principale tirée par le juge de première instance, selon qui Deloitte n'a pas respecté la norme de diligence requise, et ce, à deux occasions : [TRADUCTION] « ... soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent » (motifs de la Juge en chef, par. 127; motifs de première instance, 2014 ONSC 2176, 10 C.C.L.T. (4th) 182, par. 241-242). Tout comme la Juge en chef, nous ne contestons pas ces conclusions. Nous estimons toutefois utile de donner quelques précisions à cet égard.

[6] Les conclusions de négligence formulées par le juge de première instance peuvent être classées en fonction de deux événements distincts : (1) l'approbation par Deloitte d'un communiqué de presse en 1997 (« communiqué de presse ») et la fourniture d'une lettre de confort (« lettre de confort »); et (2) la préparation et l'approbation par Deloitte de l'opinion sans réserve du vérificateur pour l'exercice 1997 (« rapport de 1997 »). Nous ne qualifierions pas tous ces documents d'« états financiers vérifiés ». D'ailleurs, le fait de ne pas tenir compte des distinctions entre ces documents empêche une analyse adéquate de l'obligation de diligence.

[7] Livent fait valoir qu'elle s'est fiée à son détriment à Deloitte à chacune de ces occasions, ce qui a compromis sa capacité de surveiller ses activités. Plus précisément, Livent affirme que si Deloitte avait fait preuve de prudence dans ces déclarations, son existence n'aurait pas été artificiellement prolongée et elle aurait ainsi subi une perte moindre (établie par l'augmentation du déficit entre son actif et son passif au moment de sa liquidation) : motifs de première instance, par. 23-25, citant la déclaration modifiée de Livent, par. 210 et 212. Un compte rendu détaillé des événements ayant mené à ces deux déclarations s'avère donc essentiel en l'espèce pour l'analyse en matière de négligence.

A. *Primary Negligence Finding: The Press Release and Comfort Letter (August to October 1997)*

[8] Chronologically, the first representations found by the trial judge to be negligence causing compensable harm were the Press Release and Comfort Letter.

[9] The Comfort Letter pertains to an agreement whereby Dundee Realty Corp. sought to purchase the air rights above Livent's Pantages Theatre and adjacent lands ("Air Rights Agreement"). Deloitte audited the accounting and reporting relating to that purchase, and identified irregularities in the accounting for the reporting of profit. Ultimately, Livent and Deloitte disagreed about the irregularities, which left Deloitte with a choice between resigning (and reporting those irregularities to regulatory authorities and the next auditor), and remaining (thereby effectively capitulating to Livent's views on how the irregularities should be reported). Deloitte, negligently, chose the latter route. It did not resign or inform anyone of the accounting irregularities. Instead, it helped prepare, and approved, the Press Release of September 2, 1997, which misrepresented the basis for the reporting of profit arising from the Air Rights Agreement.

[10] Further, that Press Release was issued "on the eve of a public offering for which [Deloitte] was going to have to provide a comfort letter" (trial reasons, at para. 193). As a result, Deloitte — again, negligently — provided the Comfort Letter on October 10, 1997, in support of the U.S. \$125 million debenture underwriting. The purpose underlying the Press Release and the Comfort Letter is critical. It was not to inform *Livent* of its own financial position, but rather, to inform *investors* of Livent's financial position, furnishing "comfort" in respect of their investment (despite one of Deloitte's senior partners' express acknowledgment that Deloitte was in no position "to provide any comfort to any regulators,

A. *Conclusion principale de négligence : le communiqué de presse et la lettre de confort (août à octobre 1997)*

[8] Sur le plan chronologique, le communiqué de presse et la lettre de confort sont les premières déclarations qui, selon le juge de première instance, étaient entachées de négligence causant un préjudice indemnisable.

[9] La lettre de confort se rapporte à un accord visant l'acquisition, par Dundee Realty Corp., des droits relatifs à la propriété de l'espace se trouvant au-dessus du Pantages Theatre et des terrains adjacents appartenant à Livent (« accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus »). Deloitte a vérifié les documents comptables et les rapports relatifs à cette acquisition et y a découvert des irrégularités dans la comptabilisation des profits déclarés. Ultimement, Livent et Deloitte ne se sont pas entendues au sujet de ces irrégularités, de sorte que Deloitte a dû choisir entre donner sa démission (et signaler ces irrégularités aux autorités de réglementation et au vérificateur suivant), ou rester en poste (et accepter ainsi l'avis de Livent sur la manière de signaler les irrégularités en question). Deloitte a, par négligence, choisi la deuxième avenue. Elle n'a pas donné sa démission ni informé qui que ce soit des irrégularités qu'elle avait découvertes. Elle a plutôt aidé à préparer, et elle a approuvé, le communiqué de presse du 2 septembre 1997 qui présentait de façon inexacte la comptabilisation des profits découlant de l'accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus.

[10] En outre, le communiqué de presse a été publié [TRADUCTION] « la veille d'un appel public à l'épargne pour lequel [Deloitte] aurait à fournir une lettre de confort » (motifs de première instance, par. 193). En conséquence, Deloitte — encore par négligence — a fourni la lettre de confort le 10 octobre 1997 à l'appui d'une souscription de débentures s'élevant à 125 millions de dollars U.S. L'objet du communiqué de presse et de la lettre de confort est crucial. Il ne s'agissait pas d'informer *Livent* de sa propre situation financière, mais plutôt d'informer les *investisseurs* de la situation financière de Livent, en les « rassurant » au sujet de leur investissement (même si l'un des associés

underwriters or audit committee members as to the interim financial statement's conformity with GAAP" (trial reasons, at para. 178 (emphasis added; emphasis in original deleted))). Casting "professional skepticism, if not GAAS, aside" (para. 209), Deloitte approved the Press Release and Comfort Letter — all, seemingly, to maintain its profitable relationship with Livent.

[11] Given the foregoing, the trial judge assessed Livent's injury as of a "measurement date" of August 31, 1997, i.e., the date on which Deloitte would, acting reasonably, have resigned. The trial judge also reduced Livent's damages by 25 percent, however, for "contingencies" said to represent the amount Livent would have lost, even without Deloitte's negligence.

[12] Deloitte appeals the trial judge's award of damages, which amounts to the measure of damages (75 percent of damages overall) that he estimated to have arisen after the date on which Deloitte should have resigned.

B. Alternative Negligence Finding: The 1997 Audit (April 1998)

[13] In the alternative, the trial judge held that, if Deloitte reasonably refrained from resigning in August or September of 1997, it was negligent in preparing the 1997 Audit which was finalized in April 1998. That audit, which lacked "independent thought", essentially tracked the statutory audit for 1996 ("1996 Audit"), despite (1) Livent now presenting inordinate risk given its "more than . . . modest history of aggressive, if not questionable, accounting practices" (trial reasons, at para. 211); and (2) Deloitte discovering, before the audit was completed, that Livent had intentionally deceived it as

principaux de Deloitte a reconnu expressément que Deloitte n'était « pas en mesure de rassurer les autorités de réglementation, les investisseurs ou les membres du comité de vérification quant à la conformité des états financiers intermédiaires aux principes comptables généralement reconnus » (motifs de première instance, par. 178 (nous soulignons; soulignement dans l'original omis)). Abandonnant son « scepticisme professionnel, voire les normes de vérification généralement reconnues » (par. 209), Deloitte a donné son approbation au communiqué de presse et à la lettre de confort — et ce, apparemment dans le but de conserver sa relation fructueuse avec Livent.

[11] Compte tenu de ce qui précède, le juge de première instance a évalué le préjudice subi par Livent à compter du 31 août 1997, soit la « date d'évaluation » ou la date à laquelle Deloitte aurait démissionné si elle avait agi de façon raisonnable. Toutefois, le juge de première instance a aussi réduit de 25 pour 100 les dommages subis par Livent, pour les « éventualités » censées représenter la somme que Livent aurait perdue même sans la négligence de Deloitte.

[12] Deloitte se pourvoit à l'encontre de l'indemnité accordée par le juge de première instance, laquelle correspond au préjudice évalué (75 pour 100 du préjudice total) qui, selon le juge, serait survenu après la date à laquelle Deloitte aurait dû démissionner.

B. Conclusion subsidiaire de négligence : le rapport de 1997 (avril 1998)

[13] Le juge de première instance a estimé à titre subsidiaire que, si Deloitte s'est raisonnablement abstenue de démissionner en août ou en septembre 1997, elle a fait preuve de négligence en préparant le rapport de 1997, qu'elle a finalisé en avril 1998. Cette vérification, qui manquait [TRADUCTION] d'« indépendance d'esprit », reprenait pour l'essentiel le rapport exigé par la loi pour l'exercice 1996 (« rapport de 1996 »), malgré le fait que (1) Livent présentait déjà un risque excessif, étant donné ses [TRADUCTION] « antécédents plus que modestes en matière de pratiques comptables agressives, voire

to the nature of its contractual dealings underlying the Air Rights Agreement. Somehow, this latter discovery of deliberate deception — after which “all hell broke loose” (para. 213) — was not enough to persuade Deloitte to terminate its engagement with Livent, despite all of its testifying senior partners acknowledging that “their collective professional skepticism would have been at the highest level” at this time (para. 214), and despite Livent’s after-the-fact explanation for this deception “ma[king] no sense, whatsoever” (para. 234(5)). Deloitte’s willingness to succumb to Livent’s transparently fraudulent demands left the trial judge “breathless” (para. 238) and was “beyond [his] comprehension” (para. 239).

[14] Given the foregoing, the trial judge also assessed Livent’s injury as of an “alternative” measurement date of March 31, 1998, i.e., the date on which Deloitte would, acting reasonably, have provided a prudent audit opinion (trial reasons, at para. 306, fn. 188, and para. 369, fn. 228).

[15] We reiterate that the *purpose* of the representation is critical. Unlike the Press Release and Comfort Letter (which were intended to inform *investors* of Livent’s financial position), the 1997 Audit was intended to inform *Livent* of its own financial position for various purposes, including, most importantly, shareholder oversight of management.

III. Analysis

A. *Duty of Care*

[16] Traditionally, the test from *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), governed the duty analysis in decisions of this Court

douteuses » (motifs de première instance, par. 211); et que (2) Deloitte avait découvert, avant que la vérification ne soit terminée, que Livent l’avait délibérément induite en erreur quant à la nature des ententes contractuelles sur lesquelles reposait l’accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus. D’une certaine façon, cette dernière découverte d’une tromperie délibérée — qui a précédé une « pagaille monstre » (par. 213) — n’a pas suffi à convaincre Deloitte de mettre fin à son association avec Livent, même si tous ses associés principaux appelés à témoigner ont admis que « leur scepticisme professionnel collectif aurait dû être des plus élevés » à ce moment (par. 214), et même si l’explication que Livent a donnée par la suite au sujet de cette tromperie « n’avait absolument aucun sens » (par. 234(5)). Que Deloitte se soit pliée de bon gré aux demandes manifestement frauduleuses de Livent a non seulement laissé le juge de première instance « bouche bée » (par. 238), mais défiait « toute compréhension » (par. 239).

[14] Compte tenu de ce qui précède, le juge de première instance a également évalué le préjudice subi par Livent à une date d’évaluation [TRADUCTION] « subsidiaire », à savoir le 31 mars 1998, soit la date à laquelle Deloitte aurait présenté une opinion prudente si elle avait agi de façon raisonnable (motifs de première instance, par. 306, note 188, et par. 369, note 228).

[15] Nous répétons que la *fin* que visait la déclaration est d’une importance cruciale. Contrairement au communiqué de presse et à la lettre de confort (qui visaient à informer les *investisseurs* de la situation financière de Livent), le rapport de 1997 visait à informer *Livent* de sa propre situation financière, et ce, à diverses fins, la plus importante étant la surveillance de sa gestion par les actionnaires.

III. Analyse

A. *Obligation de diligence*

[16] Traditionnellement, le critère de l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), a régi l’analyse de l’obligation

addressing claims for pure economic loss (*Hercules; Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021). Significantly, however, the *Anns* test for establishing tort liability in Canada has since been refined. In *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, this Court provided greater certainty to the law of tort by clarifying the factors which may be considered at each stage of the *Anns* test. While the resulting *Anns/Cooper* framework has yet to be applied by this Court in a case of auditor's negligence, we adopt this statement of La Forest J. for the Court in *Hercules*: "... to create a 'pocket' of negligent misrepresentation cases ... in which the existence of a duty of care is determined differently from other negligence cases would, in my view, be incorrect ... " (para. 21).

[17] We turn, therefore, to consider the test for establishing tort liability, beginning with this Court's decision in *Hercules*, and the proper application of the general *Anns/Cooper* framework to cases of auditors' liability.

(1) *Hercules: The Anns Test*

[18] In *Hercules*, this Court recognized a duty owed by an auditor in preparing a statutory audit of its corporate client. While the Court dismissed the plaintiff shareholders' claim for lost personal investments, it consistently maintained that a claim by the corporation itself for its own losses resulting from a negligent statutory audit could have succeeded (paras. 58-59; see also paras. 1 and 60-64):

All the participants in this appeal ... raised the issue of whether the appellants' claims in respect of the losses

de diligence dans les décisions de notre Cour qui traitent des actions pour une perte purement économique (*Hercules; Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021). Fait important cependant, le critère établi dans *Anns* qui permet, au Canada, d'imputer une responsabilité délictuelle a été depuis précisé. Dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, notre Cour a assuré une plus grande certitude du droit de la responsabilité délictuelle en clarifiant les facteurs qu'il convient d'examiner pour chacun des volets du critère de l'arrêt *Anns*. Bien que notre Cour n'ait pas encore appliqué le cadre d'analyse issu des arrêts *Anns* et *Cooper* à une affaire de négligence d'un vérificateur, nous faisons nôtres ces propos formulés par le juge La Forest au nom de la Cour dans *Hercules* : « ... j'estime qu'il serait incorrect de créer une [TRADUCTION] "poche" de cas de déclaration inexacte faite par négligence [...] où l'existence d'une obligation de diligence serait déterminée différemment des autres cas de négligence ... » (par. 21).

[17] Nous passons donc à l'examen du critère en matière de responsabilité délictuelle, en commençant par l'arrêt *Hercules* de notre Cour, et à l'application correcte du cadre général d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* aux cas de responsabilité des vérificateurs.

(1) *L'arrêt Hercules : le critère de l'arrêt Anns*

[18] Dans l'arrêt *Hercules*, notre Cour a reconnu que le vérificateur qui procède à une vérification exigée par la loi à l'égard de son entreprise cliente est tenu à une obligation. Bien que la Cour ait rejeté l'action intentée par les actionnaires pour perte de leurs placements personnels, elle a maintes fois affirmé qu'une action intentée par la société elle-même relativement à ses propres pertes découlant d'une vérification exigée par la loi entachée de négligence aurait pu être accueillie (par. 58-59; voir aussi par. 1 et 60-64) :

Tous les participants au présent pourvoi [...] ont soulevé la question de savoir si les actions des appelants

they suffered in their existing shareholdings through their alleged inability to oversee management of the corporations ought to have been brought as a derivative action

. . . if an action is to be brought in respect of such losses, it must be brought either by the corporation itself (through management) or by way of a derivative action.

[19] The duty analysis in *Hercules* entailed applying the then-current test for recognizing a duty of care in Canadian negligence law: the *Anns* test. Comprising two stages, the *Anns* test asked (1) whether a *prima facie* duty of care exists between the parties; and (2) if so, whether there are any residual policy considerations which should negate or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise (*Hercules*, at para. 20; *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11; *Norsk*, at p. 1155; *Bow Valley*, at para. 47).

[20] Under the *Anns* test, a *prima facie* duty of care is recognized where a “sufficiently close relationship between the plaintiff and the defendant” exists such that “in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part may cause damage to the [plaintiff]” (*Hercules*, at para. 22; *Kamloops*, at p. 10). In other words, where injury to the plaintiff is a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence, a duty of care would, *prima facie*, arise. This relationship, where present, was labelled one of “proximity” (*ibid.*). In *Hercules*, the Court provided greater particularity to the test of reasonable foreseeability which established proximity under the *Anns* test in the context of claims for pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service. Specifically, it stated that proximity would inhere in a relationship where two criteria are met: (1) that the defendant should reasonably foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) that the plaintiff’s reliance would, in the circumstances of the case, be reasonable. The Court explained that

pour les pertes qu’ils ont subies sur le plan de leurs participations existantes, en raison de l’incapacité dans laquelle ils auraient été de surveiller la gestion des sociétés, auraient dû être intentées sous forme d’action oblique . . .

. . . si une action doit être intentée pour les pertes subies en raison de ces préjudices, elle doit l’être soit par la société même (par l’entremise de la direction), soit par voie d’action oblique.

[19] Dans *Hercules*, l’analyse de l’obligation de diligence supposait l’application du critère utilisé à l’époque en droit canadien en matière de négligence pour établir l’existence d’une obligation de diligence, à savoir le critère de l’arrêt *Anns*. Ce critère à deux volets posait les questions de savoir (1) s’il existe une obligation de diligence *prima facie* entre les parties; et (2) si, dans l’affirmative, des considérations de politique résiduelles justifient de restreindre ou de rejeter la portée de l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient, ou les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu (*Hercules*, par. 20; *Kamloops (Ville) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 10-11; *Norsk*, p. 1155; *Bow Valley*, par. 47).

[20] Selon le critère de l’arrêt *Anns*, une obligation de diligence *prima facie* existe s’il y a « entre le demandeur et le défendeur, un lien suffisamment étroit » pour que « le manque de diligence de la part [du défendeur] puisse être raisonnablement perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice au demandeur » (*Hercules*, par. 22; *Kamloops*, p. 10). Autrement dit, lorsque le préjudice subi par le demandeur est une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur, il existe une obligation de diligence *prima facie*. Ce rapport, le cas échéant, a été qualifié de « lien étroit » (*ibid.*). Dans *Hercules*, la Cour a précisé davantage le critère de la prévisibilité raisonnable qui permettait d’établir l’existence du lien étroit requis par le critère de l’arrêt *Anns* dans le contexte d’une action pour perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d’un service. Plus précisément, la Cour a affirmé que l’existence d’un lien étroit était assujettie au respect de deux conditions : (1) le défendeur devrait prévoir raisonnablement que le demandeur

considering the plaintiff's *reliance* within the test for the reasonable foreseeability of injury did not "abandon the basic tenets underlying the [*Anns*] formula" (para. 25). Rather, as the plaintiff's injury in cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service stems from his or her detrimental reliance, the reasonableness of that reliance informs the determination of whether his or her injury is reasonably foreseeable (paras. 25-26). Where, therefore, the *Anns* test was applied to cases of negligent misrepresentation, reasonable foreseeability of injury alone, as arising from reasonable reliance, was sufficient to establish a proximate relationship supporting a *prima facie* duty of care (*Hercules*, at paras. 25 and 27; *Norsk*, at p. 1154; *Bow Valley*, at para. 61).

[21] The *Anns* test thereby set a low threshold at the first stage, imposing duties in relation to a nearly limitless class of persons who might rely on representations for nearly limitless purposes. Indeed, as this Court stated in *Hercules*, "[i]n modern commercial society, the fact that audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential takeover bidders, investors, etc.) for a wide variety of purposes will almost always be reasonably foreseeable to auditors themselves" (para. 32). For that reason — that is, because of the low "foreseeability" threshold for establishing a *prima facie* duty of care at the first stage of the *Anns* test — the Court looked to the second stage of the *Anns* test to negate or narrow the duty on the basis of the "policy consideration" of indeterminacy. It was here that the Court looked to the identity of the plaintiffs and the purpose of the audit opinion to deny liability for investment and devaluation losses of individual shareholders (paras. 27-28; see also *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466). Specifically, the Court found that one of the purposes of a statutory audit — that is, to "allo[w] shareholders,

se fierà à sa déclaration; et (2) la confiance accordée par le demandeur devrait, dans les circonstances, être raisonnable. La Cour a expliqué que la prise en compte de la *confiance* dont a fait preuve le demandeur dans le cadre du critère de la prévisibilité raisonnable du préjudice ne revenait pas à « abandonner les préceptes fondamentaux [...] du critère [de l'arrêt] *Anns* » (par. 25). Au contraire, puisque, dans les affaires de perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d'un service, le préjudice subi par le demandeur découle de la confiance dont il a fait preuve à son détriment, le caractère raisonnable de cette confiance permet de déterminer si le préjudice causé est raisonnablement prévisible (par. 25-26). En conséquence, lorsque le critère de l'arrêt *Anns* a été appliqué dans des affaires de déclaration inexacte faite par négligence, la prévisibilité raisonnable du préjudice découlant de la confiance raisonnable accordée à la déclaration a suffi à elle seule à établir l'existence d'un lien étroit qui appuie l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* (*Hercules*, par. 25 et 27; *Norsk*, p. 1154; *Bow Valley*, par. 61).

[21] Le premier volet du critère de l'arrêt *Anns* est donc peu exigeant, en ce qu'il impose des obligations envers une catégorie presque illimitée de personnes susceptibles de se fier aux déclarations, et ce, à des fins presque illimitées. En effet, comme la Cour l'a affirmé dans *Hercules*, « [d]ans le monde commercial contemporain, les vérificateurs eux-mêmes peuvent presque toujours raisonnablement prévoir que différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d'une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront, pour toute une gamme de raisons, à leurs rapports de vérification » (par. 32). C'est pourquoi — à cause du critère peu exigeant de la « prévisibilité » permettant d'établir l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* au premier volet du critère de l'arrêt *Anns* — la Cour s'est tournée vers le deuxième volet de ce critère pour écarter ou limiter l'obligation de diligence en se fondant sur la « considération de principe » de l'indétermination. C'est à cette étape que la Cour a examiné l'identité des demandeurs et l'objet de l'opinion du vérificateur pour écarter la responsabilité à l'égard des

as a group, to supervise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporatio[n]” (para. 56 (emphasis in original)) — would have permitted the corporate client to recover its own losses at the time of receivership had the claim been brought in the corporation’s name. As we will explain, Livent’s injury following the 1997 Audit is precisely the type of injury described in *Hercules* as being compensable.

(2) Cooper: Refining the Anns Test

[22] While this Court’s holding in *Hercules* remains binding authority governing an auditor’s duty of care in relation to a statutory audit, the framework by which that duty is imposed has since been refined. In the companion cases of *Cooper* and *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, this Court revised the *Anns* test by distinguishing more clearly between foreseeability and proximity, and by placing greater emphasis on a more demanding first stage of the two-stage analysis (*Cooper*, at para. 30). While, therefore, we rely on *Hercules* for the general proposition that an auditor may owe its client a duty of care in relation to a particular undertaking, it is the *Anns/Cooper* framework to which we must have reference in identifying a principled basis for imposing liability. And, properly applied, that framework will rarely, if ever, give rise to a *prima facie* duty of care that could result in indeterminate liability. Accordingly, and with great respect for contrary views, there is no reason to resort to the second stage in order to negate all liability in this case.

pertes relatives aux placements et à la dévaluation subies par les actionnaires pris individuellement (par. 27-28; voir aussi *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466). Plus précisément, la Cour a conclu que l’un des objets d’une vérification exigée par la loi — à savoir, « permettre aux actionnaires, en tant que groupe, de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à la bonne administration globale [de la société] » (par. 56 (souligné dans l’original)) — aurait permis à la société cliente d’être indemnisée pour ses propres pertes au moment de la mise sous séquestre si l’action avait été intentée au nom de la société. Comme nous le verrons, le préjudice subi par Livent par suite du rapport de 1997 est précisément le type de préjudice qualifié d’indemnifiable dans l’arrêt *Hercules*.

(2) L’arrêt Cooper a précisé le critère de l’arrêt Anns

[22] Alors que la décision de la Cour dans *Hercules* fait autorité quant à l’obligation de diligence à laquelle un vérificateur est tenu dans le cadre d’une vérification exigée par la loi, le cadre d’analyse permettant de déterminer si cette obligation est retenue a depuis fait l’objet de précisions. Dans les affaires connexes *Cooper* et *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, notre Cour a révisé le critère de l’arrêt *Anns* en établissant plus clairement la distinction entre la prévisibilité et la proximité, et en mettant l’accent sur une application plus stricte du premier volet de l’analyse (*Cooper*, par. 30). Donc, alors que nous nous appuyons sur l’arrêt *Hercules* pour affirmer que le vérificateur peut avoir envers son client une obligation de diligence relativement à un engagement particulier, c’est au cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* que nous devons nous reporter pour déterminer si une raison de principe justifie d’imputer une responsabilité. Et s’il est appliqué correctement, ce cadre d’analyse ne permettra que rarement, voire jamais, de conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* susceptible de donner lieu à une responsabilité indéterminée. En conséquence, et en tout respect pour les opinions contraires, il n’y a pas de raison de recourir au deuxième volet du critère pour rejeter toute responsabilité en l’espèce.

(a) *Stage One: Prima Facie Duty of Care*

[23] In *Cooper*, this Court recognized that “foreseeability alone” is not enough to establish a *prima facie* duty of care (para. 22; see also *Edwards*, at para. 9). In doing so, it signalled a shift from the *Anns* test, which had grounded the recognition of a *prima facie* duty upon mere foreseeability of injury (*Hercules*, at paras. 25 and 27; *Norsk*, at p. 1154; *Bow Valley*, at para. 61). After *Cooper*, the first stage of the *Anns/Cooper* framework would require “something more” (*Cooper*, at para. 29). That “something more” is *proximity* (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at paras. 47-48; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 12; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 23; and *Fullowka v. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132, at para. 18).

[24] In *Cooper*, the Court did not indicate whether proximity or reasonable foreseeability should be assessed first. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, however, proximity will be more usefully considered before foreseeability. What the defendant reasonably foresees as flowing from his or her negligence depends upon the characteristics of his or her relationship with the plaintiff, and specifically, in such cases, the purpose of the defendant’s undertaking. That said, both proximity and foreseeability of injury merit further reflection.

(i) Proximity

[25] Assessing proximity in the *prima facie* duty of care analysis entails asking whether the parties are in such a “close and direct” relationship that it would be “just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law” (*Cooper*, at paras. 32 and 34).

a) *Premier volet : obligation de diligence prima facie*

[23] Dans l’arrêt *Cooper*, notre Cour a reconnu que la « prévisibilité ne suffit pas à elle seule » pour établir l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* (par. 22; voir aussi *Edwards*, par. 9). La Cour s’est ainsi éloignée du critère de l’arrêt *Anns*, qui avait fondé la reconnaissance d’une obligation *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice (*Hercules*, par. 25 et 27; *Norsk*, p. 1154; *Bow Valley*, par. 61). Depuis l’arrêt *Cooper*, le premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* exige « autre chose » (*Cooper*, par. 29). Cette « autre chose » correspond au *lien de proximité* (*Succes-sion Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 47-48; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 12; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 23; et *Fullowka c. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 18).

[24] Dans l’arrêt *Cooper*, la Cour n’a pas indiqué s’il convenait d’examiner d’abord le lien de proximité ou la prévisibilité raisonnable. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service, cependant, il sera plus utile d’examiner le lien de proximité avant la prévisibilité. Les conséquences auxquelles le défendeur peut raisonnablement s’attendre en raison de sa négligence dépendent des caractéristiques de ses liens avec le demandeur et, en particulier dans ces cas, de l’objet de l’engagement du défendeur. Cela dit, tant le lien de proximité que la prévisibilité du préjudice méritent un examen plus approfondi.

(i) Le lien de proximité

[25] L’examen du lien de proximité dans l’analyse relative à l’obligation de diligence *prima facie* appelle à se demander si le lien entre les parties est à ce point « étroit et direct » qu’il serait, « vu ce lien, [...] juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence au défendeur » (*Cooper*, par. 32 et 34).

[26] Under the *Anns* test, proximity did not, “in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination” (*Hercules*, at para. 23). Rather, proximity was a “label” which expressed nothing more than a “result, judgment or conclusion” (*ibid.*), where mere reasonable foreseeability of injury could be shown. While, under the *Anns/Cooper* framework, the proximity analysis has become more analytically robust, this descriptive component remains. By this, we mean that the term “proximity” is still used, in part, as a shorthand description of those categories of relationships in which proximity has already been found to exist (*Cooper*, at para. 23). If a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown. So long, then, as a risk of reasonably foreseeable injury can also be shown — or has already been shown through an analogous precedent — the first stage of the *Anns/Cooper* framework is complete and a duty of care may be identified (*ibid.*, at para. 36). In such circumstances, the second stage of the *Anns/Cooper* framework will seldom be engaged because any residual policy considerations will have already been taken into account when the proximate relationship was first identified (*ibid.*, at para. 39; *Edwards*, at para. 10).

