

**COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

**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 URBANCORP TORONTO  
MANAGEMENT INC., URBANCORP (ST. CLAIR VILLAGE)  
INC., URBANCORP (PATRICIA) INC., URBANCORP  
(MALLOW) INC., URBANCORP (LAWRENCE) INC.,  
URBANCORP DOWNSVIEW PARK DEVELOPMENT INC.,  
URBANCORP (952 QUEEN WEST) INC., KING  
RESIDENTIAL INC., URBANCORP 60 ST. CLAIR INC.,  
HIGH RES INC., BRIDGE ON KING INC. (COLLECTIVELY,  
THE "APPLICANTS") AND THE AFFILIATED ENTITIES  
LISTED IN SCHEDULE "A" HERETO**

---

**BRIEF OF AUTHORITIES OF THE APPELLANT  
KSV KOFMAN INC., IN ITS CAPACITY AS MONITOR**

**VOLUME II OF III**

---

**DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP**  
155 Wellington Street West  
Toronto ON M5V 3J7

**Robin B. Schwill** (LSO #38452I)  
Tel: 416.863.5502  
Email: rschwill@dwpv.com

**Matthew Milne-Smith** (LSO #44266P)  
Tel: 416.863.0900  
Email: mmilne-smith@dwpv.com

**Chantelle Cseh** (LSO #60620Q)  
Tel: 416.367.7552  
Email: ccseh@dwpv.com

Lawyers for the Appellant, KSV Kofman  
Inc., in its Capacity as Monitor

**TO: ATTACHED SERVICE LIST**

**URBANCORP TORONTO MANAGEMENT INC. ET AL.  
SERVICE LIST  
(Updated June 15, 2018)**

**TO: DLA PIPER (CANADA) LLP**  
Suite 6000, Box 367  
1 First Canadian Place  
Toronto, ON M5X 1E2

**Edmond F.B. Lamek / Danny M. Nunes**  
Tel: 416.365.3444 / 416.365.3421  
Email: [edmond.lamek@dlapiper.com](mailto:edmond.lamek@dlapiper.com)/[danny.nunes@dlapiper.com](mailto:danny.nunes@dlapiper.com)

**Lawyers for the Urbancorp CCAA Entities**

**AND TO: KSV KOFMAN INC.**  
150 King Street West, Suite 2308  
Toronto, ON M5H 1J9

**Bobby Kofman / Noah Goldstein / Robert Harlang**  
Tel: 416-932-6228 / 416-932-6027 / 416-932-6225  
Email: [bkofman@ksvadvisory.com](mailto:bkofman@ksvadvisory.com) / [ngoldstein@ksvadvisory.com](mailto:ngoldstein@ksvadvisory.com) /  
[rharlang@ksvadvisory.com](mailto:rharlang@ksvadvisory.com)

**The Monitor**

**AND TO: DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP**  
155 Wellington Street West  
Toronto, ON M5V 3J7

**Robin B. Schwill / Jay Swartz**  
Tel: 416-863-5502 / 416-863-5520  
Email: [rschwill@dwpv.com](mailto:rschwill@dwpv.com) / [jswartz@dwpv.com](mailto:jswartz@dwpv.com)

**Lawyers for KSV Kofman Inc., in its capacity as Monitor**

**AND TO: BENNETT JONES LLP**  
3400 One First Canadian Place  
Toronto, ON M5X 1A4

**S. Richard Orzy / Raj S. Sahni**  
Tel: 416-777-5737 / 416-777-4804  
Email: [Orzyr@bennettjones.com](mailto:Orzyr@bennettjones.com) / [SahniR@bennettjones.com](mailto:SahniR@bennettjones.com)

**Lawyers for Urbancorp Inc. and Alan Saskin**

**AND TO: DENTONS CANADA LLP**  
400-77 King Street West, TD Centre  
Toronto, ON M5K 0A1  
**Neil Rabinovitch / Kenneth Kraft**  
Tel: 416-863-4656 / 416-863-4374  
Email: [neil.rabinovitch@dentons.com](mailto:neil.rabinovitch@dentons.com) / [kenneth.kraft@dentons.com](mailto:kenneth.kraft@dentons.com)  
**Lawyers for Adv. Gus Gissin, in his capacity as the Court-appointed Israeli Functionary of Urbancorp Inc.**

**AND TO: GOODMANS LLP**  
Bay Adelaide Centre  
333 Bay Street, Suite 3400  
Toronto, ON M5H 2S7  
**Brian Empey**  
Tel: 416-597-4194  
Email: [bempey@goodmans.ca](mailto:bempey@goodmans.ca)  
**Lawyers for Parc Downsview Park Inc.**

**AND TO: TORYS LLP**  
79 Wellington Street West, 30<sup>th</sup> Floor  
Box 270, TD South Tower  
Toronto, ON M5K 1N2  
**Scott A. Bomhof**  
Tel: 416-865-7370  
Email: [sbomhof@torys.com](mailto:sbomhof@torys.com)  
**Lawyers for First Capital Realty**

**AND TO: BLAKE, CASSELS & GRAYDON LLP**  
199 Bay Street  
Suite 4000, Commerce Court West  
Toronto, ON M5L 1A9  
**Silvana M. D'Alimonte**  
Tel: 416-863-3860  
Email: [smda@blakes.com](mailto:smda@blakes.com)  
**Lawyers for Laurentian Bank of Canada**

**AND TO: CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP**  
Suite 2100, Scotia Plaza  
40 King Street West  
Toronto, ON M5H 3C2  
**Jane Dietrich / Natalie E. Levine**  
Tel: 416-860-5223 / 416-860-6568  
Email: [jdietrich@casselsbrock.com](mailto:jdietrich@casselsbrock.com) / [nlevine@casselsbrock.com](mailto:nlevine@casselsbrock.com)  
**Lawyers for Mattamy Homes Limited**

**AND TO: ROBINS APPLEBY LLP**  
120 Adelaide Street West, Suite 2600  
Toronto, ON M5H 1T1

**Leor Margulies / Dominique Michaud**  
Tel: 416-360-3372 / 416-360-3795  
Email: [lmargulies@robapp.com](mailto:lmargulies@robapp.com) / [dmichaud@robapp.com](mailto:dmichaud@robapp.com)

**Co-Counsel for Terra Firma Capital Corporation**

**AND TO: THORNTON GROUT FINNIGAN LLP**  
3200 – 100 Wellington Street West  
TD Centre, Box 329  
Toronto, ON M5K 1K7

**John T. Porter**  
Tel: 416-304-0778  
Email: [jporter@tgf.ca](mailto:jporter@tgf.ca)

**Co-Counsel for Terra Firma Capital Corporation**

**AND TO: TEPLITSKY, COLSON LLP**  
70 Bond Street, Suite 200  
Toronto, ON M5B 1X3

**James M. Wortzman / John Paul Ventrella / Catherine E. Allen**  
Tel: 416-865-5315 / 416-865-5327 / 416-865-5326  
Email: [jwortzman@teplitskycolson.com](mailto:jwortzman@teplitskycolson.com) / [jventrella@teplitskycolson.com](mailto:jventrella@teplitskycolson.com) / [callen@teplitskycolson.com](mailto:callen@teplitskycolson.com)

**Lawyers for Atrium Mortgage Investment Corporation**

**AND TO: FRIEDMAN LAW PROFESSIONAL CORPORATION**  
150 Ferrand Drive, Suite 802  
Toronto, ON M3C 3E5

**Judy Hamilton**  
Tel: (416) 496-3340 ext. 136  
Email: [jh@friedmans.ca](mailto:jh@friedmans.ca)

**Lawyers for Felice Raso**

**AND TO: AIRD & BERLIS LLP**  
Brookfield Place, 181 Bay Street  
Suite 1800, Box 754  
Toronto, ON M5J 2T

**D. Robb English**  
Tel: 416-865-4748  
Email: [renghish@airdberlis.com](mailto:renghish@airdberlis.com)

**Lawyers for The Toronto-Dominion Bank**

**AND TO: BANK OF MONTREAL**  
First Canadian Place,  
18<sup>th</sup> Floor, Toronto, ON M5X 1A1

**Halim Chaccour**  
Tel: 416-867-4932  
Email: [halim.chaccour@bmo.com](mailto:halim.chaccour@bmo.com)

**AND TO: CHAITONS LLP**  
5000 Yonge Street,  
10<sup>th</sup> Floor, Toronto, ON M2N 7E9

**Harvey Chaiton**  
Tel: 416-218-1129  
Email: [harvey@chaitons.com](mailto:harvey@chaitons.com)

**Lawyers for Bank of Montreal**

**AND TO: GOWLING WLG**  
1 First Canadian Place  
100 King Street West, Suite 1600,  
Toronto, ON M5X 1G5

**Lilly A. Wong / Clifton P. Prophet / Frank Lamie**  
Tel: 416-369-4630 / 416-862-3509 / 416.962.2609  
Email: [lilly.wong@gowlingwlq.com](mailto:lilly.wong@gowlingwlq.com) / [clifton.prophet@gowlingwlq.com](mailto:clifton.prophet@gowlingwlq.com) /  
[frank.lamie@gowlingwlq.com](mailto:frank.lamie@gowlingwlq.com)

**Lawyers for Canadian Imperial Bank of Commerce**

**AND TO: MCCARTHY TÉTRAULT LLP**  
Suite 5300  
TD Bank Tower  
Box 48, 66 Wellington Street West  
Toronto ON M5K 1E6

**Heather Meredith**  
Tel: 416-601-8342  
Email: [hmeredith@mccarthy.ca](mailto:hmeredith@mccarthy.ca)

**Lawyer for the syndicate of lenders represented by The Bank of Nova Scotia, as Administrative Agent**

**AND TO: WESTMOUNT GUARANTEE SERVICES INC.**  
600 Cochrane Drive, Suite 205  
Markham, ON L3R 5K3

**Jim Emanoilidis**  
Tel: 647-499-8249  
Email: [jim@westmountguarantee.com](mailto:jim@westmountguarantee.com)

**AND TO: KAREG LEASING INC.**  
31 Davisville Avenue  
Toronto, ON M4S 1G3

**Dino Chiesa**  
Tel: 416-520-3119  
Email: [dinochiesa@resreit.ca](mailto:dinochiesa@resreit.ca)

**AND TO: MINISTRY OF FINANCE**  
77 Bay Street, 11<sup>th</sup> Floor  
Toronto, ON M5G 2C8

**Kevin O'Hara**  
Tel: 416-327-8463  
Email: [Kevin.Ohara@ontario.ca](mailto:Kevin.Ohara@ontario.ca)

**AND TO: TORYS LLP**  
79 Wellington Street West, 30<sup>th</sup> Floor  
Box 270, TD South Tower  
Toronto, ON M5K 1N2

**Adam M. Slavens**  
Tel: 416-865-7333  
Email: [aslavens@torys.com](mailto:aslavens@torys.com)

**Lawyers for Tarion Warranty Corporation**

**AND TO: CHAITONS LLP**  
5000 Yonge Street,  
10<sup>th</sup> Floor, Toronto, ON M2N 7E9

**Barry Rotenberg**  
Tel: 416-218-1133  
Email: [BRotenberg@chaitons.com](mailto:BRotenberg@chaitons.com)

**AND TO: HENDRICK AND MAIN DEVELOPMENTS INC.**  
109 Atlantic Ave, Suite 302B  
Toronto, ON M6K 1X4

**Rick lafelice / Gemma Fox**  
Tel: 416-530-2438  
Email: [rick@mainandmain.ca](mailto:rick@mainandmain.ca) / [gemma@mainandmain.ca](mailto:gemma@mainandmain.ca)

**AND TO: FASKEN MARTINEAU DUMOULIN LLP**  
333 Bay Street, Suite 2400  
Toronto, ON M5H 2T6

**Aubrey E. Kauffman**  
Tel: 416-868-3538  
Email: [akauffman@fasken.com](mailto:akauffman@fasken.com)

**Lawyers for Travelers Guarantee Company of Canada**

**AND TO: FOGLER, RUBINOFF LLP**  
77 King Street West  
TD Centre North Tower  
Suite 3000, P.O. Box 95  
Toronto, ON M5K 1G8

**Vern W. DaRe**  
Tel: 416-941-8842  
Email: [vdare@foglars.com](mailto:vdare@foglars.com)

**Lawyers for Adrian Serpa and Stefano Serpa**



**AND TO: CITY OF TORONTO**  
Litigation Section, Legal Services Division  
26<sup>th</sup> Floor, Metro Hall, Stn. 1260, 55 John Street  
Toronto, ON M5V3C6

**Christopher J. Henderson**  
Tel: 416-397-7106  
Email: [chender3@toronto.ca](mailto:chender3@toronto.ca)  
Counsel for the City of Toronto

**Lawyers for the City of Toronto**

**AND TO: FARBER FINANCIAL GROUP**  
150 York Street, Suite 1600  
Toronto, ON M5H 3S5

**Hylton Levy / Rob Stelzer**  
Tel: 416-496-3070 / 416-496-3500  
Email: [hlevy@farberfinancial.com](mailto:hlevy@farberfinancial.com) / [rstelzer@farberfinancial.com](mailto:rstelzer@farberfinancial.com)

**Financial Advisors for the Court-appointed Israeli Functionary of  
Urbancorp Inc.**

**AND TO: DICKINSON WRIGHT LLP**  
199 Bay Street, Suite 2200  
Commerce Court  
Toronto, ON M5L 1G4

**Lisa S. Corne / David P. Preger**  
Tel: 416-646-4608 / 416-646-4606  
Email: [lcorne@dickinsonwright.com](mailto:lcorne@dickinsonwright.com) / [dpreger@dickinsonwright.com](mailto:dpreger@dickinsonwright.com)

**Lawyers for certain purchasers of pre-construction units**

**AND TO: SALVATORE MANNELLA PROFESSIONAL CORPORATION**  
3700 Steeles Ave W. Suite 600  
Woodbridge, Ontario L4L 8K8

**Salvatore Mannella**  
Tel: 905.856.0773 ext.273  
Email: [mannella@westonlaw.ca](mailto:mannella@westonlaw.ca)

**Lawyers for Pro-Green Demolition Ltd.**

**AND TO: TORKIN MANES LLP**  
151 Yonge Street, Suite 1500,  
Toronto ON M5C 2W7

**Kayla Kwinter**  
Tel: 416 777 5420  
Email: [kkwinter@torkinmanes.com](mailto:kkwinter@torkinmanes.com)

**Lawyers for MDF Mechanical Ltd.**

**AND TO: ALVAREZ & MARSAL CANADA INC.**

Royal Bank Plaza, South Tower  
200 Bay Street, Suite 2900  
P.O. Box 22, Toronto, ON M5J 2J1

**Tony Zaspalis / Amanda Favot**

Tel: (416) 847-5171 / (416) 847-5163

Email: [tzaspalis@alvarezandmarsal.com](mailto:tzaspalis@alvarezandmarsal.com) / [afavot@alvarezandmarsal.com](mailto:afavot@alvarezandmarsal.com)

**Receiver of Urbancorp (Leslieville) Developments Inc., Urbancorp (The Beach) Developments Inc., and Urbancorp (Riverdale) Developments Inc.**

**AND TO: BLAKE, CASSELS & GRAYDON LLP**

199 Bay Street  
Suite 4000, Commerce Court West  
Toronto, ON M5L 1A9

**Pamela L.J. Huff / Milly Chow**

Tel: 416-863-2958 / 416-863-2594

Email: [pamela.huff@blakes.com](mailto:pamela.huff@blakes.com) / [milly.chow@blakes.com](mailto:milly.chow@blakes.com)

**Lawyers for the Receiver and Construction Lien Trustee, Alvarez & Marsal Canada Inc.**

**AND TO: CASSELS BROCK & BLACKWELL LLP**

Suite 2100, Scotia Plaza  
40 King Street West  
Toronto, ON M5H 3C2

**Mark St. Cyr**

Tel: (416) 869-5462

Email: [mstcyr@casselsbrock.com](mailto:mstcyr@casselsbrock.com)

**Lawyers for 1481614 Ontario Inc. formerly carrying on business as Coldwell Banker Case Realty**

**AND TO: GOLDMAN SLOAN NASH & HABER LLP**

480 University Ave Suite 1600  
Toronto, Ontario M5G 1V2

**Mario Forte / Robert J. Drake**

Tel: 416 597 6477 / 416-597-5014

Email: [forte@gsnh.com](mailto:forte@gsnh.com) / [drake@gsnh.com](mailto:drake@gsnh.com)

**Lawyers for Fuller Landau LLP, Proposal Trustee to Alan Saskin**

**AND TO: FULLER LANDAU LLP**  
151 Bloor Street West  
Toronto, ON M5S 1S4

**Gary Abrahamson / Adam Erlich / Ken Pearl**  
Tel: 416-645-6524 / 416-645-6560 / 416-645-6519  
Email: [GAbrahamson@FullerLLP.com](mailto:GAbrahamson@FullerLLP.com) / [AErich@FullerLLP.com](mailto:AErich@FullerLLP.com) /  
[KPearl@FullerLLP.com](mailto:KPearl@FullerLLP.com)

**Proposal Trustee to Alan Saskin**

**AND TO: DELZOTTO ZORZI, LLP**  
4810 Dufferin Street, Suite D  
Toronto, ON M3H 5S8

**Robert W. Calderwood / Sabrina Adamski**  
Tel.: 416-665-5555  
E-mail: [rcalderwood@dzlaw.com](mailto:rcalderwood@dzlaw.com) / [sadamski@dzlaw.com](mailto:sadamski@dzlaw.com)

**Lawyers for Furkin Construction Inc. and GMF Consulting Inc.**

**AND TO: FINE & DEO**  
Barristers & Solicitors  
Suite 300, 3100 Steeles Avenue West  
Vaughan, ON L4K 3R1

**Jonathan H. Fine / Maria Dimakas**  
Tel: 905-760-1800, Ext. 226 / 905-760-1800, Ext. 247  
Email: [jfine@finedeo.com](mailto:jfine@finedeo.com) / [mdimakas@finedeo.com](mailto:mdimakas@finedeo.com)

**Lawyers for Toronto Standard Condominium Corporation No. 2302,  
Toronto Standard Condominium Corporation No. 2348 and Toronto  
Standard Condominium Corporation No. 2448**

**AND TO: LEVINE SHERKIN BOUSSIDAN**  
Barristers & Solicitors  
23 Lesmill Road, Suite 300  
Toronto, ON M3B 3P6

**Kevin Sherkin/Jeremy Sacks**  
Tel: (416) 224-2400  
Email: [Kevin@LSBLAW.com](mailto:Kevin@LSBLAW.com) / [jeremy@lsblaw.com](mailto:jeremy@lsblaw.com)

**Lawyers for Speedy Electrical Contractors Ltd.**

**URBANCORP TORONTO MANAGEMENT INC. ET AL.  
SERVICE LIST – EMAIL ADDRESSES  
(Updated June 15, 2018)**

edmond.lamek@dlapiper.com; danny.nunes@dlapiper.com; bkofman@ksvadvisory.com;  
ngoldstein@ksvadvisory.com; rharlang@ksvadvisory.com; rschwill@dwpv.com;  
jswartz@dwpv.com; Orzyr@bennettjones.com; Sahnir@bennettjones.com;  
neil.rabinovitch@dentons.com; kenneth.kraft@dentons.com; bempey@goodmans.ca;  
sbomhof@torys.com; smda@blakes.com; jdietrich@casselsbrock.com;  
nlevine@casselsbrock.com; lmargulies@robapp.com; dmichaud@robapp.com; jporter@tgf.ca;  
jwartzman@teplitskycolson.com; jventrella@teplitskycolson.com; callen@teplitskycolson.com;  
jh@friedmans.ca; reenglish@airdberlis.com; halim.chaccour@bmo.com; harvey@chaitons.com;  
lilly.wong@gowlingwlg.com; clifton.prophet@gowlingwlg.com; frank.lamie@gowlingwlg.com;  
hmeredith@mccarthy.ca; jim@westmountguarantee.com; dinochiesa@resreit.ca;  
Kevin.Ohara@ontario.ca; aslavens@torys.com; BRotenberg@chaitons.com;  
rick@mainandmain.ca; gemma@mainandmain.ca; akauffman@fasken.com;  
vdare@foglers.com; chender3@toronto.ca; hlevy@farberfinancial.com;  
rstelzer@farberfinancial.com; lcorne@dickinsonwright.com; dpreger@dickinsonwright.com;  
mannella@westonlaw.ca; kkwinter@torkinmanes.com; tzaspalis@alvarezandmarsal.com;  
afavot@alvarezandmarsal.com; pamela.huff@blakes.com; milly.chow@blakes.com;  
mstcyr@casselsbrock.com; forte@gsnh.com; drake@gsnh.com;  
GAbrahamson@FullerLLP.com; AErlich@FullerLLP.com; KPearl@FullerLLP.com;  
rcalderwood@dzl原因.com; sadamski@dzl原因.com; jfine@finedeo.com; mdimakas@finedeo.com;  
Kevin@LSBLAW.com; jeremy@lsblaw.com

**COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

**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 URBANCORP TORONTO  
MANAGEMENT INC., URBANCORP (ST. CLAIR VILLAGE)  
INC., URBANCORP (PATRICIA) INC., URBANCORP  
(MALLOW) INC., URBANCORP (LAWRENCE) INC.,  
URBANCORP DOWNSVIEW PARK DEVELOPMENT INC.,  
URBANCORP (952 QUEEN WEST) INC., KING  
RESIDENTIAL INC., URBANCORP 60 ST. CLAIR INC.,  
HIGH RES INC., BRIDGE ON KING INC. (COLLECTIVELY,  
THE "APPLICANTS") AND THE AFFILIATED ENTITIES  
LISTED IN SCHEDULE "A" HERETO**

**TABLE OF CONTENTS**

**VOLUME I**

1. *2105582 Ontario Ltd. (Performance Plus Golf Academy) v. 375445 Ontario Ltd. (Hydeaway Golf Club)*, 2017 ONCA 980, 138 O.R. (3d) 561.
2. *Algoma Steel Inc. v. Union Gas Ltd.* (2003), 63 O.R. (3d) 78 (C.A.), [2003] O.J. No. 71.
3. *Anderson v. Bradley* (1921), 64 D.L.R. 707 (Ont. C.A.).
4. *Bank of Montreal v. Peninsula Brothers Ltd.*, 2009 CarswellOnt 2906 (S.C.).
5. *Boucher v. Public Accountants Council (Ontario)* (2004), 71 O.R. (3d) 291 (C.A.), 2004 CarswellOnt 2521.
6. *Browne v. Dunn* (1893), 6 R. 67 (U.K. H.L.).
7. *Calpine Canada Energy Ltd., Re*, 2008 ABQB 537.
8. *Canadian Asbestos Services Ltd. v. Bank of Montreal*, [1993] O.J. No. 1487 (Gen. Div.).

9. *Conte Estate v. Alessandro*, [2002] O.J. No. 5080 (S.C.), affirmed [2004] O.J. No. 3275 (C.A.).
10. *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Limited*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1.
11. *Freeman v. Pope* (1870), 5 Ch. App. 538 (Eng. Ch. App.), [1861-83] All E.R. Rep. Ext. 1774.
12. *Grant Forest Products Inc. v. The Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426.
13. *Hall-Chem Inc. v. Vulcan Packaging Inc.* (1994), 12 B.L.R. (2d) 271 (Ont. S.C.), 1994 CarswellOnt 230.
14. *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401.

## VOLUME II

15. *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.
16. *Indalex Ltd., Re*, 2011 ONCA 578, reversed 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271.
17. *Indocondo Building Corp. v. Sloan*, 2014 ONSC 4018, 121 O.R. (3d) 160, affirmed 2015 ONCA 752, 31 C.B.R. (6th) 110.
18. *Juhasz (Trustee of) v. Cordeiro*, 2015 ONSC 1781, 24 C.B.R. (6th) 69.
19. *Kerr v. Danier Leather Inc.*, 2007 SCC 44, [2007] 3 S.C.R. 331.

## VOLUME III

20. *National Telecommunications Inc. (Re)*, 2017 ONSC 1475.
21. *National Telecommunications v. Stalt*, 2018 ONSC 1101.
22. *Nuove Ceramiche Richetti S.p.A. v. Mastrogiovanni*, 1988 CarswellOnt 184 (S.C.), 76 C.B.R. (N.S.) 310.
23. *Petrone v. Jones* (1995), 33 C.B.R. (3d) 17 (Ont. Gen. Div.), 1995 CarswellOnt 312.
24. *Purcaru v. Seliverstova*, 2016 ONCA 610, 39 C.B.R. (6th) 15.
25. *Research Capital Corp. v. Brounsuzian*, 2000 CarswellOnt 3676 (S.C.).
26. *Return on Innovation Capital Ltd. v. Gandi Innovations Ltd.*, 2011 ONSC 7465, 88 C.B.R. (5th) 320.

27. *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325.
28. *R. v. Henry*, 2005 SCC 76, [2005] 3 S.C.R. 609.
29. *R. v. Lyttle*, 2004 SCC 5, [2004] 1 S.C.R. 193.
30. *R. v. Quansah*, 2015 ONCA 237, 125 O.R. (3d) 81.
31. *R. v. Vorobiov*, 2018 ONCA 448.
32. *Saramia Crescent General Partner Inc. v. Delco Wire and Cable Limited*, 2018 ONCA 519.
33. *Stelco Inc. (Re)* (2004), 48 C.B.R. (4th) 299 (Ont. S.C.), 2004 CarswellOnt 1211, leave to appeal to C.A. refused 2004 CarswellOnt 2936 (C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused [2004] S.C.C.A. No. 336.
34. *Sun Life Assurance Co. of Canada v. Elliott* (1900), 31 S.C.R. 91.
35. *Truestar Investments Ltd. v. Baer*, 2018 ONSC 3158, 60 C.B.R. (6th) 70.
36. *Union Building Corporation of Canada v. Markham Woodmills Development Inc.*, 2018 ONCA 401, 89 R.P.R. (5th) 212, leave to appeal to S.C.C. pending as of October 22, 2018 (S.C.C. Docket 38163).
37. *XDG Ltd. v. 1099606 Ontario Ltd.* (2002), 41 C.B.R. (4th) (Ont. S.C.), 2002 CarswellOnt 4535, affirmed (2004), 1 C.B.R. (5th) 159 (Div. Ct.), 2004 CarswellOnt 1581.

**Paul Housen** *Appellant*

v.

**Rural Municipality of Shellbrook**  
**No. 493** *Respondent*

**INDEXED AS: HOUSEN v. NIKOLAISEN**

**Neutral citation: 2002 SCC 33.**

File No.: 27826.

2001: October 2; 2002: March 28.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Torts — Motor vehicles — Highways — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.*

*Municipal law — Negligence — Liability of rural municipality for failing to post warning signs on local access road — Passenger sustaining injuries in motor vehicle accident on rural road — Trial judge apportioning part of liability to rural municipality — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192.*

*Appeals — Courts — Standard of appellate review — Whether Court of Appeal properly overturning trial judge's finding of negligence — Standard of review for questions of mixed fact and law.*

The appellant was a passenger in a vehicle operated by N on a rural road in the respondent municipality. N

**Paul Housen** *Appelant*

c.

**Municipalité rurale de Shellbrook**  
**n° 493** *Intimée*

**RÉPERTORIÉ : HOUSEN c. NIKOLAISEN**

**Référence neutre : 2002 CSC 33.**

N° du greffe : 27826.

2001 : 2 octobre; 2002 : 28 mars.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

*Délits civils — Véhicules automobiles — Routes — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.*

*Droit municipal — Négligence — Responsabilité d'une municipalité rurale qui omet d'installer des panneaux d'avertissement le long d'une voie d'accès locale — Blessures subies par un passager dans un accident automobile sur une route rurale — Responsabilité imputée en partie à la municipalité rurale par la juge de première instance — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — The Rural Municipality Act, 1989, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192.*

*Appels — Tribunaux judiciaires — Norme de contrôle applicable en appel — La Cour d'appel a-t-elle eu raison d'infirmer la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité rurale? — Norme de contrôle applicable à l'égard des questions mixtes de fait et de droit.*

L'appelant était passager dans le véhicule conduit par N sur une route rurale située sur le territoire de la



failed to negotiate a sharp curve on the road and lost control of his vehicle. The appellant was rendered a quadriplegic as a result of the injuries he sustained in the accident. Damages were agreed upon prior to trial in the amount of \$2.5 million, but at issue were the respective liabilities, if any, of the municipality, N and the appellant. On the day before the accident, N had attended a party at the T residence not far from the scene of the accident. He continued drinking through the night at another party where he met up with the appellant. The two men drove back to the T residence in the morning where N continued drinking until a couple of hours before he and the appellant drove off in N's truck. N was unfamiliar with the road, but had travelled on it three times in the 24 hours preceding the accident, on his way to and from the T residence. Visibility approaching the area of the accident was limited due to the radius of the curve and the uncleared brush growing up to the edge of the road. A light rain was falling as N turned onto the road from the T property. The truck fishtailed a few times before approaching the sharp curve where the accident occurred. Expert testimony revealed that N was travelling at a speed of between 53 and 65 km/hr when the vehicle entered the curved portion of the road, slightly above the speed at which the curve could be safely negotiated under the conditions prevalent at the time of the accident.

The road was maintained by the municipality and was categorized as a non-designated local access road. On such non-designated roads, the municipality makes the decision to post signs if it becomes aware of a hazard, or if there are several accidents at one spot. The municipality had not posted signs on any portion of the road. Between 1978 and 1987, three other accidents were reported in the area to the east of the site of the appellant's accident. The trial judge held that the appellant was 15 percent contributorily negligent in failing to take reasonable precautions for his own safety in accepting a ride from N, and apportioned the remaining joint and several liability 50 percent to N and 35 percent to the municipality. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the municipality was negligent.

*Held* (Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting): The appeal should be allowed and the judgment of the trial judge restored.

municipalité intimée. N a été incapable de prendre un virage serré et il a perdu la maîtrise de son véhicule. L'appellant est devenu quadriplégique à la suite des blessures subies dans l'accident. Les parties ont convenu avant le procès du montant des dommages-intérêts, qui ont été fixés à 2,5 millions de dollars. La question en litige était celle de savoir si la municipalité, N et l'appellant étaient responsables et, dans l'affirmative, dans quelles proportions. Le jour qui a précédé l'accident, N avait assisté à une fête à la résidence des T, non loin de la scène de l'accident. Durant la nuit, il a continué de boire à une autre fête, où il a rencontré l'appellant. Le matin, les deux hommes sont retournés en automobile à la résidence des T, où N a continué de boire, cessant de le faire quelques heures avant de prendre la route dans sa camionnette en compagnie de l'appellant. N n'était pas familier avec le chemin en question, mais il l'avait emprunté à trois reprises au cours des 24 heures qui avaient précédé l'accident pour aller et venir de la résidence des T. À l'approche de l'endroit de l'accident, la distance de visibilité était réduite en raison du rayon de courbure du virage et de la présence de broussailles poussant jusqu'au bord du chemin. Une faible pluie tombait lorsque N s'est engagé sur le chemin en quittant la résidence des T. L'arrière de la camionnette a zigzagué à plusieurs reprises avant que le véhicule n'arrive aux abords du virage serré où l'accident est survenu. Selon le témoignage d'un expert, N roulait à une vitesse se situant entre 53 et 65 km/h lorsque le véhicule s'est engagé dans la courbe, soit une vitesse légèrement supérieure à celle à laquelle le virage pouvait être pris en sécurité eu égard aux conditions qui existaient au moment de l'accident.

Le chemin, qui était entretenu par la municipalité, appartenait à la catégorie des voies d'accès locales non désignées. La municipalité installe des panneaux de signalisation sur ces chemins si elle constate l'existence d'un danger ou si plusieurs accidents se produisent au même endroit. Elle n'avait installé aucune signalisation le long de cette portion du chemin. On a signalé trois autres accidents survenus de 1978 à 1987 à l'est du lieu de l'accident dont a été victime l'appellant. La juge de première instance a estimé que l'appellant était responsable de négligence concourante dans une proportion de 15 p. 100, du fait qu'il avait omis de prendre des précautions raisonnables pour assurer sa propre sécurité en acceptant de monter à bord du véhicule de N, et elle a réparti le reste de la responsabilité solidairement entre N (50 p. 100) et la municipalité (35 p. 100). La Cour d'appel a infirmé la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la municipalité avait été négligente.

*Arrêt* (les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli et la décision de la juge de première instance est rétablie.

*Per* McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Arbour JJ.: Since an appeal is not a re-trial of a case, consideration must be given to the standard of review applicable to questions that arise on appeal. The standard of review on pure questions of law is one of correctness, and an appellate court is thus free to replace the opinion of the trial judge with its own. Appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law because their primary role is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application.

The standard of review for findings of fact is such that they cannot be reversed unless the trial judge has made a “palpable and overriding error”. A palpable error is one that is plainly seen. The reasons for deferring to a trial judge’s findings of fact can be grouped into three basic principles. First, given the scarcity of judicial resources, setting limits on the scope of judicial review in turn limits the number, length and cost of appeals. Secondly, the principle of deference promotes the autonomy and integrity of the trial proceedings. Finally, this principle recognizes the expertise of trial judges and their advantageous position to make factual findings, owing to their extensive exposure to the evidence and the benefit of hearing the testimony *viva voce*. The same degree of deference must be paid to inferences of fact, since many of the reasons for showing deference to the factual findings of the trial judge apply equally to all factual conclusions. The standard of review for inferences of fact is not to verify that the inference can reasonably be supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts, a stricter standard. Making a factual conclusion of any kind is inextricably linked with assigning weight to evidence, and thus attracts a deferential standard of review. If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion.

*Le* juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Arbour : Étant donné que l’appel ne constitue pas un nouveau procès, il faut se demander quelle est la norme de contrôle applicable en appel à l’égard des diverses questions que soulève le pourvoi. La norme de contrôle applicable aux pures questions de droit est celle de la décision correcte et, en conséquence, il est loisible aux cours d’appel de substituer leur opinion à celle des juges de première instance. Les cours d’appel ont besoin d’un large pouvoir de contrôle à l’égard des questions de droit pour être en mesure de s’acquitter de leur rôle premier, qui consiste à préciser et à raffiner les règles de droit et à veiller à leur application universelle.