[27] This Court has on occasion defined previously established categories of proximity in broad terms. In *Hill*, for example, the Court listed “[t]he duty of care of the motorist to other users of the highway; the duty of care of the doctor to his patient; the duty of care of the solicitor to her client” (para. 25). Proximate relationships will not always, however, be identified so generally. In particular, whether proximity exists between two parties at large, or whether it inheres only for particular purposes or in relation to particular actions, will depend upon the nature of the particular relationship at issue (*ibid.*, at para. 27; *Haig*, at p. 479). Indeed, and as we explain below, factors which support recognizing “novel” proximate relationships do so based upon the characteristics of the parties’ relationship and

[26] Selon le critère de l’arrêt *Anns*, l’existence d’un lien de proximité « ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique » (*Hercules*, par. 23). En fait, l’expression « lien étroit » n’exprimait rien de plus « qu’un résultat, un jugement ou une conclusion » (*ibid.*), où la simple prévisibilité raisonnable d’un préjudice pouvait être établie. Bien que, selon le cadre des arrêts *Anns* et *Cooper*, l’analyse du lien de proximité soit devenue plus stricte, ces termes descriptifs demeurent valables. Ce que nous voulons dire, c’est que les termes « lien de proximité » servent toujours, en partie, à décrire brièvement les catégories de rapports pour lesquelles on a déjà reconnu l’existence d’un lien étroit (*Cooper*, par. 23). Si un rapport relève d’une catégorie déjà établie, ou s’il s’agit d’un rapport analogue, l’existence du lien étroit et direct requis est établie. Ainsi, dans la mesure où il est possible d’établir l’existence d’un risque de préjudice raisonnablement prévisible — ou cette existence a déjà été établie par un précédent analogue —, il est satisfait au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* et il est possible d’affirmer l’existence d’une obligation de diligence (*ibid.*, par. 36). Dans de telles circonstances, le deuxième volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* entrera rarement en jeu parce que les considérations de politique résiduelles auront déjà été prises en compte lorsque l’existence du lien de proximité a été reconnue (*ibid.*, par. 39; *Edwards*, par. 10).

[27] La Cour a parfois décrit de façon générale certaines catégories où le lien de proximité a déjà été établi. Dans l’arrêt *Hill*, par exemple, la Cour énumère les relations suivantes qui font naître une obligation de diligence : « La relation entre l’automobiliste et les autres usagers de la route, celle du médecin et de son patient, et celle de l’avocat et de son client . . . » (par. 25). Or, les liens de proximité ne seront pas toujours décrits de façon si générale. Plus particulièrement, la question de savoir si un lien de proximité existe entre deux parties en général ou seulement à des fins particulières, ou relativement à des actes en particulier, dépendra de la nature de la relation particulière en cause (*ibid.*, par. 27; *Haig*, p. 479). En effet, comme nous l’expliquons plus loin, les facteurs permettant d’établir de

the circumstances of each particular case (*Cooper*, at paras. 34-35).

[28] It follows that, where a party seeks to base a finding of proximity upon a previously established or analogous category, a court should be attentive to the particular factors which justified recognizing that prior category in order to determine whether the relationship at issue is, in fact, truly the same as or analogous to that which was previously recognized. And, by corollary, courts should avoid identifying established categories in an overly broad manner because, again, residual policy considerations are not considered where proximity is found on the basis of an established category (*Cooper*, at para. 39). Analytically, this makes sense. For a court to have previously recognized a proximate relationship, second-stage residual policy considerations must already have been taken into account. When, therefore, a court relies on an established category of proximity, it follows “that there are no overriding policy considerations that would [negate] the duty of care” (*ibid.*). A consequence of this approach, however, is that a finding of proximity based upon a previously established or analogous category must be grounded not merely upon the identity of the parties, but upon examination of the particular relationship at issue in each case. Otherwise, courts risk recognizing *prima facie* duties of care without any examination of pertinent second-stage residual policy considerations.

[29] Where an established proximate relationship cannot be found, courts must undertake a full proximity analysis. To determine whether the “‘close and direct’ relationship which is the hallmark of the common law duty of care” exists (*Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 24, citing *Cooper*, at para. 32, and *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pp. 580-81), courts must examine all relevant “factors arising from the *relationship* between the plaintiff and the defendant” (*Cooper*, at para. 30 (emphasis in original); *Edwards*, at para. 9; *Childs*, at para. 24; *Odhavji*, at para. 50;

« nouveaux cas » de liens de proximité dépendent des caractéristiques des rapports entre les parties et des circonstances de chaque affaire en particulier (*Cooper*, par. 34-35).

[28] Ainsi, lorsqu’une partie cherche à fonder l’existence d’un lien de proximité sur une catégorie déjà établie ou analogue, le tribunal doit être attentif aux facteurs particuliers qui ont permis d’établir cette catégorie pour déterminer si la relation en cause est en fait vraiment la même que celle établie auparavant ou si elle est analogue. Et, en corollaire, les tribunaux doivent s’abstenir de conclure de manière trop générale à l’existence de catégories établies puisque, rappelons-le, les considérations de politique résiduelles ne sont pas examinées si l’existence d’un lien de proximité est établie sur le fondement d’une catégorie reconnue (*Cooper*, par. 39). Cela est logique du point de vue analytique. Les tribunaux ne sauraient reconnaître l’existence d’un lien de proximité sans avoir considéré les considérations de politique résiduelles examinées au deuxième volet du critère. Ainsi, lorsqu’un tribunal se fonde sur une catégorie établie de lien de proximité, « aucune considération de politique prioritaire [n’]écarte » l’obligation de diligence (*ibid.*). Or, l’une des conséquences de cette approche est que, pour conclure à l’existence d’un lien de proximité sur le fondement d’une catégorie établie ou analogue, il faut tenir compte, dans chaque cas, non seulement de l’identité des parties, mais aussi du lien particulier en cause. Autrement, les tribunaux risquent de reconnaître l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* sans avoir procédé à l’examen requis au deuxième volet portant sur les considérations de politique résiduelles.

[29] Lorsqu’ils ne peuvent conclure à l’existence d’un lien de proximité établi, les tribunaux doivent procéder à une analyse exhaustive à cet égard. Pour déterminer si le « lien “étroit et direct” qui caractérise l’obligation de diligence en common law » existe (*Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 24, citant *Cooper*, par. 32, et *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 580-581), les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents « découlant du *lien* existant entre l[e] demande[ur] et le défendeur » (*Cooper*, par. 30 (souligné dans l’original); *Edwards*, par. 9; *Childs*,

Hill, at para. 24; *Fullowka*, at para. 26; *Saadati*, at para. 24). While these factors are diverse and depend on the circumstances of each case (*Cooper*, at para. 35), this Court has maintained that they include “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” (*ibid.*, at para. 34; *Odhavji*, at para. 50; *Fullowka*, at para. 26) as well as any statutory obligations (*Cooper*, at para. 38; *Edwards*, at paras. 9 and 13; *Odhavji*, at para. 56).

[30] In cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative in the proximity analysis: the defendant’s undertaking and the plaintiff’s reliance. Where the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff’s reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care. And, the plaintiff has a right to rely on the defendant’s undertaking to do so (W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1913), 23 *Yale L.J.* 16, at pp. 49-50). These corollary rights and obligations create a relationship of proximity (*Haig*, at p. 477; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), at pp. 637-38; *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y. 1922), at pp. 275-76; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at pp. 445-46; E. J. Weinrib, “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212, at p. 230).

[31] Rights, like duties, are, however, not limitless. Any reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the defendant’s undertaking of responsibility — that is, of the purpose for which the representation was made or the service was undertaken — necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant’s duty of care (Weinrib; A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), at pp. 293-94). This principle, also referred to as the “end and aim” rule, properly limits liability on the basis that the defendant cannot be liable for a risk of injury against which he did not undertake to protect (*Glanzer*, at pp. 275 and 277; *Ultramares*, at pp. 445-46; *Haig*, at p. 482). By assessing all

par. 24; *Odhavji*, par. 50; *Hill*, par. 24; *Fullowka*, par. 26; *Saadati*, par. 24). Bien que ces facteurs soient variés et qu’ils dépendent des circonstances de l’affaire (*Cooper*, par. 35), notre Cour a affirmé qu’ils étaient composés « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » (*ibid.*, par. 34; *Odhavji*, par. 50; *Fullowka*, par. 26) ainsi que des obligations imposées par la loi (*Cooper*, par. 38; *Edwards*, par. 9 et 13; *Odhavji*, par. 56).

[30] Dans le cas d’une perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d’un service, deux facteurs jouent un rôle déterminant dans l’analyse du lien de proximité : l’engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier. Lorsqu’il s’engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d’agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l’engagement pris par le défendeur (W. N. Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1913), 23 *Yale L.J.* 16, p. 49-50). Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité (*Haig*, p. 477; *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), p. 637-638; *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y. 1922), p. 275-276; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 445-446; E. J. Weinrib, « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212, p. 230).

[31] Or, tout comme les obligations, les droits ne sont pas illimités. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l’engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur — à savoir, qui est étrangère à l’objet de la déclaration ou du service qu’il s’est engagé à fournir — excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l’obligation de diligence qui incombe au défendeur (Weinrib; A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), p. 293-294). Ce principe, aussi appelé « règle de l’objet », a pour effet de restreindre à juste titre la responsabilité au motif que le défendeur ne saurait être tenu responsable d’un risque de préjudice contre lequel il ne s’est pas engagé à protéger le demandeur

relevant factors arising from the relationship between the parties, the proximity analysis not only determines the *existence* of a relationship of proximity, but also delineates the *scope* of the rights and duties which flow from that relationship. In short, it furnishes not only a “principled basis upon which to draw the line between those to whom the duty is owed and those to whom it is not” (*Fallowka*, at para. 70), but also a principled delineation of the scope of such duty, based upon the purpose for which the defendant undertakes responsibility. As we will explain, these principled limits are essential to determining the type of injury that was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence.

(ii) Reasonable Foreseeability

[32] Assessing reasonable foreseeability in the *prima facie* duty of care analysis entails asking whether an injury to the plaintiff was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence (*Cooper*, at para. 30).

[33] Broadly speaking, reasonable foreseeability concerns the likelihood of injury arising from the defendant’s negligence (*Donoghue*, at p. 580). This inquiry is not amenable to, and does not require, actuarial precision. The jurisprudence gives content, however, to the foreseeability inquiry, providing courts with guidance. In the abstract, a defendant’s negligent misrepresentation or performance of a service could potentially give rise to innumerable injuries tangentially cascading from the originally contemplated service. This was so in *Hercules*, where the Court recognized that an auditor’s statement could be relied upon by a potentially limitless number of individuals (e.g., shareholders or takeover bidders), for a potentially limitless array of purposes (e.g., investments or takeover bids), any of which could result in various foreseeable injuries.

(*Glanzer*, p. 275 et 277; *Ultramares*, p. 445-446; *Haig*, p. 482). En tenant compte de tous les facteurs pertinents découlant du lien existant entre les parties, l’analyse du lien de proximité permet non seulement de déterminer l’*existence* d’une relation de proximité, mais aussi de délimiter la *portée* des droits et des obligations découlant de cette relation. En somme, l’analyse établit non seulement « un fondement rationnel à la ligne de démarcation entre ceux qui bénéficient de l’obligation de diligence et les autres » (*Fallowka*, par. 70), elle fixe aussi à la portée de cette obligation une délimitation rationnelle fondée sur l’objet de la responsabilité assumée par le défendeur. Comme nous allons l’expliquer, cette délimitation rationnelle est essentielle pour déterminer le type de préjudice qui constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur.

(ii) La prévisibilité raisonnable

[32] L’examen de la prévisibilité raisonnable dans le cadre de l’analyse relative à obligation de diligence *prima facie* consiste à se demander si le préjudice subi par le demandeur constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur (*Cooper*, par. 30).

[33] De manière générale, la prévisibilité raisonnable s’attache à la probabilité de préjudice découlant de la négligence du défendeur (*Donoghue*, p. 580). Cet examen ne se prête pas à une précision actuarielle et n’exige pas une telle précision. La jurisprudence établit toutefois le contenu de l’analyse de la prévisibilité et donne à cet égard des précisions aux tribunaux. Dans l’abstrait, une déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service par un défendeur pourrait éventuellement donner lieu à d’innombrables préjudices découlant indirectement du service envisagé à l’origine. C’était le cas dans l’affaire *Hercules*, où la Cour a reconnu qu’un nombre potentiellement infini de personnes pourraient se fier au rapport du vérificateur (p. ex., les actionnaires ou des auteurs d’une offre de prise de contrôle), et ce, pour une gamme de raisons potentiellement infinie (p. ex., des investissements ou des offres de prise de contrôle), dont chacune pourrait entraîner divers préjudices prévisibles.

[34] As we have already observed, however, reasonable foreseeability of injury is no longer the sole consideration at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. Since *Cooper*, both reasonable foreseeability and proximity — the latter expressed in *Cooper* as a distinct and more demanding hurdle than reasonable foreseeability — must be proven in order to establish a *prima facie* duty of care. And, in cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the proximate relationship — grounded in the defendant's undertaking and the plaintiff's reliance — informs the foreseeability inquiry. Meaning, the purpose underlying that undertaking and that corresponding reliance limits the type of injury which could be reasonably foreseen to result from the defendant's negligence.

[35] As a matter of first principles, it must be borne in mind that an injury to the plaintiff in this sort of case flows from the fact that he or she detrimentally relied on the defendant's undertaking, whether it take the form of a representation or the performance of a service. It follows that an injury to the plaintiff will be reasonably foreseeable if (1) the defendant should have reasonably foreseen that the plaintiff would rely on his or her representation; and (2) such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable (*Hercules*, at para. 27). Both the reasonableness and the reasonable foreseeability of the plaintiff's reliance will be determined by the relationship of proximity between the parties; a plaintiff has a right to rely on a defendant to act with reasonable care for the particular purpose of the defendant's undertaking, and his or her reliance on the defendant for that purpose is therefore both reasonable and reasonably foreseeable. But a plaintiff has no right to rely on a defendant for any other purpose, because such reliance would fall outside the scope of the defendant's undertaking. As such, any consequent injury could not have been reasonably foreseeable.

[36] We add this. Under the *Anns* test, the Court recognized that auditors may owe a *prima facie* duty

[34] Or, comme nous l'avons fait observer, la prévisibilité raisonnable du préjudice n'est plus la seule considération prise en compte au premier volet du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*. Depuis l'arrêt *Cooper*, il convient de prouver autant la prévisibilité raisonnable que le lien de proximité — défini dans l'arrêt *Cooper* comme un obstacle distinct et plus exigeant que la prévisibilité raisonnable — afin d'établir une obligation de diligence *prima facie*. Et dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service, le lien de proximité — fondé sur l'engagement du défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier — sert à guider l'analyse de la prévisibilité. C'est donc dire que l'objet qui sous-tend l'engagement et le fait de se fier à cet engagement restreint le type de préjudice dont on pourrait raisonnablement prévoir qu'il découlera de la négligence du défendeur.

[35] Quant aux principes fondamentaux, n'oublions pas que le préjudice subi par le demandeur dans une affaire de cette nature découle de ce que ce dernier s'est fié à son détriment à l'engagement du défendeur, peu importe qu'il s'agisse d'une déclaration ou de la prestation d'un service. Il s'ensuit que le préjudice du demandeur sera raisonnablement prévisible si (1) le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration; et si (2) cette confiance serait raisonnable dans les circonstances particulières de l'affaire. (*Hercules*, par. 27). Tant le caractère raisonnable que la prévisibilité raisonnable de cette confiance du demandeur seront déterminés en fonction du lien de proximité entre les parties. Un demandeur a le droit de se fier au défendeur pour qu'il agisse avec une diligence raisonnable à l'égard de l'objet particulier de l'engagement qu'il prend, et la confiance que le demandeur accorde au défendeur à cette fin est donc à la fois raisonnable et raisonnablement prévisible. Mais le demandeur ne peut pas se fier au défendeur pour une autre fin, car une telle confiance excéderait la portée de l'engagement du défendeur. Dans un tel cas, tout préjudice consécutif subi par le demandeur n'aurait pu être raisonnablement prévisible.

[36] Nous ajoutons ce qui suit. La Cour a reconnu que, selon le critère de l'arrêt *Anns*, un vérificateur

of care to an innumerable number of parties on the basis of reasonable foreseeability alone (*Hercules*, at para. 32). We acknowledge that the *Anns/Cooper* framework, when applied to cases of negligent misrepresentation, will give rise to a far narrower scope of reasonably foreseeable injuries and, therefore, a narrower range of *prima facie* duties of care. This is no indictment of the *Anns/Cooper* analysis. Rather, it was the very purpose and effect of this Court's instruction in *Cooper* that "something more" than mere foreseeability is required at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. By requiring examination of the relationship between the parties as we have just discussed, *Cooper* gave Canadian courts a more complete array of legal tools to determine whether it is "just and fair" to impose a *prima facie* duty of care.

(b) *Stage Two: Residual Policy Considerations*

[37] Where a *prima facie* duty of care is recognized on the basis of proximity and reasonable foreseeability, the analysis advances to stage two of the *Anns/Cooper* framework. Here, the question is whether there are "residual policy considerations" outside the relationship of the parties that may negate the imposition of a duty of care (*Cooper*, at para. 30; *Edwards*, at para. 10; *Odhavji*, at para. 51).

[38] By "residual", we mean that such considerations "are not concerned with the relationship between the parties [already considered at stage one], but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally" (*Cooper*, at para. 37; see also *Edwards*, at para. 10). To the extent, therefore, that stage one of the *prima facie* duty of care is said to engage "policy" considerations arising from the relationship between the parties — i.e., the recognition

peut avoir, sur le seul fondement de la prévisibilité raisonnable, une obligation de diligence *prima facie* à l'égard d'innombrables personnes (*Hercules*, par. 32). Nous reconnaissons qu'en l'appliquant aux affaires de déclaration inexacte faite par négligence, le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* permettra de reconnaître une gamme beaucoup plus restreinte de préjudices raisonnablement prévisibles et, par conséquent, une gamme plus restreinte d'obligations de diligence *prima facie*. Il ne s'agit aucunement de critiquer le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, mais plutôt de reconnaître que c'était là l'objectif même de la directive formulée par la Cour dans l'arrêt *Cooper* — soit que le premier volet du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* exigeait « autre chose » que la simple prévisibilité. En rendant nécessaire l'examen de la relation entre les parties, comme nous venons de le voir, l'arrêt *Cooper* a mis à la disposition des tribunaux canadiens un complément d'outils juridiques servant à déterminer s'il est « juste et équitable » d'imposer une obligation de diligence *prima facie*.

b) *Deuxième volet : les considérations de politique résiduelles*

[37] Lorsque l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* est établie sur le fondement du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable, l'analyse passe au deuxième volet du cadre établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Il s'agit alors de déterminer si « des considérations de politique résiduelles » étrangères au lien existant entre les parties sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence (*Cooper*, par. 30; *Edwards*, par. 10; *Odhavji*, par. 51).

[38] Par « résiduelles », nous voulons dire que ces considérations « ne portent pas sur le lien existant entre les parties [qui a déjà été examiné au premier volet du critère], mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37; voir aussi *Edwards*, par. 10). Donc, dans la mesure où le premier volet relatif à l'obligation de diligence *prima facie* fait apparemment intervenir des

that it is sound “policy” to only hold defendants liable for negligence when they are in a proximate relationship with the plaintiff and when the injury suffered was reasonably foreseeable (see *Cooper*, at para. 25) — such “policy” considerations are not revisited at stage two (*ibid.*, at para. 28). Indeed such reconsideration would be both redundant and analytically confusing (*ibid.*, at para. 29).

[39] *Cooper*, and in particular, its strict delineation between “factors arising from the *relationship* between [the parties]” (para. 30 (emphasis in original)) and factors that “are not concerned with the relationship between the parties” (para. 37) has impacted the stage at which certain factors are considered within the *Anns/Cooper* framework. For example, principles that were traditionally considered at the second stage of the *Anns* test in cases of negligent misrepresentation, such as (1) whether the defendant knew the identity of the plaintiff or the class of plaintiffs who would rely on its representation; and (2) whether the reliance losses claimed by the plaintiff stem from the particular transaction in respect of which the statement at issue was made (*Hercules*, at paras. 27 and 40; *Bow Valley*, at paras. 55-56), are no longer considered at the second stage. This is because, as we have explained, these factors arise from the *relationship* between the parties and are, therefore, properly accounted for under the first stage proximity and reasonable foreseeability analysis.

[40] What, then, remains to be considered at the second stage of the *Anns/Cooper* framework? In *Cooper*, this Court identified factors which are external to the relationship between the parties, including (1) whether the law already provides a remedy; (2) whether recognition of the duty of care creates “the spectre of unlimited liability to an unlimited class”; and (3) whether there are “other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized” (para. 37). In this way, the residual policy inquiry is a normative inquiry. It asks whether it would be better, for reasons relating to

considérations « de politique » découlant du lien existant entre les parties — c.-à-d., où l’on reconnaît qu’il est judicieux de ne tenir un défendeur responsable de négligence que s’il a un lien de proximité avec le demandeur et que le préjudice subi était raisonnablement prévisible (voir *Cooper*, par. 25) — il n’y a pas lieu de réexaminer ces considérations « de politique » au deuxième volet (*ibid.*, par. 28). En effet, un tel réexamen serait redondant tout en prêtant à confusion sur le plan analytique (*ibid.*, par. 29).

[39] L’arrêt *Cooper*, et plus particulièrement la démarcation rigoureuse qu’il établit entre les facteurs « découlant du *lien* existant entre [les parties] » (par. 30 (souligné dans l’original)) et les facteurs qui « ne portent pas sur le lien existant entre les parties » (par. 37), a remis en cause l’étape à laquelle il faut tenir compte de certains facteurs selon le cadre d’analyse établi par les arrêts *Anns* et *Cooper*. Par exemple, les principes habituellement examinés au deuxième volet du critère de l’arrêt *Anns* dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, à savoir (1) si le défendeur connaissait le demandeur ou la catégorie de demandeurs susceptibles de se fier à sa déclaration; et (2) si les pertes que le demandeur aurait subies en raison de la confiance qu’il a accordée au défendeur découlent de l’opération même visée par la déclaration en cause (*Hercules*, par. 27 et 40; *Bow Valley*, par. 55-56), ne sont plus examinées au second volet. En effet, comme nous l’avons expliqué, ces facteurs découlent du *lien* existant entre les parties et il en est donc dûment tenu compte au premier volet de l’analyse relative au lien de proximité et à la prévisibilité raisonnable.

[40] Que reste-t-il donc à examiner au deuxième volet du cadre établi par les arrêts *Anns* et *Cooper*? Dans *Cooper*, notre Cour a dégagé des facteurs qui sont étrangers au lien existant entre les parties, notamment (1) si la loi prévoit déjà une réparation; (2) s’il faut craindre le risque que la reconnaissance de l’obligation de diligence crée « une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes »; et (3) si « [d]’autres raisons de politique générale [indiquent] que l’obligation de diligence ne devrait pas être reconnue » (par. 37). En ce sens, l’analyse relative aux considérations de politique résiduelles est

legal or doctrinal order, or reasons arising from other societal concerns, not to recognize a duty of care in a given case.

[41] The place within the *Anns/Cooper* framework of this policy inquiry is significant. It follows the proximity and foreseeability inquiries. The policy inquiry assesses whether, *despite* the proximate relationship between the parties, and *despite* the reasonably foreseeable quality of the plaintiff's injury, the defendant should nonetheless be insulated from liability (*Cooper*, at para. 30; *Odhavji*, at para. 51). That it would limit liability in the face of findings of both proximity and reasonable foreseeability makes plain how narrowly it should be relied upon (*Cooper*, at para. 30, citing *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175 (P.C.); *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206, at p. 218). Only in rare cases — such as those concerning decisions of governmental policy (*Cooper*, at paras. 38 and 53) or quasi-judicial bodies (*ibid.*, at para. 52; *Edwards*, at para. 19) — should liability be denied when a defendant's negligence causes reasonably foreseeable injury to a plaintiff with whom he or she shares a close and direct relationship. In light of the above, the stage at which certain factors are considered in the *Anns/Cooper* framework is material.

[42] In this case, the Chief Justice finds that, if it were necessary to proceed to the second stage of the *Anns/Cooper* framework, she would insulate Deloitte from liability based on the residual policy consideration of indeterminacy (para. 166). We concede that indeterminate liability may, in some cases, be a legitimate residual policy consideration (*Cooper*, at paras. 37 and 54; *Hercules*, at para. 31). In our view, however, rarely, if ever, should a concern for indeterminate liability persist after a properly applied proximity and foreseeability analysis

une analyse normative. Elle appelle à déterminer s'il serait préférable, pour des raisons d'ordre juridique ou théorique, ou pour des raisons tenant à d'autres préoccupations sociales, de ne pas reconnaître l'existence d'une obligation de diligence dans un cas donné.

[41] La place qu'occupe l'examen des considérations de politique dans le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* est importante. Cet examen fait suite à ceux du lien de proximité et de la prévisibilité, et il vise à déterminer si, *malgré* le lien de proximité qui unit les parties, et *malgré* le caractère raisonnablement prévisible du préjudice subi par le demandeur, le défendeur devrait tout de même être exonéré de responsabilité (*Cooper*, par. 30; *Odhavji*, par. 51). La possibilité de limiter la responsabilité en dépit de la reconnaissance du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable démontre clairement à quel point il convient d'y recourir avec circonspection (*Cooper*, par. 30, citant *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175 (C.P.); *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, p. 218). Ce n'est qu'en de rares cas — tels les cas concernant des décisions de politique gouvernementale (*Cooper*, par. 38 et 53) ou des décisions prises par des organismes quasi judiciaires (*ibid.*, par. 52; *Edwards*, par. 19) — que le défendeur sera exonéré de responsabilité alors que sa négligence a causé un préjudice raisonnablement prévisible au demandeur, avec qui il a un lien étroit et direct. Eu égard à ce qui précède, l'étape à laquelle certains facteurs sont pris en considération dans le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* revêt une importance.

[42] En l'espèce, la Juge en chef conclut que s'il était nécessaire de passer à la deuxième étape du cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, elle exonérerait Deloitte de responsabilité en raison de la considération de politique résiduelle liée à l'indétermination (par. 166). Nous admettons que la responsabilité indéterminée peut, dans certains cas, constituer une considération de politique résiduelle légitime (*Cooper*, par. 37 et 54; *Hercules*, par. 31). Nous estimons toutefois qu'une préoccupation liée à la responsabilité indéterminée ne

(*Saadati*, at para. 34; *Fullocka*, at para. 70). Robust application of stage one of the *Anns/Cooper* framework should almost always obviate concerns for indeterminate liability. This follows from an appreciation of what indeterminate liability, as a concept, actually means.

[43] Indeterminate liability is liability of a specific *character*, not of a specific *amount*. In particular, indeterminate liability should not be confused with significant liability (*Gross v. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142, at para. 38). Certain activities — like flying commercial aircraft, manufacturing pharmaceutical drugs, or auditing a large corporation — may well give rise to significant liability. But such liability arises from the nature of the defendant’s undertakings and of the severe but reasonably foreseeable scale of injury that can result where such undertakings are negligently performed. This explains the significant compensation which these high risk undertakings typically attract. It also explains why contractual disclaimers limiting liability may often be warranted (*Edgeworth*, at p. 220). In contrast, the liability arising from these “high risk” undertakings may only be characterized as “indeterminate” if the scope of such liability is impossible to ascertain (*Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), *sub verbo* “indeterminate”). In other words, liability is truly “indeterminate” if “the accepted sources of law and the accepted methods of working with those sources such as deduction and analogy . . . are insufficient to resolve the question” (M. V. Tushnet, “Defending the Indeterminacy Thesis”, in B. Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (1998), 223, at pp. 224-25). More specifically, there are three pertinent aspects to so-called “indeterminacy” in these cases: (1) value indeterminacy (“liability in an indeterminate amount”); (2) temporal indeterminacy (“liability . . . for an indeterminate time”); and (3) claimant indeterminacy (“liability . . . to an indeterminate class”): *Hercules*, at para. 31, citing *Ultramares*, at p. 444. Naturally, when a claim has value, temporal, and claimant indeterminacy, our legal tools are

devrait que rarement, voire jamais, subsister après une analyse correcte du lien de proximité et de la prévisibilité (*Saadati*, par. 34; *Fullocka*, par. 70). L’application rigoureuse du premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* devrait dans presque tous les cas écarter les préoccupations liées à la responsabilité indéterminée. C’est ce qui ressort d’une appréciation de ce que signifie en réalité le concept de responsabilité indéterminée.

[43] La responsabilité indéterminée est une responsabilité de *nature* particulière et non d’une *importance* particulière. Plus précisément, il ne faut pas confondre responsabilité indéterminée et lourde responsabilité (*Gross c. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142, par. 38). Certaines activités — comme le pilotage d’aéronefs commerciaux, la fabrication de médicaments pharmaceutiques ou la vérification de grandes sociétés — peuvent fort bien faire naître une lourde responsabilité. Or, une telle responsabilité tient à la nature des engagements pris par le défendeur et aux préjudices, graves mais raisonnablement prévisibles, qu’une exécution négligente risque de causer. C’est pour cette raison que ces engagements à risque élevé donnent habituellement lieu à des indemnités importantes. C’est aussi pour cette raison que les clauses contractuelles limitant la responsabilité peuvent souvent s’avérer nécessaires (*Edgeworth*, p. 220). Par contre, la responsabilité découlant de ces engagements « à risque élevé » ne peut être qualifiée d’« indéterminée » que s’il est impossible d’en établir la portée (*Black’s Law Dictionary* (10^e éd. 2014), le mot « *indeterminate* »). Autrement dit, la responsabilité est réellement « indéterminée » si [TRADUCTION] « les sources de droit reconnues et leurs méthodes d’application reconnues, telles la déduction et l’analogie [. . .] ne permettent pas de trancher la question » (M. V. Tushnet, « Defending the Indeterminacy Thesis », dans B. Bix, dir., *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory* (1998), 223, p. 224-225). Plus précisément, il y a trois aspects pertinents à ce qu’on appelle l’« indétermination » dans ces cas : (1) l’indétermination quant à la valeur (« responsabilité pour un montant indéterminé »), (2) l’indétermination temporelle (« responsabilité [. . .] pour un temps indéterminé »), et (3) l’indétermination quant au

insufficient to resolve the quantum of infinite damages that will flow from such a claim.

[44] All this said, it would be very difficult for liability of an indeterminate character, so understood, to survive a robust analysis of proximity and foreseeability at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the requisite proximity analysis will address claimant indeterminacy because the class of claimants is *determinate*, including only those in respect of whom the defendant undertook to act. Likewise, foreseeability, which is constrained by the purpose of the undertaking in question, should address concerns about value indeterminacy, because the value of damages is limited — that is, *determined* — by the reasonably foreseeable quality of the injury (*Hercules*, at para. 32). Finally, proximity and foreseeability should both address temporal indeterminacy since the longer the period of time over which injury is said to have occurred, the less likely the defendant undertook to protect against it and the less foreseeable the injury, taken as a whole. Hence Cardozo C.J.’s statement in the oft-cited *Ultramares* decision that a duty which gives rise to indeterminacy “enkindle[s] doubt whether a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes to these consequences” (p. 444; see also Weinrib, at p. 231; Beever, at p. 275). In other words, a finding of indeterminate liability at the damages stage strongly suggests that a legal error occurred at the duty stage, since a finding of a *prima facie* duty of indeterminate scope underlies the resulting indeterminate liability.

demandeur (« responsabilité [. . .] à l’égard d’une catégorie indéterminée » de demandeurs): *Hercules*, par. 31, citant *Ultramares*, p. 444. Il va sans dire que, dans le cas d’une demande indéterminée quant à la valeur, au temps et aux demandeurs, les outils juridiques dont nous disposons ne permettent pas de déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder pour les préjudices illimités qui découleront d’une telle demande.

[44] Cela dit, la responsabilité dite indéterminée saurait très difficilement résister à une analyse rigoureuse du lien de proximité et de la prévisibilité au premier volet du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Dans le cas d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service, l’analyse requise du lien de proximité couvrira l’indétermination relative au demandeur parce que la catégorie de demandeurs est *déterminée*; seules sont visées les personnes envers qui le défendeur s’est engagé. De la même manière, la prévisibilité, qui est circonscrite par l’objet de l’engagement en question, devrait écarter les craintes relatives à l’indétermination quant à la valeur, parce que la valeur des dommages-intérêts est limitée — c.-à-d. *déterminée* — par le caractère raisonnablement prévisible du préjudice (*Hercules*, par. 32). Enfin, l’analyse du lien de proximité et de la prévisibilité devrait porter sur l’indétermination temporelle étant donné que, plus la période au cours de laquelle le préjudice aura été subi est longue, moins il est probable que ce préjudice soit visé par l’engagement du défendeur et qu’il soit prévisible, dans son ensemble. D’où la déclaration du juge en chef Cardozo dans l’arrêt *Ultramares* fréquemment cité, à savoir que l’obligation qui donne lieu à l’indétermination [TRADUCTION] « fait naître un doute quant à l’existence d’une erreur dans la reconnaissance d’une obligation qui expose à toutes ces conséquences » (p. 444; voir également Weinrib, p. 231; Beever, p. 275). En d’autres termes, une conclusion de responsabilité indéterminée tirée à l’étape de l’établissement d’un préjudice tend fortement à indiquer qu’une erreur de droit a été commise à l’étape de l’établissement d’une obligation, puisque la reconnaissance d’une obligation *prima facie* de portée indéterminée sous-tend la conclusion de responsabilité indéterminée.

[45] We would add one final point. Indeterminate liability is a residual policy consideration, nothing more. The presence of indeterminacy need not be dispositive of liability in all cases. To approach the analysis otherwise would transform indeterminate liability from a policy *consideration* into a policy *veto*. While indeterminacy may militate against liability, other policy considerations — such as the immense profit margins that “high risk” actors often benefit from, or the extent to which “high risk” actors voluntarily assume the risk of indeterminate liability — may ultimately justify maintaining that liability, despite its indeterminacy (Beever, at p. 293). Even, therefore, in the rare case where indeterminate liability survives the proximity and foreseeability inquiries, it is not automatic that such indeterminacy will necessarily govern (*Fulowka*, at para. 70). Indeed, any so-called “indeterminate liability” which survives stage one of the *Anns/Cooper* framework presumably arises from the risk against which the defendant voluntarily undertook to protect the plaintiff and, therefore, may justly and fairly result in liability.

B. Application

[46] Having set out the proper legal framework for establishing liability in cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, we turn now to apply that framework to the trial judge’s two findings of negligence in this case.

[47] In summary, at the first stage of the *Anns/Cooper* framework, a duty of care is established where proximity and reasonably foreseeability of injury are found. In our view, Deloitte’s undertakings in relation to soliciting investment, and the 1997 Audit, gave rise to proximate relationships. The purpose of those undertakings, in turn, determines the type of injury that was reasonably foreseeable as a

[45] Nous tenons à ajouter une dernière remarque. La responsabilité indéterminée n’est rien de plus qu’une considération de politique résiduelle. La reconnaissance de l’indétermination n’a pas à trancher la question de la responsabilité dans tous les cas. Aborder l’analyse autrement ferait de la responsabilité indéterminée — une *considération* de politique générale — un *veto* de politique générale. Bien que l’indétermination puisse jouer contre la responsabilité, d’autres considérations de politique générale — par exemple, les marges de profit énormes dont bénéficient souvent les acteurs « qui prennent un risque élevé », ou la mesure dans laquelle ces acteurs assument volontairement le risque d’une responsabilité indéterminée — peuvent ultimement justifier le maintien de cette responsabilité, malgré son caractère indéterminé (Beever, p. 293). En conséquence, même dans les rares cas où la responsabilité indéterminée résiste aux analyses du lien de proximité et de la prévisibilité, l’indétermination ne primera pas nécessairement d’emblée (*Fulowka*, par. 70). D’ailleurs, toute soi-disant « responsabilité indéterminée » qui résiste au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* découle probablement du risque contre lequel le défendeur s’est engagé volontairement à protéger le demandeur, et peut donc entraîner, de façon juste et équitable, une responsabilité.

B. Application

[46] Maintenant que nous avons établi le cadre juridique permettant de déterminer la responsabilité dans le cas d’une perte purement économique découlant d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service, il nous faut maintenant l’appliquer aux deux conclusions de négligence formulées par le juge de première instance en l’espèce.

[47] En résumé, à la première étape du cadre d’analyse énoncé dans *Anns* et *Cooper*, il y a obligation de diligence si la proximité et la prévisibilité raisonnable du préjudice sont établies. À notre avis, les engagements de Deloitte relativement à la sollicitation d’investissements, et le rapport de 1997, ont donné lieu à des liens de proximité. Les fins pour lesquelles ces engagements ont été pris déterminent

result of Livent's reliance. Livent relied on the 1997 Audit for the purpose it was provided. Thus, a resulting injury was reasonably foreseeable. The same cannot be said, however, in respect of Deloitte's negligent assistance in soliciting investment.

[48] At the second stage of the *Anns/Cooper* framework, residual policy considerations may negate Deloitte's duty of care. But none apply to the negligent provision of the 1997 Audit.

(1) Solicitation of Investment (August to October 1997)

(a) *Prima Facie Duty of Care*

(i) Proximity

[49] The proximity analysis first asks whether the relationship at issue falls within, or is analogous to, a previously recognized category of proximity (*Cooper*, at para. 36; *Edwards*, at para. 9).

[50] In *Hercules*, this Court found that an auditor may be in a proximate relationship with its corporate client sufficient to give rise to a duty of care. That proximate relationship was not, however, between an auditor and its client at large. Rather, the recognized relationship was limited to the preparation of a statutory audit (para. 14).

[51] In this case, the asserted proximate relationship is not so narrow in scope. Livent claims that Deloitte owed it a duty of care in relation both to (1) the preparation of the 1997 Audit; and (2) the approval of the Press Release and preparation of the Comfort Letter. We see it as vital to the resolution of this case to distinguish between these two sets of documents.

quant à eux le type de préjudice qui était raisonnablement prévisible en raison du fait que Livent s'est fiée à ces engagements et ce rapport. Livent s'est fiée au rapport de 1997 aux fins pour lesquelles il a été préparé. Le préjudice qui en a résulté était donc raisonnablement prévisible. Toutefois, on ne peut dire la même chose pour l'aide entachée de négligence que Deloitte a fournie en ce qui a trait à la sollicitation d'investissements.

[48] À la deuxième étape du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, des considérations de politique résiduelles peuvent écarter l'obligation de diligence de Deloitte. Cependant, aucune ne s'applique à la préparation entachée de négligence du rapport de 1997 par Deloitte.

(1) Sollicitation d'investissements (août à octobre 1997)

a) *Obligation de diligence prima facie*

(i) Lien de proximité

[49] L'analyse relative au lien de proximité consiste d'abord à se demander si le lien en question appartient, ou s'il est analogue, à l'une des catégories de liens qui ont déjà été reconnues (*Cooper*, par. 36; *Edwards*, par. 9).

[50] Dans *Hercules*, notre Cour a conclu que le lien entre un vérificateur et son entreprise cliente pouvait être suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence. Il ne s'agissait cependant pas d'un lien de proximité entre un vérificateur et son client en général. Le lien ainsi reconnu se limitait à la préparation d'une vérification exigée par la loi (par. 14).

[51] Dans l'affaire qui nous occupe, le lien de proximité invoqué n'est pas de portée si limitée. Livent affirme que Deloitte avait envers elle une obligation de diligence relativement à (1) la préparation du rapport de 1997; et à (2) l'approbation du communiqué de presse et la rédaction de la lettre de confort. Nous estimons primordial pour l'issue du présent pourvoi de faire une distinction entre ces deux catégories de documents.

[52] The mere fact that proximity has been recognized as existing between an auditor and its client for *one* purpose is insufficient to conclude that proximity exists between the same parties for *all* purposes. As discussed above, an overly broad characterization of an established category of proximity which fails to consider the scope of activity in respect of which proximity was previously recognized, risks a premature imposition of a *prima facie* duty of care. In our respectful view, this very error impairs the reasons of the trial judge and the Court of Appeal. This approach is fundamentally inconsistent with the framework set out by this Court in *Cooper*. For this reason, we do not agree that this Court has previously established a proximate relationship as between an auditor and its client for the purposes of soliciting investment. In these circumstances, we must undertake a full proximity analysis.

[53] As we have indicated above, the full proximity analysis in cases of negligent misrepresentation is focussed upon the purpose of the defendant's undertaking and the plaintiff's reliance. From August to October of 1997, the services which Deloitte provided to Livent — particularly its ongoing assistance in relation to the Press Release and the provision of the Comfort Letter — were undertaken for the purpose of helping Livent to solicit investment. Given this undertaking, Livent was entitled to rely upon Deloitte to carry out these services with reasonable care. From this, it follows that a relationship of proximity arose *in respect of the content of Deloitte's undertaking*. Deloitte's undertaking did *not* entitle Livent to rely on Deloitte's services and representations for *all* possible purposes. Rather, the "close and direct" relationship which obligated Deloitte to act with reasonable care was limited to the purpose for which Deloitte undertook to act. In this regard, we agree with the Chief Justice that "[l]oss that results from [Livent's] inability to attract investment . . . may fall within the scope of Deloitte's duty of care", though only in relation to the Press Release and Comfort Letter (para. 153).

[52] Le simple fait que l'existence d'un lien de proximité ait été reconnue entre un vérificateur et son client pour *une* fin donnée n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'un lien de proximité entre les mêmes parties pour *toutes* les fins. Rappelons qu'une interprétation trop large d'une catégorie établie de liens de proximité qui ne tient pas compte du champ d'activité à l'égard duquel l'existence d'un lien a déjà été établie risque de donner lieu à l'imposition prématurée d'une obligation de diligence *prima facie*. En toute déférence, c'est cette erreur même qui vicie les motifs du juge de première instance et de la Cour d'appel. Cette approche est fondamentalement incompatible avec le cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Cooper*. Pour ce motif, nous ne reconnaissons pas que la Cour a déjà établi l'existence d'un lien de proximité entre un vérificateur et son client à des fins de sollicitation de fonds d'investissement. Dans ces circonstances, nous devons procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité.

[53] Comme nous l'avons déjà indiqué, dans le cas d'une déclaration inexacte faite par négligence, une telle analyse est axée sur l'objet de l'engagement du défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. D'août à octobre 1997, les services que Deloitte a fournis à Livent — notamment une assistance constante concernant le communiqué de presse et la fourniture de la lettre de confort — avaient pour objet d'aider Livent à solliciter des investissements. Compte tenu de cet engagement, il était permis à Livent de s'attendre à ce que Deloitte agisse avec diligence raisonnable dans la prestation de ces services. Partant, il existe un lien de proximité *quant au contenu de l'engagement pris par Deloitte*. L'engagement de Deloitte *ne* permettait *pas* à Livent de se fier aux déclarations et aux services fournis par Deloitte à *toutes* les fins possibles. En fait, le lien « étroit et direct » qui obligeait Deloitte à faire preuve de diligence raisonnable se limitait à l'objet de l'engagement pris par celle-ci. À cet égard, nous sommes d'accord avec la Juge en chef pour dire que « [l]es pertes découlant de l'incapacité [de Livent] à attirer des investissements [. . .] peuvent [. . .] être visées par l'obligation de diligence de Deloitte », mais seulement relativement au communiqué de presse et à la lettre de confort (par. 153).

(ii) Reasonable Foreseeability

[54] Having established a relationship of proximity for the purpose of soliciting investment, Livent asserts that the increase in its liquidation deficit beginning in the fall of 1997 was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence, because "[t]he false financial picture that ought not to have been certified by Deloitte" was relied upon by Livent to artificially extend its solvency (R.F., at para. 108). In other words, had Deloitte resigned rather than continued to assist Livent in soliciting investment, Livent would have known its actual finances and avoided their interim deterioration. In our view, however, this type of injury was not a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligent assistance in soliciting investment. This follows from our earlier observations about how the scope of the parties' proximate relationship limits the type of injuries that are reasonably foreseeable.

[55] In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, a plaintiff's injury will be reasonably foreseeable where (1) the defendant should reasonably foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would, in the particular circumstances of the case, be reasonable (*Hercules*, at para. 27). Whether reliance is reasonable and reasonably foreseeable will turn on whether the plaintiff had a right to rely on the defendant *for that purpose*. Here, Livent argues that it detrimentally relied on Deloitte's services and representations to artificially extend the life of the corporation. This reliance is not, however, tied to the solicitation of investment, but was a matter of oversight of management. Phrased in terms of Deloitte's undertaking, during the fall of 1997 Deloitte undertook to assist Livent in soliciting investment, not in oversight of management. Losses related to this undertaking — for example, an inability to solicit investment because of Deloitte's negligence — may be recoverable from Deloitte. But losses outside the scope of this undertaking, including those claimed here relating to a lack of oversight of management

(ii) Prévisibilité raisonnable

[54] Livent a établi l'existence d'un lien de proximité ayant comme fin la sollicitation d'investissements, et elle affirme que l'augmentation de son déficit de liquidation à partir de l'automne 1997 était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte, parce qu'elle s'était fiée au [TRADUCTION] « faux portrait financier que Deloitte n'aurait pas dû attester » pour prolonger artificiellement sa solvabilité (m.i., par. 108). En d'autres termes, si Deloitte avait démissionné plutôt que de continuer à aider Livent à solliciter des investissements, Livent aurait su quelle était sa situation financière réelle et aurait évité qu'elle se détériore entre-temps. Or, nous estimons que ce type de préjudice ne constitue pas une conséquence raisonnablement prévisible de l'assistance fournie par Deloitte de manière négligente en vue de solliciter des investissements. C'est ce qui ressort de nos observations précédentes quant à la façon dont la portée du lien de proximité entre les parties a pour effet de circonscrire le type de préjudices raisonnablement prévisibles.

[55] Dans le cas d'une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d'un service, le préjudice subi par le demandeur sera raisonnablement prévisible (1) lorsque le défendeur pourrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fier à sa déclaration; et (2) lorsque, dans les circonstances particulières de l'affaire, la confiance du demandeur serait raisonnable (*Hercules*, par. 27). Pour déterminer si la confiance du demandeur est raisonnable et raisonnablement prévisible, il faut se demander si le demandeur pouvait se fier au défendeur *à cette fin précise*. En l'espèce, Livent plaide qu'elle s'est fiée à son détriment aux déclarations et aux services fournis par Deloitte pour prolonger artificiellement l'existence de l'entreprise. Cette confiance n'est cependant pas liée à la sollicitation de fonds d'investissement, mais plutôt à la surveillance de la gestion. Aux termes de l'engagement pris par Deloitte, au cours de l'automne 1997, celle-ci s'est engagée à aider Livent à solliciter des fonds d'investissement, non pas à surveiller la gestion. Les pertes associées à cet engagement — par exemple, l'incapacité de solliciter des investissements en

extending Livent's solvency, are not recoverable from Deloitte. Simply put, Deloitte never undertook, in preparing the Comfort Letter, to assist Livent's shareholders in overseeing management; it cannot therefore be held liable for failing to take reasonable care to assist such oversight. And, given that Livent had no right to rely on Deloitte's representations for a purpose other than that for which Deloitte undertook to act, Livent's reliance was neither reasonable nor reasonably foreseeable. Consequently, the increase in Livent's liquidation deficit which arose from its reliance on the Press Release and Comfort Letter was not a reasonably foreseeable injury.

[56] This is not to say that Livent had no resources for oversight at the time Deloitte assisted in soliciting investment. Indeed, for internal oversight purposes, Livent could reasonably rely on Deloitte's 1996 Audit. Unlike the Comfort Letter, the 1996 Audit was prepared for the purpose of assisting shareholder oversight of management. As a consequence, its negligent preparation could result in reasonably foreseeable injury flowing from the shareholders' inability to oversee management. The trial judge, however, made a finding of fact that any negligence in Deloitte's preparation of the 1996 Audit caused no injury to Livent. As this finding has not been cross-appealed by Livent, we make no further comment on it.

(b) *Residual Policy Considerations*

[57] Having concluded that no *prima facie* duty of care arose in respect of Deloitte's assistance in soliciting investment and the resulting increase in Livent's liquidation deficit, there is no need to consider residual policy considerations.

raison de la négligence de Deloitte — sont susceptibles d'indemnisation par Deloitte. Ce n'est cependant pas le cas des pertes qui échappent à la portée de cet engagement, notamment celles qui sont liées à l'absence de surveillance de la gestion dont l'effet a été de prolonger la solvabilité de Livent. Autrement dit, en préparant la lettre de confort, Deloitte ne s'est jamais engagée à aider les actionnaires de Livent à surveiller la gestion. Deloitte ne saurait donc être tenue responsable pour avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable afin de faciliter cette surveillance. Et puisque Livent n'avait aucun droit de se fier aux déclarations de Deloitte à une fin autre que celle visée par l'engagement de cette dernière, la confiance de Livent n'était ni raisonnable ni raisonnablement prévisible. En conséquence, l'augmentation du déficit de liquidation de Livent découlant du fait que celle-ci s'est fiée au communiqué de presse et à la lettre de confort ne constituait pas un préjudice raisonnablement prévisible.

[56] Cela ne veut pas dire que Livent ne disposait d'aucun moyen de surveiller la gestion à l'époque où Deloitte l'a aidée à solliciter des investissements. En effet, pour les besoins d'une surveillance interne, Livent pouvait raisonnablement se fier au rapport de 1996 préparé par Deloitte. Contrairement à la lettre de confort, le rapport de 1996 avait pour objet d'aider les actionnaires à surveiller la gestion. Par conséquent, sa préparation négligente pouvait causer un préjudice raisonnablement prévisible, les actionnaires étant incapables de surveiller la gestion. Le juge de première instance a toutefois conclu en fait que la négligence dont Deloitte avait fait preuve dans la préparation du rapport de 1996 n'avait causé aucun préjudice à Livent. Puisque Livent n'a pas formé de pourvoi incident contre cette conclusion, nous nous abstenons de toute autre remarque à ce sujet.

b) *Considérations de politique résiduelles*

[57] Ayant conclu à l'absence d'une obligation de diligence *prima facie* pour ce qui est de la collaboration de Deloitte dans la sollicitation de fonds d'investissement et de l'augmentation consécutive du déficit de liquidation de Livent, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles.

(2) 1997 Clean Audit Opinion (April 1998)(a) *Prima Facie Duty of Care*(i) Proximity

[58] This Court has previously established that an auditor owes its corporate client a duty of care in the preparation of a statutory audit. It follows that the established proximate relationship in *Hercules* will be dispositive of the existence of a duty of care in this case, unless the purpose of Deloitte's undertaking to prepare such an audit in this case can be distinguished from the undertaking in *Hercules*. As we will show, it cannot.

[59] In *Hercules*, at para. 48, this Court cited Lord Oliver's statement in *Caparo*, at p. 583, identifying the purposes of a statutory audit:

It is the auditors' function to ensure, so far as possible, that the financial information as to the company's affairs prepared by the directors accurately reflects the company's position in order, first, to protect the company itself from the consequences of undetected errors or, possibly, wrongdoing . . . and, second, to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company's affairs and to exercise their collective powers to reward or control or remove those to whom that conduct has been confided. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[60] These purposes, according to La Forest J., were no different under the statutory audit provisions in Manitoba's *Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, which were at issue in *Hercules*. Regarding the second purpose, this Court stated that a statutory audit was necessary to "permit the shareholders, as a body, to make decisions as to the manner in which they want the corporation to be managed, to assess the performance of the directors and officers, and to decide whether or not they wish to retain the existing management or to have them replaced" (*Hercules*, at para. 49). The purpose of the audited

(2) Opinion sans réserve pour l'exercice 1997 (avril 1998)a) *Obligation de diligence prima facie*(i) Proximité

[58] Notre Cour a déjà établi que le vérificateur est tenu à l'égard d'une société cliente à une obligation de diligence dans la préparation d'une vérification exigée par la loi. Il s'ensuit que le lien de proximité reconnu dans l'arrêt *Hercules* sera déterminant pour ce qui est de l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce, à moins que la fin à laquelle Deloitte s'est engagée à préparer cette vérification soit différente de celle en cause dans l'arrêt *Hercules*. Comme nous le verrons, elle ne l'est pas.

[59] Dans l'arrêt *Hercules*, par. 48, notre Cour a cité les propos formulés par lord Oliver dans l'arrêt *Caparo*, p. 583, au sujet des objectifs d'une vérification exigée par la loi :

[TRADUCTION] Il appartient aux vérificateurs de s'assurer, autant que possible, que l'information financière relative aux affaires de la société préparée par les administrateurs reflète exactement la situation de la société, afin, premièrement, de protéger la société elle-même contre les conséquences d'erreurs ou, peut-être, de fautes non décelées [. . .] et, deuxièmement, de fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner soigneusement la gestion des affaires de la société et d'exercer leurs pouvoirs collectifs de récompenser, de contrôler ou de destituer ceux à qui cette gestion a été confiée. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

[60] Selon le juge La Forest, ces buts ne diffèrent pas de ceux visés aux dispositions relatives à la vérification exigée par la *Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, c. C225, du Manitoba, en cause dans *Hercules*. Au sujet du deuxième but, notre Cour a déclaré qu'une vérification exigée par la loi était nécessaire afin de « permettre [aux actionnaires], en tant qu'entité, de prendre des décisions quant à la façon dont ils veulent que la société soit gérée, d'évaluer le rendement des administrateurs et des dirigeants, et de décider s'ils veulent les garder en poste ou les remplacer » (*Hercules*, par. 49). Ainsi,

reports then “was, precisely, to assist the collectivity of shareholders of the audited companies in their task of overseeing management” (*ibid.*).

[61] No party before us has suggested that the purposes for which a statutory audit is prepared, and which have been recognized in Canadian law for 20 years, have changed. These purposes are consistent with the governing statute in this case: Ontario’s *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (“*OBCA*”). In particular, ss. 153 and 154 of the *OBCA* require Deloitte, as Livent’s auditor, to examine Livent’s financial statements in order for Livent’s directors to fulfill their obligation to place a yearly statutory audit before its shareholders at the annual general meeting. And, while the engagement letters between Deloitte and Livent indicated that the detection of fraud was not guaranteed even where Deloitte acted with all reasonable care, they did not disclaim liability for negligently failing to uncover fraud. Thus, in our view, Deloitte did not alter the purpose for which it undertook to provide the 1997 Audit or disclaim liability in relation to that purpose.

[62] Given the foregoing, no basis exists for distinguishing the purpose of the statutory audit in this case from the purpose which underlay the statutory audit in *Hercules*. It follows that proximity is established between Livent and Deloitte in relation to the statutory audit, on the basis of the previously recognized proximate relationship identified by this Court.

(ii) Reasonable Foreseeability

[63] Livent says that the increase in its liquidation deficit was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte’s negligent audit, because the audit preserved a false financial picture upon which Livent relied to artificially extend its solvency and delay filing for bankruptcy. In other words, if Deloitte had taken reasonable care in auditing Livent, then

le but des rapports de vérification « était précisément d’aider la collectivité des actionnaires des sociétés vérifiées à en surveiller la gestion » (*ibid.*).

[61] Aucune des parties devant nous n’a prétendu que les buts visés par la préparation de la vérification exigée par la loi, qui sont reconnus en droit canadien depuis une vingtaine d’années, ont changé. Ces buts sont compatibles avec la loi ontarienne applicable en l’espèce, la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16 (« *LSAO* »). Plus particulièrement, les art. 153 et 154 de la *LSAO* exigent que Deloitte, en tant que vérificateur de Livent, procède à l’examen des états financiers de cette dernière afin que les administrateurs de Livent puissent s’acquitter de leur obligation de soumettre chaque année aux actionnaires, lors de l’assemblée générale annuelle, un rapport du vérificateur. Par ailleurs, bien qu’il fût précisé dans les lettres de mission entre Deloitte et Livent que la détection de la fraude n’était pas garantie même si Deloitte prenait toutes les précautions raisonnables, elles ne libéraient pas cette dernière de sa responsabilité en cas d’omission, par négligence, de détecter une fraude. Nous estimons donc que Deloitte n’a pas modifié le but dans lequel elle s’est engagée à produire le rapport de 1997 ni ne s’est dégagée de toute responsabilité à l’égard de ce but.

[62] Compte tenu de ce qui précède, aucune raison ne justifie d’établir une distinction entre le but de la vérification exigée par la loi en l’espèce et le but qui sous-tendait la vérification exigée par la loi en cause dans l’arrêt *Hercules*. Il s’ensuit que l’existence d’un lien de proximité est établie entre Livent et Deloitte quant à la vérification exigée par la loi, compte tenu du rapport de proximité déjà reconnu par notre Cour.

(ii) Prévisibilité raisonnable

[63] Livent affirme que l’augmentation de son déficit de liquidation était une conséquence prévisible de la vérification négligente de Deloitte, parce que le rapport de vérification a préservé un faux portrait financier sur lequel Livent s’est appuyée pour prolonger de façon artificielle sa solvabilité et retarder sa mise en faillite. Autrement dit, si Deloitte avait

Livent would have discovered the fraud and avoided the interim deterioration of its assets.

[64] In our view, this type of injury was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligent audit. The purpose of the 1997 Audit was, as this Court described in *Hercules*, two-fold: (1) to protect the company from the consequences of undetected errors and wrongdoing; and (2) to provide shareholders with reliable intelligence enabling oversight (para. 48, citing *Caparo*, at p. 583). Those purposes, as we have already described in our discussion of proximity generally, inform the scope of reasonably foreseeable injury. Specifically, at the time Deloitte undertook to provide the 1997 Audit, Livent was entitled to rely on Deloitte to take reasonable care in doing so for these recognized purposes. Livent's reliance on Deloitte for the purpose of overseeing the conduct of management was therefore both reasonable and reasonably foreseeable. And, as Livent's injury arises from its detrimental reliance, the injury linked to that reliance is itself reasonably foreseeable.

[65] It follows that the type of injury Livent suffered here was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence. Through the 1997 Audit, Deloitte undertook to assist Livent's shareholders in scrutinizing management conduct. By negligently conducting the audit, and impairing Livent's shareholders' ability to oversee management, Deloitte exposed Livent to reasonably foreseeable risks, including "business losses" that would have been avoided with a proper audit. Indeed, the risk of injury flowing from undetected fraud is *precisely* the type of injury statutory audits seek to avoid.