Suivant la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, ces conclusions ne peuvent être infirmées que s’il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante ». Une erreur manifeste est une erreur qui est évidente. Les diverses raisons justifiant la retenue à l’égard des conclusions de fait du juge de première instance peuvent être regroupées sous trois principes de base. Premièrement, vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, le fait de limiter la portée du contrôle judiciaire a pour effet de réduire le nombre, la durée et le coût des appels. Deuxièmement, le respect du principe de la retenue envers les conclusions favorise l’autonomie et l’intégrité du procès. Enfin, ce principe permet de reconnaître l’expertise du juge de première instance et la position avantageuse dans laquelle il se trouve pour tirer des conclusions de fait, étant donné qu’il a l’occasion d’examiner la preuve en profondeur et d’entendre les témoignages de vive voix. Il faut faire preuve du même degré de retenue envers les inférences de fait, car nombre de raisons justifiant de faire preuve de retenue à l’égard des constatations de fait du juge de première instance valent autant pour toutes ses conclusions factuelles. La norme de contrôle ne consiste pas à vérifier si l’inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis, ce qui suppose l’application d’une norme plus stricte. Une conclusion factuelle — quelle que soit sa nature — exige nécessairement qu’on attribue un certain poids à un élément de preuve et, de ce fait, commande l’application d’une norme de contrôle empreinte de retenue. Si aucune erreur manifeste et dominante n’est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l’inférence du juge de première instance, ce n’est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d’appel peut modifier la conclusion factuelle.

Questions of mixed fact and law involve the application of a legal standard to a set of facts. Where the question of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, it should be deferred to by appellate courts, in the absence of a legal or palpable and overriding error. Requiring a standard of “palpable and overriding error” for findings of negligence made by either a trial judge or a jury reinforces the proper relationship between the appellate and trial court levels and accords with the established standard of review applicable to a finding of negligence by a jury. Where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error. A determination of whether or not the standard of care was met by the defendant involves the application of a legal standard to a set of facts, a question of mixed fact and law, and is thus subject to a standard of palpable and overriding error, unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law, subject to a standard of correctness.

Here, the municipality’s standard of care was to maintain the road in such a reasonable state of repair that those requiring to use it could, exercising ordinary care, travel upon it with safety. The trial judge applied the correct test in determining that the municipality did not meet this standard of care, and her decision should not be overturned absent palpable and overriding error. The trial judge kept the conduct of the ordinary motorist in mind because she stated the correct test at the outset, and discussed implicitly and explicitly the conduct of a reasonable motorist approaching the curve. Further, her apportionment of negligence indicates that she assessed N’s conduct against the standard of the ordinary driver as does her use of the term “hidden hazard” and her consideration of the speed at which motorists should have approached the curve.

The Court of Appeal’s finding of a palpable and overriding error by the trial judge was based on the erroneous presumption that she accepted 80km/h as the speed at which an ordinary motorist would approach the curve, when in fact she found that a motorist exercising

Les questions mixtes de fait et de droit supposent l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits. Lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est une conclusion de négligence, il y a lieu de faire preuve de retenue à l’égard de cette conclusion en l’absence d’erreur de droit ou d’erreur manifeste et dominante. Le fait d’exiger l’application de la norme de l’« erreur manifeste et dominante » aux fins de contrôle d’une conclusion de négligence tirée par un juge ou un jury consolide les rapports qui doivent exister entre les juridictions d’appel et celles de première instance et respecte la norme de contrôle bien établie qui s’applique aux conclusions de négligence tirées par les jurys. Si la question litigieuse en appel soulève l’interprétation de l’ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante. La question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits, ce qui en fait une question mixte de fait et de droit. Cette question est alors assujettie à la norme de l’erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n’ait clairement commis une erreur de principe en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit, qui est assujettie à la norme de la décision correcte.

En l’espèce, la norme de diligence à laquelle devait se conformer la municipalité consistait à tenir le chemin dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui devaient l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. La juge de première instance a appliqué le bon critère juridique en concluant que la municipalité n’avait pas respecté cette norme et sa décision ne devrait pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante. La juge de première instance a eu à l’esprit la conduite de l’automobiliste moyen puisqu’elle a commencé son examen de la norme de diligence en formulant dès le départ le critère approprié, puis elle s’est interrogée, tant explicitement qu’implicitement, sur la façon dont conduirait l’automobiliste raisonnable en s’approchant du virage. De plus, le fait qu’elle a imputé une partie de la responsabilité à N indique qu’elle a évalué sa conduite au regard du critère du conducteur moyen, tout comme l’indique le fait qu’elle a utilisé l’expression « danger caché » et qu’elle s’est demandé à quelle vitesse les automobilistes auraient dû approcher du virage.

La conclusion de la Cour d’appel portant que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante reposait sur la présomption erronée selon laquelle la juge aurait accepté que l’automobiliste moyen approcherait du virage à 80 km/h, alors que dans les faits

ordinary care could approach the curve at greater than the speed at which it would be safe to negotiate it. This finding was based on the trial judge's reasonable and practical assessment of the evidence as a whole, and is far from reaching the level of palpable and overriding error.

The trial judge did not err in finding that the municipality knew or ought to have known of the disrepair of the road. Because the hazard in this case was a permanent feature of the road, it was open to the trial judge to draw the inference that a prudent municipal councillor ought to be aware of it. Once this inference has been drawn, then unless the municipality can rebut the inference by showing that it took reasonable steps to prevent such a hazard from continuing, the inference will be left undisturbed. Prior accidents on the road do not provide a direct basis for finding that the municipality had knowledge of the particular hazard, but this factor, together with knowledge of the type of drivers using this road, should have caused the municipality to investigate the road which would have resulted in actual knowledge. To require the plaintiff to provide concrete proof of the municipality's knowledge of the state of disrepair of its roads is to set an impossibly high burden on the plaintiff. Such information was within the particular sphere of knowledge of the municipality, and it was reasonable for the trial judge to draw an inference of knowledge from her finding that there was an ongoing state of disrepair.

The trial judge's conclusion on the cause of the accident was a finding of fact subject to the palpable and overriding error standard of review. The abstract nature of the inquiry as to whether N would have seen a sign had one been posted before the curve supports deference to the factual findings of the trial judge. The trial judge's factual findings on causation were reasonable and thus should not have been interfered with by the Court of Appeal.

*Per Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. (dissenting):* A trial judge's findings of fact will not be overturned absent palpable and overriding error principally in recognition that only the trial judge observes witnesses and hears testimony first hand and is therefore better able to choose between competing versions of events. The process of fact-finding involves

elle a estimé qu'il était possible qu'un automobiliste prenant des précautions normales s'approche du virage à une vitesse supérieure à la vitesse sécuritaire pour effectuer la manœuvre. Loin de constituer une erreur manifeste et dominante, cette conclusion découlait d'une évaluation raisonnable et réaliste de l'ensemble de la preuve par la juge de première instance.

La juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin. Étant donné que, en l'espèce, le danger était une caractéristique permanente du chemin, il était loisible à la juge de première instance d'inférer que le conseiller municipal prudent aurait dû être au fait du danger. Dès l'instant où une telle inférence est tirée, elle demeure inchangée à moins que la municipalité ne puisse la réfuter en démontrant qu'elle a pris des mesures raisonnables pour faire cesser le danger. Les accidents survenus antérieurement sur le chemin ne constituent pas une preuve directe permettant de conclure que la municipalité connaissait l'existence du danger particulier en cause, mais ce facteur, conjugué à la connaissance du type de conducteurs utilisant le chemin, aurait dû inciter la municipalité à faire enquête à l'égard du chemin en question, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance concrètement de l'existence du danger. Exiger du demandeur qu'il apporte la preuve concrète de la connaissance par la municipalité du mauvais état d'entretien de ses chemins revient à imposer à ce dernier un fardeau inacceptablement lourd. Il s'agit d'information relevant du domaine de connaissance de la municipalité et, selon nous, il était raisonnable que la juge de première instance infère de sa conclusion relative au mauvais état d'entretien persistant du chemin que la municipalité possédait la connaissance requise.

La conclusion de la juge de première instance quant à la cause de l'accident était une conclusion de fait assujettie à la norme de contrôle de l'« erreur manifeste et dominante ». Le caractère théorique de l'analyse de la question de savoir si N aurait aperçu un panneau de signalisation installé avant la courbe justifie de faire montre de retenue à l'égard des conclusions factuelles de la juge de première instance. Les constatations factuelles de cette dernière relativement à la causalité étaient raisonnables et la Cour d'appel n'aurait donc pas dû les modifier.

*Les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel (dissidents) :* Les conclusions de fait du juge de première instance ne sont pas modifiées en l'absence d'erreur manifeste ou dominante, principalement parce qu'il est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix, et qu'il est, de ce fait, plus à même de choisir entre deux versions

not only the determination of the factual nexus of the case but also requires the judge to draw inferences from facts. Although the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, an analytical distinction must be drawn between the two. Inferences can be rejected for reasons other than that the inference-drawing process is deficient. An inference can be clearly wrong where the factual basis upon which it relies is deficient or where the legal standard to which the facts are applied is misconstrued. The question of whether the conduct of the defendant has met the appropriate standard of care in the law of negligence is a question of mixed fact and law. Once the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met will in most cases be reviewable on a standard of correctness since the trial judge must appreciate the facts within the context of the appropriate standard of care, a question of law within the purview of both the trial and appellate courts.

A question of mixed fact and law in this case was whether the municipality knew or should have known of the alleged danger. The trial judge must approach this question having regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. Even if the trial judge correctly identifies this as the applicable legal standard, he or she may still err in assessing the facts through the lens of that legal standard, a process which invokes a policy-making component. For example, the trial judge must consider whether the fact that accidents had previously occurred on different portions of the road would alert the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor to the existence of a hazard. The trial judge must also consider whether the councillor would have been alerted to the previous accident by an accident-reporting system, a normative issue reviewable on a standard of correctness. Not all matters of mixed fact and law are reviewable according to the standard of correctness, but neither should they be accorded deference in every case.

Section 192 of the *Rural Municipality Act, 1989*, requires the trial judge to examine whether the portion of the road on which the accident occurred posed a hazard to the reasonable driver exercising ordinary care. Here, the trial judge failed to ask whether a reasonable driver exercising ordinary care would have been able to safely drive the portion of the road on which the accident

divergentes d'un même événement. Le processus de constatation des faits exige non seulement du juge qu'il dégage le nœud factuel de l'affaire, mais également qu'il tire des inférences des faits. Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Des inférences peuvent être rejetées pour d'autres raisons que le fait que le processus qui les a produites est lui-même déficient. Une inférence peut être manifestement erronée si ses assises factuelles présentent des lacunes ou si la norme juridique appliquée aux faits est mal interprétée. Dans le contexte du droit relatif à la négligence, la question de savoir si la conduite du défendeur est conforme à la norme de diligence appropriée est une question mixte de fait et de droit. Une fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée, question de droit qui relève autant des cours de première instance que des cours d'appel.

En l'espèce, la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le danger dont on alléguait l'existence était une question mixte de fait et de droit. Le juge de première instance doit examiner cette question eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Même en supposant que le juge de première instance détermine correctement la norme juridique applicable, il lui est encore possible de commettre une erreur lorsqu'il apprécie les faits à la lumière de cette norme juridique, processus qui implique notamment l'établissement de politiques d'intérêt général. Par exemple, il doit se demander si le fait que des accidents se soient déjà produits à d'autres endroits du chemin alerterait le conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent de l'existence d'un danger. Il doit également se demander si ce conseiller aurait appris l'existence de l'accident antérieur par un système d'information sur les accidents, question normative qui est contrôlable selon la norme de la décision correcte. Les questions mixtes de fait et de droit ne sont pas toutes contrôlables suivant cette norme, mais elles ne commandent pas systématiquement une attitude empreinte de retenue.

Suivant la norme de diligence énoncée à l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, la juge de première instance devait se demander si le tronçon du chemin sur lequel s'est produit l'accident constituait un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. En l'espèce, la juge de première instance a omis de se demander si un tel conducteur aurait pu rouler

occurred. This amounted to an error of law. The duty of the municipality is to keep the road in such a reasonable state of repair that those required to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety. The duty is a limited one as the municipality is not an insurer of travellers using its streets. Although the trial judge found that the portion of the road where the accident occurred presented drivers with a hidden hazard, there is nothing to indicate that she considered whether or not that portion of the road would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. Where an error of law has been found, the appellate court has jurisdiction to take the factual findings of the trial judge as they are and to reassess these findings in the context of the appropriate legal test. Here, the portion of the road on which the accident occurred did not pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care because the condition of the road in general signalled to the reasonable driver that caution was needed.

The trial judge made both errors of law and palpable and overriding errors of fact in determining that the municipality should have known of the alleged state of disrepair. She made no finding that the municipality had actual knowledge of the alleged state of disrepair, but rather imputed knowledge to it on the basis that it should have known of the danger. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality with regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. The question is then answered through the trial judge's assessment of the facts of the case. The trial judge erred in law by approaching the question of knowledge from the perspective of an expert rather than from that of a prudent municipal councillor and by failing to appreciate that the onus of proving that the municipality knew or should have known of the disrepair remained on the plaintiff throughout. She made palpable and overriding errors in fact by drawing the unreasonable inference that the municipality should have known that the portion of the road on which the accident occurred was dangerous from evidence that accidents had occurred on other parts of the road. As the municipality had not received any complaints from motorists respecting the absence of signs on the road, the lack of super-elevation on the curves, or the presence of vegetation along the sides of the road, it had no particular reason to inspect that segment of the road for the presence of hazards. The question of the municipality's knowledge is inextricably linked to the standard of care. A municipality can only be expected to have knowledge of those hazards which pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care, since these are the only hazards for which there is

en sécurité sur le tronçon en question. Il s'agissait d'une erreur de droit. Les municipalités ont l'obligation de tenir les chemins dans un état raisonnable d'entretien de façon que ceux qui doivent les emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Il s'agit d'une obligation de portée limitée, car les municipalités ne sont pas les assureurs des automobilistes qui roulent dans leurs rues. Bien que la juge de première instance ait conclu que la portion du chemin où s'est produit l'accident exposait les conducteurs à un danger caché, il n'y a rien qui indique qu'elle s'est demandé si cette portion du chemin présentait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. La cour d'appel qui décele une erreur de droit a compétence pour reprendre telles quelles les conclusions de fait du juge de première instance et les réévaluer au regard du critère juridique approprié. En l'espèce, la portion du chemin où s'est produit l'accident ne présentait pas de risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales, car l'état de ce chemin en général avertissait l'automobiliste raisonnable que la prudence s'imposait.

La juge de première instance a commis et des erreurs de droit et des erreurs de fait manifestes et dominantes en statuant que la municipalité intimée aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétendait-on, le chemin. La juge de première instance n'a pas conclu que la municipalité intimée connaissait concrètement le prétendu mauvais état du chemin, mais elle lui a plutôt prêté cette connaissance pour le motif qu'elle aurait dû connaître l'existence du danger. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s'il y a lieu de présumer que la municipalité connaissait ce fait, eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Il répond ensuite à cette question en appréciant les faits de l'espèce dont il est saisi. Dans la présente affaire, la juge de première instance a fait erreur en droit en examinant la question de la connaissance requise du point de vue du spécialiste plutôt que du point de vue du conseiller municipal prudent et en ne reconnaissant pas que le fardeau de prouver que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ne cessait jamais d'incomber au demandeur. La juge de première instance a commis une erreur de fait manifeste et dominante en inférant déraisonnablement que la municipalité intimée aurait dû savoir que la partie du chemin où l'accident s'est produit était dangereuse, compte tenu de la preuve que des accidents avaient eu lieu ailleurs sur ce chemin. La municipalité n'avait aucune raison particulière d'aller inspecter cette portion du chemin pour voir s'il y existait des dangers, puisqu'elle n'avait reçu aucune plainte d'automobilistes relativement à l'absence de signalisation, à l'absence de surélévation des courbes ou à la présence d'arbres et de végétation en bordure du

a duty to repair. Here, the municipality cannot have been expected to have knowledge of the hazard that existed at the site of the accident, since the hazard did not pose a risk to the reasonable driver. Implicit in the trial judge's reasons was the expectation that the municipality should have known about the accidents through an accident reporting system, a palpable error, absent any evidence of what might have been a reasonable system.

With respect to her conclusions on causation, which are conclusions on matters of fact, the trial judge ignored evidence that N had swerved on the first curve he negotiated prior to the accident, and that he had driven on the road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident. She further ignored the significance of the testimony of the forensic alcohol specialist which pointed overwhelmingly to alcohol as the causal factor which led to the accident, and erroneously relied on one statement by him to support her conclusion that a driver at N's level of impairment would have reacted to a warning sign. The finding that the outcome would have been different had N been forewarned of the curve ignores the fact that he already knew the curve was there. The fact that the trial judge referred to some evidence to support her findings on causation does not insulate them from review by this Court. An appellate court is entitled to assess whether or not it was clearly wrong for the trial judge to rely on some evidence when other evidence points overwhelmingly to the opposite conclusion.

Whatever the approach to the issue of the duty of care, it is only reasonable to expect a municipality to foresee accidents which occur as a result of the conditions of the road, and not, as in this case, as a result of the condition of the driver. To expand the repair obligation of municipalities to require them to take into account the actions of unreasonable or careless drivers when discharging this duty would signify a drastic and unworkable change to the current standard.

chemin. La question de la connaissance de l'intimée est intimement liée à celle de la norme de diligence. Une municipalité est uniquement censée avoir connaissance des dangers qui présentent un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales, puisqu'il s'agit des seuls dangers à l'égard desquels existe une obligation d'entretien. En l'espèce, on ne pouvait attendre de l'intimée qu'elle connaisse le danger qui existait à l'endroit où l'accident est survenu, puisque ce danger ne présentait tout simplement pas de risque pour le conducteur raisonnable. Il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance que la municipalité aurait censément dû connaître l'existence des accidents grâce à un système d'information en la matière, erreur manifeste en l'absence de quelque élément de preuve indiquant ce qui aurait pu constituer un système raisonnable.