[66] We add one final point in this regard. In *Hercules* (at para. 48), this Court cited *Caparo* for

pris des précautions raisonnables en procédant à la vérification des états financiers de Livent, cette dernière aurait découvert la fraude et évité la dévalorisation de son actif entre-temps.

[64] À notre avis, ce type de préjudice était une conséquence raisonnablement prévisible de la vérification négligente faite par Deloitte. Le but du rapport de 1997 était double, comme la Cour l'a indiqué dans *Hercules* : (1) protéger la société contre les conséquences d'erreurs et de fautes non décelées; et (2) fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner la gestion de l'entreprise (par. 48, citant *Caparo*, p. 583). Ces buts, comme nous l'avons déjà expliqué de façon générale dans notre analyse de la proximité, précisent la portée du préjudice raisonnablement prévisible. Plus précisément, au moment où Deloitte s'est engagée à produire le rapport de 1997, Livent était en droit de s'attendre à ce que Deloitte prenne des précautions raisonnables pour le préparer dans le respect de ces buts reconnus. Que Livent s'en soit remise à Deloitte dans le but de surveiller la conduite de la gestion était donc aussi raisonnable que raisonnablement prévisible. Et, puisque le préjudice subi par Livent découle de la confiance qu'elle a eue à son détriment, le préjudice lié à cette confiance était lui-même raisonnablement prévisible.

[65] Il s'ensuit que le type de préjudice subi par Livent en l'espèce était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte. Par le rapport de 1997, Deloitte s'est engagée à aider les actionnaires de Livent à examiner en détail la conduite de la gestion. En effectuant cette vérification avec négligence, et en restreignant la capacité des actionnaires de Livent à surveiller la gestion, Deloitte a exposé Livent à des risques raisonnablement prévisibles, notamment à des « pertes d'entreprise » qu'une vérification adéquate aurait permis d'éviter. D'ailleurs, le risque de préjudice découlant d'une fraude non détectée est *précisément* le type de préjudice qu'une vérification exigée par la loi vise à prévenir.

[66] Un dernier point à cet égard. Dans l'arrêt *Hercules* (par. 48), la Cour a cité l'arrêt *Caparo* à

the proposition that statutory audits are conducted, in part, “to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company’s affairs”. If subsequent business decisions that would not have survived such scrutiny do not fall within the scope of an auditor’s duty of care, one wonders what injury, if any, could result in liability for a negligent audit with respect to this recognized auditing purpose. Corporate scrutiny connotes both *knowledge* of problems within the corporation, and *decisions* reflecting an appreciation of those problems. Indeed, it is only by acting on the knowledge contained in an audit that is the product of reasonable care that corporation’s avoid losses that would have otherwise occurred without that audit.

(b) *Residual Policy Considerations*

[67] Having found a proximate relationship based on a previously recognized category, we need not consider residual policy considerations to negate or limit the scope of the duty of care (*Cooper*, at para. 39). Nonetheless, as the Chief Justice finds, in the alternative, that the policy consideration of indeterminate liability would deny recovery in this case (paras. 165-66), it is useful to examine how the established proximate relationship engaged in this case precludes indeterminate liability.

[68] As discussed, the character of indeterminacy in these cases has three pertinent aspects: (1) temporal; (2) claimant; and (3) value (*Hercules*, at para. 31, citing *Ultramares*, at p. 444). None of them arise here, consistent with our earlier observation that a robust application of the *Anns/Cooper* framework will usually, if not always, preclude the imposition of liability that is in any way indeterminate (*Saadati*, at para. 34; *Fallowka*, at para. 70).

l’appui de la proposition selon laquelle les vérifications exigées par la loi visent notamment à « fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d’examiner soigneusement la gestion des affaires de la société ». Si les décisions d’affaires prises par la suite — qui n’auraient pas résisté à un tel examen — ne relèvent pas de l’obligation de diligence du vérificateur, on peut se demander quel préjudice, s’il en est, pourrait donner lieu à une responsabilité pour vérification négligente quant à ce but reconnu de la vérification. La surveillance des affaires d’une entreprise suppose non seulement que l’on *connaît* les problèmes de celle-ci, mais aussi que l’on prend des *décisions* témoignant d’une compréhension de ces problèmes. En fait, ce n’est qu’en agissant en fonction des renseignements contenus dans un rapport de vérification préparé de façon raisonnablement diligente qu’une entreprise peut éviter des pertes auxquelles elle n’aurait pu échapper sans cette vérification.

b) *Considérations de politique résiduelles*

[67] Ayant conclu à l’existence d’un lien de proximité relevant d’une catégorie déjà reconnue, point n’est besoin d’examiner les considérations de politique résiduelles qui écarteraient l’obligation de diligence ou en restreindraient la portée (*Cooper*, par. 39). Néanmoins, comme la Juge en chef conclut, subsidiairement, que la considération de politique de la responsabilité indéterminée empêcherait toute indemnisation en l’espèce (par. 165-166), il est utile d’examiner comment le lien de proximité établi en l’espèce rend impossible la responsabilité indéterminée.

[68] Comme nous l’avons vu, l’indétermination dans de tels cas peut être considérée sous trois aspects pertinents : (1) un temps indéterminé, (2) un demandeur indéterminé et (3) un montant indéterminé (*Hercules*, par. 31, citant *Ultramares*, p. 444). Aucun de ces aspects n’est présent en l’espèce, ce qui est conforme à l’observation que nous avons formulée plus tôt, selon laquelle une application rigoureuse du cadre d’analyse retenu dans les arrêts *Anns* et *Cooper* aura habituellement, sinon toujours, pour effet d’empêcher l’imposition d’une responsabilité qui soit de quelque façon indéterminée (*Saadati*, par. 34; *Fallowka*, par. 70).

[69] Here, as to temporal indeterminacy, any suggestion that Livent could recover indefinitely from the negligent preparation of the 1997 Audit fundamentally mischaracterizes the scope of *annual* statutory audits. The injury flowing from the 1997 Audit could not be assessed over an *indeterminate* time window. Rather, statutory audits must occur annually (*OBCA*, s. 154). As a result, the liability that could attach to one year's negligent audit could not extend beyond the following year's audit, which would effectively supersede the prior year's audit as the factual and legal cause of the injury alleged. Put simply, the time window during which liability might flow from a single negligent statutory audit is not indeterminate. It is one year.

[70] Regarding claimant indeterminacy, the class of claimants here could not be further from *indeterminate*: it represents one single claimant — Livent. In *Hercules*, this Court noted that “audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential take-over bidders, investors, etc.)” (para. 32). That claim gave rise to indeterminate liability because the class of claimants (the “many different people”) was indeterminate. For example, any number of investors could rely on an audit to inform their investment decisions. This case, in contrast, is entirely distinguishable. The fact of a single potential claimant raises no concern of claimant indeterminacy.

[71] We note, parenthetically, that Deloitte characterizes Livent's claim as, in reality (that is, in light of its insolvency), a claim by its various stakeholders. But this submission conflates the plaintiff, Livent, with the stakeholders who may benefit from the success of Livent's claim, thereby disregarding Livent's separate corporate personality. More importantly, it directly contradicts this Court's holding

[69] En l'espèce, au regard de l'indétermination temporelle, toute prétention voulant que Livent puisse être indemnisée pendant un temps indéterminé du fait de la préparation négligente du rapport de 1997 dénature fondamentalement la portée des vérifications *annuelles* exigées par la loi. L'évaluation du préjudice découlant du rapport de 1997 ne saurait porter sur une période *indéterminée*. Au contraire, les vérifications exigées par la loi doivent se faire sur une base annuelle (*LSAO*, art. 154). Par conséquent, la responsabilité qui pourrait s'attacher à la vérification négligente pour un exercice en particulier ne saurait aller au-delà de la vérification pour l'exercice suivant, laquelle remplacerait en fait la vérification antérieure en tant que cause factuelle et juridique du préjudice allégué. En termes simples, le délai pendant lequel il est possible d'encourir une responsabilité en raison d'une seule vérification exigée par la loi entachée de négligence n'est pas indéterminé. Il est de un an.

[70] Pour ce qui est de l'indétermination quant au demandeur, la catégorie de demandeurs visée en l'espèce ne pourrait être moins *indéterminée* : elle est constituée d'un seul demandeur — Livent. Dans l'arrêt *Hercules*, notre Cour a fait remarquer que « différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d'une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront [. . .] à leurs rapports de vérification » (par. 32). Ce recours a donné lieu à une responsabilité indéterminée parce que la catégorie de demandeurs (les « différentes personnes ») était indéterminée. Par exemple, un nombre indéterminé d'investisseurs pouvaient se fier au rapport de vérification pour éclairer leurs décisions en matière d'investissement. La présente affaire est, par contre, totalement différente. Le fait qu'il n'y a qu'un seul demandeur potentiel écarte toute possibilité d'indétermination.

[71] Soulignons en passant que Deloitte dit de l'action intentée par Livent qu'elle est intentée, en réalité (c'est-à-dire, à la lumière de son insolvabilité), par ses différentes parties intéressées. Or, cet argument confond la demanderesse, Livent, avec ses parties intéressées qui pourraient tirer profit du succès de l'action intentée par elle, et fait ainsi abstraction de la personnalité morale distincte de Livent.

in *Hercules* that a derivative action — which, too, could benefit various stakeholders — is the appropriate vehicle for a claim regarding a negligent statutory audit (paras. 1 and 58-64).

[72] The absence of temporal and claimant indeterminacy in turn explains the absence of value indeterminacy in this case. Here, Livent’s improvident use of investment funds could not result in liability of an *indeterminate* value. Rather, the liability in this case could not exceed the losses of a single corporation. When undertaking to audit Livent, Deloitte must have known that Livent was a substantial corporation, and in turn, that it could suffer large financial losses if misinformed by its auditor. But *significant* liability is distinct from *indeterminate* liability (*Gross*, at para. 38). Put differently, Deloitte was, indeed, “able to gauge the scale of its potential liability” before undertaking the 1997 Audit (Chief Justice’s reasons, at para. 176). This is a far cry from the limitless potential quantum of lost investments by innumerable third parties relying on audit statements for their own investment decisions (see *Hercules*, at para. 32). The concern that Deloitte did not know “the scope of [its] liability at the time [it took] on [its] engagement” with Livent (Chief Justice’s reasons, at para. 176) conflates *indeterminate* liability with *undetermined* liability.

[73] The Chief Justice describes the liability sought to be imposed here as “indeterminate” because Livent’s reliance purportedly fell outside the scope of Deloitte’s undertaking (para. 170). We disagree. To the contrary, value indeterminacy is limited by the purposes for which the audit was prepared, and Livent’s reliance fell squarely within that purpose. In *Hercules*, this Court rejected a claim by investors because they might use audit reports for a “collateral or unintended purpose” (para. 38), thereby giving rise to indeterminate liability (since the variety of purposes to which an audit may be

Plus important encore, cet argument va directement à l’encontre de la conclusion de notre Cour dans *Hercules* selon laquelle une action oblique — qui, elle aussi, pourrait profiter à divers intéressés — est le recours approprié en cas de vérification exigée par la loi entachée de négligence (par. 1 et 58-64).

[72] L’absence d’une indétermination quant au temps et au demandeur explique par ailleurs l’absence d’une indétermination quant à la valeur en l’espèce. Ici, l’utilisation malavisée des fonds d’investissement par Livent ne peut donner lieu à une responsabilité pour une valeur *indéterminée*. En fait, la responsabilité dont il est question en l’espèce ne saurait excéder les pertes d’une seule entreprise. Lorsqu’elle a accepté de procéder à la vérification de Livent, Deloitte devait savoir que Livent était une entreprise d’envergure, et qu’elle pouvait subir d’importantes pertes financières si elle était mal informée par son vérificateur. Mais une responsabilité *importante* est distincte d’une responsabilité *indéterminée* (*Gross*, par. 38). Autrement dit, Deloitte était, en réalité, « en mesure d’évaluer l’ampleur de sa responsabilité éventuelle » avant d’entreprendre son rapport de 1997 (motifs de la Juge en chef, par. 176). La situation est très différente du montant potentiellement illimité correspondant aux investissements perdus par un nombre incalculable de tiers ayant fondé leurs décisions d’affaires sur des états financiers vérifiés (voir *Hercules*, par. 32). La considération selon laquelle Deloitte ne connaissait pas « l’étendue de [sa] responsabilité au moment où [elle accepte] un engagement » de Livent (motifs de la Juge en chef, par. 176) confond la responsabilité *indéterminée* et la responsabilité *non déterminée*.

[73] La Juge en chef qualifie la responsabilité que l’on cherche à imposer en l’espèce d’« indéterminé[e] » parce que la confiance de Livent échapperait à la portée de l’engagement de Deloitte (par. 170). Nous ne partageons pas cet avis. Au contraire, l’indétermination quant à la valeur est limitée par les fins auxquelles le rapport de vérification a été préparé, et le fait pour Livent de s’y fier correspondait clairement à ces fins. Dans l’arrêt *Hercules*, notre Cour a rejeté une action intentée par des investisseurs au motif qu’ils pouvaient utiliser les rapports de vérification « pour quelque fin connexe ou non

put is potentially limitless). But that is not the case here. The 1997 Audit was prepared for the express purpose of oversight of management by Livent's shareholders, and the loss at issue flowed from those shareholders' inability to conduct that oversight. It follows that the purposes underlying the 1997 Audit — of which, as we have explained, there are only two — do not give rise to potential indeterminacy, and by corollary, relate to potential losses that, too, are not indeterminate. This is not a case where, for example, an unknown third-party relied on an audit to launch a takeover bid — a purpose outside the scope of the audit (*Hercules*, at para. 32). Rather, this is a case in which an established purpose of the audit was undermined, and where losses predictably flowed from that failed purpose (*Haig*, at pp. 478-79).

[74] Here, *one* claimant (Livent) is suing Deloitte for failing to satisfy one of *two* auditing purposes (oversight of management) which would have been superseded by an audit *one* year later. No indeterminate liability arises in this context. In this regard, La Forest J.'s remarks for this Court in *Hercules* (at para. 37) are apposite:

... in cases where the defendant knows the identity of the plaintiff (or of a class of plaintiffs) and where the defendant's statements are used for the specific purpose or transaction for which they were made, policy considerations surrounding indeterminate liability will not be of any concern since the scope of liability can readily be circumscribed.

[75] The lack of indeterminacy here between Deloitte (an auditor) and Livent (its corporate client) is unsurprising given (1) this Court's recognition in *Hercules* that a duty of care exists between an auditor and its corporate client in relation to a statutory audit; and (2) this Court's direction in *Cooper* that the second stage of the *Anns/Cooper* framework

voulue » (par. 38), ce qui donnait lieu à une responsabilité indéterminée (puisque les diverses fins auxquelles peut servir un rapport de vérification sont potentiellement illimitées). Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le rapport de 1997 a été préparé dans le but exprès de permettre aux actionnaires de Livent de surveiller la gestion, et la perte en question est le résultat de leur incapacité à assurer cette surveillance. Il s'ensuit que les buts qui sous-tendent le rapport de 1997 — deux seulement, comme nous l'avons expliqué — ne donnent pas lieu à une éventuelle indétermination, et s'attachent, corollairement, à des pertes éventuelles qui, elles non plus, ne sont pas indéterminées. Il ne s'agit pas d'un cas où, par exemple, une tierce partie inconnue se serait fiée à un rapport de vérification pour faire une offre publique d'achat — un but qui échappe à la portée de la vérification (*Hercules*, par. 32). Il s'agit plutôt d'un cas où l'un des objectifs établis de la vérification a été sapé, et où, comme il fallait s'y attendre, des pertes s'en sont suivies (*Haig*, p. 478-479).

[74] En l'espèce, *une seule* demanderesse (Livent) poursuit Deloitte pour défaut de respecter l'une des *deux* fins visées par le rapport de vérification (la surveillance de la gestion), lequel rapport aurait été remplacé par une vérification effectuée *une* année plus tard. Il n'y a aucune responsabilité indéterminée dans un tel contexte. À cet égard, les observations formulées au nom de la Cour par le juge La Forest dans l'arrêt *Hercules* (par. 37) sont pertinentes :

... dans les cas où le défendeur connaît le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et où les déclarations du défendeur sont utilisées précisément dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels elles ont été faites, les considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée sont dénuées d'intérêt étant donné que l'étendue de la responsabilité peut facilement être circonscrite.

[75] L'absence d'indétermination en l'espèce entre Deloitte (un vérificateur) et Livent (l'entreprise qui est sa cliente) n'a rien de surprenant étant donné (1) que dans l'arrêt *Hercules*, notre Cour a reconnu l'existence d'une obligation de diligence entre un vérificateur et l'entreprise qui est sa cliente relativement à une vérification exigée par la loi; et (2) que

need not be considered where a previously recognized proximate relationship exists.

(c) *Remoteness*

[76] The Chief Justice says that Deloitte's complete immunity from liability would similarly flow from a remoteness analysis (para. 173). We disagree.

[77] In a successful negligence action, a plaintiff must demonstrate that (1) the defendant owed him or her a duty of care; (2) the defendant's behaviour breached the standard of care; (3) the plaintiff sustained damage; and (4) the damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 3; *Saadati*, at para. 13). The principle of remoteness, or legal causation, examines whether "the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable" (*Mustapha*, at para. 12, citing A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 360; see also *Saadati*, at para. 34). It is trite law that "it is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility" (*Mustapha*, at paras. 11-13, citing *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.), at p. 424). Therefore, injury will be sufficiently related to the wrongful conduct if it is a reasonably foreseeable consequence of that conduct.

[78] We acknowledge that remoteness, so understood, overlaps conceptually with the reasonable foreseeability analysis conducted in the *prima facie* duty of care analysis (*Mustapha*, at para. 15). But the two are distinct: the duty analysis is concerned with *the type of injury* that is reasonably foreseeable as flowing from the defendant's conduct, whereas the remoteness analysis is concerned with the reasonable foreseeability of *the actual injury* suffered by the plaintiff (L. N. Klar and C. S. G. Jefferies,

dans l'arrêt *Cooper*, notre Cour a indiqué qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le deuxième volet du cadre établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* lorsqu'il existe un lien de proximité déjà reconnu.

c) *Éloignement*

[76] La Juge en chef affirme que l'exonération absolue de responsabilité serait tout autant accordée à Deloitte à l'issue d'une analyse fondée sur le caractère éloigné (par. 173). Nous ne sommes pas de cet avis.

[77] Pour avoir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, le demandeur doit démontrer (1) que le défendeur avait envers lui une obligation de diligence; (2) que par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence; (3) que le demandeur a subi des dommages; et (4) que ces dommages sont imputables, en fait et en droit, au manquement du défendeur (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 3; *Saadati*, par. 13). Le principe de l'éloignement, ou de la causalité juridique, appelle à se demander si [TRADUCTION] « le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (*Mustapha*, par. 12, citant A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8^e éd. 2006), p. 360; voir aussi *Saadati*, par. 34). Il est bien établi en droit que [TRADUCTION] « le fait que le préjudice était prévisible par l'homme raisonnable est le seul critère de la responsabilité » *Mustapha*, par. 12, citant *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.), p. 424). Ainsi, le préjudice aura un lien suffisant avec l'acte fautif s'il en est une conséquence raisonnablement prévisible.

[78] Nous reconnaissons qu'ainsi interprété, le principe de l'éloignement recoupe en théorie l'analyse de la prévisibilité raisonnable considérée dans le cadre de l'analyse de l'obligation de diligence *prima facie* (*Mustapha*, par. 15). Mais les deux analyses sont distinctes : l'analyse relative à l'obligation de diligence s'intéresse *au type de préjudice* qu'il est raisonnable de prévoir qu'il découlera de la conduite du défendeur, alors que l'analyse relative à l'éloignement s'attache à la prévisibilité raisonnable

Tort Law (6th ed. 2017), at p. 565: “Remoteness questions deal with how far liability should extend in reference to injuries caused to the plaintiff, once a duty relationship [has] been established” (emphasis added)).

[79] Remoteness, at its core, turns on the reasonable foreseeability of the actual injury suffered by the plaintiff. But, and as we have explained, the loss here — stemming from Deloitte’s failure to fulfill the specific undertaking it made to Livent — *was* reasonably foreseeable. It follows that remoteness is not a bar to Livent’s recovery.

[80] Nonetheless, the Chief Justice holds that Livent’s loss is too remote because it cannot be attributed to its shareholders’ reliance on the 1997 Audit for the purpose of overseeing management. Specifically, she says that “Livent did not prove and the trial judge did not find that Livent’s shareholders relied on Deloitte’s negligent audit statements, or that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets” (para. 159). With respect, we see the matter differently. In its amended statement of claim, Livent advanced its theory of impaired shareholder reliance (A.R., vol. III, at p. 112):

As a consequence of the Auditors’ breaches of duty, they missed repeated opportunities to uncover and reveal the accounting irregularities and errors being orchestrated by Drabinsky and Gottlieb. Consequently, the Livent Stakeholders were deprived of the opportunity to exercise their collective will by, inter alia, ousting Drabinsky and Gottlieb thereby avoiding further losses, damages and liabilities incurred by Livent and the Livent Stakeholders. [Emphasis added.]

[81] Similarly, when the trial judge summarized Livent’s position at trial, he wrote (at para. 23):

du *préjudice réel* subi par le demandeur (L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6^e éd. 2017), p. 565 : [TRADUCTION] « Les questions relatives à l’éloignement visent à déterminer l’étendue de la responsabilité au regard du préjudice causé au demandeur, une fois établie l’existence d’une relation découlant d’une obligation » (nous soulignons)).

[79] L’éloignement, pour l’essentiel, tient à la prévisibilité raisonnable du préjudice réel subi par le demandeur. Or, et comme nous l’avons expliqué, la perte en l’espèce — qui découle du défaut de Deloitte de respecter l’engagement précis qu’elle avait pris envers Livent — *était* raisonnablement prévisible. Il s’ensuit que l’éloignement n’est pas un obstacle à l’indemnisation de Livent.

[80] Pourtant, la Juge en chef estime que la perte de Livent est trop éloignée parce qu’on ne saurait l’attribuer au fait que les actionnaires se sont fiés au rapport de 1997 pour surveiller la gestion de l’entreprise. En particulier, elle affirme que « Livent n’a pas prouvé, et le juge de première instance n’a pas conclu, que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que s’ils avaient reçu des états financiers exacts et s’y étaient fiés, ils auraient agi d’une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs » (par. 159). Avec égards, nous envisageons la question différemment. Dans sa déclaration modifiée, Livent a fait valoir comme suit sa thèse de la confiance compromise des actionnaires (m.a., vol. III, p. 112) :

[TRADUCTION] En raison des manquements à leur obligation, les vérificateurs ont raté maintes occasions de découvrir et de révéler les irrégularités et erreurs comptables planifiées par Drabinsky et Gottlieb. En conséquence, les parties intéressées de Livent ont été privées de l’occasion d’exercer leur volonté collective, notamment en limogeant Drabinsky et Gottlieb et en évitant du coup les pertes, dommages et dettes encore plus élevés qu’ont subis Livent et les parties intéressées de Livent. [Nous soulignons.]

[81] De même, en résumant la thèse défendue par Livent au procès, le juge de première instance a écrit ce qui suit (par. 23) :

[Deloitte's] alleged negligent issuance of unqualified opinions, in turn, deprived the honest directors and shareholders of the opportunity to put a stop to the fraud, and the losses eventually caused to the company by the fraud, at an earlier date. [Emphasis added.]

[82] The trial judge accepted this theory: “. . . I believe that the honest directors and innocent shareholders in this case were entitled to rely on Deloitte's audits to discharge their supervisory task . . .” (para. 341). Nonetheless, the Chief Justice would deny liability because, in her view, “Livent offered no proof to support” the assertion that its shareholders would have called management to account had they received a non-negligent audit in March of 1998 (para. 161). But this is *precisely* what the record shows. On November 18, 1998, Livent received a prudently prepared audit of its restated 1997 financial statements. This prudent audit disclosed a “significant, if not staggering” difference in reported income (trial reasons, at para. 15). Specifically, the prudent audit uncovered an additional loss of over \$50 million during the 1997 fiscal year.

[83] Livent's response upon receipt of this audit report is telling and, in our view, belies any suggestion that informed shareholder scrutiny would have permitted Livent to act in any manner other than expected. *That same day*, “Drabinsky and Gottlieb were dismissed for cause . . . and Livent voluntarily made a petition for bankruptcy protection” in the United States (trial reasons, at para. 16). *The next day*, “Livent filed for protection under the [Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36] in Canada” (*ibid.*). It is difficult to conceive of a clearer demonstration of when and how Livent's shareholders would have “prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets” had Deloitte prepared a prudent audit in March of 1998 (Chief Justice's reasons, at para. 159).

[TRANSLATION] La négligence dont [Deloitte] aurait fait preuve en produisant des opinions sans réserve a, du même coup, privé les administrateurs et les actionnaires honnêtes de la possibilité de mettre, avant la date à laquelle ils l'ont fait, un terme à la fraude, ainsi qu'aux pertes que la société a ultimement subies. [Nous soulignons.]

[82] Le juge de première instance a accepté cette thèse : [TRANSLATION] « . . . je crois que les administrateurs honnêtes et les actionnaires innocents en l'espèce devaient pouvoir se fier aux vérifications faites par Deloitte pour s'acquitter de leur tâche de surveillance . . . » (par. 341). Néanmoins, la Juge en chef ne reconnaît pas la responsabilité de Deloitte parce que selon elle, « Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui » de l'affirmation selon laquelle ses actionnaires auraient demandé à la direction de rendre des comptes s'ils avaient reçu un rapport non entaché de négligence en mars 1998 (par. 161). Or, c'est *précisément* ce qui ressort du dossier. Le 18 novembre 1998, Livent a reçu un rapport de vérification — prudemment préparé — de ses états financiers modifiés pour l'exercice 1997. Ce rapport de vérification prudent révélait un écart « important, voire colossal » dans le revenu déclaré (motifs de première instance, par. 15). Plus particulièrement, ce rapport laissait voir une perte additionnelle de plus de 50 millions de dollars pour l'exercice 1997.

[83] La réponse de Livent, lorsqu'elle a reçu ce rapport, est éloquent et, à notre avis, elle contredit toute prétention qu'un examen attentif par des actionnaires informés aurait permis à Livent d'agir autrement que de la manière attendue. *Ce même jour*, [TRANSLATION] « Drabinsky et Gottlieb ont été congédiés pour un motif valable [. . .] et Livent a elle-même demandé la protection de la loi sur la faillite » aux États-Unis (motifs de première instance, par. 16). *Le lendemain*, « Livent s'est placée sous la protection de la [Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36] au Canada » (*ibid.*). Il est difficile de démontrer avec plus d'éloquence quand et comment les actionnaires de Livent auraient « empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs » si Deloitte s'était montrée prudente dans la préparation de son rapport de vérification en mars 1998 (motifs de la Juge en chef, par. 159).

[84] On this record, any speculation that Livent's shareholders might have done nothing in response to rampant fraud is simply unsustainable. Indeed, the similarly speculative claim that Livent's shareholders might have done nothing when confronted with a notional liquidation deficit of approximately \$365 million in early April 1998 (when we know that the actual liquidation deficit of \$413.83 million in mid-November 1998 prompted Livent's immediate petition into bankruptcy) is — also in light of this record — equally improbable.

[85] The Chief Justice, however, advances one additional basis upon which to deny Deloitte's liability: that Deloitte should be liable "only for the information" it provided (the audit opinion), not "for the decision[s] to be informed by it" (para. 171). This proposition does not preclude Deloitte's liability here.

(d) *Additional Basis for Limiting Liability: Information, Advice and the "SAAMCO Principle"*

[86] The Chief Justice seeks to limit Deloitte's liability because it merely provided "information" to Livent, not "advice", and, as a consequence, did not "assume responsibility for what the shareholders decide[d] to do with that information" (para. 170). In this regard, she cites (at para. 149) the following passage from *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, at para. 44:

A valuer or a conveyancer, for example, will rarely supply more than a specific part of the material on which his client's decision is based. He is generally no more than a provider of what Lord Hoffmann [in *SAAMCO*] called "information". At the opposite end of the spectrum, an investment adviser advising a client whether to buy a particular stock, or a financial adviser advising whether to invest self-invested pension fund in an annuity are likely, in Lord Hoffmann's terminology, to be regarded as giving "advice". Between these extremes, every case is likely to depend on the range of matters for which the defendant

[84] Au vu du dossier, toute hypothèse suivant laquelle les actionnaires de Livent auraient pu ne rien faire devant une fraude patente est tout simplement insoutenable. De fait, l'hypothèse semblable voulant que les actionnaires de Livent auraient pu ne rien faire s'ils avaient été placés devant l'éventualité d'un déficit de liquidation d'environ 365 millions de dollars au début d'avril 1998 (alors que nous savons qu'à la mi-novembre 1998, le déficit de liquidation réel de 413 830 000 dollars a immédiatement provoqué la requête en faillite de Livent) est — également au vu du dossier — tout aussi improbable.