Relativement aux conclusions de la juge de première instance sur le lien de causalité, qui sont des conclusions de fait, celle-ci a fait abstraction de la preuve que le véhicule de N avait fait une embardée dans la première courbe et que ce dernier avait roulé à trois reprises sur le chemin en question au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident. La juge de première instance a également omis de tenir compte de l'importance du témoignage du spécialiste judiciaire en matière d'alcool, qui menait irrésistiblement à la conclusion que l'alcool avait été le facteur causal de l'accident, et elle a erronément invoqué une déclaration de celui-ci au soutien de sa conclusion que N aurait réagi à un panneau de signalisation. La conclusion que le résultat aurait été différent si N avait été prévenu de l'existence de la courbe ne tient pas compte du fait qu'il savait déjà qu'elle existait. Le fait que la juge de première instance ait mentionné certains éléments de preuve au soutien de ses conclusions sur le lien de causalité n'a pas pour effet de soustraire ces conclusions au pouvoir de contrôle de notre Cour. Le tribunal d'appel est habilité à se demander si le juge de première instance a clairement fait erreur en décidant comme il l'a fait sur le fondement de certains éléments de preuve alors que d'autres éléments mènent irrésistiblement à la conclusion inverse.

Indépendamment de l'approche choisie à l'égard de la question de l'obligation de diligence, il n'est que raisonnable d'attendre d'une municipalité qu'elle prévienne les accidents qui surviennent en raison de l'état du chemin, et non, comme en l'espèce, ceux qui résultent de l'état du conducteur. Élargir l'obligation d'entretien des municipalités en exigeant qu'elles tiennent compte, dans l'exécution de cette obligation, des actes des conducteurs déraisonnables ou imprudents, entraînerait une modification radicale et irréalisable de la norme actuelle.

## Cases Cited

By Iacobucci and Major JJ.

**Applied:** *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341; *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; **considered:** *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670; **referred to:** *Gottardo Properties (Dome) Inc. v. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574; *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504; *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649; *C.N.R. v. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768; *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497; *Cork v. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402; *Matthews v. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557.

By Bastarache J. (dissenting)

*Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487; *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; *Fafard v. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, rev'g (1980), 112 D.L.R. (3d) 297 (sub nom. *Taylor v. The Queen in Right of British Columbia*), rev'g (1978), 95 D.L.R. (3d) 82; *Brown v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Williams v. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask.

## Jurisprudence

Citée par les juges Iacobucci et Major

**Arrêts appliqués:** *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341; *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; **arrêt examiné:** *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670; **arrêts mentionnés:** *Gottardo Properties (Dome) Inc. c. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574; *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199; *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504; *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985); *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649; *C.N.R. c. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768; *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497; *Cork c. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402; *Matthews c. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557.

Citée par le juge Bastarache (dissident)

*Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487; *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555; *Fafard c. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Swinamer c. Nouvelle- cosse (Procureur g n ral)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, inf. (1980), 112 D.L.R. (3d) 297 (sub nom. *Taylor c. The Queen in Right of British Columbia*), inf. (1978), 95 D.L.R. 82; *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Williams c. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask.



L.R. 75; *Shupe v. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627; *Galbiati v. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984); *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15; *Schreiber Products Ltd. v. Currie Brothers Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Levey v. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764; *Diebel Estate v. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68; *R. v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884; *Nelson v. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.  
*Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1, ss. 33(1), 44(1).  
*Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1, s. 192 [am. 1992, c. 63, s. 47; am. 1993, c. T-20.1, s. 7].

#### Authors Cited

American Bar Association. Judicial Administration Division. *Standards Relating to Appellate Courts*. Chicago: American Bar Association, 1995.  
*Cambridge International Dictionary of English*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, "palpable".  
 Gibbens, R. D. "Appellate Review of Findings of Fact" (1991-92), 13 *Advocates' Q.* 445.  
 Goodhart, A. L. "Appeals on Questions of Fact" (1955), 71 *L.Q.R.* 402.  
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton: Juriliber, 1994.  
*New Oxford Dictionary of English*. Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, "palpable".  
*Random House Dictionary of the English Language*, 2nd ed. Edited by Stuart Berg Flexner. New York: Random House, 1987, "palpable".  
 Wright, Charles Alan. "The Doubtful Omniscience of Appellate Courts" (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, [2000] 4 W.W.R. 173, 189 Sask. R. 51, 9 M.P.L.R. (3d) 126, 50 M.V.R. (3d) 70, [2000] S.J. No. 58 (QL), 2000 SKCA 12, setting aside a decision of the Court of Queen's Bench, [1998] 5 W.W.R. 523, 161 Sask. R. 241, 44 M.P.L.R. (2d) 203, [1997] S.J. No. 759 (QL). Appeal allowed, Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. dissenting.

L.R. 75; *Shupe c. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627; *Galbiati c. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40; *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Bose Corp. c. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984); *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Levey c. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764; *Diebel Estate c. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68; *R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884; *Nelson c. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.  
*Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1, art. 33(1), 44(1).  
*Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1, art. 192 [mod. 1992, ch. 63, art. 47; mod. 1993, ch. T-20.1, art. 7].

#### Doctrine citée

American Bar Association Judicial Administration Division. *Standards Relating to Appellate Courts*. Chicago : American Bar Association, 1995.  
 Gibbens, R. D. « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates' Q.* 445.  
 Goodhart, A. L. « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402.  
*Grand Larousse de la langue française*, Paris : Librairie Larousse, 1975, « manifeste ».  
*Grand Robert de la langue française*, 2<sup>e</sup> éd. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2001, « manifeste ».  
 Kerans, Roger P. *Standards of Review Employed by Appellate Courts*. Edmonton : Juriliber, 1994.  
*Trésor de la langue française*. Paris : Gallimard, 1985, « manifeste ».  
 Wright, Charles Alan. « The Doubtful Omniscience of Appellate Courts » (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan, [2000] 4 W.W.R. 173, 189 Sask. R. 51, 9 M.P.L.R. (3d) 126, 50 M.V.R. (3d) 70, [2000] S.J. No. 58 (QL), 2000 SKCA 12, qui a infirmé une décision de la Cour du Banc de la Reine, [1998] 5 W.W.R. 523, 161 Sask. R. 241, 44 M.P.L.R. (2d) 203, [1997] S.J. No. 759 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel sont dissidents.

*Gary D. Young, Q.C., Denis I. Quon and M. Kim Anderson, for the appellant.*

*Michael Morris and G. L. Gerrand, Q.C., for the respondent.*

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major and Arbour JJ. was delivered by

IACOBUCCI AND MAJOR JJ. —

### I. Introduction

A proposition that should be unnecessary to state is that a court of appeal should not interfere with a trial judge's reasons unless there is a palpable and overriding error. The same proposition is sometimes stated as prohibiting an appellate court from reviewing a trial judge's decision if there was some evidence upon which he or she could have relied to reach that conclusion.

Authority for this abounds particularly in appellate courts in Canada and abroad (see *Gottardo Properties (Dome) Inc. v. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574 (Ont. C.A.); *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60). In addition scholars, national and international, endorse it (see C. A. Wright in "The Doubtful Omniscience of Appellate Courts" (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751, at p. 780; and the Honourable R. P. Kerans in *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994); and American Bar Association, Judicial Administration Division, *Standards Relating to Appellate Courts* (1995), at pp. 24-25).

The role of the appellate court was aptly defined in *Underwood v. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), at p. 204, where it was stated:

The appellate court must not retry a case and must not substitute its views for the views of the trial judge according to what the appellate court thinks the evidence establishes on its view of the balance of probabilities.

*Gary D. Young, c.r., Denis I. Quon et M. Kim Anderson, pour l'appelant.*

*Michael Morris et G. L. Gerrand, c.r., pour l'intimée.*

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci, Major et Arbour rendu par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR —

### I. Introduction

Il va sans dire qu'une cour d'appel ne devrait modifier les conclusions d'un juge de première instance qu'en cas d'erreur manifeste et dominante. On reformule parfois cette proposition en disant qu'une cour d'appel ne peut réviser la décision du juge de première instance dans les cas où il existait des éléments de preuve qui pouvaient étayer cette décision.

Il existe une abondante jurisprudence étayant cette proposition, particulièrement des décisions émanant de cours d'appel, tant au Canada qu'à l'étranger (voir *Gottardo Properties (Dome) Inc. c. Toronto (City)* (1998), 162 D.L.R. (4th) 574 (C.A. Ont.); *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60). En outre, des auteurs, tant à l'échelle nationale qu'internationale, y souscrivent (voir C. A. Wright, « The Doubtful Omniscience of Appellate Courts » (1957), 41 *Minn. L. Rev.* 751, p. 780; l'honorable R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994); et American Bar Association, Judicial Administration Division, *Standards Relating to Appellate Courts* (1995), p. 24-25).

Le rôle des tribunaux d'appel a été défini de manière judicieuse dans l'arrêt *Underwood c. Ocean City Realty Ltd.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 199 (C.A.), p. 204, où la cour a dit ceci :

[TRADUCTION] La cour d'appel ne doit pas juger l'affaire de nouveau, ni substituer son opinion à celle du juge de première instance en fonction de ce qu'elle pense que la preuve démontre, selon son opinion de la prépondérance des probabilités.

1

2

3

4 While the theory has acceptance, consistency in its application is missing. The foundation of the principle is as sound today as 100 years ago. It is premised on the notion that finality is an important aim of litigation. There is no suggestion that appellate court judges are somehow smarter and thus capable of reaching a better result. Their role is not to write better judgments but to review the reasons in light of the arguments of the parties and the relevant evidence, and then to uphold the decision unless a palpable error leading to a wrong result has been made by the trial judge.

5 What is palpable error? The *New Oxford Dictionary of English* (1998) defines “palpable” as “clear to the mind or plain to see” (p. 1337). The *Cambridge International Dictionary of English* (1996) describes it as “so obvious that it can easily be seen or known” (p. 1020). The *Random House Dictionary of the English Language* (2nd ed. 1987) defines it as “readily or plainly seen” (p. 1399).

6 The common element in each of these definitions is that palpable is plainly seen. Applying that to this appeal, in order for the Saskatchewan Court of Appeal to reverse the trial judge the “palpable and overriding” error of fact found by Cameron J.A. must be plainly seen. As we will discuss, we do not think that test has been met.

## II. The Role of the Appellate Court in the Case at Bar

7 Given that an appeal is not a retrial of a case, consideration must be given to the applicable standard of review of an appellate court on the various issues which arise on this appeal. We therefore find it helpful to discuss briefly the standards of review relevant

Quoique cette théorie soit généralement acceptée, elle n’est pas appliquée de manière systématique. Le fondement de cette théorie est aussi valide aujourd’hui qu’il l’était il y a 100 ans. Cette théorie repose sur l’idée que le caractère définitif des décisions est un aspect important du processus judiciaire. Personne ne prétend que les juges des cours d’appel seraient, d’une manière ou d’une autre, plus intelligents que les autres et donc capables d’arriver à un meilleur résultat. Leur rôle n’est pas de rédiger de meilleurs jugements, mais de contrôler les motifs à la lumière des arguments des parties et de la preuve pertinente, puis de confirmer la décision à moins que le juge de première instance n’ait commis une erreur manifeste ayant conduit à un résultat erroné.

Qu’est-ce qu’une erreur manifeste? Le *Trésor de la langue française* (1985) définit ainsi le mot « manifeste » : « . . . Qui est tout à fait évident, qui ne peut être contesté dans sa nature ou son existence. [. . .] *erreur manifeste* » (p. 317). Le *Grand Robert de la langue française* (2<sup>e</sup> éd. 2001) définit ce mot ainsi : « Dont l’existence ou la nature est évidente. [. . .] Qui est clairement, évidemment tel. [. . .] *Erreur, injustice manifeste* » (p. 1139). Enfin, le *Grand Larousse de la langue française* (1975) donne la définition suivante de « manifeste » : « . . . Se dit d’une chose que l’on ne peut contester, qui est tout à fait évidente : *Une erreur manifeste* » (p. 3213).

L’élément commun de ces définitions est qu’une chose « manifeste » est une chose qui est « évidente ». Si l’on applique ce critère au présent pourvoi, il faut que l’« erreur manifeste et dominante » décelée par le juge Cameron soit évidente pour que la Cour d’appel de la Saskatchewan puisse infirmer la décision de la juge de première instance. Comme nous le verrons plus loin, nous ne croyons pas qu’on a satisfait à ce critère en l’espèce.

## II. Le rôle de la Cour d’appel en l’espèce

Étant donné que l’appel ne constitue pas un nouveau procès, il faut se demander quelle est la norme de contrôle applicable en appel à l’égard des diverses questions que soulève le présent pourvoi. Nous estimons donc utile d’examiner brièvement

to the following types of questions: (1) questions of law; (2) questions of fact; (3) inferences of fact; and (4) questions of mixed fact and law.

A. *Standard of Review for Questions of Law*

On a pure question of law, the basic rule with respect to the review of a trial judge's findings is that an appellate court is free to replace the opinion of the trial judge with its own. Thus the standard of review on a question of law is that of correctness: Kerans, *supra*, at p. 90.

There are at least two underlying reasons for employing a correctness standard to matters of law. First, the principle of universality requires appellate courts to ensure that the same legal rules are applied in similar situations. The importance of this principle was recognized by this Court in *Woods Manufacturing Co. v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at p. 515:

It is fundamental to the due administration of justice that the authority of decisions be scrupulously respected by all courts upon which they are binding. Without this uniform and consistent adherence the administration of justice becomes disordered, the law becomes uncertain, and the confidence of the public in it undermined. Nothing is more important than that the law as pronounced . . . should be accepted and applied as our tradition requires; and even at the risk of that fallibility to which all judges are liable, we must maintain the complete integrity of relationship between the courts.

A second and related reason for applying a correctness standard to matters of law is the recognized law-making role of appellate courts which is pointed out by Kerans, *supra*, at p. 5:

The call for universality, and the law-settling role it imposes, makes a considerable demand on a reviewing court. It expects from that authority a measure of expertise about the art of just and practical rule-making, an expertise that is not so critical for the first court. Reviewing courts, in cases where the law requires settlement, make law for future cases as well as the case under review.

les normes de contrôle se rapportant à chacune des catégories de questions suivantes : (1) les questions de droit; (2) les questions de fait; (3) les inférences de fait; (4) les questions mixtes de fait et de droit.

A. *La norme de contrôle applicable aux questions de droit*

Dans le cas des pures questions de droit, la règle fondamentale applicable en matière de contrôle des conclusions du juge de première instance est que les cours d'appel ont toute latitude pour substituer leur opinion à celle des juges de première instance. La norme de contrôle applicable à une question de droit est donc celle de la décision correcte : Kerans, *op. cit.*, p. 90.

Au moins deux raisons justifient l'application de la norme de la décision correcte aux questions de droit. Premièrement, le principe de l'universalité impose aux cours d'appel le devoir de veiller à ce que les mêmes règles de droit soient appliquées dans des situations similaires. Notre Cour a reconnu l'importance de ce principe dans *Woods Manufacturing Co. c. The King*, [1951] R.C.S. 504, p. 515 :

[TRADUCTION] Il est fondamental, pour assurer la bonne administration de la justice, que l'autorité des décisions soit scrupuleusement respectée par tous les tribunaux qui sont liées par elles. Sans cette adhésion générale et constante, l'administration de la justice sera désordonnée, le droit deviendra incertain et la confiance dans celui-ci sera ébranlée. Il importe plus que tout que le droit, tel qu'il a été énoncé, [. . .] soit accepté et appliqué comme l'exige notre tradition; et même au risque de nous tromper, tous les juges étant faillibles, nous devons préserver totalement l'intégrité des rapports entre les tribunaux.

Une deuxième raison, connexe, d'appliquer la norme de la décision correcte aux questions de droit tient au rôle qu'on reconnaît aux cours d'appel en matière de création du droit et qu'a souligné Kerans, *op. cit.*, p. 5 :

[TRADUCTION] Le principe de l'universalité — et le rôle de création du droit qu'il emporte — exige beaucoup du tribunal de révision. Il exige de ce tribunal qu'il fasse preuve d'un certain degré d'expertise dans l'art d'élaborer une règle de droit juste et pratique, expertise qui ne revêt pas une importance aussi cruciale pour le premier tribunal. Dans les affaires où le droit n'est pas fixé, le tribunal de révision élabore des règles de droit applicables tout autant à d'éventuelles affaires qu'à celle dont il est saisi.

8

9

Thus, while the primary role of trial courts is to resolve individual disputes based on the facts before them and settled law, the primary role of appellate courts is to delineate and refine legal rules and ensure their universal application. In order to fulfill the above functions, appellate courts require a broad scope of review with respect to matters of law.

B. *Standard of Review for Findings of Fact*

10 The standard of review for findings of fact is that such findings are not to be reversed unless it can be established that the trial judge made a “palpable and overriding error”: *Stein v. The Ship “Kathy K”*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Ingles v. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 S.C.R. 298, 2000 SCC 12, at para. 42; *Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 57. While this standard is often cited, the principles underlying this high degree of deference rarely receive mention. We find it useful, for the purposes of this appeal, to review briefly the various policy reasons for employing a high level of appellate deference to findings of fact.