[85] La Juge en chef, toutefois, propose un motif additionnel pour exonérer Deloitte de responsabilité : Deloitte aurait dû être responsable « seulement à l'égard des renseignements » qu'elle a fournis (l'opinion du vérificateur), et non « à l'égard de[s] décision[s] que ceux-ci devaient éclairer » (par. 171). Cette proposition n'écarte pas la responsabilité de Deloitte en l'espèce.

d) *Moyens additionnels de limiter la responsabilité : renseignements, conseils et le « principe SAAMCO »*

[86] La Juge en chef cherche à limiter la responsabilité de Deloitte parce que celle-ci a simplement fourni des « renseignements » à Livent, et non des « conseils », et qu'en conséquence, elle n'a pas « assum[é] [...] la responsabilité de ce que les actionnaires décident de faire avec ces renseignements » (par. 170). À cet égard, elle cite (au par. 149) le passage suivant tiré de *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, par. 44 :

[TRADUCTION] L'évaluateur ou le rédacteur d'actes translatifs de propriété, par exemple, ne communiquera que rarement plus qu'une partie précise des renseignements sur lesquels repose la décision de son client. De manière générale, il se limite à fournir ce que lord Hoffmann [dans *SAAMCO*] appelait de l'« information ». À l'autre extrémité du spectre, un conseiller en placements qui conseille un client au sujet de l'achat de certaines actions en bourse, ou un conseiller financier qui se prononce sur l'opportunité d'investir dans une rente des sommes détenues dans un fonds de retraite autogéré sont susceptibles,

assumed responsibility and no more exact rule can be stated.

[87] It is true that Deloitte, as auditor, did not advise Livent on its business decisions. But it nevertheless “assumed responsibility” over providing accurate information upon which the shareholders could rely to scrutinize management conduct. Deloitte does not escape liability simply because a negligent audit, in itself, cannot cause financial harm. Audits never, in themselves, cause harm. It is only when they are detrimentally relied upon that tangible consequences ensue.

[88] The consequences of this line of reasoning should not be understated. By effectively limiting an auditor’s liability to the harms inherent in the negligent audit, while excluding those harms which are a reasonably foreseeable consequence of that negligent audit (i.e., an inability to oversee management), a central purpose for which a statutory audit is prepared is undercut, thereby immunizing auditors from liability for any act of negligence impairing oversight. This holding is inconsistent with the Court’s jurisprudence (which prescribes recovery for reasonably foreseeable injury, even if that injury is not technically immediate) and is in tension with *Hercules* (which sought to limit auditors’ liability for statutory audits to determinate corporate claims rather than indeterminate stakeholder claims, not to insulate auditors from virtually all liability).

[89] The Chief Justice’s reliance on the so-called “SAAMCO principle” — derived from the House of Lords’ decision in *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191 (“SAAMCO”); see also *Nykredit Mortgage Bank*

selon le propos de lord Hoffmann, d’être considérés comme ayant fourni des « opinions ». Entre ces deux extrêmes, chaque cas dépendra probablement de la gamme de questions au sujet desquelles le défendeur a assumé une responsabilité, et on ne peut énoncer à cet égard une règle plus précise.

[87] Il est vrai que Deloitte, en tant que vérificateur, n’a pas conseillé Livent concernant ses décisions d’affaires. Mais elle a tout de même « assumé la responsabilité » de fournir des renseignements exacts auxquels les actionnaires pourraient se fier pour examiner en détail la conduite de la direction. Deloitte n’échappe pas à sa responsabilité tout simplement parce qu’une vérification entachée de négligence ne peut en soi causer un préjudice financier. Un rapport du vérificateur ne cause jamais de lui-même un préjudice financier. Ce n’est que si quelqu’un s’y fie à son détriment qu’il entraîne des conséquences tangibles.

[88] Il ne faut pas sous-estimer les conséquences qu’entraînerait un tel raisonnement. En limitant effectivement la responsabilité du vérificateur aux seuls préjudices découlant de la vérification entachée de négligence, tout en excluant le préjudice constituant une conséquence raisonnablement prévisible (c.-à-d. l’incapacité de surveiller la gestion), un objectif principal de la vérification exigée par la loi est mis à mal, et les vérificateurs sont ainsi dégagés de responsabilité pour tout acte négligent compromettant la surveillance de l’entreprise. Cette constatation est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour (qui prévoit l’indemnisation du préjudice raisonnablement prévisible, même si ce préjudice n’est pas strictement immédiat) en plus d’entrer en conflit avec l’arrêt *Hercules* (qui visait à limiter, dans le cas d’une vérification exigée par la loi, la responsabilité des vérificateurs aux réclamations déterminées de l’entreprise plutôt qu’aux réclamations indéterminées des intéressés, et non à dégager les vérificateurs de pratiquement toute responsabilité).

[89] À notre avis, la Juge en chef commet une erreur lorsqu’elle invoque le principe qu’on peut appeler le « principe SAAMCO » — tiré de l’arrêt de la Chambre des lords *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1997] A.C.

plc. v. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2), [1997] 1 W.L.R. 1627 (H.L.); *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190 (H.L.); and *BPE Solicitors* — is in our respectful view mistaken for the same reason as her reliance on the dichotomy between information and advice as described in *BPE Solicitors*. Her reliance on both U.K. decisions is premised on how Deloitte never assumed responsibility for injuries resulting from Livent's operations — either because those injuries were not caused by the mere information contained in the 1997 Audit (*BPE Solicitors*), or because those injuries did not flow from what was incorrect in the 1997 Audit (*SAAMCO*). But, in assuming responsibility for informing shareholder scrutiny of management, Deloitte *did* assume responsibility for injuries flowing from that impaired scrutiny.

[90] In simple terms, the *SAAMCO* principle denies recovery for pure economic loss where the plaintiff's injury would still have occurred even if the defendant's negligent misrepresentation were factually true. Rephrased as a test, the principle denies liability where an *alternate* cause that is *unrelated* to the defendant's negligence is the true source of the plaintiff's injury. This alternate and unrelated cause explains why the truth of the negligent misstatement has no bearing on the plaintiff's ultimate injury (i.e., because, even with that truth, the injury would have flowed as a result of the alternate cause). Or, framed from the perspective of the duty of care, the defendant could not have undertaken to protect against injuries that would have been caused by alternate and unrelated sources. In *SAAMCO*, the House of Lords explained the principle with the commendably Albertan example of a mountaineer:

A mountaineer about to undertake a difficult climb is concerned about the fitness of his knee. He goes to a doctor who negligently makes a superficial examination and pronounces the knee fit. The climber goes on the expedition,

191 (« *SAAMCO* »); voir aussi *Nykredit Mortgage Bank plc. c. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627 (H.L.); *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190 (H.L.); et *BPE Solicitors* — pour la même raison qu'elle commet une erreur lorsqu'elle invoque la dichotomie entre les renseignements et les conseils décrite dans *BPE Solicitors*. Son application de ces deux décisions du Royaume-Uni prend appui sur le fait que Deloitte n'a jamais assumé la responsabilité des préjudices découlant des activités de Livent — soit parce que ces préjudices n'étaient pas causés seulement par les renseignements figurant dans le rapport de 1997 (*BPE Solicitors*), ou parce que ces préjudices ne découlaient pas des renseignements erronés dans le rapport de 1997 (*SAAMCO*). Cependant, lorsqu'elle a assumé la responsabilité d'aider les actionnaires à surveiller la gestion, Deloitte a *effectivement* assumé la responsabilité des préjudices découlant de cette surveillance compromise.

[90] En termes simples, le principe *SAAMCO* rejette l'idée d'une indemnisation des pertes purement économiques lorsque le demandeur aurait subi un préjudice même si la déclaration inexacte faite de façon négligente par le défendeur s'avérait dans les faits exacte. Reformulé sous forme de critère, le principe rejette toute responsabilité lorsqu'une cause *subsidaire étrangère* à la négligence du défendeur est la source véritable du préjudice subi par le demandeur. Cette cause subsidiaire et étrangère explique pourquoi la véracité de la déclaration erronée entachée de négligence n'a aucune incidence sur le préjudice subi en fin de compte par le demandeur (c.-à-d. pourquoi, malgré la véracité de cette déclaration, la cause subsidiaire aurait entraîné le préjudice). Ou pourquoi, du point de vue de l'obligation de diligence, le défendeur n'aurait pas pu s'engager à protéger le demandeur contre les préjudices qu'auraient entraînés les sources subsidiaires et étrangères. Dans l'arrêt *SAAMCO*, la Chambre des lords a expliqué le principe par l'excellent exemple albertain de l'alpiniste :

[TRADUCTION] Un alpiniste sur le point d'entreprendre une escalade difficile s'inquiète de l'état de son genou. Il consulte un médecin qui lui fait négligemment un examen superficiel et conclut que le genou est en bon état.

which he would not have undertaken if the doctor had told him the true state of his knee. He suffers an injury which is an entirely foreseeable consequence of mountaineering but has nothing to do with his knee. [p. 213]

[91] In this example, the doctor's negligent misrepresentation (the positive knee diagnosis) is a cause that is alternate and unrelated to the cause of the mountaineer's injury (a mountaineering accident unrelated to the knee, for example, an avalanche). As a result, even had the doctor's negligent misrepresentation been true (i.e., even if the mountaineer's knee had been fit), the injury would still have occurred, since the fitness of his knee would not have prevented the injury caused by the avalanche. In other words, the doctor could not have undertaken to protect against an avalanche, which is unrelated to his or her diagnosis.

[92] Deloitte is unlike the doctor. Deloitte's negligence related to a statutory audit, a purpose of which is management oversight by shareholders. That oversight, in turn, informs (or is related to) subsequent business decisions by the corporation. It follows that Livent's trading losses were not an alternate and unrelated cause of Livent's injury. To the contrary, the shareholders' capacity to oversee the conduct of Livent's business was entirely dependent upon the statutory audit preceding that oversight. In particular, the shareholders' reliance on that audit and the audit's portrayal of the directors and their business ventures was a critical component of their oversight of management — which, we reiterate, was the very purpose in respect of which Deloitte undertook to act with reasonable care.

[93] It therefore follows from a proper understanding of the *SAAMCO* principle that it does not limit Deloitte's liability in respect of the 1997 Audit.

L'alpiniste se joint à l'expédition, ce qu'il n'aurait pas fait si le médecin l'avait informé du véritable état de son genou. Il subit une blessure qui est une conséquence entièrement prévisible de l'ascension, mais qui n'a rien à voir avec son genou. [p. 213]

[91] Dans cet exemple, la déclaration inexacte entachée de négligence du médecin (le diagnostic de bon état du genou) est une cause subsidiaire et étrangère à la cause de la blessure de l'alpiniste (un accident d'alpinisme sans rapport avec le genou, par exemple, une avalanche). Ainsi, même si la déclaration inexacte faite par négligence s'était avérée véridique (c.-à-d. même si le genou de l'alpiniste avait été en bon état), l'alpiniste se serait quand même blessé puisque le bon état de son genou n'aurait pas empêché la blessure causée par l'avalanche. Autrement dit, le médecin n'aurait pas pu s'engager à le protéger d'une avalanche, qui n'a aucun rapport avec son diagnostic.

[92] Deloitte est dans une situation différente de celle du médecin. Sa négligence avait trait à une vérification exigée par la loi qui devait permettre aux actionnaires de surveiller la gestion de l'entreprise. Cette surveillance éclaire (ou concerne) elle-même des décisions d'affaires ultérieures de l'entreprise. C'est donc dire que les pertes commerciales de Livent ne sont pas une cause subsidiaire et étrangère au préjudice qu'elle a subi. Au contraire, la capacité des actionnaires à surveiller la conduite des affaires de Livent dépendait entièrement du rapport d'évaluation exigé par la loi qui a précédé cette surveillance. Plus particulièrement, le fait que les actionnaires se fiaient sur ce rapport et la façon dont ce rapport présentait les administrateurs et leurs opérations commerciales constituaient des éléments essentiels de leur surveillance de la gestion — surveillance qui, rappelons-le, constituait le but même pour lequel Deloitte s'était engagée à agir avec diligence raisonnable.

[93] Une interprétation correcte du principe *SAAMCO* mène donc à la conclusion que celui-ci ne limite pas la responsabilité de Deloitte pour ce qui est du rapport de 1997.

[94] We add, however, that a full consideration of *SAAMCO*'s application in Canadian law by this Court should await future cases, with greater consideration of the principle by lower courts, more comprehensive submissions by counsel, and critically, with facts more analogous to those in the *SAAMCO* jurisprudence. *SAAMCO* addressed whether a negligent valuator should be liable, not only for the difference between their valuation and a prudent valuation, but also for a subsequent drop in the market which exacerbated the lenders' losses. In this specific context, the loss attributable to the negligent valuation is easily extricable; it is the difference between the negligent valuation and a prudent valuation. But the same cannot be said in the context of statutory audits, where the "cause" of future losses flowing from future commercial activity is far more complex to isolate. Indeed, as Lord Sumption noted in *BPE Solicitors* (at para. 46):

Where the loss arises from a variety of commercial factors which it was for the claimant to identify and assess, it will commonly be difficult or impossible as well as unnecessary to quantify and strip out the financial impact of each one of them.

[95] In any event, the *SAAMCO* principle, at least in the manner the Chief Justice applies it here, conflicts with Canadian jurisprudence. Under established Canadian tort law, a defendant is liable if the plaintiff proves — in respect of causation — that the defendant caused the plaintiff's injury in fact (*Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 8) and in law (*Mustapha*, at paras. 12-13). As we have already explained, Livent proved both in respect of its injuries after the 1997 Audit. It follows that Deloitte is liable for Livent's injuries following that audit. Admittedly, a defendant may limit its liability, even if the plaintiff proves legal and factual causation, where the defendant proves that some of the plaintiff's injury would have still occurred without the defendant's negligence because of alternate hypothetical causes (*Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3

[94] Cependant, nous ajoutons que la Cour, avant de procéder à un examen minutieux de l'application du principe *SAAMCO* en droit canadien, devrait attendre que d'autres décisions soient rendues, dans lesquelles les tribunaux inférieurs auraient étudié davantage le principe, les avocats auraient soumis des arguments plus complets et, surtout, les faits seraient plus semblables à ceux dans la décision *SAAMCO*. Celle-ci portait sur la question de savoir si un évaluateur négligent devrait être responsable non seulement de la différence entre son évaluation et une évaluation prudente, mais aussi de la chute subséquente des marchés, qui a exacerbé les pertes du prêteur. Dans ce contexte précis, la perte attribuable à l'évaluation négligente est facilement isolable; il s'agit de la différence entre l'évaluation négligente et l'évaluation prudente. Toutefois, il en va autrement dans le contexte des vérifications exigées par la loi, où il est beaucoup plus complexe d'isoler la « cause » des pertes futures découlant d'activités commerciales futures. D'ailleurs, comme l'a souligné lord Sumption dans *BPE Solicitors* (par. 46) :

[TRADUCTION] Lorsque la perte découle d'une panoplie de facteurs commerciaux qu'il appartenait au demandeur de cerner et d'évaluer, il sera généralement difficile, voire impossible, et inutile de quantifier et de déterminer les répercussions financières de chacun d'entre eux.

[95] Quoi qu'il en soit, le principe *SAAMCO*, du moins de la façon dont la Juge en chef l'applique en l'espèce, est contraire à la jurisprudence canadienne. Selon le droit canadien établi en matière de responsabilité délictuelle, un défendeur est responsable lorsque le demandeur prouve — pour ce qui est de la causalité — que le défendeur a causé le préjudice du demandeur en fait (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 8) et en droit (*Mustapha*, par. 12-13). Comme nous l'avons déjà expliqué, Livent a prouvé ces deux éléments quant aux préjudices qu'elle a subis à la suite du rapport de 1997. Il s'ensuit que Deloitte est responsable des préjudices subis par Livent par suite du rapport. Certes, un défendeur peut limiter sa responsabilité, même si le demandeur prouve la causalité juridique et factuelle, lorsque le défendeur prouve que, même en l'absence de négligence de sa part, le demandeur

S.C.R. 3, at pp. 15-16). But those alternate hypothetical causes were already accounted for in the trial judge's 25 percent reduction in damages (trial reasons, at paras. 324-26). And, in so far as the Chief Justice holds that Livent failed to prove that alternate hypothetical causes did not cause the remaining 75 percent of damages, she disregards that it is Deloitte, not Livent, who bears the burden of proving that liability should be limited in this fashion (*Rainbow Industrial Caterers*, at pp. 15-16).

C. Defences

[96] Finally, having concluded that we would uphold the trial judge's finding that Deloitte is liable for its negligence in relation to the statutory audit, we must consider the two defences Deloitte advanced before this Court. First, Deloitte submits that both lower courts erred in failing to find that Livent's action was not barred by the defence of illegality. Secondly, Deloitte submits that, even had Livent's action not been barred for illegality, Deloitte should only be liable for part of the injury due to Livent's contributory fault.

[97] Both defences rely on the applicability of the doctrine of corporate identification. As the wrongdoing at issue was not that of Livent's but of its directors Drabinsky and Gottlieb, Deloitte cannot succeed on either defence unless it can show that the fraudulent acts of Livent's employees should be attributed to the corporation. The corporate identification doctrine is not, however, a standalone principle; rather, it is a means by which acts may be attributed to a corporation for the particular purpose or defence at issue. It follows that corporate identification must be analyzed independently for each defence.

aurait de toute façon subi un certain préjudice en raison d'autres causes hypothétiques (*Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). Or, le juge de première instance a déjà pris en compte ces autres causes hypothétiques en réduisant les dommages de 25 pour 100 (motifs de première instance, par. 324-326). Et dans la mesure où la Juge en chef conclut que Livent n'a pas réussi à prouver que d'autres causes hypothétiques n'ont pas causé 75 pour 100 des dommages, elle fait abstraction du fait que c'est à Deloitte, et non à Livent, qu'il incombe de prouver que la responsabilité devrait être limitée de cette façon (*Rainbow Industrial Caterers*, p. 15-16).

C. Moyens de défense

[96] Ayant conclu que nous confirmerions la décision du juge de première instance selon laquelle Deloitte est responsable de la négligence dont elle a fait preuve relativement à la vérification exigée par la loi, il nous faut finalement examiner les deux moyens de défense que Deloitte a plaidés devant notre Cour. Premièrement, Deloitte soutient que les deux tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de ne pas conclure que la défense d'illégalité ne rendait pas irrecevable l'action de Livent. Deuxièmement, Deloitte soutient que même si l'action de Livent n'a pas été jugée irrecevable pour cause d'illégalité, Deloitte devrait seulement être tenue responsable d'une partie du préjudice du fait de la faute contributoire de Livent.

[97] Ces deux moyens sont fondés sur l'applicabilité de la doctrine de l'identification à la société. La faute en cause n'étant pas celle de Livent, mais celle de ses administrateurs Drabinsky et Gottlieb, aucun des moyens de défense invoqués par Deloitte ne saurait être retenu à moins que cette dernière ne puisse démontrer que les actes frauduleux commis par les employés de Livent devraient être attribués à l'entreprise. La doctrine de l'identification à la société n'est cependant pas une doctrine autonome; il s'agit plutôt d'un moyen par lequel des actes peuvent être attribués à une société pour la fin ou la défense particulière en cause. Il s'ensuit que cette doctrine commande une analyse indépendante de chaque moyen de défense.

(1) Illegality

[98] The defence of illegality bars an otherwise valid action in tort on the basis that the plaintiff has engaged in illegal or immoral conduct and, therefore, should not recover (*Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, at p. 169; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27, at para. 20). Grounded in public policy, it is available in very “limited” circumstances, only where it is necessary to preserve the “integrity of the justice system” (*Hall*, at pp. 179-80). And, the integrity of the justice system will only be compromised where a “damage award in a civil suit would, in effect, allow a person to profit from illegal or wrongful conduct, or would permit an evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law” (*ibid.*, at p. 169; *Zastowny*, at para. 3).

[99] Here, the only illegal or wrongful conduct was committed by Livent’s directors, Drabinsky and Gottlieb, and portions of management. It follows that, for Deloitte to rely on the defence of illegality, it must be able to attribute the “illegal or wrongful conduct” of certain directors and managers to Livent itself, the plaintiff in this case.

[100] The test for corporate attribution was set out by this Court in *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662. To attribute the fraudulent acts of an employee to its corporate employer, two conditions must be met: (1) the wrongdoer must be the directing mind of the corporation; and (2) the wrongful actions of the directing mind must have been done within the scope of his or her authority; that is, his or her actions must be performed within the sector of corporate operation assigned to him. For the purposes of this analysis, an individual will cease to be a directing mind unless the action (1) was not totally in fraud of the corporation; and (2) was by design or result partly for the benefit of the corporation (pp. 681-82 and 712-13).

(1) L’illégalité

[98] La défense d’illégalité fait obstacle à une action en responsabilité délictuelle par ailleurs valide parce que le demandeur a commis un acte illégal ou immoral et qu’il ne devrait donc pas être indemnisé (*Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, p. 169; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27, par. 20). Fondé sur des considérations d’ordre public, ce moyen ne peut être soulevé que dans des circonstances très « limité[es] », soit seulement lorsqu’il est nécessaire de préserver « l’intégrité du système de justice » (*Hall*, p. 179-180). Et l’intégrité du système de justice ne sera compromise que lorsque « l’attribution de dommages-intérêts dans une poursuite civile aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou de faire en sorte qu’elle échappe à une sanction pénale ou qu’elle bénéficie d’une réduction de cette sanction » (*ibid.*, p. 169; *Zastowny*, par. 3).

[99] En l’espèce, la seule conduite illégale ou fautive a été commise par les administrateurs de Livent, Drabinsky et Gottlieb, et par certains de ses dirigeants. Ainsi, pour que Deloitte puisse invoquer la défense d’illégalité, elle doit pouvoir attribuer la « conduite illégale ou fautive » de certains administrateurs et dirigeants à Livent elle-même, la demanderesse dans la présente affaire.

[100] Le critère applicable à l’attribution d’un acte à une société a été énoncé par notre Cour dans l’arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662. Afin de pouvoir imputer les actes frauduleux d’un employé à la société qui l’emploie, deux conditions doivent être remplies : (1) l’auteur de la faute doit être l’âme dirigeante de la société; et (2) les actes fautifs de l’âme dirigeante ne doivent pas excéder son pouvoir, en ce sens qu’ils doivent être accomplis dans le cadre du secteur d’activités de la société qui lui est attribué. Pour les besoins de cette analyse, une personne cessera d’être une âme dirigeante à moins que l’acte qu’elle a commis (1) n’ait pas été complètement frauduleux envers la société; et (2) ait eu en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la société (p. 681-682 et 712-713).

[101] At first glance, these conditions might seem to be satisfied in this case. Drabinsky and Gottlieb were directing minds, acting within the sector of corporate operations assigned to them, whose fraud was genuinely designed and executed in an attempt to assist Livent through the artificial extension of its life. Indeed, the application of the doctrine in this case would be consistent with the factually analogous decision in *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240. There, the test laid down by this Court in *Canadian Dredge* was strictly applied in the context of a civil claim for auditor's negligence and was satisfied. The court attributed the fraudulent acts of the "alter ego and directing mind" to the auditor's corporate client and barred recovery for the auditor's negligent preparation of a statutory audit.

[102] In our view, however, a strict application of this Court's decision in *Canadian Dredge* was not warranted in *Hart*, and is not warranted here. It must be recalled that *Canadian Dredge* was decided in the context of criminal liability. Accordingly, the underlying question there was who should bear the responsibility for the criminal actions of a corporation's directing mind. Consequently, the policy factors identified therein which weigh in favour of imputing a corporation with the illegality or wrongdoing of its directing mind flow from the "social purpose" of holding a corporation responsible for the *criminal* acts of its employees where those acts are designed and carried out, at least in part, to benefit the corporation (*Canadian Dredge*, at p. 704).

[103] However, as Estey J. himself recognized, the doctrine is only one of "judicial necessity" and where its application "would not provide protection of any interest in the community" or "would not advantage society by advancing law and order", the rationale for its application "fades away" (*Canadian Dredge*, at pp. 707-8 and 718-19). While public policy and judicial necessity may favour imputing the

[101] À première vue, il semblerait que l'on ait satisfait à ces conditions en l'espèce. Drabinsky et Gottlieb étaient les âmes dirigeantes, leurs actes relevaient du secteur d'activités de la société qui leur était attribué, et leurs actes frauduleux avaient véritablement pour but de tenter d'aider Livent en prolongeant artificiellement son existence. En fait, l'application de la doctrine en l'espèce s'accorderait avec la décision dans *Hart Building Supplies Ltd. c. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240, dont les faits sont analogues à ceux de l'espèce. Dans cette affaire, le critère établi par notre Cour dans l'arrêt *Canadian Dredge* a été rigoureusement appliqué dans le contexte d'une action civile pour négligence intentée contre un vérificateur, et ses conditions ont été remplies. La cour a imputé les actes frauduleux de [TRADUCTION] « l'alter ego et âme dirigeante » à la société cliente du vérificateur et a exclu toute indemnisation pour la préparation négligente par le vérificateur d'une vérification exigée par la loi.

[102] À notre avis, toutefois, l'application stricte de la décision de notre Cour dans *Canadian Dredge* n'était pas justifiée dans *Hart*, et elle n'est pas justifiée en l'espèce. Il convient de rappeler que l'arrêt *Canadian Dredge* s'inscrit dans un contexte de responsabilité criminelle. Ainsi, la question sous-jacente dans cette affaire était de savoir qui devait porter la responsabilité des actes criminels de l'âme dirigeante d'une société. En conséquence, les facteurs de politique générale dégagés dans cette affaire qui favorisent l'imputation à la société de l'illégalité ou des actes fautifs de son âme dirigeante, découlaient de l'« avantage social » à tenir une société responsable des actes *criminels* de ses employés lorsque ces actes sont expressément conçus et accomplis, du moins en partie, pour profiter à la société (*Canadian Dredge*, p. 704).

[103] Cependant, comme le juge Estey l'a lui-même reconnu, la doctrine n'en est qu'une de « nécessité juridique », et lorsque son application « ne protégerait aucun intérêt de la collectivité » ni ne « favorisera[it] l'ordre public », la règle n'aurait « plus de raison d'être » (*Canadian Dredge*, p. 707-708 et 718-719). Bien que des considérations de politique générale et la nécessité juridique puissent

corporation with the actions of its directing minds in certain criminal prosecutions, the same cannot be said of attributing the actions of a directing mind for the purposes of a civil suit in the context of an auditor's negligent preparation of a statutory audit. As indicated above, the very purpose of a statutory audit is to provide a means by which fraud and wrongdoing may be discovered. It follows that denying liability on the basis that an individual within the corporation has engaged in the very action that the auditor was enlisted to protect against would render the statutory audit meaningless (D. L. MacPherson, "Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*" (2005), 41 *Can. Bus. L.J.* 471). As Livent submitted, it would be perverse to deny auditor's liability for negligently failing to detect fraud "where the harm [to the corporation] is likely to occur and likely to be most serious" (R.F., at para. 94).

[104] While, therefore, this Court's decision in *Canadian Dredge* remains the authoritative test for the application of the corporate identification doctrine, we would reaffirm one qualification. The principles set out in *Canadian Dredge* provide a *sufficient* basis to find that the actions of a directing mind be attributed to a corporation, not a *necessary* one (pp. 681-82). As a principle that is grounded in policy, and which only serves as a means to hold a corporation criminally responsible or to deny civil liability, courts retain the discretion to refrain from applying it where, in the circumstances of the case, it would not be in the public interest to do so. And where, as here, its application would render meaningless the very purpose for which a duty of care was recognized, such application will rarely be in the public interest. If a professional undertakes to provide a service to detect wrongdoing, the existence of that wrongdoing will not normally weigh in favour of barring civil liability for negligence through the corporate identification doctrine. (That said, we leave for another day the question of whether the same is true in the context of a "one man" corporation, where the sole director and shareholder hires

jouer en faveur de l'imputation à la société des actes de ses âmes dirigeantes dans certaines poursuites criminelles, il en va autrement de l'imputation des actes d'une âme dirigeante pour le besoin d'une poursuite au civil dans le contexte de la préparation négligente d'une vérification exigée par la loi. Comme nous l'avons indiqué, le but même d'une vérification exigée par la loi est d'offrir un moyen de découvrir la fraude et les actes fautifs. Ainsi, refuser d'imputer la responsabilité à la société au motif qu'un de ses employés a commis les actes mêmes contre lesquels le vérificateur a été retenu pour protéger la société reviendrait donc à vider de son sens la vérification exigée par la loi (D. L. MacPherson, « Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche* » (2005), 41 *Rev. can. dr. comm.* 471). Comme Livent l'a fait valoir, il serait illogique de refuser de tenir responsable le vérificateur qui a omis par négligence de détecter une fraude [TRADUCTION] « lorsqu'il est probable que le préjudice [de la société] se produira et qu'il sera vraisemblablement très grave » (m.i., par. 94).

[104] Ainsi, bien que l'arrêt *Canadian Dredge* de notre Cour demeure l'arrêt de principe pour l'application de la doctrine de l'identification à la société, nous aimerions réaffirmer une nuance. Les principes établis dans l'arrêt *Canadian Dredge* offrent un fondement *suffisant* pour conclure que les actes d'une âme dirigeante doivent être imputés à la société, mais il ne s'agit pas d'un fondement *nécessaire* (p. 681-682). Comme il s'agit d'un principe qui repose sur une considération de politique générale et qui permet seulement de conclure à la responsabilité criminelle d'une société ou de l'exonérer de la responsabilité civile, les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de l'appliquer lorsque, dans les circonstances de l'espèce, il ne serait pas dans l'intérêt public de le faire. Et lorsque, comme en l'espèce, l'application de ce principe viderait de son sens la raison même pour laquelle l'obligation de diligence a été reconnue, il sera rarement dans l'intérêt public de l'appliquer. Si un professionnel s'engage à fournir un service visant à détecter un acte fautif, l'existence de cet acte fautif ne fera normalement pas pencher la balance en faveur de la non-imputation d'une responsabilité

the auditor to uncover the wrongful action which he, himself, carries out: *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) v. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; see also *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, 2002 SCC 81, [2002] 4 S.C.R. 312, at para. 22; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) v. Nazim (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1, at para. 30.)

[105] Finally, given the limited application of the defence of illegality, as recognized by this Court in *Hall and Zastowny*, we find no further compelling reason to justify the use of the corporate identification doctrine in these circumstances.

(2) Contributory Fault

[106] In the alternative, Deloitte submits that the Court of Appeal erred in holding Deloitte liable for the entirety of the proven loss, and specifically that Livent should have been found contributorily at fault in accordance with s. 3 of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1:

In any action for damages that is founded upon the fault or negligence of the defendant if fault or negligence is found on the part of the plaintiff that contributed to the damages, the court shall apportion the damages in proportion to the degree of fault or negligence found against the parties respectively.

[107] Again, the only conduct implicating Livent in this case was committed by Livent's directors, Drabinsky and Gottlieb, and portions of management. It follows that, for Deloitte to rely on the defence of contributory fault, it must be able to attribute the conduct of certain directors and managers to Livent itself.

[108] Unlike the discretionary illegality doctrine, Deloitte notes that s. 3 of the *Negligence Act*

civile pour négligence par application de la doctrine de l'identification à la société. (Cela dit, nous reportons à une autre occasion l'examen de la question de savoir s'il en va de même dans le contexte d'une société à actionnaire unique, où l'unique administrateur et actionnaire engage le vérificateur afin qu'il découvre une action fautive que l'administrateur a lui-même commise : *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) c. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; voir également *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, 2002 CSC 81, [2002] 4 R.C.S. 312, par. 22; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) c. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1, par. 30.

[105] Enfin, vu l'application limitée de la défense d'illégalité, tel que la Cour l'a reconnu dans les arrêts *Hall* et *Zastowny*, nous concluons qu'aucune autre raison impérieuse ne justifie le recours à la doctrine de l'identification à la société dans les circonstances de l'espèce.

(2) La faute contributoire

[106] À titre subsidiaire, Deloitte plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en tenant Deloitte responsable de la totalité de la perte prouvée, et plus particulièrement qu'elle aurait dû conclure que Livent avait commis une faute contributoire au sens de l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1 :

Dans une action en dommages-intérêts qui se fonde sur la faute ou la négligence du défendeur, si le tribunal constate qu'il y a eu, de la part du demandeur, faute ou négligence qui a contribué aux dommages, le tribunal répartit les dommages-intérêts selon la part respective de responsabilité de chaque partie.

[107] Encore là, les seuls actes impliquant Livent en l'espèce ont été commis par ses administrateurs, Drabinsky et Gottlieb, et certains de ses dirigeants. Ainsi, pour que Deloitte puisse invoquer la défense de faute contributoire, elle doit pouvoir attribuer la conduite de certains administrateurs et dirigeants à Livent elle-même.

[108] Deloitte souligne que, à la différence de la doctrine discrétionnaire de l'illégalité, l'art. 3 de la

is mandatory (“the court shall apportion the damages”), and argues that corporate identification *must* be permitted because “the application of the corporate identification doctrine must be tailored to the terms of the particular substantive rule it serves” (A.F., at para. 132, citing C.A. reasons, at para. 157). This argument, however, misunderstands what the *Negligence Act* actually makes mandatory. The *Negligence Act* requires that a plaintiff’s fault be factored into the apportionment of damages. But corporate identification is a prerequisite to the plaintiff, Livent, being at fault. In other words, Deloitte’s claim that s. 3 of the *Negligence Act* requires that Livent bear its share of the fault presupposes corporate identification, in effect, putting the cart before the horse. The *Negligence Act* only makes contribution by a negligent plaintiff mandatory; it does not make attribution of negligence to a plaintiff mandatory.

[109] In any event, we repeat our earlier conclusion that where, as here, the use of the corporate identification doctrine would undermine the very purpose of establishing a duty of care, it will rarely be in the public interest to apply it. A negligent auditor cannot limit liability for its own negligence by attributing to the corporation the wrongful acts of its employees, such acts being the very conduct that the auditor undertook to uncover. Additionally, had Deloitte sought to limit its liability through apportionment, it need not have relied on the doctrine of corporate identification at all. Specifically, Deloitte could have brought third party claims against the guilty parties, Drabinsky and Gottlieb, for their wrongful actions. For whatever reason, it chose not to do so. Nonetheless, the availability of a third party claim against a fraudulent director weighs against the application of the doctrine. In this case, it is not in the public interest to undermine separate legal personality where the wrongdoer could have been properly named as a third party.

Loi sur le partage de la responsabilité est impératif (« le tribunal répartit les dommages-intérêts »), et elle soutient que l’identification à la société *doit* être permise parce que [TRADUCTION] « l’application de la doctrine de l’identification à la société doit être adaptée aux termes de la règle de fond qu’elle sert » (m.a., par. 132, citant les motifs de la Cour d’appel, par. 157). Cet argument témoigne toutefois d’une incompréhension des dispositions impératives de la *Loi sur le partage de la responsabilité*. Cette loi exige qu’il soit tenu compte de la faute du demandeur dans la répartition des dommages-intérêts. Or, l’identification à la société est une condition préalable à l’imputation d’une faute à la demanderesse Livent. En d’autres termes, l’argument avancé par Deloitte — que l’art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité* exige que Livent supporte sa part de la faute — présuppose l’identification à la société, ce qui consiste à mettre la charrue devant les bœufs. La *Loi sur le partage de la responsabilité* rend seulement obligatoire la contribution du demandeur négligent; elle ne rend pas obligatoire l’attribution d’une négligence au demandeur.

[109] Quoi qu’il en soit, nous répétons la conclusion tirée précédemment que lorsque, comme en l’espèce, l’application de la doctrine de l’identification à la société aurait pour effet de miner l’objet même de l’établissement d’une obligation de diligence, il sera rarement dans l’intérêt public de l’appliquer. Un vérificateur négligent ne peut limiter sa responsabilité pour sa propre négligence en attribuant à la société les actes fautifs de ses employés, de tels actes étant précisément ce que le vérificateur s’est engagé à découvrir. En outre, si Deloitte voulait limiter sa responsabilité en la partageant, il n’était aucunement nécessaire qu’elle s’appuie sur la doctrine de l’identification à la société. Plus particulièrement, Deloitte aurait pu demander que les parties coupables, Drabinsky et Gottlieb, soient mises en cause afin qu’elles répondent de leurs actes fautifs. Pour une raison inconnue, elle a décidé de ne pas le faire. Il reste que la possibilité de mettre en cause un administrateur frauduleux joue en défaveur de l’application de la doctrine. En l’espèce, il n’est pas dans l’intérêt public de s’attaquer à la personnalité juridique distincte de l’entreprise alors que le fautif aurait pu être dûment mis en cause.

D. Conclusion

[110] It follows from the foregoing that we would allow the appeal, but only in part.

[111] In our view, the trial judge and Court of Appeal erred in finding that Deloitte's negligence in relation to the Press Release and Comfort Letter resulted in injuries that were reasonably foreseeable in light of the proximate relationship between the parties. At that time, Deloitte's services were engaged for the purpose of soliciting investment, not management oversight. As Livent's losses did not flow from a failure to solicit investment, we would deny recovery for the increase in Livent's liquidation deficit beginning in the fall of 1997.

[112] We would, however, allow recovery for the increase in Livent's liquidation deficit which followed the 1997 Audit. We agree with the trial judge that "Deloitte should not have signed off on the 1997 Audit in early April 1998" (para. 242) and that the increase in Livent's liquidation deficit which followed fell within the duty of care owed by Deloitte to Livent in relation to the preparation of a statutory audit, the express purpose of which was to assist Livent in management oversight.

[113] The trial judge assessed Livent's damages following the 1997 Audit at \$53.9 million (para. 306, fn. 188, and para. 369, fn. 228). Applying the trial judge's 25 percent contingency reduction to this amount results in a final damages assessment of \$40,425,000. This is the amount for which Deloitte is liable.

[114] Throughout these proceedings, the parties have primarily framed this dispute as one in negligence. Indeed, this was noted by the trial judge (at para. 47). At trial, Livent conceded that its losses

D. Conclusion

[110] Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, mais seulement en partie.

[111] À notre avis, le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu tort de conclure que la négligence dont Deloitte avait fait preuve en ce qui concerne le communiqué de presse et la lettre de confort avait causé des préjudices qui étaient raisonnablement prévisibles compte tenu du lien de proximité qu'il y avait entre les parties. À l'époque, les services de Deloitte avaient été retenus afin de solliciter des investissements, non pas afin de faciliter la surveillance de la gestion de l'entreprise. Comme les pertes de Livent ne découlaient pas d'un défaut de solliciter des investissements, nous sommes d'avis de refuser l'indemnisation pour l'accroissement du déficit de liquidation de Livent à compter de l'automne 1997.

[112] Nous sommes toutefois d'avis d'accorder une indemnité pour l'augmentation du déficit de liquidation qui a suivi le rapport de 1997. Nous sommes d'accord avec le juge de première instance pour dire que [TRADUCTION] « Deloitte n'aurait pas dû approuver le rapport de 1997 au début d'avril 1998 » (par. 242) et que l'augmentation consécutive du déficit de liquidation de Livent relevait de l'obligation de diligence à laquelle Deloitte était tenue envers Livent quant à la préparation d'une vérification exigée par la loi, laquelle visait expressément à aider Livent à surveiller la gestion de l'entreprise.

[113] Le juge de première instance a évalué les dommages subis par Livent après le rapport de 1997 à 53,9 millions de dollars (par. 306, note 188, et par. 369, note 228). Si l'on applique à cette somme la réduction pour éventualités de 25 pour 100 ordonnée par le juge de première instance, on obtient la somme de 40 425 000 dollars. C'est là la somme dont Deloitte est responsable.

[114] Tout au long du litige, les parties ont considéré qu'il s'agissait principalement d'une poursuite fondée sur la négligence. C'est aussi ce que le juge de première instance a fait remarquer (par. 47). Au

for negligent performance of a service or breach of contract would be identical (*ibid.*). The trial judge agreed, finding that Livent’s claim in contract “succeed[ed] . . . for the [same] reasons” as its claim of negligent performance of a service and that the elements of its claim in contract were “incorporated by reference to the finding of ‘negligence’” (para. 243). Given the above, we would impose the same quantum of liability on Deloitte for the concurrent claim in breach of contract.

[115] Accordingly, the appeal is allowed in part. The amount of the trial award is reduced from \$84,750,000 to \$40,425,000. Livent shall have its costs throughout.

The reasons of McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. were delivered by

[116] THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — Garth Drabinsky and Myron Gottlieb built a North American theatre empire that came to be known as Livent Inc. Seeking ever more spectacular success, they resorted to manipulating the company’s financial records. When the scheme came to light, Livent collapsed. Its assets were liquidated. Drabinsky and Gottlieb went to jail.

[117] This is among the many lawsuits that followed. The courts below held that Deloitte & Touche, a firm of accountants and Livent’s auditor, breached the duty of care it owed to Livent in failing to detect and expose Livent’s fraud, as a result of which Livent was able to continue operations and continue losing money — money it now claims from Deloitte.

[118] I agree with the courts below that Deloitte owed a duty of care to Livent, which it breached

procès, Livent a reconnu que ses pertes attribuables à la prestation négligente d’un service ou à la violation de contrat seraient identiques (*ibid.*). Le juge de première instance a acquiescé et a conclu que la demande de Livent fondée sur le contrat était [TRADUCTION] « accueillie [. . .] pour les [mêmes] raisons » qu’il accueillait sa demande fondée sur la prestation négligente d’un service, et que les éléments de sa demande fondée sur le contrat étaient « incorporés par renvoi à la conclusion relative à la “négligence” » (par. 243). Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d’avis d’imposer à Deloitte une responsabilité dans la même mesure pour la demande concurrente fondée sur la violation de contrat.

[115] En conséquence, le pourvoi est accueilli en partie. La somme de 84 750 000 dollars accordée en première instance est réduite à 40 425 000 dollars. Livent a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Wagner et Côté rendus par

[116] LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie) — Garth Drabinsky et Myron Gottlieb ont édifié dans le domaine du théâtre un empire nord-américain qui s’est fait connaître sous le nom de Livent Inc. À la poursuite d’un succès encore plus fulgurant, ils ont recouru à la manipulation des documents financiers de l’entreprise. Lorsque le stratagème a été découvert, Livent s’est effondrée. Ses actifs ont été liquidés. MM. Drabinsky et Gottlieb ont été incarcérés.

[117] L’affaire qui nous occupe compte parmi les nombreuses poursuites qui ont suivi. Les juridictions inférieures ont jugé que Deloitte & Touche, un cabinet de comptables et vérificateur de Livent, a manqué à l’obligation de diligence envers cette dernière lorsqu’elle n’a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent, ce qui a fait en sorte que Livent a pu poursuivre ses activités et continuer à perdre de l’argent — argent qu’elle réclame maintenant à Deloitte.

[118] Je suis d’accord avec les juridictions inférieures pour dire que Deloitte avait une obligation

when it failed to discover and expose Livent's fraud in the audited statements it prepared. However, I do not agree that Deloitte is liable for virtually all the loss that befell Livent as it pursued its precipitous decline into insolvency through doomed investments. I would allow the appeal.

I. Facts

[119] The saga that led to these proceedings began in 1989 when two would-be entertainment moguls, Drabinsky and Gottlieb, launched a takeover bid of their employer, Cineplex Odeon Corporation. When the bid failed, the pair formed MyGar Partnership, which purchased all of the assets and some of the liabilities of Cineplex's live entertainment division. These included Toronto's Pantages Theatre and the rights to a wildly successful show, *The Phantom of the Opera*. MyGar carried on business through its nominee corporation, Live Entertainment Corporation of Canada Inc., and both entities were rolled into Live Entertainment of Canada Inc., or Livent Inc., in 1993. Livent made its debut in Canada's equity market with an initial public offering that year. By the end of 1995, Livent's shares were also listed on New York's NASDAQ exchange.

[120] Deloitte & Touche (now Deloitte LLP) became MyGar's auditor in 1989 and continued as auditors for MyGar and its successor Livent until 1998.

[121] Livent's strategy was vertical integration. Unlike other players in the live entertainment industry, it brought the entire enterprise, from production to performance, under one roof — a roof that Livent, as a proprietor of theatre properties, also owned. This was an immensely costly and risky undertaking. Livent invested in real estate in Toronto, Vancouver, New York, and Chicago. It produced and presented

de diligence envers Livent, obligation à laquelle elle a manqué lorsqu'elle n'a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent dans les états financiers vérifiés qu'elle a préparés. Cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que Deloitte est responsable de pratiquement toutes les pertes qu'a subies Livent alors qu'elle semblait rapidement dans l'insolvabilité en raison d'investissements voués à l'échec. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

I. Les faits

[119] La saga qui a mené à ces procédures a commencé en 1989, lorsque deux aspirants magnats du spectacle, MM. Drabinsky et Gottlieb, ont lancé une offre publique d'achat visant leur employeur, Cineplex Odeon Corporation. Lorsque leur offre a échoué, ils ont constitué la société MyGar Partnership qui a acheté tous les éléments d'actif et certains éléments de passif de la division des spectacles sur scène de Cineplex. Il s'agissait notamment du Pantages Theatre de Toronto et des droits sur un spectacle connaissant un incroyable succès, *The Phantom of the Opera* (*Le Fantôme de l'Opéra*). MyGar a mené ses activités par l'intermédiaire de sa société prête-nom, Live Entertainment Corporation of Canada Inc., et en 1993, ces deux entités ont fusionné pour devenir Live Entertainment of Canada Inc., ou Livent Inc. Livent a percé le marché boursier canadien en lançant la même année un premier appel public à l'épargne. À la fin de 1995, les actions de Livent étaient aussi cotées au marché d'actions NASDAQ de New York.

[120] Deloitte & Touche (maintenant Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.) est devenue le vérificateur de MyGar en 1989 et a continué d'agir à ce titre pour MyGar et son successeur, Livent, jusqu'en 1998.

[121] Livent a eu recours à la stratégie d'intégration verticale. Contrairement à d'autres acteurs de l'industrie des spectacles sur scène, Livent a regroupé l'ensemble des activités, de la production à la présentation des spectacles, sous un même toit, lequel appartenait d'ailleurs à Livent en sa qualité de propriétaire de théâtres. Il s'agissait d'un projet extrêmement coûteux et risqué. Livent a investi

a string of spectacular (and therefore expensive) musicals. When its shows succeeded, Livent reaped all the rewards. When they did not, it bore the losses alone.

[122] Drabinsky and Gottlieb were determined to prove that their business model worked. To be sure it did, they and their associates cooked the books. They did so in four ways:

- i. Drabinsky and Gottlieb pocketed some \$7.5 million in kickbacks in the two years before Livent's initial public offering. These they secured by causing MyGar to pay false or inflated invoices to various contractors, who in turn directed funds to Drabinsky and Gottlieb personally or to another company they controlled. A substantial portion of the falsified expenses were booked as assets. Drabinsky and Gottlieb's balance sheets were thus infused with fantasy as early as 1991.
- ii. Livent officers and employees distorted the company's financial records by shifting expenses between accounting periods and from one activity or production to another. They doctored Livent's accounting software to permit and conceal these manipulations.
- iii. Livent overstated its bottom line by extending the time over which it amortized the costs of putting on its productions and, in some periods, by avoiding amortization altogether. This it did by transferring millions of dollars of "pre-production costs" from shows to fixed assets or from one show to another, and particularly to shows that had not yet opened.

dans le secteur immobilier à Toronto, Vancouver, New York et Chicago. Elle a produit et présenté une série de comédies musicales spectaculaires (et par conséquent coûteuses). Lorsque les spectacles étaient couronnés de succès, Livent récoltait tous les fruits. Dans le cas contraire, elle assumait seule les pertes.

[122] Messieurs Drabinsky et Gottlieb voulaient à tout prix démontrer que leur modèle d'entreprise fonctionnait bien. Pour y arriver, de concert avec leurs associés, ils ont falsifié les comptes, et ce, de quatre manières :

- i. Messieurs Drabinsky et Gottlieb ont empoché quelque 7,5 millions de dollars en pots-de-vin au cours des deux années précédant le premier appel public à l'épargne de Livent. Ils y sont parvenus en faisant payer par MyGar des factures fausses ou gonflées à divers entrepreneurs, qui versaient en retour de l'argent à MM. Drabinsky et Gottlieb personnellement ou à une autre société que ceux-ci contrôlaient. Une partie importante des dépenses falsifiées étaient consignées comme des éléments d'actif. Les bilans de MM. Drabinsky et Gottlieb étaient donc truffés de faussetés dès 1991.
- ii. Les dirigeants et les employés de Livent ont falsifié les documents financiers de l'entreprise en transférant les dépenses d'une période comptable à une autre et d'une activité ou production à une autre. Ils ont trafiqué le logiciel de comptabilité de Livent pour effectuer et dissimuler ces manœuvres.
- iii. Livent a exagéré son résultat net en prolongeant la période d'amortissement des coûts de production de ses spectacles et, pour certaines périodes, en écartant complètement l'amortissement. À cette fin, elle a transféré des millions de dollars des « coûts préalables à la production » de ses spectacles vers des biens immobilisés ou d'un spectacle à l'autre et, en particulier, à des spectacles qui n'étaient pas encore présentés.

iv. The company recorded imaginary revenue by entering into loan or financing agreements that it camouflaged as asset sales. Livent purported to sell various rights related to its productions and properties, but simultaneously entered into secret side agreements permitting purchasers to recover what they had paid. The revenue booked from such transactions ran well into the millions of dollars.

[123] Livent not only misled the markets, it also fooled its auditor. Deloitte never uncovered the company's schemes. Livent continued to raise investment capital and reinvest it in unprofitable theatre enterprises. Deloitte's auditors report for Livent's Fiscal Year 1997 did not disclose the fraud and, although Deloitte objected when Gottlieb presented a misleading quarterly financial statement to the Audit Committee in August 1997, it did not resign.

[124] The truth came to light in 1998. New equity investors appointed new management, who discovered "irregularities". Deloitte retracted its audit opinions for 1996 and 1997. A subsequent investigation and re-audit resulted in restated financial reports. Drabinsky and Gottlieb were suspended, fired, and convicted of fraud.

[125] Livent filed for insolvency protection in both Canada and the United States in November 1998 and sold its assets in August 1999. It went into receivership the following month. The trial judge found that Livent lost \$113,000,000 between the time of Deloitte's negligent failure to end its relationship with Livent and Livent's insolvency. He reduced that amount by 25 percent for contingencies and awarded \$84,750,000 in damages. Livent seeks to recover this loss from Deloitte.

iv. L'entreprise a enregistré des revenus fictifs en concluant des conventions de prêt ou des accords de financement qu'elle camouflait en ventes d'actifs. Livent a prétendu vendre différents droits afférents à ses productions et propriétés, tout en concluant en même temps des accords parallèles secrets qui permettaient aux acheteurs de recouvrer le prix payé. Les recettes inscrites aux livres provenant de ces transactions se chiffraient largement en millions de dollars.

[123] Livent a non seulement induit les marchés en erreur, elle a aussi trompé son vérificateur. Deloitte n'a jamais découvert les stratagèmes de la société. Livent a continué à réunir des capitaux d'investissement et à les réinvestir dans des projets de scène non rentables. Le rapport du vérificateur présenté par Deloitte pour l'exercice de 1997 de Livent n'a pas révélé la fraude, et même si elle a exprimé son opposition lorsque Gottlieb a présenté des états financiers trimestriels falsifiés au comité de vérification en août 1997, Deloitte n'a pas démissionné.

[124] La vérité a éclaté en 1998. De nouveaux investisseurs ont nommé d'autres dirigeants, qui ont découvert des « irrégularités ». Deloitte a fait une rétractation concernant ses opinions du vérificateur relatives aux exercices 1996 et 1997. Une enquête et une nouvelle vérification subséquentes ont donné lieu à des états financiers modifiés. Messieurs Drabinsky et Gottlieb ont été suspendus, congédiés et déclarés coupables de fraude.

[125] En novembre 1998, Livent a demandé la protection contre l'insolvabilité au Canada et aux États-Unis et en août 1999, elle a vendu ses éléments d'actif. Elle a été mise sous séquestre le mois suivant. Le juge de première instance a conclu que Livent avait subi des pertes de 113 000 000 de dollars entre le moment où Deloitte a négligé de mettre un terme à sa relation avec Livent et l'insolvabilité de Livent. Il a diminué ce montant de 25 pour 100 pour tenir compte des imprévus et a accordé des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars. Livent cherche à recouvrer ces pertes auprès de Deloitte.

II. Judicial History

[126] Livent sued Deloitte for \$450,000,000 and other relief. It advanced concurrent claims in tort and contract; the parties agreed that the damages under either head would be the same. Livent claimed that Deloitte was responsible for every dollar Livent lost from the date of Deloitte's breach of duty. Deloitte's defence was that most of the losses claimed were beyond the scope of Deloitte's legal responsibility. The courts below largely sided with Livent.

A. *Ontario Superior Court of Justice (Commercial List) (Gans J.), 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12*

[127] The trial judge held that Deloitte owed a duty of care to provide accurate information to Livent's shareholders. He held that the standard of care under this duty required Deloitte to take steps that would have effectively cut off Livent's access to the capital markets and forced it into formal insolvency as early as 14 months before it ultimately filed for insolvency protection. The trial judge concluded that Deloitte failed to meet this standard of care, either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998.

[128] The trial judge held that the measure of damages was the difference between Livent's value when the breach occurred, and Livent's value at the time of insolvency (\$113,000,000). He reduced this by 25 percent to account for "contingencies" or "trading losses" sustained as a result of Livent's "unprofitable but legitimate theatre business" (paras. 324-26), which he held were too remote to make Deloitte liable.

II. Historique judiciaire

[126] Livent a poursuivi Deloitte pour 450 000 000 de dollars et demandé d'autres mesures de réparation. Elle a présenté des demandes concurrentes en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle; les parties ont convenu que, dans un cas ou dans l'autre, le montant des dommages-intérêts serait le même. Livent a soutenu que Deloitte était responsable de chaque dollar qu'elle a perdu à compter de la date du manquement, par Deloitte, à son obligation de diligence. Deloitte a plaidé en défense que la plupart des pertes alléguées échappaient à la portée de sa responsabilité juridique. Les juridictions inférieures ont tranché principalement en faveur de Livent.

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (rôle des affaires commerciales) (le juge Gans), 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12*

[127] Le juge de première instance a conclu que Deloitte avait une obligation de diligence pour fournir des renseignements exacts aux actionnaires de Livent. Il a estimé que la norme de diligence en vertu de cette obligation exigeait que Deloitte prenne des mesures qui auraient effectivement privé Livent de l'accès aux marchés des capitaux et l'auraient obligée à déclarer faillite 14 mois avant que cette dernière demande finalement la protection contre l'insolvabilité. Le juge a conclu que Deloitte n'avait pas respecté cette norme de diligence, soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent.

[128] Le juge de première instance a conclu que le montant des dommages-intérêts équivalait à l'écart entre la valeur de Livent au moment où le manquement a eu lieu et la valeur de Livent au moment de l'insolvabilité (113 000 000 de dollars). De ce montant, il a retranché 25 pour 100 pour tenir compte des [TRADUCTION] « imprévus » ou des « pertes commerciales » attribuables aux « activités de scène non rentables mais légitimes » (par. 324-326) de Livent, qui, selon le juge, étaient trop éloignées pour que Deloitte puisse en être tenue responsable.

[129] The trial judge also rejected Deloitte's submission that Livent's recovery should be either barred by the defence of illegality, or reduced on account of contributory fault pursuant to s. 3 of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1.

[130] The trial judge consequently awarded damages to Livent for breach of its duty of care, and alternatively for breach of contract, in the amount of \$84,750,000.

B. *Court of Appeal for Ontario (Strathy C.J. and Blair and Lauwers J.J.A.), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225*

[131] The Court of Appeal upheld the trial judge's award and dismissed both the appeal and cross-appeal.

III. Analysis

[132] The only issue on this appeal is whether Deloitte is liable for the lion's share of the loss Livent sustained after it failed to detect the fraud of the company's principals and report it in its audit statements (the total loss less a 25 percent discount for contingencies and Livent's improvident investments). Livent claims that if Deloitte had reported the fraud when it should have, it would have been put out of business, which would have saved it from the loss that it suffered thereafter. Instead, it was able to continue to raise more capital and spend it in ways that decreased Livent's net worth. Deloitte argues that it is not liable for the full extent of Livent's pre-liquidation loss because this loss falls outside the scope of Deloitte's duty of care, or is too "remote" from the legal cause.

[133] The law of negligent misstatement has limited recovery of pure economic (financial) loss for two reasons. The first reason is that it may be unfair to hold a person who makes a negligent

[129] Le juge de première instance a également rejeté l'argument de Deloitte selon lequel l'illégalité invoquée comme moyen de défense devait empêcher Livent de toucher une indemnité, ou le montant de cette indemnité devait être réduit pour cause de faute contributoire suivant l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1.

[130] En conséquence, le juge de première instance a accordé à Livent des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars pour manquement à son obligation de diligence ou, autrement, pour violation de contrat.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Blair et Lauwers), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225*

[131] La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel et l'appel incident.

III. Analyse

[132] En l'espèce, la seule question en litige est de savoir si Deloitte est responsable de la majeure partie des pertes que Livent a subies après que Deloitte n'ait pas réussi à découvrir la fraude commise par les dirigeants de l'entreprise et à la signaler dans ses états financiers vérifiés (la perte totale diminuée de 25 pour 100 pour les imprévus et les mauvais investissements de Livent). Livent affirme que si Deloitte avait signalé la fraude au moment où elle aurait dû le faire, Livent aurait été forcée de cesser ses activités, ce qui lui aurait évité de subir la perte qu'elle a subie par la suite. Elle a plutôt continué à réunir des capitaux et à les dépenser d'une façon qui diminuait la valeur nette de Livent. Deloitte plaide qu'elle n'est pas responsable de la totalité de la perte subie avant la liquidation de Livent parce que cette perte échappe à l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte, ou parce qu'elle est trop « éloignée » de la cause juridique.