11 A fundamental reason for general deference to the trial judge is the presumption of fitness — a presumption that trial judges are just as competent as appellate judges to ensure that disputes are resolved justly. Kerans, *supra*, at pp. 10-11, states that:

If we have confidence in these systems for the resolution of disputes, we should assume that those decisions are just. The appeal process is part of the decisional process, then, only because we recognize that, despite all effort, errors occur. An appeal should be the exception rather than the rule, as indeed it is in Canada.

12 With respect to findings of fact in particular, in *Gottardo Properties*, *supra*, Laskin J.A. summarized the purposes underlying a deferential stance as follows (at para. 48):

Ainsi, alors que le rôle premier des tribunaux de première instance consiste à résoudre des litiges sur la base des faits dont ils disposent et du droit établi, celui des cours d’appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle. Pour s’acquitter de ces rôles, les cours d’appel ont besoin d’un large pouvoir de contrôle à l’égard des questions de droit.

B. *La norme de contrôle applicable aux questions de fait*

Suivant la norme de contrôle applicable aux conclusions de fait, ces conclusions ne peuvent être infirmées que s’il est établi que le juge de première instance a commis une « erreur manifeste et dominante » : *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Ingles c. Tutkaluk Construction Ltd.*, [2000] 1 R.C.S. 298, 2000 CSC 12, par. 42; *Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201, par. 57. On cite souvent cette norme, mais rarement les principes justifiant ce degré élevé de retenue. Pour les besoins du présent pourvoi, nous estimons qu’il est utile d’examiner brièvement les diverses considérations de principe qui incitent les cours d’appel à faire preuve d’un degré élevé de retenue à l’égard des conclusions de fait.

L’une des raisons fondamentales de cette retenue générale à l’égard des conclusions des juges de première instance tient à la présomption d’aptitude à juger — présomption selon laquelle les juges de première instance sont tout aussi aptes que les juges d’appel à apporter des solutions justes aux litiges. Kerans, *op. cit.*, dit ceci aux p. 10-11 :

[TRADUCTION] Si nous nous fions à ces systèmes pour régler les différends, il nous faut présumer que les décisions qu’ils produisent sont justes. La procédure d’appel ne fait en conséquence partie du processus décisionnel que parce que nous reconnaissons que, malgré tous les efforts déployés, des erreurs se produisent. L’appel devrait être l’exception plutôt que la règle, ce qui est d’ailleurs le cas au Canada.

Pour ce qui est des conclusions de fait en particulier, dans *Gottardo Properties*, précité, le juge Laskin de la Cour d’appel de l’Ontario a résumé ainsi les objectifs qui sous-tendent le principe de la retenue judiciaire (au par. 48) :

Deference is desirable for several reasons: to limit the number and length of appeals, to promote the autonomy and integrity of the trial or motion court proceedings on which substantial resources have been expended, to preserve the confidence of litigants in those proceedings, to recognize the competence of the trial judge or motion judge and to reduce needless duplication of judicial effort with no corresponding improvement in the quality of justice.

Similar concerns were expressed by La Forest J. in *Schwartz*, *supra*, at para. 32:

It has long been settled that appellate courts must treat a trial judge's findings of fact with great deference. The rule is principally based on the assumption that the trier of fact is in a privileged position to assess the credibility of witnesses' testimony at trial. . . . Others have also pointed out additional judicial policy concerns to justify the rule. Unlimited intervention by appellate courts would greatly increase the number and the length of appeals generally. Substantial resources are allocated to trial courts to go through the process of assessing facts. The autonomy and integrity of the trial process must be preserved by exercising deference towards the trial courts' findings of fact; see R. D. Gibbens, "Appellate Review of Findings of Fact" (1992), 13 *Adv. Q.* 445, at pp. 445-48; *Fletcher v. Manitoba Public Insurance Co.*, [1990] 3 S.C.R. 191, at p. 204.

See also in the context of patent litigation, *Consolboard Inc. v. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 S.C.R. 504, at p. 537.

In *Anderson v. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), at pp. 574-75, the United States Supreme Court also listed numerous reasons for deferring to the factual findings of the trial judge:

The rationale for deference to the original finder of fact is not limited to the superiority of the trial judge's position to make determinations of credibility. The trial judge's major role is the determination of fact, and with experience in fulfilling that role comes expertise. Duplication of the trial judge's efforts in the court of appeals would very likely contribute only negligibly to the accuracy of fact determination at a huge cost in diversion of judicial resources. In addition, the parties to a case on appeal have already been forced to concentrate

[TRADUCTION] La retenue est souhaitable pour diverses raisons : pour limiter le nombre et la durée des appels, pour promouvoir l'autonomie et l'intégrité des procédures devant le tribunal de première instance ou la cour des requêtes auxquelles de nombreuses ressources ont été consacrées, pour maintenir la confiance des plaideurs, pour reconnaître la compétence du juge de première instance ou du juge des requêtes, et pour réduire la multiplication inutile des procédures qui n'entraînent aucune amélioration correspondante de la qualité de la justice.

Le juge La Forest a exprimé des préoccupations semblables dans l'arrêt *Schwartz*, précité, par. 32 :

Il est établi depuis longtemps que les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait d'un juge de première instance. La règle se justifie principalement par la situation avantageuse dont bénéficie le juge des faits pour ce qui est d'évaluer la crédibilité des témoignages entendus au procès. [ . . . ] D'autres préoccupations liées à la politique judiciaire ont par ailleurs été invoquées pour justifier la règle. Une intervention illimitée des cours d'appel ferait augmenter considérablement le nombre et la durée des appels en général. D'importantes ressources sont mises à la disposition des tribunaux de première instance pour qu'ils puissent évaluer les faits. Il faut préserver l'autonomie et l'intégrité du procès en faisant preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des tribunaux de première instance; voir R. D. Gibbens, « Appellate Review of Findings of Fact » (1992), 13 *Adv. Q.* 445, aux pp. 445 à 448; *Fletcher c. Société d'assurance publique du Manitoba*, [1990] 3 R.C.S. 191, à la p. 204.

Voir aussi, dans le contexte d'une poursuite touchant un brevet, *Consolboard Inc. c. MacMillan Bloedel (Saskatchewan) Ltd.*, [1981] 1 R.C.S. 504, p. 537.

Dans *Anderson c. Bessemer City*, 470 U.S. 564 (1985), p. 574-575, la Cour suprême des États-Unis a aussi dressé une liste de raisons qui justifient de faire preuve de retenue à l'égard des conclusions de fait des juges de première instance :

[TRADUCTION] La raison d'être de la retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance ne se limite pas au fait que ce dernier est mieux placé pour statuer sur la crédibilité. Le rôle principal du juge de première instance est de constater les faits, et l'expérience qu'il acquiert en s'acquittant de ce rôle lui confère son expertise à cet égard. Si les cours d'appel refaisaient le travail du juge de première instance, il est fort possible que ces efforts n'amélioreraient que marginalement l'exactitude des conclusions de fait, malgré

their energies and resources on persuading the trial judge that their account of the facts is the correct one; requiring them to persuade three more judges at the appellate level is requiring too much. As the Court has stated in a different context, the trial on the merits should be “the ‘main event’ . . . rather than a ‘tryout on the road.’” . . . For these reasons, review of factual findings under the clearly-erroneous standard — with its deference to the trier of fact — is the rule, not the exception.

- 14 Further comments regarding the advantages possessed by the trial judge have been made by R. D. Gibbens in “Appellate Review of Findings of Fact” (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, at p. 446:

The trial judge is said to have an expertise in assessing and weighing the facts developed at trial. Similarly, the trial judge has also been exposed to the entire case. The trial judge has sat through the entire case and his ultimate judgment reflects this total familiarity with the evidence. The insight gained by the trial judge who has lived with the case for several days, weeks or even months may be far deeper than that of the Court of Appeal whose view of the case is much more limited and narrow, often being shaped and distorted by the various orders or rulings being challenged.

The corollary to this recognized advantage of trial courts and judges is that appellate courts are not in a favourable position to assess and determine factual matters. Appellate court judges are restricted to reviewing written transcripts of testimony. As well, appeals are unsuited to reviewing voluminous amounts of evidence. Finally, appeals are telescopic in nature, focussing narrowly on particular issues as opposed to viewing the case as a whole.

- 15 In our view, the numerous bases for deferring to the findings of fact of the trial judge which are discussed in the above authorities can be grouped into the following three basic principles.

(1) Limiting the Number, Length and Cost of Appeals

- 16 Given the scarcity of judicial resources, setting limits on the scope of judicial review is to be

les ressources judiciaires considérables qui devraient être réaffectées à cette fin. En outre, les parties à un appel ont déjà dû consacrer énergies et ressources à convaincre le juge de première instance de la justesse de leur version des faits; ce serait abuser que de leur demander de convaincre trois autres juges en appel. Comme l’a dit notre Cour dans un contexte différent, le procès sur le fond devrait être considéré comme « “l’épreuve principale” [. . .] plutôt que comme un “banc d’essai” ». [. . .] Pour ces motifs, le contrôle des décisions de fait selon la norme de la décision manifestement erronée — et la retenue envers le juge de première instance qu’elle suppose — est la règle, et non l’exception.

D’autres observations sur les avantages dont disposent le juge de première instance ont été formulées par R. D. Gibbens dans « Appellate Review of Findings of Fact » (1991-92), 13 *Advocates’ Q.* 445, p. 446 :

[TRADUCTION] On dit que le juge de première instance possède de l’expertise dans l’évaluation et l’appréciation des faits présentés au procès. Il a également entendu l’affaire au complet. Il a assisté à toute la cause et son jugement final reflète cette connaissance intime de la preuve. Cette connaissance, acquise par le juge au fil des jours, des semaines voire des mois qu’a durés l’affaire, peut se révéler beaucoup plus profonde que celle de la cour d’appel, dont la perception est beaucoup plus limitée et étroite, et souvent déterminée et déformée par les diverses ordonnances et décisions qui sont contestées.

Cet avantage reconnu des tribunaux et des juges de première instance a pour corollaire que les cours d’appel ne sont pas dans une position favorable pour évaluer et apprécier les questions de fait. Les juges des cours d’appel n’examinent que la transcription des témoignages. De plus, les appels ne se prêtent pas à l’examen de dossiers volumineux. Enfin, les appels ont un caractère « focalisateur », en ce qu’ils s’attachent à des questions particulières plutôt qu’à l’ensemble de l’affaire.

À notre avis, ces diverses raisons justifiant la retenue à l’égard des conclusions de fait du juge de première instance peuvent être regroupées sous les trois principes de base suivants.

(1) Réduire le nombre, la durée et le coût des appels

Vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, il faut encourager l’établissement

encouraged. Deferring to a trial judge's findings of fact not only serves this end, but does so on a principled basis. Substantial resources are allocated to trial courts for the purpose of assessing facts. To allow for wide-ranging review of the trial judge's factual findings results in needless duplication of judicial proceedings with little, if any improvement in the result. In addition, lengthy appeals prejudice litigants with fewer resources, and frustrate the goal of providing an efficient and effective remedy for the parties.

(2) Promoting the Autonomy and Integrity of Trial Proceedings

The presumption underlying the structure of our court system is that a trial judge is competent to decide the case before him or her, and that a just and fair outcome will result from the trial process. Frequent and unlimited appeals would undermine this presumption and weaken public confidence in the trial process. An appeal is the exception rather than the rule.

(3) Recognizing the Expertise of the Trial Judge and His or Her Advantageous Position

The trial judge is better situated to make factual findings owing to his or her extensive exposure to the evidence, the advantage of hearing testimony *viva voce*, and the judge's familiarity with the case as a whole. Because the primary role of the trial judge is to weigh and assess voluminous quantities of evidence, the expertise and insight of the trial judge in this area should be respected.

C. *Standard of Review for Inferences of Fact*

We find it necessary to address the appropriate standard of review for factual inferences because the reasons of our colleague suggest that a lower standard of review may be applied to the inferences of fact drawn by a trial judge. With respect, it is our

de limites à la portée du contrôle judiciaire. La retenue à l'égard des conclusions de fait du juge de première instance sert cet objectif d'une manière rationnelle. D'importantes ressources sont allouées aux tribunaux de première instance aux fins d'évaluation des faits. Permettre un large contrôle des conclusions factuelles des juges de première instance entraîne une inutile répétition de procédures judiciaires, tout en n'améliorant que peu ou pas le résultat. En outre, de longs appels causent préjudice aux plaideurs moins bien nantis et compromettent l'objectif qui consiste à mettre à leur disposition des recours efficaces et efficaces.

(2) Favoriser l'autonomie du procès et son intégrité

L'organisation de notre système judiciaire repose sur la présomption que le juge de première instance est qualifié pour trancher l'affaire dont il est saisi et qu'une solution juste et équitable résultera du procès. Des appels fréquents et illimités affaibliraient cette présomption et saperait la confiance du public dans le processus judiciaire. L'appel est l'exception, non la règle.

(3) Reconnaître l'expertise du juge de première instance et sa position avantageuse

Le juge de première instance est celui qui est le mieux placé pour tirer des conclusions de fait, parce qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur, d'entendre les témoignages de vive voix et de se familiariser avec l'affaire dans son ensemble. Étant donné que le rôle principal du juge de première instance est d'apprécier et de soupeser d'abondantes quantités d'éléments de preuve, son expertise dans ce domaine et sa connaissance intime du dossier doivent être respectées.

C. *La norme de contrôle applicable aux inférences de fait*

Nous estimons nécessaire de nous pencher sur la question de la norme de contrôle appropriée quant aux inférences de fait des juges de première instance, parce que les motifs de notre collègue suggèrent qu'une norme de contrôle moins exigeante peut

17

18

19



view, that to apply a lower standard of review to inferences of fact would be to depart from established jurisprudence of this Court, and would be contrary to the principles supporting a deferential stance to matters of fact.

20

Our colleague acknowledges that, in *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, this Court determined that a trial judge's inferences of fact and findings of fact should be accorded a similar degree of deference. The relevant passage from *Geffen* is the following (*per* Wilson J., at pp. 388-89):

It is by now well established that findings of fact made at trial based on the credibility of witnesses are not to be reversed on appeal unless it is established that the trial judge made some palpable and overriding error which affected his assessment of the facts . . . . Even where a finding of fact is not contingent upon credibility, this Court has maintained a non-interventionist approach to the review of trial court findings. . . .

And even in those cases where a finding of fact is neither inextricably linked to the credibility of the testifying witness nor based on a misapprehension of the evidence, the rule remains that appellate review should be limited to those instances where a manifest error has been made. Hence, in *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, this Court refused to overturn a trial judge's finding that certain goods were defective, stating at pp. 84-85 that it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole (citing *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371).

This view has been reiterated by this Court on numerous occasions: see *Palsky v. Humphrey*, [1964] S.C.R. 580, at p. 583; *Schwartz*, *supra*, at para. 32; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, at p. 426, *per* La Forest J.; *Toneguzzo-Norvell*, *supra*. The United States Supreme Court has taken a similar position: see *Anderson*, *supra*, at p. 577.

21

In discussing the standard of review of the trial judge's inferences of fact, our colleague states, at para. 103, that:

être appliquée à cet égard. En toute déférence, nous sommes d'avis que l'application d'une telle norme de contrôle romprait avec la jurisprudence établie de notre Cour en la matière et serait contraire aux principes justifiant le respect d'une attitude empreinte de retenue à l'égard des constatations de fait.

Notre collègue reconnaît que dans l'arrêt *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, notre Cour a jugé qu'il fallait faire preuve du même degré de retenue à l'égard des inférences de fait du juge de première instance qu'à l'égard de ses constatations de fait. Voici le passage pertinent des motifs de madame le juge Wilson (aux p. 388-389) :

C'est maintenant un principe bien établi que les constatations de fait d'un juge de première instance, fondées sur la crédibilité des témoins, ne doivent pas être infirmées en appel à moins qu'il ne soit prouvé que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante qui a faussé son appréciation des faits [. . .] Même si une constatation de fait ne dépend pas de la crédibilité, notre Cour a pour principe de ne pas intervenir pour réviser les constatations des tribunaux de première instance . . . .

Et même dans les cas où une constatation de fait n'est ni liée inextricablement à la crédibilité du témoin ni fondée sur une mauvaise compréhension de la preuve, la règle reste la même : l'examen en appel devrait se limiter aux cas où une erreur manifeste a été commise. C'est pourquoi, dans l'arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, notre Cour a refusé d'infirmar la conclusion du juge de première instance que certaines marchandises étaient défectueuses, disant, aux pp. 84 et 85, qu'une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve (citant *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371).

Notre Cour a réitéré cette opinion à maintes reprises : voir *Palsky c. Humphrey*, [1964] R.C.S. 580, p. 583; *Schwartz*, précité, par. 32; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, p. 426, le juge La Forest; *Toneguzzo-Norvell*, précité. La Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable : voir *Anderson*, précité, p. 577.

Dans son examen de la norme de contrôle applicable aux inférences de fait du juge de première instance, notre collègue dit ce qui suit, au par. 103 :

In reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. . . . While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact. [Emphasis added.]

With respect, we find two problems with this passage. First, in our view, the standard of review is not to verify that the inference can be reasonably supported by the findings of fact of the trial judge, but whether the trial judge made a palpable and overriding error in coming to a factual conclusion based on accepted facts, which implies a stricter standard.

Second, with respect, we find that by drawing an analytical distinction between factual findings and factual inferences, the above passage may lead appellate courts to involve themselves in an unjustified reweighing of the evidence. Although we agree that it is open to an appellate court to find that an inference of fact made by the trial judge is clearly wrong, we would add the caution that where evidence exists to support this inference, an appellate court will be hard pressed to find a palpable and overriding error. As stated above, trial courts are in an advantageous position when it comes to assessing and weighing vast quantities of evidence. In making a factual inference, the trial judge must sift through the relevant facts, decide on their weight, and draw a factual conclusion. Thus, where evidence exists which supports this conclusion, interference with this conclusion entails interference with the weight assigned by the trial judge to the pieces of evidence.

La cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés. [ . . . ] Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait. [Nous soulignons.]

En toute déférence, nous estimons que ce passage comporte deux erreurs. Premièrement, selon nous, la norme de contrôle ne consiste pas à vérifier si l'inférence peut être raisonnablement étayée par les conclusions de fait du juge de première instance, mais plutôt si ce dernier a commis une erreur manifeste et dominante en tirant une conclusion factuelle sur la base de faits admis, ce qui suppose l'application d'une norme plus stricte.

Deuxièmement, nous croyons en toute déférence qu'en faisant une distinction analytique entre les conclusions factuelles et les inférences factuelles, le passage précité pourrait amener les cours d'appel à soupeser la preuve à nouveau et sans raison. Bien que nous partagions l'opinion selon laquelle il est loisible à une cour d'appel de conclure qu'une inférence de fait tirée par le juge de première instance est manifestement erronée, nous tenons toutefois à faire la mise en garde suivante : lorsque des éléments de preuve étayent cette inférence, il sera difficile à une cour d'appel de conclure à l'existence d'une erreur manifeste et dominante. Comme nous l'avons dit précédemment, les tribunaux de première instance sont dans une position avantageuse pour apprécier et soupeser de vastes quantités d'éléments de preuve. Pour tirer une inférence factuelle, le juge de première instance doit passer les faits pertinents au crible, en apprécier la valeur probante et tirer une conclusion factuelle. En conséquence, lorsque cette conclusion est étayée par des éléments de preuve, modifier cette conclusion équivaut à modifier le poids accordé à ces éléments par le juge de première instance.

23

We reiterate that it is not the role of appellate courts to second-guess the weight to be assigned to the various items of evidence. If there is no palpable and overriding error with respect to the underlying facts that the trial judge relies on to draw the inference, then it is only where the inference-drawing process itself is palpably in error that an appellate court can interfere with the factual conclusion. The appellate court is not free to interfere with a factual conclusion that it disagrees with where such disagreement stems from a difference of opinion over the weight to be assigned to the underlying facts. As we discuss below, it is our respectful view that our colleague's finding that the trial judge erred by imputing knowledge of the hazard to the municipality in this case is an example of this type of impermissible interference with the factual inference drawn by the trial judge.

24

In addition, in distinguishing inferences of fact from findings of fact, our colleague states, at para. 102, that deference to findings of fact is "principally grounded in the recognition that only the trial judge enjoys the opportunity to observe witnesses and to hear testimony first-hand", a rationale which does not bear on factual inferences. With respect, we disagree with this view. As we state above, there are numerous reasons for showing deference to the factual findings of a trial judge, many of which are equally applicable to all factual conclusions of the trial judge. This was pointed out in *Schwartz, supra*. After listing numerous policy concerns justifying a deferential approach to findings of fact, at para. 32 *La Forest J.* goes on to state:

This explains why the rule [that appellate courts must treat a trial judge's findings of fact with great deference] applies not only when the credibility of witnesses is at issue, although in such a case it may be more strictly applied, but also to all conclusions of fact made by the trial judge. [Emphasis added.]

Nous rappelons qu'il n'appartient pas aux cours d'appel de remettre en question le poids attribué aux différents éléments de preuve. Si aucune erreur manifeste et dominante n'est décelée en ce qui concerne les faits sur lesquels repose l'inférence du juge de première instance, ce n'est que lorsque le processus inférentiel lui-même est manifestement erroné que la cour d'appel peut modifier la conclusion factuelle. La cour d'appel n'est pas habilitée à modifier une conclusion factuelle avec laquelle elle n'est pas d'accord, lorsque ce désaccord résulte d'une divergence d'opinion sur le poids à attribuer aux faits à la base de la conclusion. Comme nous le verrons plus loin, nous estimons en toute déférence que constitue un exemple de ce genre d'intervention inadmissible à l'égard d'une inférence de fait la conclusion de notre collègue selon laquelle la juge de première instance a commis une erreur en prêtant à la municipalité la connaissance du danger dans la présente affaire.

De plus, en établissant une distinction entre les inférences de fait et les conclusions de fait, notre collègue dit, au par. 102, que la retenue à l'égard des secondes « repose principalement sur le fait que, puisqu'il [le juge de première instance] est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix », justification non pertinente dans le cas des inférences de fait. En toute déférence, nous ne partageons pas cette opinion. Comme nous l'avons dit plus tôt, il existe de nombreuses raisons de faire preuve de retenue à l'égard des constatations de fait du juge de première instance, dont plusieurs valent autant pour toutes ses conclusions factuelles. Cette observation a été faite dans l'arrêt *Schwartz*, précité. Après avoir énuméré les nombreuses considérations de politique judiciaire invoquées pour justifier la règle de la retenue à l'égard des constatations de fait, le juge *La Forest*, au par. 32, ajoute :

Cela explique pourquoi la règle [selon laquelle les cours d'appel doivent faire preuve d'une grande retenue à l'égard des conclusions de fait des juges de première instance] s'applique non seulement lorsque la crédibilité des témoins est en cause, quoiqu'elle puisse alors s'appliquer plus strictement, mais également à toutes les conclusions de fait tirées par le juge de première instance. [Nous soulignons.]

Recent support for deferring to all factual conclusions of the trial judge is found in *Toneguzzo-Norvell*, *supra*. McLachlin J. (as she then was) for a unanimous Court stated, at pp. 121-22:

A Court of Appeal is clearly not entitled to interfere merely because it takes a different view of the evidence. The finding of facts and the drawing of evidentiary conclusions from facts is the province of the trial judge, not the Court of Appeal.

I agree that the principle of non-intervention of a Court of Appeal in a trial judge's findings of facts does not apply with the same force to inferences drawn from conflicting testimony of expert witnesses where the credibility of these witnesses is not in issue. This does not however change the fact that the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact, in this case the trial judge. [Emphasis added.]

We take the above comments of McLachlin J. to mean that, although the same high standard of deference applies to the entire range of factual determinations made by the trial judge, where a factual finding is grounded in an assessment of credibility of a witness, the overwhelming advantage of the trial judge in this area must be acknowledged. This does not, however, imply that there is a lower standard of review where witness credibility is not in issue, or that there are not numerous policy reasons supporting deference to all factual conclusions of the trial judge. In our view, this is made clear by the underlined portion of the above passage. The essential point is that making a factual conclusion, of any kind, is inextricably linked with assigning weight to evidence, and thus attracts a deferential standard of review.

Although the trial judge will always be in a distinctly privileged position when it comes to

Notre Cour a récemment donné son appui à la règle de la retenue judiciaire à l'égard de l'ensemble des conclusions factuelles du juge de première instance dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité. Madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), qui a rédigé le jugement unanime de notre Cour, a dit ceci, aux p. 121-122 :

Une cour d'appel n'est manifestement pas autorisée à intervenir pour le simple motif qu'elle perçoit la preuve différemment. Il appartient au juge de première instance, et non à la cour d'appel, de tirer des conclusions de fait en matière de preuve.

Je reconnais que le principe de non-intervention d'une cour d'appel dans les conclusions de fait d'un juge de première instance ne s'applique pas avec la même vigueur aux conclusions tirées de témoignages d'expert contradictoires lorsque la crédibilité de ces derniers n'est pas en cause. Il n'en demeure pas moins que, selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits, en l'espèce le juge de première instance, d'attribuer un poids aux différents éléments de preuve. [Nous soulignons.]

Nous considérons que ces propos du juge McLachlin signifient que, bien que le même degré élevé de retenue s'applique à l'ensemble des décisions factuelles du juge de première instance, lorsqu'une telle conclusion factuelle repose sur l'appréciation de la crédibilité d'un témoin, il faut reconnaître l'énorme avantage dont jouit le juge de première instance à cet égard. Cela ne veut toutefois pas dire qu'une norme de contrôle moins rigoureuse s'applique lorsque la question en jeu ne porte pas sur la crédibilité d'un témoin, ni qu'il n'existe pas de nombreuses considérations de principe justifiant de faire montre de retenue à l'égard de toutes les conclusions factuelles. À notre avis, cela ressort clairement du passage souligné dans l'extrait précité. Le point essentiel est qu'une conclusion factuelle — quelle que soit sa nature — exige nécessairement qu'on attribue un certain poids à un élément de preuve et, de ce fait, commande l'application d'une norme de contrôle empreinte de retenue.

Bien que le juge de première instance soit toujours dans une position privilégiée pour apprécier

assessing the credibility of witnesses, this is not the only area where the trial judge has an advantage over appellate judges. Advantages enjoyed by the trial judge with respect to the drawing of factual inferences include the trial judge's relative expertise with respect to the weighing and assessing of evidence, and the trial judge's inimitable familiarity with the often vast quantities of evidence. This extensive exposure to the entire factual nexus of a case will be of invaluable assistance when it comes to drawing factual conclusions. In addition, concerns with respect to cost, number and length of appeals apply equally to inferences of fact and findings of fact, and support a deferential approach towards both. As such, we respectfully disagree with our colleague's view that the principal rationale for showing deference to findings of fact is the opportunity to observe witnesses first-hand. It is our view that the trial judge enjoys numerous advantages over appellate judges which bear on all conclusions of fact, and, even in the absence of these advantages, there are other compelling policy reasons supporting a deferential approach to inferences of fact. We conclude, therefore, by emphasizing that there is one, and only one, standard of review applicable to all factual conclusions made by the trial judge — that of palpable and overriding error.

D. *Standard of Review for Questions of Mixed Fact and Law*

26

At the outset, it is important to distinguish questions of mixed fact and law from factual findings (whether direct findings or inferences). Questions of mixed fact and law involve applying a legal standard to a set of facts: *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 35. On the other hand, factual findings or inferences require making a conclusion of fact based on a set of facts. Both mixed fact and law and fact findings often involve drawing inferences; the difference lies in whether the inference drawn is legal

la crédibilité des témoins, ce n'est pas là le seul domaine où il bénéficie d'un avantage sur les juges des cours d'appel. Parmi les avantages dont jouit le juge de première instance sur le plan des inférences factuelles, mentionnons son expertise relative en matière d'appréciation et d'évaluation de la preuve, de même que la connaissance unique qu'il possède de la preuve souvent abondante produite par les parties. Cette familiarité avec toute la trame factuelle lui est d'une grande utilité lorsque vient le moment de tirer des conclusions de fait. En outre, les considérations relatives au coût, au nombre et à la durée des appels sont tout aussi pertinentes pour ce qui est des inférences de fait que pour ce qui est des conclusions de fait, et justifient l'application aux unes comme aux autres d'une norme empreinte de retenue. En conséquence, nous ne partageons pas l'opinion de notre collègue selon laquelle la raison principale justifiant de faire montre de retenue à l'égard des conclusions de fait est la possibilité qu'a le juge de première instance d'observer les témoins directement. Nous sommes d'avis que le juge de première instance jouit, par rapport aux juges d'appel, de nombreux avantages qui influent sur toutes les conclusions de fait et que, même si ces avantages n'existaient pas, d'autres considérations impérieuses justifient de faire montre de retenue à l'égard des inférences de fait. Par conséquent, nous concluons en soulignant qu'il n'y a qu'une seule et unique norme de contrôle applicable à toutes les conclusions factuelles tirées par le juge de première instance, soit celle de l'erreur manifeste et dominante.

D. *La norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit*

D'entrée de jeu, il importe de distinguer les questions mixtes de fait et de droit des conclusions factuelles (qu'il s'agisse de conclusions directes ou d'inférences). Les questions mixtes de fait et de droit supposent l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits : *Canada (Directeur des enquêtes et des recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 35. Par contre, les conclusions ou les inférences de fait exigent que soit tirée une conclusion factuelle d'un ensemble de faits. Tant les questions mixtes de fait et de droit que les questions

or factual. Because of this similarity, the two types of questions are sometimes confounded. This confusion was pointed out by A. L. Goodhart in "Appeals on Questions of Fact" (1955), 71 *L.Q.R.* 402, at p. 405:

The distinction between [the perception of facts and the evaluation of facts] tends to be obfuscated because we use such a phrase as "the judge found as a fact that the defendant had been negligent," when what we mean to say is that "the judge found as a fact that the defendant had done acts A and B, and as a matter of opinion he reached the conclusion that it was not reasonable for the defendant to have acted in that way."

In the case at bar, there are examples of both types of questions. The issue of whether the municipality ought to have known of the hazard in the road involves weighing the underlying facts and making factual findings as to the knowledge of the municipality. It also involves applying a legal standard, which in this case is provided by s. 192(3) of the *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1, to these factual findings. Similarly, the finding of negligence involves weighing the underlying facts, making factual conclusions therefrom, and drawing an inference as to whether or not the municipality failed to exercise the legal standard of reasonable care and therefore was negligent.

Once it has been determined that a matter being reviewed involves the application of a legal standard to a set of facts, and is thus a question of mixed fact and law, then the appropriate standard of review must be determined and applied. Given the different standards of review applicable to questions of law and questions of fact, it is often difficult to determine what the applicable standard of review is. In *Southam, supra*, at para. 39, this Court illustrated how an error on a question of mixed fact and law can amount to a pure error of law subject to the correctness standard:

. . . if a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the

de fait exigent souvent du tribunal qu'il tire des inférences; la différence réside dans le caractère — juridique ou factuel — de ces inférences. En raison de cette similitude, on confond parfois les deux catégories de questions. Cette confusion a été soulignée par A. L. Goodhart dans « Appeals on Questions of Fact » (1955), 71 *L.Q.R.* 402, p. 405 :

[TRADUCTION] La distinction entre [la perception des faits et l'appréciation de ceux-ci] a tendance à être embrouillée parce que nous utilisons la formule « le juge a conclu au fait que le défendeur avait été négligent », alors que ce que nous voulons dire, c'est que « le juge a constaté le fait que le défendeur a commis les actes A et B et, suivant son opinion, il a conclu qu'il n'était pas raisonnable pour ce dernier d'avoir agi ainsi ».

L'affaire qui nous occupe présente des exemples des deux catégories de questions. Pour répondre à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le danger présenté par le chemin, il faut apprécier les faits à l'origine de l'affaire et tirer des conclusions factuelles relativement à la connaissance de la municipalité. Il faut appliquer à ces conclusions factuelles une norme juridique qui, en l'occurrence, est énoncée au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. De même, pour pouvoir conclure à la négligence, il faut apprécier les faits essentiels, en tirer des conclusions factuelles puis en dégager une inférence, c'est-à-dire se demander si la municipalité a oui ou non omis de respecter la norme de diligence raisonnable et si elle a, par conséquent, été négligente ou non.

Une fois établi que la question examinée exige l'application d'une norme juridique à un ensemble de faits et qu'il s'agit donc d'une question mixte de fait et de droit, il faut alors déterminer quelle est la norme de contrôle appropriée et l'appliquer. Vu les diverses normes de contrôle qui s'appliquent aux questions de droit et aux questions de fait, il est souvent difficile de déterminer celle qui s'applique. Dans l'arrêt *Southam*, précité, par. 39, notre Cour a expliqué comment une erreur touchant une question mixte de fait et de droit peut constituer une pure erreur de droit, assujettie à la norme de la décision correcte :

. . . si un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les

decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

Therefore, what appears to be a question of mixed fact and law, upon further reflection, can actually be an error of pure law.

28

However, where the error does not amount to an error of law, a higher standard is mandated. Where the trier of fact has considered all the evidence that the law requires him or her to consider and still comes to the wrong conclusion, then this amounts to an error of mixed law and fact and is subject to a more stringent standard of review: *Southam, supra*, at paras. 41 and 45. While easy to state, this distinction can be difficult in practice because matters of mixed law and fact fall along a spectrum of particularity. This difficulty was pointed out in *Southam*, at para. 37:

... the matrices of facts at issue in some cases are so particular, indeed so unique, that decisions about whether they satisfy legal tests do not have any great precedential value. If a court were to decide that driving at a certain speed on a certain road under certain conditions was negligent, its decision would not have any great value as a precedent. In short, as the level of generality of the challenged proposition approaches utter particularity, the matter approaches pure application, and hence draws nigh to being an unqualified question of mixed law and fact. See R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at pp. 103-108. Of course, it is not easy to say precisely where the line should be drawn; though in most cases it should be sufficiently clear whether the dispute is over a general proposition that might qualify as a principle of law or over a very particular set of circumstances that is not apt to be of much interest to judges and lawyers in the future.

29

When the question of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, this Court has held that

faits, il ne prend en considération que A, B, et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Par conséquent, ce qui peut paraître une question mixte de fait et de droit peut, après plus ample examen, se révéler en réalité une pure erreur de droit.