[133] Le droit en matière de déclarations inexactes faites par négligence prévoit une indemnisation limitée des pertes purement économiques (financières) pour deux raisons. La première, c'est qu'il peut être

misstatement liable for all loss incurred thereafter, where other decisions and acts contributed to that loss. This is referred to as the fair allocation of loss principle. The second reason is to avoid the spectre of indeterminate liability, which the law of negligence has never countenanced.

[134] These two reasons — one of principle and the other of policy — are complementary. They work together to ensure fair outcomes and promote predictability in the law.

[135] As Lord Bridge observed in *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), at p. 576:

To hold the maker of the statement to be under a duty of care in respect of the accuracy of the statement to all and sundry for any purpose for which they may choose to rely on it is not only to subject him, in the classic words of Cardozo C.J., to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class” ([*Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444]), it is also to confer on the world at large a quite unwarranted entitlement to appropriate for their own purposes the benefit of the expert knowledge or professional expertise attributed to the maker of the statement.

See also *D’Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 18; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 31; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1137, per McLachlin J.; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 99, quoting *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 54.

[136] For these reasons, common law courts have rejected a simple “but for” test for recovery of economic loss for negligent misstatement: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 44; *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365 (H.L.) (“SAAMCO”), at pp. 369-72, per Lord Hoffmann; *Hughes-Holland v.*

injuste de tenir une personne responsable de la totalité des pertes subies en raison de sa déclaration inexacte, alors que d’autres décisions et actes ont contribué à ces pertes : c’est ce qu’on appelle le principe de l’attribution équitable de la perte. La seconde est qu’il faut éviter le spectre de la responsabilité indéterminée, que le droit de la négligence n’a jamais admise.

[134] Ces deux raisons — une de principe et l’autre de politique générale — sont complémentaires. Ensemble, elles donnent lieu à des résultats justes et favorisent la prévisibilité du droit.

[135] Comme l’a fait observer lord Bridge dans *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), p. 576 :

[TRADUCTION] Conclure que l’auteur de la déclaration a, quant à son exactitude, une obligation de diligence envers toute personne qui voudrait l’invoquer à quelque fin que ce soit signifie non seulement lui imposer, selon l’énoncé classique du juge en chef Cardozo, « une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée » ([*Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 444]), mais aussi conférer à des tiers le droit tout à fait injustifié de tirer profit pour leur propre bénéfice des connaissances d’expert ou de l’expertise professionnelle attribuée à l’auteur de la déclaration.

Voir également *D’Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 18; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 31; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1137, la juge McLachlin; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 99, citant *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 54.

[136] Pour ces raisons, les tribunaux de common law ont rejeté le critère simple du « facteur déterminant » pour l’indemnisation des pertes économiques causées par une déclaration inexacte faite par négligence : *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, p. 44; *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365

BPE Solicitors, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, at para. 38, per Lord Sumption; *Hogarth v. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289, at paras. 37-38, per Slatter J.A.

[137] A “but for” test, which asks only whether the loss would not have been incurred if the wrongful act had not been committed, casts the net of liability too widely. It would make auditors or advisors retained for limited purposes the insurers of the entire venture and all that flows from it. It would not matter that the loss would not have occurred but for other decisions (like Livent’s ill-judged investment decisions in this case). Nor would it matter that the loss was the result of a complex web of decision making, months and years after the negligent misstatement was produced. All that would be required to recover all subsequent loss from the auditors would be to show that their misstatement played a role in launching the saga of subsequent loss. This is not fair; a person giving advice for one purpose should not be held liable for how other people use that information for other purposes, or be made to carry the entire loss. And, it would lead to indeterminate liability. An auditor giving advice would never know what its exposure might be, or whether its fee is adequate to cover the risk to which it exposes itself.

[138] Rejection of a “but for” test for assessing recovery of economic loss is cemented in the common law. But it is worth noting that Quebec civil law also recognizes the need to limit recovery of economic loss to losses that bear a sufficient connection to the wrongful feature of the defendant’s conduct: see *Wightman v. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, at paras. 229-31 and 243-46 (CanLII); see also D. Jutras, “Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?” (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, at pp. 308-9.

(H.L.) (« SAAMCO »), p. 369-372, lord Hoffmann; *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, par. 38, lord Sumption; *Hogarth c. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289, par. 37-38, le juge Slatter.

[137] Le critère du « facteur déterminant », qui vise seulement à déterminer si la perte n’aurait pas été subie si l’acte fautif n’avait pas été commis, donne une portée trop large à la responsabilité. Il ferait en sorte que les vérificateurs ou les conseillers dont les services ont été retenus à des fins limitées deviendraient les garants de tout le projet et de tout ce qui en découle. Il n’importerait pas que la perte ne se serait pas produite n’eût été d’autres décisions (comme, en l’espèce, les décisions peu judicieuses de Livent en matière d’investissement). Il n’importerait pas non plus que la perte soit causée par un enchevêtrement complexe de prises de décisions, prises des mois ou des années après la production de la déclaration inexacte faite par négligence. Pour obtenir l’indemnisation de la totalité des pertes subséquentes auprès des vérificateurs, il suffirait de montrer que leur déclaration inexacte a joué un rôle en déclenchant la saga des pertes subséquentes. Cela est injuste : une personne qui donne un conseil pour une fin précise ne devrait pas être tenue responsable de la façon dont d’autres personnes utilisent ce renseignement à d’autres fins, et ne devrait pas non plus avoir à assumer la totalité de la perte. Aussi, cela donnerait lieu à une responsabilité indéterminée. Un vérificateur qui donne un conseil ne pourrait jamais savoir à quoi il s’expose, ou si ses honoraires sont suffisants pour couvrir le risque auquel il s’expose.

[138] Le rejet du critère du « facteur déterminant » pour évaluer s’il y a lieu d’accorder l’indemnisation d’une perte économique est ancré dans la common law. Cependant, il convient de signaler que le droit civil du Québec reconnaît aussi la nécessité de limiter l’indemnisation des pertes économiques à celles qui ont un lien suffisant avec la caractéristique du comportement du défendeur qui en fait un acte fautif : voir *Wightman c. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, [2013] R.J.Q. 1054, par. 229-231 et 243-246; voir aussi D. Jutras, « Civil Law and Pure Economic Loss : What Are We Missing? » (1987), 12 *Rev. can. dr. comm.* 295, p. 308-309.

[139] Courts have given two doctrinal explanations for limiting recovery of economic loss following from a negligent misstatement. The first is to say that the *scope of the duty of care* of the advice-giver does not cover the loss claimed. The second is to say that the loss is *too remote* from the negligent act and thus was not legally caused by that act.

[140] While lawyers may argue over which approach is preferable, the fact once again is that they are complementary — two sides of the same coin. In fact, the inquiry into the duty of care and the inquiry into remoteness invoke similar considerations.

[141] The “scope of the duty of care” inquiry looks to the relationship between the defendant’s advice and the plaintiff’s loss. It asks if that relationship was “proximate”. In cases of economic loss, it inquires into the purpose for which the advice was given and asks whether a reasonable person would have expected, or “foreseen”, that negligent advice would lead to the loss in question by virtue of the plaintiff’s reliance on the advice: *Hercules*, at paras. 24 and 41. Put simply: Did the loss flow from the advice, or from subsequent decisions and circumstances? Thus, in *Caparo*, at p. 581, Lord Bridge confirmed that the scope of the tort determines the extent of the remedy to which the injured party is entitled. See also *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833 (H.L.), at p. 847, per Lord Hobhouse.

[142] The “remoteness” approach looks at similar factors to the “scope of the duty of care” approach — all pointing to the wrongdoing and its proximity to the loss claimed. The factors to be considered are not closed. The advice-giver’s knowledge of the claimant’s circumstances, the reasonable expectations arising from the relationship, and the presence of intervening factors that led to the loss may figure in the analysis: *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at paras. 12 and 14-16; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373, at

[139] Les tribunaux ont donné deux explications théoriques pour limiter les pertes économiques indemnisables à la suite d’une déclaration inexacte faite par négligence. Selon la première, *l’étendue de l’obligation de diligence* de la personne qui donne le conseil ne couvre pas la perte alléguée. Selon la deuxième, la perte est *trop éloignée* de l’acte négligent et n’a donc pas été causée, en droit, par cet acte.

[140] Bien que les avocats puissent débattre de l’approche qui est préférable, le fait est que celles-ci, encore, sont complémentaires — deux côtés de la même médaille. En fait, l’analyse relative à l’obligation de diligence et celle relative au caractère éloigné suscitent des considérations semblables.

[141] L’analyse relative à l’« étendue de l’obligation de diligence » porte sur la corrélation entre le conseil du défendeur et la perte du demandeur. Il faut se demander si cette corrélation était « immédiate ». Dans les cas de perte économique, elle vise la fin pour laquelle le conseil a été donné, et il faut se demander si une personne raisonnable aurait pu prévoir que le conseil donné par négligence aurait causé la perte en question en raison du fait que le demandeur s’y soit fié : *Hercules*, par. 24 et 41. Autrement dit, est-ce que la perte découlait du conseil, ou des décisions et circonstances subséquentes? Ainsi, dans *Caparo*, p. 581, lord Bridge a confirmé que la portée du délit détermine la réparation à laquelle a droit la partie lésée. Voir aussi *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833 (H.L.), p. 847, lord Hobhouse.

[142] L’approche relative au « caractère éloigné » porte sur des facteurs semblables à ceux de l’approche relative à l’« étendue de l’obligation de diligence » — les deux visent l’acte fautif et sa proximité à la perte alléguée. La liste des facteurs devant être pris en considération n’est pas exhaustive. La connaissance de la situation du demandeur par la personne donnant le conseil, les attentes raisonnables découlant de la relation et la présence de facteurs intermédiaires ayant mené à la perte sont des facteurs qui peuvent être pris en compte dans l’analyse : *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*,

para. 31; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136, at para. 48.

[143] I agree with Lord Sumption’s observation in *BPE Solicitors*, a recent decision from the United Kingdom Supreme Court, that however one looks at the matter — from the perspective of the scope of the duty of care or from the perspective of remoteness — one arrives at the same point. In his Lordship’s words, “[w]hether one describes the principle . . . as turning on the scope of the duty or the extent of the liability for breach of it does not alter the way in which the principle applies”: para. 38; see also L. N. Klar and C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at pp. 565-66.

[144] For the purposes of these reasons, I will first consider whether the losses at issue fall within the scope of Deloitte’s duty of care. This inquiry takes us to the two-part analysis for determining the existence of a duty of care and its scope prescribed in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) — does the relationship between the parties give rise to a *prima facie* duty of care to avoid the type of loss claimed, and, if so, is that duty negated by policy considerations?

[145] Courts in the United Kingdom have resiled from a two-step *Anns* test, but continue to insist that the scope of the duty of care must be carefully limited having regard to the relationship between the defendant’s conduct and the plaintiff’s injuries, context and policy. They have insisted that there is no such thing as a duty of care in the abstract; the duty is always defined by its scope. As Lord Bridge stated in *Caparo*, at p. 581, “[i]t is never sufficient to ask simply whether A owes B a duty of care. It is always necessary to determine the scope of the duty by reference to the kind of damage from which A must take care to save B harmless”: see also *BPE*

2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 12 et 14-16; *Citadelle, Cie d’assurances générales c. Vytingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373, par. 31; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136, par. 48.

[143] Je suis d’accord avec lord Sumption qui fait observer, dans l’arrêt *BPE Solicitors*, une décision récente de la Cour suprême du Royaume-Uni, que peu importe sous quel angle on envisage l’affaire — que ce soit du point de vue de l’étendue de l’obligation de diligence ou de celui du caractère éloigné — on arrive au même point. Pour reprendre ses propres mots, [TRADUCTION] « [q]ue l’on décrive le principe [. . .] comme étant axé sur l’étendue de l’obligation ou sur la portée de la responsabilité pour manquement à celle-ci ne change pas la façon dont le principe s’applique » : par. 38; voir aussi L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6^e éd. 2017), p. 565-566.

[144] Pour le besoin des présents motifs, j’examinerai tout d’abord si les pertes dont il est question sont visées par l’obligation de diligence de Deloitte. Cette analyse nous amène au critère en deux étapes visant à établir l’existence d’une obligation de diligence et son étendue, qui a été énoncé dans l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) — est-ce que la relation entre les parties donne lieu à une obligation de diligence *prima facie* d’éviter le type de perte alléguée et, dans l’affirmative, cette obligation est-elle écartée par des considérations de principe?

[145] Au Royaume-Uni, les tribunaux ont abandonné le critère en deux étapes énoncé dans *Anns*, mais ils ont continué à exiger que l’étendue de l’obligation de diligence soit soigneusement circonscrite eu égard à la corrélation entre la conduite du défendeur et les dommages du demandeur, le contexte et la politique générale. Ils ont insisté sur le fait qu’il n’existe rien de tel qu’une obligation de diligence dans l’abstrait; l’obligation est toujours définie par son étendue. Comme l’a dit lord Bridge dans *Caparo*, p. 581, [TRADUCTION] « [i]l ne suffit jamais de se demander simplement si A a une obligation de diligence envers B. Il est toujours nécessaire de

Solicitors, at paras. 21-23; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), at p. 40, per Brennan J.; *Platform Home Loans*, at p. 847, per Lord Hobhouse, quoting *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.) (“The Wagon Mound No. 1”), at p. 425; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), at p. 436, per Denning L.J., dissenting.

[146] The first step of the *Anns* test asks whether there is proximity, or a sufficiently close relationship, between the parties. It focuses on the connection between the defendant’s undertaking (the breach of which is the wrongful act) and the loss claimed. Did the defendant owe the plaintiff a *prima facie* duty of care to prevent the loss, having regard to, on one hand, the reasonably foreseeable consequences of the defendant’s conduct given the proximity of the parties and, on the other hand, factors concerning the relationship between the parties that negate tort liability? (See *Cooper*, at paras. 30 and 34.) Questions of policy relating to the relationship between the parties should be considered at this step of the *Anns* analysis: *Cooper*, at para. 37.

[147] The purpose for which the statement was made (the undertaking) is pivotal in determining whether a particular type of economic loss was the reasonably foreseeable consequence of the negligence: *Hercules*, at paras. 37-40. Was it made to enable the company to raise capital? If so, a loss due to failure to raise capital may be recoverable. Was it made for the purpose of permitting shareholders to review the management of the company? If so, shareholders may recover for loss due to their inability to hold the company to account: *Hercules*, at paras. 51-57. In each case, one must determine the purpose for which the statement was made, and ask whether the loss in question is proximate, or closely connected to the failure of the defendant to fulfill that purpose.

déterminer l’étendue de l’obligation en fonction de la nature du préjudice contre lequel A doit exonérer B » : voir aussi *BPE Solicitors*, par. 21-23; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), p. 40, le juge Brennan; *Platform Home Loans Ltd.*, p. 847, lord Hobhouse, citant *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.) (« The Wagon Mound No. 1 »), p. 425; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), p. 436, lord Denning, dissident.

[146] La première étape du critère établi dans *Anns* consiste à déterminer s’il y a proximité, ou une relation suffisamment étroite, entre les parties. Elle est axée sur le lien entre l’engagement du défendeur (dont la violation constitue l’acte fautif) et la perte alléguée. Le défendeur avait-il envers le demandeur une obligation de diligence *prima facie* consistant à empêcher la perte eu égard, d’une part, aux conséquences raisonnablement prévisibles de la conduite du défendeur compte tenu de la proximité des parties et, d’autre part, aux facteurs relatifs à la relation entre les parties qui annihilent la responsabilité délictuelle? (Voir *Cooper*, par. 30 et 34.) À cette étape de l’analyse retenue dans *Anns*, il faut examiner les questions de politique relatives au lien existant entre les parties : *Cooper*, par. 37.

[147] La fin pour laquelle la déclaration a été faite (l’engagement) joue un rôle capital pour établir si un type précis de perte économique était la conséquence raisonnablement prévisible de la négligence : *Hercules*, par. 37-40. A-t-elle été faite pour permettre à l’entreprise de réunir des capitaux? Dans l’affirmative, une perte causée par le défaut de réunir des capitaux pourrait être indemnisable. A-t-elle été faite pour permettre aux actionnaires d’examiner la gestion de l’entreprise? Dans l’affirmative, les actionnaires pourraient être indemnisés pour leur perte en raison de leur incapacité à demander des comptes à l’entreprise : *Hercules*, par. 51-57. Dans chaque cas, il faut établir à quelle fin la déclaration a été faite, et se demander si la perte en question est immédiate, ou étroitement liée au défaut du défendeur de mener à bien cette fin.

[148] Where an auditor falsely or wrongfully represents that the audit statements are sound and can therefore be used for their intended purpose, this constitutes negligence, or wrongdoing. Economic loss tied to that particular wrongdoing is recoverable; other loss is not. Whether in the United Kingdom, Quebec or the common law provinces of Canada, courts focus on the precise nature of the wrongdoing to determine what loss is recoverable. As Lord Sumption explained in *BPE Solicitors*, to be a reasonably foreseeable consequence of the defendant's wrongdoing, the economic loss claimed must have "flowed from the right thing, i.e. from the particular feature of the defendant's conduct which made it wrongful": para. 38. Or as Lord Hoffmann said in *SAAMCO*, at p. 371:

Normally the law limits liability to those consequences which are attributable to that which made the act wrongful. In the case of liability in negligence for providing inaccurate information, this would mean liability for the consequences of the information being inaccurate.

See also *Burns v. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383, at para. 106; *Hogarth*, at paras. 37-38, per Slatter J.A.

[149] Lord Sumption pointed out in *BPE Solicitors*, at para. 44, that the scope of the duty of care and the extent of the defendant's responsibility turns on the specific circumstances that inform the purpose for which the statement was prepared:

A valuer or a conveyancer, for example, will rarely supply more than a specific part of the material on which his client's decision is based. He is generally no more than a provider of what Lord Hoffmann [in *SAAMCO*] called "information". At the opposite end of the spectrum, an investment adviser advising a client whether to buy a particular stock, or a financial adviser advising whether to invest self-invested pension fund in an annuity are likely, in Lord Hoffmann's terminology, to be regarded as giving "advice". Between these extremes, every case is likely to depend on the range of matters for which the

[148] Lorsqu'un vérificateur déclare faussement ou à tort que les états financiers vérifiés sont valables et peuvent donc être utilisés pour les fins auxquelles ils sont destinés, cela constitue de la négligence ou un acte fautif. La perte économique liée à cet acte fautif précis est indemnisable; les autres pertes ne le sont pas. Que ce soit au Royaume-Uni, au Québec ou dans les provinces de common law du Canada, les tribunaux se concentrent sur la nature précise de l'acte fautif afin de déterminer quelle perte est indemnisable. Comme lord Sumption l'a expliqué dans *BPE Solicitors*, pour que la perte économique alléguée soit une conséquence raisonnablement prévisible de l'acte fautif du défendeur, elle doit avoir [TRADUCTION] « découlé de la bonne chose, soit de la caractéristique particulière qui fait du comportement du défendeur un acte fautif » : par. 38. Ou comme l'a affirmé lord Hoffmann dans *SAAMCO*, p. 371 :

[TRADUCTION] Normalement le droit limite la responsabilité aux conséquences attribuables à ce qui fait en sorte que l'acte commis est fautif. Lorsque la responsabilité pour négligence découle du fait d'avoir fourni des renseignements inexacts, elle se rattache aux conséquences qu'entraîne l'inexactitude des renseignements.

Voir également *Burns c. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383, par. 106; *Hogarth*, par. 37-38, le juge Slatter.

[149] Dans *BPE Solicitors*, lord Sumption a signalé au par. 44 que l'étendue de l'obligation de diligence et la portée de la responsabilité du défendeur dépendront des circonstances précises qui éclairent la fin pour laquelle la déclaration a été préparée :

[TRADUCTION] L'évaluateur ou le rédacteur d'actes translatifs de propriété, par exemple, ne communiquera que rarement plus qu'une partie précise des renseignements sur lesquels repose la décision de son client. De manière générale, il se limite à fournir ce que lord Hoffmann [dans *SAAMCO*] appelait de l'« information ». À l'autre extrémité du spectre, un conseiller en placements qui conseille un client au sujet de l'achat de certaines actions en bourse, ou un conseiller financier qui se prononce sur l'opportunité d'investir dans une rente des sommes détenues dans un fonds de retraite autogéré sont susceptibles,

defendant assumed responsibility and no more exact rule can be stated.

See also *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) v. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929, at paras. 40-41, per Lord Steyn, and para. 66, per Lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561, at paras. 46-47 and 69-71; *Temseel Holdings Ltd. v. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27, at paras. 22-29 and 57-62.

[150] The purpose for which the audit report is provided is a matter of fact based on the evidence adduced at trial: *BPE Solicitors*, at para. 44; *Aneco*, at paras. 40-41, per Lord Steyn, and para. 66, per Lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce*, at para. 47; *Temseel*, at paras. 57-62. Legal obligations imposed by statute may be relevant: *Hercules*, at para. 49.

[151] Against this background, I turn to the question at hand: What was the scope of the duty of care owed by Deloitte to Livent? The key to answering this question is the purpose for which Deloitte prepared the statements, which in turn defines the wrongful act — the negligent failure to provide the correct information for the intended purpose.

[152] In this case, three purposes of Livent's audit statements are discernable: (1) to report accurately on Livent's finances and provide it with audit opinions on which it could rely for the purpose of attracting investment; (2) to uncover heretofore undetected errors or wrongdoing by Livent or its personnel for the purpose of enabling Livent itself to correct or otherwise respond to the misfeasance; and (3) to provide audit reports on which Livent's shareholders could rely to supervise the company's management (see e.g. Part XII of the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16; trial reasons, at paras. 89-96

selon le propos de lord Hoffmann, d'être considérés comme ayant fourni des « opinions ». Entre ces deux extrêmes, chaque cas dépendra probablement de la gamme de questions au sujet desquelles le défendeur a assumé une responsabilité, et on ne peut énoncer à cet égard une règle plus précise.

Voir aussi *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) c. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929, par. 40-41, lord Steyn, et par. 66, lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561, par. 46-47 et 69-71; *Temseel Holdings Ltd. c. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27, par. 22-29 et 57-62.

[150] Les fins pour lesquelles le rapport du vérificateur est produit est une question de faits qui repose sur la preuve présentée au procès : *BPE Solicitors*, par. 44; *Aneco*, par. 40-41, lord Steyn, et par. 66, lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce*, par. 47; *Temseel*, par. 57-62. Les obligations qu'imposent les lois peuvent être pertinentes : *Hercules*, par. 49.

[151] Dans ce contexte, j'aborde maintenant la question qui nous occupe : quelle était l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte envers Livent? Pour répondre à cette question, il faut savoir à quelles fins Deloitte a préparé les déclarations, ce qui définira l'acte fautif, soit l'omission par négligence de fournir les renseignements exacts pour les fins visées.

[152] En l'espèce, on peut discerner trois fins auxquelles devaient servir les états financiers vérifiés par Livent : (1) présenter un état exact de la situation financière de Livent et lui fournir des opinions du vérificateur qu'elle pourra utiliser pour attirer des investissements; (2) découvrir des erreurs ou des actes fautifs commis par Livent ou ses employés jusque-là passés inaperçus, afin de permettre à Livent de corriger elle-même cette faute ou de prendre des mesures à cet égard; et (3) fournir des rapports de vérification qui serviraient à la surveillance de la gestion de l'entreprise par les actionnaires (voir p. ex. la partie XII

and 280). Livent was entitled to recover for losses occasioned by its own or its shareholders' reliance on Deloitte's audit work for these purposes.

[153] The scope of Deloitte's duty of care is defined solely by these purposes. Did its negligence prevent Livent from attracting investment? Did its negligence prevent Livent from uncovering undetected wrongdoing for the purpose of allowing Livent to correct the misfeasance? Finally, did its negligence prevent shareholders from supervising the company's management? Loss that results from inability to attract investment, from inability of Livent to correct undetected wrongdoing, or from inability of the shareholders to exercise their supervisory authority, may fall within the scope of Deloitte's duty of care.

[154] The first possibility is that Deloitte's wrongful act deprived Livent of the ability to attract investment capital. Livent does not rely on this; in fact, Livent attracted a great deal of capital on the strength of Deloitte's statements. Indeed, that is the essence of its complaint — if it had not been able to attract this money, it would not have been able to spend it on new theatre ventures that failed and decreased Livent's worth. The company's assets were not diminished by an inability to attract investment, but by Livent's improvident management of those investments, revealed only on insolvency.

[155] The second possibility is that the wrongful act prevented Livent — the company itself — from detecting misfeasance in the company's management which Livent's officials would have corrected if they had known the true state of affairs. This possibility envisions the situation where a company's management, acting honestly and diligently, is unable to deal with internal misfeasance because the auditors negligently failed to reveal it.

[156] This is not Livent's situation. Livent led no evidence that its management did not know of

de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16; motifs de première instance, par. 89-96 et 280). Livent avait le droit d'être indemnisée pour les pertes occasionnées par le fait qu'elle-même et ses actionnaires se sont fiés aux rapports de vérification de Deloitte à ces fins.

[153] Ces fins seulement définissent l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte. Sa négligence a-t-elle empêché Livent d'attirer des investissements? Sa négligence a-t-elle empêché Livent de découvrir des actes fautifs passés inaperçus pour qu'elle puisse corriger la faute? Enfin, sa négligence a-t-elle empêché les actionnaires de surveiller la gestion de l'entreprise? Les pertes découlant de l'incapacité à attirer des investissements, de l'incapacité de Livent à corriger des fautes passées inaperçues ou de l'incapacité des actionnaires d'exercer leur pouvoir de surveillance, peuvent toutes être visées par l'obligation de diligence de Deloitte.

[154] La première possibilité est que l'acte fautif de Deloitte a empêché Livent d'attirer des capitaux d'investissement. Livent n'invoque pas cet argument; en fait, elle a attiré beaucoup de capitaux grâce aux déclarations de Deloitte. Il s'agit là de l'essence de sa plainte — si elle n'avait pas réussi à attirer ces capitaux, elle n'aurait pas pu les dépenser dans de nouveaux spectacles, qui se sont avérés des échecs et qui ont diminué la valeur de Livent. L'actif de l'entreprise n'a pas été diminué par son incapacité à attirer des investissements, mais plutôt par la gestion inconsiderée de ces investissements par Livent, révélée seulement lors de l'insolvabilité.

[155] La deuxième possibilité est que l'acte fautif a empêché Livent — l'entreprise elle-même — de déceler dans la gestion de l'entreprise la faute que les dirigeants de Livent auraient corrigée s'ils avaient été au courant du véritable état des choses. Cette possibilité suppose une situation où la direction de l'entreprise, agissant en toute honnêteté et avec diligence, n'est pas en mesure de corriger la faute interne parce que les vérificateurs ont négligé de la révéler.

[156] Telle n'est pas la situation de Livent. Livent n'a présenté aucune preuve que ses dirigeants

Drabinsky's and Gottlieb's misfeasance; indeed, it likely could not have done so. Drabinsky and Gottlieb, the fraudsters, were themselves the management. Far from relying on the audited statements as assurance that everything was well with the company, Drabinsky and Gottlieb knew the audit reports were inaccurate. There is no evidence that anyone at a lower level of Livent management would have blown the whistle if Livent's statements had revealed the fraud at an earlier date.

[157] The third possibility is that Deloitte's wrongdoing prevented Livent's shareholders from exercising shareholder supervision in a manner that would have ended the corporation's loss-creating activities at an earlier date. Livent argues (and my colleagues Gascon and Brown JJ. accept) that it relied on Deloitte to produce a report on the basis of which its shareholders could discharge their supervisory function, which all agree was one of the purposes for which the audited statements were prepared. Livent argues, and my colleagues conclude, that all loss that shareholder supervision might have avoided is recoverable — including the decline in the value of the company.

[158] This proposition faces two difficulties. The first is that Livent never proved, nor did the trial judge find, the elements necessary to establish it. The second is a related policy concern: to allow recovery in the absence of the required proof would be to open the door to indeterminate recovery. I will consider each of these difficulties in turn.

[159] First, although the trial judge's reasons refer to Deloitte's duty to Livent's shareholders as established in *Hercules*, the factual basis for liability based on impaired shareholder supervision was lacking. Livent's theory of the case was simply that all loss as a result of improvident investments after the negligent audits was compensable, on a "but for" basis. Livent did not prove and the trial judge did not find that Livent's shareholders relied on Deloitte's negligent audit statements, or

n'étaient pas au courant de la faute commise par MM. Drabinsky et Gottlieb. En réalité, elle n'aurait pas pu le faire, puisque MM. Drabinsky et Gottlieb, les fraudeurs, étaient eux-mêmes les dirigeants. Loin de se fier aux états financiers vérifiés comme garantie que tout allait bien pour l'entreprise, MM. Drabinsky et Gottlieb savaient que les rapports du vérificateur étaient inexacts. Rien ne prouve que quiconque occupant un poste à un échelon inférieur de la direction de Livent aurait dénoncé la fraude si les déclarations de Livent l'avaient révélée plus tôt.