Cependant, lorsque l'erreur ne constitue pas une erreur de droit, une norme de contrôle plus exigeante s'impose. Dans les cas où le juge des faits examine tous les éléments de preuve que le droit lui commande de prendre en considération mais en tire néanmoins une conclusion erronée, il commet alors une erreur mixte de fait et de droit, qui est assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse : *Southam*, précité, par. 41 et 45. Bien que facile à énoncer, cette distinction peut s'avérer difficile à établir en pratique parce que les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre comportant des degrés variables de particularité. Cette difficulté a été soulignée dans l'arrêt *Southam*, par. 37 :

... il arrive que les faits dans certaines affaires soient si particuliers, de fait qu'ils soient si uniques, que les décisions concernant la question de savoir s'ils satisfont aux critères juridiques n'ont pas une grande valeur comme précédents. Si une cour décidait que le fait d'avoir conduit à une certaine vitesse, sur une route donnée et dans des conditions particulières constituait de la négligence, sa décision aurait peu de valeur comme précédent. Bref, plus le niveau de généralité de la proposition contestée se rapproche de la particularité absolue, plus l'affaire prend le caractère d'une question d'application pure, et s'approche donc d'une question de droit et de fait parfaite. Voir R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), aux pp. 103 à 108. Il va de soi qu'il n'est pas facile de dire avec précision où doit être tracée la ligne de démarcation; quoique, dans la plupart des cas, la situation soit suffisamment claire pour permettre de déterminer si le litige porte sur une proposition générale qui peut être qualifiée de principe de droit ou sur un ensemble très particulier de circonstances qui n'est pas susceptible de présenter beaucoup d'intérêt pour les juges et les avocats dans l'avenir.

Lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est une conclusion de négligence, notre

a finding of negligence by the trial judge should be deferred to by appellate courts. In *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4, Dickson J. (as he then was) set aside the holding of the British Columbia Court of Appeal that the trial judge had erred in his finding of negligence on the basis that “it is wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where there is not palpable and overriding error, and the only point at issue is the interpretation of the evidence as a whole” (see also *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84).

This more stringent standard of review for findings of negligence is appropriate, given that findings of negligence at the trial level can also be made by juries. If the standard were instead correctness, this would result in the appellate court assessing even jury findings of negligence on a correctness standard. At present, absent misdirection on law by the trial judge, such review is not available. The general rule is that courts accord great deference to a jury’s findings in civil negligence proceedings:

The principle has been laid down in many judgments of this Court to this effect, that the verdict of a jury will not be set aside as against the weight of evidence unless it is so plainly unreasonable and unjust as to satisfy the Court that no jury reviewing the evidence as a whole and acting judicially could have reached it.

(*McCannell v. McLean*, [1937] S.C.R. 341, at p. 343)

See also *Dube v. Labar*, [1986] 1 S.C.R. 649, at p. 662, and *C.N.R. v. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768 (S.C.C.). To adopt a correctness standard would change the law and undermine the traditional function of the jury. Therefore, requiring a standard of “palpable and overriding error” for findings of negligence made by either a trial judge or a jury rein-

Cour a jugé que les cours d’appel devaient faire preuve de retenue à l’égard de la conclusion du juge de première instance. Dans l’arrêt *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, p. 4, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a infirmé la décision de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique portant que le juge de première instance avait erronément conclu à la négligence, pour le motif qu’« une cour d’appel commet une erreur lorsqu’elle infirme un jugement de première instance s’il n’y a pas une erreur manifeste et dominante, et si l’interprétation de l’ensemble de la preuve est le seul point en litige » (voir aussi l’arrêt *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, p. 84).

Il convient d’appliquer cette norme de contrôle plus exigeante aux conclusions de négligence, étant donné que de telles conclusions peuvent également être tirées par des jurys en première instance. Si la norme applicable était celle de la décision correcte, il s’ensuivrait que les cours d’appel appliqueraient cette norme pour contrôler même des conclusions de négligence tirées par jurys. Actuellement, il n’y a ouverture à un tel contrôle que si le juge du procès a donné des directives erronées au jury sur le droit applicable. Suivant la règle générale, les tribunaux font montre d’une grande retenue envers les conclusions des jurys dans les procès civils pour négligence :

[TRADUCTION] Le principe pertinent a été énoncé dans bon nombre d’arrêts de notre Cour, à savoir qu’il n’y a pas lieu d’écarter le verdict d’un jury parce qu’il va à l’encontre du poids de la preuve, à moins que le verdict en question ne soit nettement déraisonnable et injuste au point de convaincre le tribunal qu’aucun jury examinant la preuve dans son ensemble et agissant de façon judiciaire n’aurait pu le prononcer.

(*McCannell c. McLean*, [1937] R.C.S. 341, p. 343)

Voir également *Dube c. Labar*, [1986] 1 R.C.S. 649, p. 662, et *C.N.R. c. Muller*, [1934] 1 D.L.R. 768 (C.S.C.). Adopter la norme de la décision correcte aurait pour effet de modifier le droit et de porter atteinte au rôle traditionnel du jury. Par conséquent, le fait d’exiger l’application de la norme de l’« erreur manifeste et dominante » aux



forces the proper relationship between the appellate and trial court levels and accords with the established standard of review applicable to a finding of negligence by a jury.

31 Where, however, the erroneous finding of negligence of the trial judge rests on an incorrect statement of the legal standard, this can amount to an error of law. This distinction was pointed out by Cory J. in *Galaske v. O'Donnell*, [1994] 1 S.C.R. 670, at pp. 690-91:

The definition of the standard of care is a mixed question of law and fact. It will usually be for the trial judge to determine, in light of the circumstances of the case, what would constitute reasonable conduct on the part of the legendary reasonable man placed in the same circumstances. In some situations a simple reminder may suffice while in others, for example when a very young child is the passenger, the driver may have to put the seat belt on the child himself. In this case, however, the driver took no steps whatsoever to ensure that the child passenger wore a seat belt. It follows that the trial judge's decision on the issue amounted to a finding that there was no duty at all resting upon the driver. This was an error of law.

*Galaske, supra*, is an illustration of the point made in *Southam, supra*, of the potential to extricate a purely legal question from what appears to be a question of mixed fact and law. However, in the absence of a legal error or a palpable and overriding error, a finding of negligence by a trial judge should not be interfered with.

32 We are supported in our conclusion by the analogy which can be drawn between inferences of fact and questions of mixed fact and law. As stated above, both involve drawing inferences from underlying facts. The difference lies in whether the inference drawn relates to a legal standard or not. Because both processes are intertwined with the weight assigned to the evidence, the numerous policy reasons which support a deferential stance to the trial judge's inferences of fact, also, to a certain extent, support showing

fins de contrôle d'une conclusion de négligence tirée par un juge ou un jury consolide les rapports qui doivent exister entre les juridictions d'appel et celles de première instance et respecte la norme de contrôle bien établie qui s'applique aux conclusions de négligence tirées par les jurys.

Toutefois, lorsque le juge du procès conclut erronément à la négligence par suite d'une formulation incorrecte de la norme juridique, cela peut constituer une erreur de droit. Cette distinction a été faite par le juge Cory dans l'arrêt *Galaske c. O'Donnell*, [1994] 1 R.C.S. 670, p. 690-691 :

La définition de la norme de diligence est une question mixte de droit et de fait. Il incombera habituellement au juge du procès de déterminer, compte tenu des circonstances de l'espèce, ce qui constituerait une conduite raisonnable de la part de la personne raisonnable légendaire placée dans la même situation. Dans certains cas, un simple rappel suffira, tandis que dans d'autres, par exemple lorsqu'un très jeune enfant est passager, le conducteur peut avoir à attacher lui-même la ceinture de sécurité de l'enfant. Cependant, en l'espèce, le conducteur n'a pris aucune mesure pour veiller à ce que l'enfant porte sa ceinture de sécurité. Il s'ensuit que la décision du juge du procès sur la question équivalait à une conclusion qu'aucune obligation n'incombait au conducteur, ce qui constituait une erreur de droit.

L'arrêt *Galaske*, précité, illustre bien l'idée exposée dans l'arrêt *Southam*, précité, selon laquelle il est possible de dégager une pure question de droit de ce qui paraît être une question mixte de fait et de droit. Toutefois, en l'absence d'erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante, la conclusion de négligence tirée par un juge de première instance ne doit pas être modifiée.

L'analogie qui peut être établie entre les inférences de fait et les questions mixtes de fait et de droit étaye notre conclusion. Comme nous l'avons dit précédemment, dans les deux cas des inférences doivent être tirées des faits à l'origine de l'affaire. La différence dépend de la question de savoir si l'inférence se rapporte à une norme juridique ou non. Parce que le résultat des deux processus est tributaire du poids accordé à la preuve, les diverses considérations de principe justifiant de faire montre de retenue à l'égard des inférences de

deference to the trial judge's inferences of mixed fact and law.

Where, however, an erroneous finding of the trial judge can be traced to an error in his or her characterization of the legal standard, then this encroaches on the law-making role of an appellate court, and less deference is required, consistent with a "correctness" standard of review. This nuance was recognized by this Court in *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, at paras. 48-49:

A question "about whether the facts satisfy the legal tests" is one of mixed law and fact. Stated differently, "whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact" (*Southam*, at para. 35).

Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. [Emphasis added.]

A good example of this subtle principle can be found in *Rhône (The) v. Peter A.B. Widener (The)*, [1993] 1 S.C.R. 497, at pp. 515-16. In that case the issue was the identification of certain individuals within a corporate structure as directing minds. This is a mixed question of law and fact. However, the erroneous finding of the courts below was easily traceable to an error of law which could be extricated from the mixed question of law and fact. The extricable question of law was the issue of the functions which are required in order to be properly identified as a "directing mind" within a corporate structure (pp. 515-16). In the opinion of Iacobucci J. for the majority of the Court (at p. 526):

With respect, I think that the courts below over-emphasized the significance of sub-delegation in this case. The key factor which distinguishes directing minds from normal employees is the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy, rather than merely to give effect to such policy on an

fait du juge de première instance justifient également, dans une certaine mesure, de faire de même à l'égard de ses inférences mixtes de fait et de droit.

Par contre, lorsqu'il peut être établi que la conclusion erronée du juge de première instance découle d'une erreur quant à la norme juridique à appliquer, ce facteur touche au rôle de création du droit de la cour d'appel, et une retenue moins élevée s'impose, conformément à la norme de la décision « correcte ». Notre Cour a apporté cette nuance dans l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, par. 48-49 :

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou, en d'autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d'appel. [Nous soulignons.]

Un bon exemple de ce principe subtil est l'arrêt *Rhône (Le) c. Peter A.B. Widener (Le)*, [1993] 1 R.C.S. 497, p. 515-516. La question en litige dans cette affaire consistait à déterminer si certaines personnes faisaient partie des âmes dirigeantes d'une société. Il s'agit d'une question mixte de droit et de fait. Toutefois, la conclusion erronée des juridictions inférieures était facilement imputable à une erreur de droit qui pouvait être dégagée de la question mixte de droit et de fait. La question de droit ainsi isolable était celle des fonctions que devait remplir une personne pour qu'on puisse à bon droit la considérer comme une « âme dirigeante » de la société (p. 515-516). Le juge Iacobucci s'est exprimé ainsi au nom des juges de la majorité, à la p. 526 :

En toute déférence, je crois que les juridictions inférieures ont trop insisté sur l'importance de la subdélégation en l'espèce. Le facteur clé qui permet de distinguer les âmes dirigeantes des employés ordinaires est la capacité d'exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale, plutôt que

33

34

operational basis, whether at head office or across the sea.

35

Stated differently, the lower courts committed an error in law by finding that sub-delegation was a factor identifying a person who is part of the “directing mind” of a company, when the correct legal factor characterizing a “directing mind” is in fact “the capacity to exercise decision-making authority on matters of corporate policy”. This mischaracterization of the proper legal test (the legal requirements to be a “directing mind”) infected or tainted the lower courts’ factual conclusion that Captain Kelch was part of the directing mind. As this erroneous finding can be traced to an error in law, less deference was required and the applicable standard was one of correctness.

36

To summarize, a finding of negligence by a trial judge involves applying a legal standard to a set of facts, and thus is a question of mixed fact and law. Matters of mixed fact and law lie along a spectrum. Where, for instance, an error with respect to a finding of negligence can be attributed to the application of an incorrect standard, a failure to consider a required element of a legal test, or similar error in principle, such an error can be characterized as an error of law, subject to a standard of correctness. Appellate courts must be cautious, however, in finding that a trial judge erred in law in his or her determination of negligence, as it is often difficult to extricate the legal questions from the factual. It is for this reason that these matters are referred to as questions of “mixed law and fact”. Where the legal principle is not readily extricable, then the matter is one of “mixed law and fact” and is subject to a more stringent standard. The general rule, as stated in *Jaegli Enterprises, supra*, is that, where the issue on appeal involves the trial judge’s interpretation of the evidence as a whole, it should not be overturned absent palpable and overriding error.

le simple fait de mettre en œuvre ces politiques dans un cadre opérationnel, que ce soit au siège social ou en mer.

En d’autres termes, les juridictions inférieures ont commis une erreur de droit en concluant que la subdélégation était un facteur permettant de qualifier une personne d’« âme dirigeante » d’une société, alors que le facteur juridique applicable à cet égard est en fait « la capacité d’exercer un pouvoir décisionnel sur les questions de politique générale de la personne morale ». Cette formulation erronée du critère juridique approprié (les conditions juridiques requises pour être une « âme dirigeante ») a entaché ou vicié la conclusion factuelle des juridictions inférieures selon laquelle le capitaine Kelch était une âme dirigeante de la société. Comme cette conclusion erronée était imputable à une erreur de droit, un degré moindre de retenue s’imposait et la norme applicable était celle de la décision correcte.

En résumé, la conclusion de négligence que tire le juge de première instance suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits et constitue donc une question mixte de fait et de droit. Les questions mixtes de fait et de droit s’étalent le long d’un spectre. Lorsque, par exemple, la conclusion de négligence est entachée d’une erreur imputable à l’application d’une norme incorrecte, à l’omission de tenir compte d’un élément essentiel d’un critère juridique ou à une autre erreur de principe semblable, une telle erreur peut être qualifiée d’erreur de droit et elle est contrôlée suivant la norme de la décision correcte. Les cours d’appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu’il a conclu à la négligence, puisqu’il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n’est pas facilement isolable, il s’agit alors d’une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale énoncée dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, si la question litigieuse en appel soulève l’interprétation de l’ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l’absence d’erreur manifeste et dominante.

In this regard, we respectfully disagree with our colleague when he states at para. 106 that “[o]nce the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met by the defendant will in most cases be reviewable on a standard of correctness since the trial judge must appreciate the facts within the context of the appropriate standard of care. In many cases, viewing the facts through the legal lens of the standard of care gives rise to a policy-making or law-setting function that is the purview of both the trial and appellate courts”. In our view, it is settled law that the determination of whether or not the standard of care was met by the defendant involves the application of a legal standard to a set of facts, a question of mixed fact and law. This question is subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law.

### III. Application of the Foregoing Principles to this Case: Standard of Care of the Municipality

#### A. *The Appropriate Standard of Review*

We agree with our colleague that the correct statement of the municipality’s standard of care is that found in *Partridge v. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (Sask. C.A.), per Martin J.A., at pp. 558-59:

The extent of the statutory obligation placed upon municipal corporations to keep in repair the highways under their jurisdiction, has been variously stated in numerous reported cases. There is, however, a general rule which may be gathered from the decisions, and that is, that the road must be kept in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety. What is a reasonable state of repair is a question of fact, depending upon all the surrounding circumstances; “repair” is a relative term, and hence the facts in one case afford no fixed rule

À cet égard, nous ne pouvons en toute déférence pas souscrire à l’opinion de notre collègue lorsqu’il affirme, au par. 106, qu’« [u]ne fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée. Dans bien des cas, l’examen des faits à travers le prisme juridique de la norme de diligence implique l’établissement de politiques d’intérêt général ou la création de règles de droit, rôle qui relève autant des cours de première instance que des cours d’appel ». À notre avis, il est bien établi en droit que la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble de faits, ce qui en fait une question mixte de fait et de droit. Cette question est assujettie à la norme de l’erreur manifeste et dominante, à moins que le juge de première instance n’ait clairement commis une erreur de principe isolable en déterminant la norme applicable ou en appliquant cette norme, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit.

### III. Application des principes qui précèdent à l’espèce : la norme de diligence applicable à la municipalité

#### A. *La norme de contrôle appropriée*

À l’instar de notre collègue, nous sommes d’avis que la norme de diligence applicable à la municipalité a été convenablement énoncée par le juge Martin dans l’arrêt *Partridge c. Rural Municipality of Langenburg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (C.A. Sask.), p. 558-559 :

[TRADUCTION] L’étendue de l’obligation légale d’entretien qui incombe aux corporations municipales à l’égard des routes qui se trouvent sur leur territoire a été énoncée de diverses façons dans nombre de décisions publiées. Il est toutefois possible de dégager la règle générale suivante de ces décisions : le chemin doit être tenu dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. La question de savoir en quoi consiste un état raisonnable d’entretien est une question de fait, qui est fonction de toutes

by which to determine another case where the facts are different . . . .

However, we differ from the views of our colleague in that we find that the trial judge applied the correct test in determining that the municipality did not meet its standard of care, and thus did not commit an error of law of the type mentioned in *Southam, supra*. The trial judge applied all the elements of the *Partridge* standard to the facts, and her conclusion that the respondent municipality failed to meet this standard should not be overturned absent palpable and overriding error.