[157] La troisième possibilité est que l'acte fautif de Deloitte a empêché les actionnaires de Livent d'exercer leur surveillance d'une façon qui aurait mis fin plus tôt aux activités causant des pertes à l'entreprise. Livent soutient (et mes collègues les juges Gascon et Brown acceptent cet argument) qu'elle s'est fiée à Deloitte pour produire un rapport sur lequel ses actionnaires pourraient s'appuyer pour s'acquitter de leur fonction de surveillance, ce qui, de l'avis de tous, était une des fins pour lesquelles les états financiers vérifiés ont été préparés. Livent plaide, et mes collègues concluent, que toutes les pertes que la surveillance par les actionnaires aurait pu permettre d'éviter sont indemnissables, y compris la diminution de la valeur de l'entreprise.

[158] Cette proposition se heurte à deux difficultés. La première est que Livent n'a jamais prouvé les éléments nécessaires pour l'établir, et le juge de première instance n'a jamais conclu à leur existence. La deuxième est une considération de politique générale connexe : permettre l'indemnisation en l'absence de la preuve nécessaire reviendrait à ouvrir la porte à l'indemnisation indéterminée. J'examinerai ces difficultés l'une après l'autre.

[159] D'abord, bien que le juge de première instance mentionne dans ses motifs l'obligation de Deloitte envers les actionnaires de Livent telle qu'elle a été énoncée dans *Hercules*, il n'y avait pas de preuve de la responsabilité fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires soit compromise. La thèse de Livent voulait simplement que, par application du critère du « facteur déterminant », toutes les pertes découlant des mauvais investissements postérieurs aux vérifications faites avec négligence

that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets in the period between the issuance of the relevant statements and Livent's insolvency.

[160] The trial judge, accepting Livent's theory of the case, held that the duty of care must be broad enough to catch all losses that would be captured by a "but for" test. He stated the following:

In my view, the ultimate issuance or withholding of a clean opinion is but one aspect of conducting an audit in accordance with [generally accepted auditing standards]. It is not close to being the complete embodiment of the duty of care. Indeed, if [the plaintiff's] argument were accepted, it would preclude the applicability of the "but for" test. Instead of asking whether damages would have been sustained but for the negligent failure to detect certain errors or fraud, one would be restricted to asking whether or not damages would have been sustained but for the provision of a clean opinion. [Emphasis added; para. 285.]

[161] The broad view of the duty of care taken by Livent, and accepted by the trial judge meant that the trial judge failed to consider the parameters of the shareholders' reasonable and foreseeable reliance as required in *Hercules* when defining the scope of the duty of care with respect to losses stemming from impaired shareholder supervision. My colleagues conclude otherwise, noting that the trial judge believed that the shareholders were entitled to rely on Deloitte's negligent audits as an indication of Livent's health. Crucially, however, the trial judge did not ask whether the shareholders had in fact relied on the audits — a critical element to the cause of action. He did not ask whether, if they had relied, this reliance prevented them from taking steps to replace directors or officers or otherwise alter course. He did not ask whether this would have included shutting

étaient indemnisables. Livent n'a pas prouvé, et le juge de première instance n'a pas conclu, que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que s'ils avaient reçu des états financiers exacts et s'y étaient fiés, ils auraient agi d'une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs au cours de la période entre la production des états financiers en cause et l'insolvabilité de Livent.

[160] Le juge de première instance, qui a accepté la thèse de Livent, a conclu que l'obligation de diligence doit être suffisamment générale pour englober toutes les pertes qui auraient été visées par le critère du « facteur déterminant ». Il a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] À mon avis, la prestation ou la retenue ultime d'une opinion sans réserve n'est qu'un aspect de la conduite d'une vérification conformément aux [normes de vérification généralement reconnues]. Ce n'est qu'une petite partie de l'obligation de diligence. En fait, si l'argument [du demandeur] était retenu, il empêcherait l'application du critère du « facteur déterminant ». Plutôt que de se demander si les dommages auraient été subis n'eût été l'omission par négligence de détecter certaines erreurs ou la fraude, on pourrait seulement se demander si les dommages auraient été subis n'eût été la prestation d'une opinion sans réserve. [Je souligne; par. 285.]

[161] En raison de l'interprétation large de l'obligation de diligence adoptée par Livent et acceptée par le juge de première instance, ce dernier a omis de tenir compte des paramètres de la confiance raisonnable et prévisible des actionnaires, comme l'exigeait l'arrêt *Hercules* lorsqu'il a défini l'étendue de l'obligation de diligence en ce qui a trait aux pertes découlant du fait que la surveillance des actionnaires soit compromise. Mes collègues concluent autrement, en faisant remarquer que le juge de première instance croyait que les actionnaires pouvaient se fier aux états financiers vérifiés négligemment par Deloitte pour obtenir un indice de la santé de Livent. Un point essentiel toutefois, le juge de première instance ne s'est pas demandé si les actionnaires s'étaient effectivement fiés aux états financiers vérifiés — un élément crucial pour la cause d'action.

down Livent on March 31st, 1998 (or at least earlier than when it was shut down in November 1998). Finally, he did not ask whether these actions, had they been taken, would have prevented the losses that Livent built up during the seven-month period in question. If the trial judge had asked these questions, he would have been obliged to answer them in the negative, since Livent offered no proof to support affirmative answers.

[162] I leave aside for the purposes of this case the difficulty that the shareholders, unlike in *Hercules*, are not parties to the claim or the action. Assuming this would not pose a problem, it is possible to speculate that the necessary facts could have been proven (although given the short time period, it seems unlikely). But the more fundamental point is that Livent did not prove these matters, and that as a result, the factual basis for establishing loss on the basis of shareholder supervision was entirely lacking. The hypothetical chain of events required to establish liability on this ground completely bypasses the complexity of shareholder decision making.

[163] Livent's position and the trial judge's approach collapse the distinction between shareholder decision making, for which an auditor provides information for one purpose — holding management accountable with a view to the best interest of the company — with management decision making, for which the auditor provides information for a different purpose — responding to error and wrongdoing. Conceiving liability in this way creates a misalignment between the scope of the duty of care, the type of loss that is therein contemplated, and the actual elements that must be proven in order to make a successful claim.

Il ne s'est pas demandé si, dans le cas où les actionnaires s'étaient fiés à ces états financiers, cette confiance les avait empêchés de prendre des mesures pour remplacer les administrateurs ou les dirigeants ou changer les choses autrement. Il ne s'est pas demandé si cela aurait inclus la cessation des activités de Livent le 31 mars 1998 (ou du moins avant qu'elle ne cesse ses activités en novembre 1998). Finalement, il ne s'est pas demandé si ces mesures, si elles avaient été prises, auraient empêché les pertes que Livent a accumulées pendant la période de sept mois en question. Si le juge de première instance avait posé ces questions, il aurait été tenu d'y répondre par la négative, puisque Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui de réponses affirmatives.

[162] Pour les besoins de la présente affaire, je ne tiens pas compte du fait que les actionnaires, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Hercules*, ne sont pas parties à la demande ou à l'action. Dans l'hypothèse où cela ne poserait pas problème, il est possible d'avancer l'hypothèse que les faits nécessaires auraient pu être prouvés (bien que, compte tenu de la courte période, cela aurait été peu probable). Mais le point le plus fondamental est que Livent n'a pas prouvé ces éléments, et qu'en conséquence, aucun fondement factuel n'établissait une perte attribuable au manque de surveillance des actionnaires. La chaîne hypothétique des événements requise pour établir la responsabilité pour ce motif évite complètement la complexité du processus décisionnel des actionnaires.

[163] La position de Livent et l'approche du juge du procès font tomber la distinction entre le processus décisionnel des actionnaires, pour lequel le vérificateur fournit des renseignements à une seule fin — demander des comptes aux dirigeants dans l'intérêt de l'entreprise — et le processus décisionnel des dirigeants, pour lequel le vérificateur fournit des renseignements à une fin différente — prendre des mesures à l'égard des erreurs et des actes fautifs. Considérer la responsabilité de cette façon crée une discordance entre l'étendue de l'obligation de diligence, le type de perte qu'elle viserait et les éléments réels qui doivent être prouvés pour que le demandeur obtienne gain de cause.

[164] The second and related difficulty the shareholder supervision argument faces in this case is that it would lead to unfair allocation of loss and indeterminate liability for auditors' statements, negating the duty of care: *Hercules*, at paras. 36-37.

[165] Livent's position — that Deloitte is liable for all loss without proof of the elements required to advance a case based on impaired shareholder supervision — would result in an unfair allocation of loss as well as indeterminacy of damages. On the shareholder supervision theory advanced by Livent, breach of a duty owed primarily to the collectivity of shareholders (who do not advance a claim) and only derivatively to the corporation, would result in liability for every dollar that Livent spent after the point in time the shareholders became entitled to rely on the statements. The auditor would be the virtual guarantor of everything Livent — not the collectivity of shareholders to which the duty was owed — did thereafter. This would not be a fair allocation of responsibility. The same scenario would raise the spectre of indeterminate liability. Auditors would be unable to reasonably predict when they are providing services to clients what their ultimate liability would be. It would be out of their control. No matter how bad the decisions made by the client thereafter, no matter how complex the web of dealings that led to the ultimate loss — things that cannot be foreseen in advance — the auditor would be liable for the total loss, on the basis that it would not have occurred “but for” the negligent act.

[166] For the foregoing reasons, I conclude that the losses at issue have not been shown to fall within the scope of Deloitte's duty of care. The first step of the *Anns* test is not established. It is unnecessary to go on to ask whether *prima facie* liability is negated by policy considerations unrelated to the relationship

[164] La deuxième difficulté connexe à laquelle se heurte l'argument relatif à la surveillance par les actionnaires en l'espèce est que cela aurait pour conséquence une attribution inéquitable de la perte et une responsabilité indéterminée pour l'auteur des déclarations du vérificateur, ce qui annihile l'obligation de diligence : *Hercules*, par. 36-37.

[165] La position de Livent — selon laquelle Deloitte est responsable de toutes les pertes sans qu'il soit nécessaire de prouver les éléments requis pour présenter une thèse fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires soit compromise — donnerait lieu à une attribution inéquitable de la perte, ainsi qu'à un montant indéterminé de dommages-intérêts. En ce qui a trait à la théorie relative à la surveillance par les actionnaires soutenue par Livent, le manquement à une obligation, principalement envers les actionnaires collectivement (qui n'ont pas présenté de demande) et seulement de façon incidente envers l'entreprise, donnerait lieu à une responsabilité pour chaque dollar que Livent a dépensé après le moment où les actionnaires ont pu se fier aux déclarations. Le vérificateur serait pratiquement garant de tout ce que ferait par la suite Livent — et non les actionnaires collectivement, envers lesquels il a l'obligation de diligence. Cela ne constituerait pas une attribution équitable de la responsabilité. Le même scénario ferait naître le spectre de la responsabilité indéterminée. Les vérificateurs seraient incapables de prévoir raisonnablement quelle serait leur responsabilité ultime lorsqu'ils fournissent des services à des clients; cela serait hors de leur contrôle. Peu importe si les décisions prises ultérieurement par le client sont mauvaises ou si l'enchevêtrement des opérations ayant mené à la perte est complexe — des facteurs qui ne peuvent être prévus — le vérificateur serait responsable de la totalité de la perte, pour le motif que cette perte n'aurait pas eu lieu n'eût été l'acte de négligence.

[166] Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'a pas été démontré que les pertes en question sont visées par l'obligation de diligence de Deloitte. La première étape du critère énoncé dans *Anns* n'a pas été franchie. Il n'est pas nécessaire de se demander si des considérations de politique générale

between the parties. However, were it necessary to do so, the policy considerations of unfair allocation of loss and indeterminacy would preclude imposing liability on Deloitte.

[167] I add a doctrinal side-note at this point. In *Hercules*, this Court, per La Forest J., held that the spectre of indeterminate loss might be a policy consideration negating liability of certain loss at the second step of the *Anns* test. However, since *Cooper* it has been clear that policy considerations relating to the relationship between the parties fall to be considered at the first step of *Anns*. It may not therefore be necessary to resort to the second step to consider the implications of indeterminate liability: see J. Blom, “Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence?” (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895, at pp. 906 and 908.

[168] It remains for future cases to explore the limits of an auditor’s liability for impaired shareholder supervision. Short of finding that an auditor who provides information on which shareholders will exercise their oversight powers assumes responsibility for all of the potential consequences of carrying on business, the facts as found by the trial judge do not enable us to do so here.

[169] Livent’s failure to prove that any of the loss it suffered can be attributed to its shareholders’ reliance on the negligent 1997 year-end audit report for the purpose of corporate oversight is a sufficient basis on which to allow the appeal in its entirety. But there is further problematic aspect of the shareholder supervision theory on which Livent now seeks to rely. It is one of principle.

non liées à la relation entre les parties annihilent la responsabilité *prima facie*. Cependant, s’il était nécessaire de le faire, les considérations de politique générale que sont l’attribution inéquitable de la perte et l’indétermination empêcheraient que Deloitte soit tenue responsable.

[167] J’ajoute à ce point une note théorique. Dans *Hercules*, le juge La Forest, écrivant au nom de la Cour, a conclu que le spectre de la perte indéterminée pourrait constituer une considération de politique générale écartant la responsabilité à l’égard d’une certaine perte à la deuxième étape du critère de l’arrêt *Anns*. Cependant, depuis *Cooper* il est clair que les considérations de politique générale relatives à la relation entre les parties doivent être prises en compte à la première étape du critère de l’arrêt *Anns*. Il ne serait donc pas nécessaire d’avoir recours à la deuxième étape pour examiner les répercussions de la responsabilité indéterminée : voir J. Blom, « Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence? » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895, p. 906 et 908.

[168] La jurisprudence aura à préciser les limites de la responsabilité d’un vérificateur du fait que la surveillance des actionnaires est compromise. En l’absence d’une conclusion selon laquelle le vérificateur qui fournit des renseignements sur lesquels se fonderont les actionnaires pour exercer leur pouvoir de surveillance assume la responsabilité à l’égard de toutes les conséquences éventuelles de la poursuite des activités, les faits constatés par le juge de première instance ne nous permettent pas de le faire dans la présente affaire.

[169] Le défaut de Livent de prouver que toute perte subie peut être attribuée au fait que les actionnaires se sont fiés au rapport de vérification de fin d’exercice pour 1997 entaché de négligence aux fins de la surveillance de l’entreprise constitue un fondement suffisant pour accueillir le pourvoi dans sa totalité. Mais la thèse de la surveillance par les actionnaires que Livent veut maintenant invoquer comporte un autre aspect qui pose problème. Il s’agit d’une question de principe.

[170] As explained above, an auditor that provides a year-end report for the purpose of enabling a company's shareholders to supervise management does not, absent proof, assume responsibility for what the shareholders decide to do with that information. The purpose of an annual audit report is to inform shareholder decision making, not to govern it. The auditor does not underwrite the entire risk associated with the shareholders' exercise of business judgment; it is liable only for exposing shareholders to the risk of the information it has provided being wrong. Even if the whole loss would have been avoided if the auditor had met the standard of care, the company may recover in damages only that part of the loss that may be attributed to the auditor's breach of its duty of care, which is restricted by the purpose or purposes for which it provided its opinion. The auditor is not liable for the indeterminate quantum of loss that the shareholders' course of action (or inaction) may trigger, since determining that course of action is beyond the auditor's undertaking of responsibility, and thus outside the scope of its duty of care. Similarly, loss that cannot be attributed to the auditor's breach will be too remote to recover.

[171] For this reason, the language of lost opportunity is unavailing. In any case concerned with the tortious provision of information, the plaintiff may claim that, had it only known the truth, it would have had the chance to make different choices than it ultimately did. Unless the provider of information has assumed responsibility not only for the information but also for the decision to be informed by it, what the plaintiff would have done differently if it had been provided with different information is immaterial. Rather, the question is the extent to which the loss that in fact resulted may be attributed to the wrongness (i.e., the tortious quality) of the information provided.

[172] On the trial judge's findings, Deloitte never assumed responsibility for any of the decisions —

[170] Comme je l'ai déjà expliqué, un vérificateur qui fournit un rapport de fin d'exercice en vue d'aider les actionnaires d'une société à surveiller la gestion n'assume pas, en l'absence de preuve, la responsabilité de ce que les actionnaires décident de faire avec ces renseignements. Le rapport annuel du vérificateur vise à éclairer la prise de décisions par les actionnaires, et non à dicter leurs décisions. Le vérificateur ne se porte pas garant de tous les risques associés à la prise de décisions d'affaires par les actionnaires; il est seulement responsable du fait d'avoir exposé les actionnaires au risque que les renseignements qu'il a fournis soient inexacts. Même si la totalité de la perte aurait été évitée si le vérificateur avait respecté la norme de diligence, la société ne peut se voir accorder des dommages-intérêts que pour la partie de la perte pouvant être attribuée au manquement par le vérificateur à son obligation de diligence, qui est limitée par la fin ou les fins pour lesquelles il a exprimé son opinion. Le vérificateur ne peut être tenu responsable du montant indéterminé de la perte susceptible de résulter des actes (ou de l'inaction) des actionnaires, puisque la détermination de ces actes échappe à la responsabilité du vérificateur, et elle échappe donc à l'étendue de son obligation de diligence. De la même façon, une perte qui ne peut être attribuée au manquement du vérificateur est trop éloignée pour être indemnisable.

[171] Pour ce motif, la notion de privation d'une occasion n'est pas utile. Dans toute affaire portant sur la fourniture délictuelle de renseignements, le demandeur peut faire valoir que, s'il avait seulement su la vérité, il aurait eu la possibilité de faire des choix différents de ceux qu'il a ultimement faits. À moins que la personne qui a fourni les renseignements ait assumé la responsabilité non seulement à l'égard des renseignements, mais aussi à l'égard de la décision que ceux-ci devaient éclairer, il importe peu de savoir ce que le demandeur aurait fait différemment si des renseignements différents lui avaient été fournis. Il faut plutôt déterminer dans quelle mesure la perte que cela a effectivement entraînée peut être attribuée à l'inexactitude (c.-à-d. le caractère délictuel) des renseignements fournis.

[172] Il ressort des conclusions du juge de première instance que Deloitte n'a jamais assumé la

whether of Livent's management or of its shareholders collectively — that may be said to have occasioned Livent's loss. What Livent proved is that it relied on Deloitte's clean opinions to raise funds from third parties, and that it was successful in doing so. Deloitte is not liable to Livent for loss arising from Livent's use of these funds, even if certain of Deloitte's opinions were prepared for the purpose of *attracting* them, because Livent did not prove that Deloitte undertook responsibility for how Livent *spent* them.

[173] The foregoing analysis is based on the scope of Deloitte's duty of care. The same result would follow on a remoteness approach to the question of liability for economic loss as a result of negligent misstatement. The question on this approach is whether the loss claimed is too remote from the wrongful act for the act to be the "legal cause" of the loss. The basic question is whether the loss is reasonably foreseeable, having regard to a variety of factors, including the relationship between the parties and the expectations that flow from it, the circumstances of the case, and other factors bearing on the connection between the wrongful act and the loss claimed including external or intervening influences. In the end, a close and proximate connection between wrongful act and the loss claimed must be established, having regard to all these things and to the purpose for which the information was furnished.

[174] It follows that Livent cannot recover the losses it claims against Deloitte. The claim in tort must be dismissed. The result is the same with respect to Livent's action in contract; here too the losses would be too remote: see *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at pp. 243-44, citing *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at §14.720. Given the trial judge's determination, at para. 243, that the elements of the action in contract were identical to

responsabilité des décisions — que ce soit celles des dirigeants de Livent ou de ses actionnaires collectivement, — pouvant être considérées comme ayant causé la perte subie par Livent. Ce que Livent a prouvé, c'est qu'elle s'est fiée aux opinions sans réserve de Deloitte pour obtenir des fonds auprès de tiers, et qu'elle a réussi à le faire. Deloitte n'est pas responsable envers Livent de la perte découlant de l'utilisation de ces fonds par Livent, même si certaines des opinions de Deloitte ont été préparées dans le but d'*attirer* ces investissements, étant donné que Livent n'a pas prouvé que Deloitte a assumé une responsabilité quant à la façon dont Livent a *dépensé* ces fonds.

[173] L'analyse qui précède est fondée sur l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte. Le résultat serait le même si l'analyse avait été faite selon l'approche du caractère éloigné pour la question de la responsabilité à l'égard de la perte économique subie à la suite d'une déclaration inexacte faite par négligence. La question relative à cette approche est celle de savoir si la perte alléguée est trop éloignée de l'acte fautif pour que cet acte soit la « cause juridique » de la perte. La question fondamentale qui se pose est celle de savoir si la perte est raisonnablement prévisible, compte tenu de divers facteurs, y compris la relation entre les parties et les attentes qui en découlent, les circonstances de l'affaire et d'autres facteurs portant sur le lien entre l'acte fautif et la perte alléguée, y compris les influences externes ou intermédiaires. En fin de compte, il faut établir l'existence d'un lien étroit et immédiat entre l'acte fautif et la perte alléguée, compte tenu de tous ces facteurs et de la fin pour laquelle les renseignements ont été fournis.

[174] Il s'ensuit que Livent ne peut recouvrer de Deloitte les pertes alléguées. L'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. L'action en responsabilité contractuelle de Livent aboutit au même résultat; dans ce cas également, les pertes seraient trop éloignées : voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, p. 243-244, citant *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5^e éd. 2012), §14.720. Vu la décision du juge de première instance, au par. 243, suivant

the elements of the action in tort, it follows that the trial judge's conclusion that there was a breach in contract is erroneous.

[175] Although in many respects I agree with Gascon and Brown JJ.'s articulation of the general framework that governs this matter, I part company with my colleagues in two key respects. First, I take the view that, for Livent to make out its claim, it must prove on the evidence the elements required to establish Deloitte's liability on the basis of impaired shareholder supervision. My colleagues suggest that, had Deloitte provided sound audit reports, Livent's shareholders and management may have made decisions that would have limited the company's losses. While this may be true, it is not enough to rely on unproven assertions to define the scope of the duty of care and to subsequently demonstrate causation. My colleagues' approach suggests that an auditor will generally become the underwriter for any losses suffered by a client following a negligent audit report. This, notwithstanding subsequent decisions — reliant or capricious — made by the client's shareholders. I conclude, in contrast, that reliance cannot be presumed, but must be proved.

[176] Second, I take a different view of indeterminate liability than my colleagues. They assert that liability is not indeterminate where a reviewing court can set a value or time frame for a plaintiff's claimed loss *ex post facto*. However, the common law's policy against indeterminacy is directed at ensuring that auditors and other advisors can determine the scope of their liability at the time they take on an engagement and render their services. The question is whether an auditor or other advisor was able to gauge the scale of its potential liability — in terms of the types of losses for which it undertook responsibility — before embarking on a course of conduct. Although Deloitte might have been in a position to identify the total net value of Livent, Livent has not proved that Deloitte bore responsibility for the myriad ways that Livent could have gone about

laquelle les éléments de l'action en responsabilité contractuelle étaient identiques à ceux de l'action en responsabilité délictuelle, il s'ensuit que le juge a commis une erreur en concluant à l'existence d'une violation du contrat.

[175] Même si, à plusieurs égards, je suis d'accord avec la façon dont les juges Gascon et Brown formulent le cadre général qui régit cette question, je diverge d'opinion quant à deux aspects importants. D'abord, j'estime que, pour que Livent puisse démontrer le bien-fondé de sa demande, elle doit prouver les éléments requis pour établir la responsabilité de Deloitte fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires est compromise. Selon mes collègues, si Deloitte avait présenté des rapports de vérification justes, les actionnaires et les dirigeants de Livent auraient pu prendre des décisions qui auraient limité les pertes de l'entreprise. C'est peut-être le cas, mais il ne suffit pas que l'on se fie à des affirmations non prouvées pour définir l'étendue de l'obligation de diligence et démontrer par la suite la causalité. L'approche de mes collègues laisse croire qu'à la suite d'un rapport entaché de négligence, un vérificateur deviendra généralement garant de toutes les pertes subies par un client. Et cela malgré les décisions subséquentes — conséquentes ou fantaisistes — prises par les actionnaires du client. Je conclus par contre que le caractère conséquent ne peut être présumé, mais doit être prouvé.

[176] Ensuite, je ne partage pas l'avis de mes collègues concernant la responsabilité indéterminée. Ils soutiennent que la responsabilité n'est pas indéterminée lorsqu'un tribunal de révision peut après coup fixer pour la perte alléguée du demandeur une valeur ou un laps de temps. Cependant, le principe de la common law à l'encontre de l'indétermination vise à faire en sorte que les vérificateurs et les autres conseillers puissent déterminer l'étendue de leur responsabilité au moment où ils acceptent un engagement et rendent leurs services. La question est de savoir si, avant de poser un acte, un vérificateur ou un autre conseiller est en mesure d'évaluer l'ampleur de sa responsabilité éventuelle quant aux types de pertes pour lesquelles il se rend responsable. Bien que Deloitte ait pu être en mesure d'établir la valeur nette totale de Livent, cette dernière

depleting its value after receiving the auditor's statements. This is what makes the liability identified by my colleagues indeterminate and therefore outside the scope of the duty of care.

[177] Having concluded that Deloitte is not liable for the losses claimed, it is not necessary to consider the apportionment of damages under s. 3 of the *Negligence Act*, nor is it necessary to consider whether Deloitte can raise the defence of illegality against Livent.

IV. Disposition

[178] I would allow the appeal, with costs to Deloitte.

Appeal allowed in part with costs to Livent Inc. throughout, McLACHLIN C.J. and WAGNER and CÔTÉ JJ. dissenting in part.

Solicitors for the appellant: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Dentons Canada, Toronto.

Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Toronto and Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance: McMillan, Toronto.

Solicitors for the intervener Chartered Professional Accountants of Canada: Borden Ladner Gervais, Toronto and Ottawa.

n'a pas prouvé que Deloitte avait une responsabilité à l'égard de la multitude de façons dont Livent pouvait avoir diminué sa valeur après avoir reçu les états financiers vérifiés. Voilà ce qui rend indéterminée, et par conséquent, soustraite à l'obligation de diligence la responsabilité que retiennent mes collègues.

[177] Puisque je conclus que Deloitte n'est pas responsable des pertes alléguées, il n'est pas nécessaire de procéder à la répartition des dommages-intérêts aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, et il n'est pas non plus nécessaire d'examiner si Deloitte peut invoquer l'illegalité comme moyen de défense contre Livent.

IV. Dispositif

[178] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur de Deloitte.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de Livent Inc. dans toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et les juges WAGNER et CÔTÉ sont dissidents en partie.

Procureurs de l'appelante : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Dentons Canada, Toronto.

Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Toronto et Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance : McMillan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Comptables professionnels agréés du Canada : Borden Ladner Gervais, Toronto et Ottawa.

IN THE MATTER OF THE *COMPANIES' CREDITORS ARRANGEMENT ACT*,
R.S.C. 1985, c. C-36, AS AMENDED AND IN THE MATTER OF A PLAN OF COMPROMISE
OR ARRANGEMENT OF CANNTRUST HOLDINGS INC. ET AL.

Court File No. CV-20-00638930-OCL

ONTARIO
SUPERIOR COURT OF JUSTICE
(COMMERCIAL LIST)
Proceeding commenced at Toronto

REPLY BOOK OF AUTHORITIES
OF CCAA REPRESENTATIVE COUNSEL
(Sanction Hearing)

STROSBERG SASSO SUTTS LLP

1561 Ouellette Avenue
Windsor, ON N8X 1K5

David R. Wingfield (LSO #28710D)

dwingfield@strosbergco.com

Tel: (416) 432-1443

Fax: (866) 316-5308

HENEIN HUTCHISON LLP

235 King Street East, First Floor
Toronto, ON M5A 1J9

Marie Henein (LSO #33289T)

mhenein@hhllp.ca

Scott Hutchison (LSO #29912J)

shutchison@hhllp.ca

Tel: (416) 368-5000

Fax: (416) 368-6640

WEISZ FELL KOUR LLP

5600-100 King St W,
Toronto, ON M5X 1C9
Steven Weisz (LSO #32102C)

sweisz@wfklaw.ca

Tel: 416.613.8281

Fax: 416.613.8290

KALLOGHLIAN MYERS LLP

Suite 200, 150 King St. W
Toronto, ON M5H 1J9

Serge Kalloghlian (LSO# 55557F)

serge@kalloghlianmyers.com

Tel: (647) 812 5615

Fax: (647) 243 6620

**A DIMITRI LASCARIS LAW
PROFESSIONAL CORPORATION**

G101-360 Rue Saint-Jacques
Montreal, QC H2Y 1P5

A. Dimitri Lascaris (LSO#50074A)

alexander.lascaris@gmail.com

Tel: (514) 941-5991

Fax: (519) 660-7845

CCAA Representative Counsel