**B. *The Trial Judge Did Not Commit an Error of Law***

39

We note that our colleague bases his conclusion that the municipality met its standard of care on his finding that the trial judge neglected to consider the conduct of the ordinary motorist, and thus failed to apply the correct standard of care, an error of law, which justifies his reconsideration of the evidence (para. 114). As a starting point to the discussion of the ordinary or reasonable motorist, we emphasize that the failure to discuss a relevant factor in depth, or even at all, is not itself a sufficient basis for an appellate court to reconsider the evidence. This was made clear by the recent decision of *Van de Perre, supra*, where Bastarache J. says, at para. 15:

. . . omissions in the reasons will not necessarily mean that the appellate court has jurisdiction to review the evidence heard at trial. As stated in *Van Mol (Guardian ad Litem of) v. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (B.C.C.A.), leave to appeal refused [2000] 1 S.C.R. vi, an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion. Without this reasoned belief, the appellate court cannot reconsider the evidence.

les circonstances de l'espèce; le terme « entretien » est une notion relative et, par conséquent, les faits propres à une affaire donnée ne permettent pas de dégager de règle déterminée permettant de trancher une autre affaire présentant des circonstances différentes . . .

Toutefois, contrairement à notre collègue, nous estimons que la juge de première instance a appliqué le bon critère juridique en concluant que la municipalité n'avait pas respecté la norme de diligence à laquelle elle était tenue, et que la juge n'a donc pas commis une erreur de droit du genre de celle décrite dans l'arrêt *Southam*, précité. La juge de première instance a appliqué aux faits de l'espèce tous les éléments du critère énoncé dans l'arrêt *Partridge*, et sa conclusion que la municipalité défenderesse n'a pas respecté ce critère ne devrait pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

**B. *La juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit***

Nous soulignons que notre collègue fonde sa décision que la municipalité a respecté la norme de diligence sur sa conclusion que la juge de première instance a négligé de prendre en compte le comportement de l'automobiliste moyen et n'a donc pas appliqué la bonne norme de diligence, commettant ainsi une erreur de droit le justifiant de réexaminer la preuve (par. 114). Pour les besoins de l'analyse du critère de l'automobiliste moyen ou raisonnable, nous tenons au départ à signaler que l'omission d'examiner en profondeur un facteur pertinent, voire de ne pas l'examiner du tout, n'est pas en soi un fondement suffisant pour justifier une cour d'appel de réexaminer la preuve. Ce principe a été clairement énoncé dans l'arrêt récent *Van de Perre*, précité, où le juge Bastarache a dit ceci, au par. 15 :

. . . des omissions dans les motifs ne signifieront pas nécessairement que la cour d'appel a compétence pour examiner la preuve entendue au procès. Comme le dit l'arrêt *Van Mol (Guardian ad Litem of) c. Ashmore* (1999), 168 D.L.R. (4th) 637 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2000] 1 R.C.S. vi, une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée. Faute d'une telle conviction rationnelle, la cour d'appel ne peut pas réexaminer la preuve.

In our view, as we will now discuss, there can be no reasoned belief in this case that the trial judge forgot, ignored, or misconceived the question of the ordinary driver. It would thus be an error to engage in a re-assessment of the evidence on this issue.

The fact that the conduct of the ordinary motorist was in the mind of the trial judge from the outset is clear from the fact that she began her standard of care discussion by stating the correct test, quoting the above passage from *Partridge, supra*. Absent some clear sign that she subsequently varied her approach, this initial acknowledgment of the correct legal standard is a strong indication that this was the standard she applied. Not only is there no indication that she departed from the stated test, but there are further signs which support the conclusion that the trial judge applied the *Partridge* standard. The first such indication is that the trial judge did discuss, both explicitly and implicitly, the conduct of an ordinary or reasonable motorist approaching the curve. The second indication is that she referred to the evidence of the experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, both of whom discussed the conduct of an ordinary motorist in this situation. Finally, the fact that the trial judge apportioned negligence to Mr. Nikolaisen indicates that she assessed his conduct against the standard of the ordinary driver, and thus considered the conduct of the latter.

The discussion of the ordinary motorist is found in the passage from the trial judgment immediately following the statement of the requisite standard of care:

Snake Hill Road is a low traffic road. It is however maintained by the R.M. so that it is passable year round. There are permanent residences on the road. It is used by farmers for access to their fields and cattle. Young people frequent Snake Hill Road for parties and as such the road is used by those who may not have the same degree of familiarity with it as do residents.

À notre avis, comme nous allons le voir, la présente espèce ne peut faire naître la conviction rationnelle que la juge de première instance a oublié d'examiner la question du conducteur moyen, en a fait abstraction ou l'a mal interprétée. Il serait donc erroné de réexaminer la preuve relative à cette question.

Le fait que, dès le départ, la juge de première instance a eu à l'esprit la conduite de l'automobiliste moyen ressort clairement du fait qu'elle a commencé son examen de la norme de diligence en formulant le critère approprié, c'est-à-dire en citant le passage susmentionné de l'arrêt *Partridge*, précité. En l'absence d'indications claires qu'elle a subséquemment modifié sa méthode d'analyse, cette mention initiale de la norme juridique appropriée constitue un indice solide qu'il s'agit bien de la norme qu'elle a appliquée. Non seulement rien n'indique qu'elle s'est écartée du critère énoncé, mais d'autres indices étayaient la conclusion qu'elle a appliqué le critère de l'arrêt *Partridge*. Le premier de ces indices est que la juge s'est bel et bien interrogée, tant explicitement qu'implicitement, sur la conduite de l'automobiliste moyen ou raisonnable s'approchant du virage. Le deuxième indice est qu'elle a fait état des témoignages des experts, MM. Anderson et Werner, qui ont tous deux analysé le comportement de l'automobiliste moyen se trouvant dans cette situation. Enfin, le fait que la juge de première instance ait imputé une partie de la responsabilité à M. Nikolaisen indique qu'elle a évalué sa conduite eu égard au critère du conducteur moyen, et qu'elle a donc pris en compte la conduite de ce dernier.

On trouve l'analyse relative à l'automobiliste moyen dans cet extrait du jugement de première instance qui suit immédiatement l'énoncé de la norme de diligence requise :

[TRADUCTION] Le chemin Snake Hill est un chemin à faible débit de circulation. Il est néanmoins entretenu par la M.R. à longueur d'année afin de le garder carrossable. Des résidences permanentes sont situées en bordure de celui-ci. Les fermiers l'utilisent pour accéder à leurs champs et à leur bétail. Des jeunes gens empruntent le chemin Snake Hill pour se rendre à des fêtes, de sorte qu'il est utilisé par des conducteurs qui ne le connaissent pas toujours aussi bien que les résidents de l'endroit.

There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner. Further, it is a hazard that is not readily apparent to users of the road. It is a hidden hazard. The location of the Nikolaisen rollover is the most dangerous segment of Snake Hill Road. Approaching the location of the Nikolaisen rollover, limited sight distance, created by uncleared bush, precludes a motorist from being forewarned of an impending sharp right turn immediately followed by a left turn. While there were differing opinions on the *maximum* speed at which this curve can be negotiated, I am satisfied that when limited sight distance is combined with the tight radius of the curve and lack of superelevation, this curve cannot be safely negotiated at speeds greater than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet.

... where the existence of that bush obstructs the ability of a motorist to be forewarned of a hazard such as that on Snake Hill Road, it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation. [Underlining added; italics in original.]

([1998] 5 W.W.R. 523, at paras. 84-86)

42

In our view, this passage indicates that the trial judge did consider how a motorist exercising ordinary care would approach the curve in question. The implication of labelling the curve a “hidden hazard” which is “not readily apparent to users of the road”, is that the danger is of the type that cannot be anticipated. This in turn implies that, even if the motorist exercises ordinary care, he or she will not be able to react to the curve. As well, the trial judge referred explicitly to the conduct of a motorist exercising ordinary care: “it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation” (para. 86 (emphasis added)).

Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner. En outre, il s’agit d’un danger qui n’est pas facilement décelable par les usagers du chemin. Il s’agit d’un danger caché. L’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau est situé sur le tronçon le plus dangereux du chemin Snake Hill. À l’approche de cet endroit, des broussailles réduisent la distance de visibilité de l’automobiliste et l’empêchent de voir l’imminence d’un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d’un virage à gauche. Bien que des opinions divergentes aient été émises quant à la vitesse *maximale* à laquelle ce virage peut être pris, je suis d’avis que, vu la distance de visibilité réduite, l’existence d’une courbe serrée et l’absence de surélévation du chemin, ce virage ne peut être pris en sécurité à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide.

... à l’endroit où la présence des broussailles empêche les automobilistes de voir venir un danger comme celui qui existe sur le chemin Snake Hill, il est raisonnable de s’attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux. [Nous soulignons; en italique dans l’original.]

([1998] 5 W.W.R. 523, par. 84-86)

À notre avis, cet extrait indique que la juge de première instance a effectivement pris en compte la façon dont l’automobiliste prenant des précautions normales s’approcherait du virage en question. Qualifier le virage de [TRADUCTION] « danger caché », danger qui « n’est pas facilement décelable par les usagers du chemin », implique que le danger en est un qu’il est impossible de prévoir. Il s’ensuit que, même si l’automobiliste prend des précautions normales, il ne pourra pas réagir à la présence du virage. Par ailleurs, la juge de première instance a explicitement fait état de la conduite de l’automobiliste prenant des précautions normales : [TRADUCTION] « [I] est raisonnable de s’attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux » (par. 86 (nous soulignons)).

With respect to the speed of a motorist approaching the curve, there is also an indication that the trial judge considered the conduct of an ordinary motorist. First, she stated that she accepted the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner with respect to the finding that the curve constituted a hazard to the public. The evidence given by these experts suggests that between 60 and 80 km/h is a reasonable speed to drive parts of this road, and at that speed, the curve presents a hazard. Their evidence also indicates their general opinion that the curve was a hazardous one. Mr. Anderson refers to the curve being difficult to negotiate at “normal speeds”. Also, Mr. Anderson states that “if you’re not aware that this curve is there, the sharp course of the curve, and you enter too far into it before you realize that the curve is there, then you have to do a tighter radius than 118 metres in order to get back on track to be able to negotiate the second curve”. He also states that “you could be lulled into thinking you’ve got an 80 kilometres an hour road until you are too far into the tight curve to be able to respond”.

The Court of Appeal found that, given the nature and condition of Snake Hill Road, the contention that this rural road would be taken at 80 km/h by the ordinary motorist was untenable. However, it is clear from the trial judge’s reasons that she did not take 80 km/h as the speed at which the ordinary motorist would approach the curve. Instead she found, based on expert evidence, that “this curve cannot be *safely* negotiated at speeds greater than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet” (para. 85 (emphasis in original)). From this finding, coupled with the finding that the curve was hidden and unexpected, the logical conclusion is that the trial judge found that a motorist exercising ordinary care could easily be deceived into approaching the curve at speeds in excess of the safe speed for the curve, and subsequently be taken by surprise. Therefore, the trial judge found that the curve was hazardous to the ordinary

Relativement à la vitesse à laquelle les automobilistes s’approchent du virage, il existe également un indice confirmant que la juge de première instance a pris en compte la conduite de l’automobiliste moyen. Premièrement, elle a dit qu’elle acceptait les témoignages de MM. Anderson et de Werner en ce qui concerne la conclusion que la courbe constituait un danger pour le public. Leurs témoignages suggèrent qu’une vitesse de 60 à 80 km/h est une vitesse raisonnable à certains endroits de ce chemin et que, à cette vitesse, la courbe constitue un danger. Leurs témoignages indiquent également qu’ils estiment de façon générale que la courbe est dangereuse. De dire M. Anderson, le virage est difficile à prendre à des [TRADUCTION] « vitesses normales ». Il ajoute que, [TRADUCTION] « si on ne connaît pas la présence de ce virage à cet endroit, le caractère prononcé du virage, et qu’on ne s’aperçoit pas qu’il y a un virage avant de s’être déjà engagé trop loin dans celui-ci, il faut tourner dans un rayon inférieur à 118 mètres pour corriger sa trajectoire afin d’être en mesure de prendre le deuxième virage ». Il affirme également qu’ [TRADUCTION] « on peut être amené à croire qu’on se trouve sur une route où il est possible de rouler à 80 km/h, jusqu’à ce qu’on soit engagé trop loin dans le virage serré pour être capable de réagir ».

La Cour d’appel a jugé que, vu la nature et l’état du chemin Snake Hill, la prétention selon laquelle l’automobiliste moyen roulerait sur cette route rurale à 80 km/h était insoutenable. Toutefois, il ressort clairement des motifs de la juge de première instance qu’elle ne considérait pas que l’automobiliste moyen s’approcherait du virage à 80 km/h. Elle a plutôt conclu, à partir des témoignages des experts, que [TRADUCTION] « ce virage ne peut être pris *en sécurité* à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide » (par. 85 (en italique dans l’original)). De cette constatation, conjuguée à celle que le virage était caché et imprévu, il est logique de conclure que la juge de première instance a estimé que l’automobiliste prenant des précautions normales pouvait aisément être amené à s’approcher du virage à des vitesses supérieures à la vitesse sécuritaire pour le prendre, et se retrouver ensuite pris au dépourvu. La juge de première



motorist and it follows that she applied the correct standard of care.

45 In our respectful view, our colleague errs in agreeing with the Court of Appeal's finding that the trial judge should have addressed the conduct of the ordinary motorist more fully (para. 124). At para. 119, he writes:

A proper application of the test demands that the trial judge ask the question: "How would a reasonable driver have driven on this road?" Whether or not a hazard is "hidden" or a curve is "inherently" dangerous does not dispose of the question.

And later, he states, "In my view, the question of how the reasonable driver would have negotiated Snake Hill Road necessitated a somewhat more in-depth analysis of the character of the road" (para. 125). With respect, requiring the trial judge to have made this specific inquiry in her reasons is inconsistent with *Van de Perre, supra*, which makes it clear that an omission or a failure to discuss a factor in depth is not, in and of itself, a basis for interfering with the findings of the trial judge and reweighing the evidence. As we note above, it is clear that although the trial judge may not have conducted an extensive review of this element of the *Partridge* test, she did indeed consider this factor by stating the correct test, then applying this test to the facts.

46 We note that in relying on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, the trial judge chose not to base her decision on the conflicting evidence of other witnesses. However, her reliance on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner is insufficient proof that she "forgot, ignored, or misconceived" the evidence. The full record was before the trial judge and we can presume that she reviewed all of it, absent further proof that the trial judge forgot, ignored or misapprehended the evidence, leading to an error in law. It is open to a trial judge to prefer the evidence of some witnesses over others:

instance a donc conclu que le virage était dangereux pour l'automobiliste moyen et il s'ensuit qu'elle a appliqué la norme de diligence appropriée.

En toute déférence, notre collègue commet une erreur en souscrivant à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la juge de première instance aurait dû examiner de manière plus approfondie la conduite de l'automobiliste moyen (par. 124). Il écrit ceci, au par. 119 :

Pour bien appliquer le critère juridique, le juge de première instance doit se poser la question suivante : « Comment un conducteur raisonnable aurait-il roulé sur ce chemin? » Le fait de conclure qu'il existe ou non un danger « caché » ou qu'une courbe est quelque chose d'« intrinsèquement » dangereux ne vide pas la question.

Plus loin, il dit : « À mon avis, la question de savoir comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur le chemin Snake Hill nécessitait un examen un peu plus approfondi de la nature du chemin » (par. 125). En toute déférence, considérer que la juge de première instance aurait dû faire cette analyse particulière dans ses motifs est incompatible avec l'arrêt *Van de Perre*, précité, lequel établit clairement que l'omission ou le défaut d'analyser un facteur en profondeur ne constitue pas, en soi, une raison justifiant de modifier les conclusions du juge de première instance et de réexaminer la preuve. Comme nous l'avons dit précédemment, il est clair que, quoique la juge de première instance n'ait peut-être pas fait une analyse approfondie de ce volet du critère énoncé dans l'arrêt *Partridge*, elle a effectivement tenu compte de ce facteur en formulant le critère approprié puis en l'appliquant aux faits de l'espèce.

Nous tenons à souligner que, en s'appuyant sur les témoignages de MM. Anderson et Werner, la juge de première instance a choisi de ne pas fonder sa décision sur les témoignages contradictoires rendus par d'autres témoins. Toutefois, cela ne suffit pas pour établir qu'elle a « oublié, négligé d'examiner ou mal interprété » la preuve. La juge de première instance disposait de l'ensemble du dossier et on peut présumer qu'elle l'a étudié d'un bout à l'autre, en l'absence d'autre indication qu'elle a oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve, commettant ainsi une erreur de droit. Le juge de première

*Toneguzzo-Norvell, supra*, at p. 123. Mere reliance by the trial judge on the evidence of some witnesses over others cannot on its own form the basis of a “reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion” (*Van de Perre, supra*, at para. 15). This is in keeping with the narrow scope of review by an appellate court applicable in this case.

A further indication that the trial judge considered the conduct of an ordinary motorist on Snake Hill Road is her finding that both Mr. Nikolaisen and the municipality breached their duty of care to Mr. Housen, and that the defendant Nikolaisen was 50 percent contributorily negligent. Since a finding of negligence implies a failure to meet the ordinary standard of care, and since Mr. Nikolaisen’s negligence related to his driving on the curve, to find that Mr. Nikolaisen’s conduct on the curve failed to meet the standard of the ordinary driver implies a consideration of that ordinary driver on the curve. The fact that the trial judge distinguished the conduct of Mr. Nikolaisen in driving negligently on the road from the conduct of the municipality in negligently failing to erect a warning sign is evidence that the trial judge kept the municipality’s legal standard clearly in mind in its application to the facts, and that she applied this standard to the ordinary driver, not the negligent driver.

To summarize, in the course of her reasons, the trial judge first stated the requisite standard of care from *Partridge, supra*, relating to the conduct of the ordinary driver. She then applied that standard to the facts referring again to the conduct of the ordinary driver. Finally, in light of her finding that the municipality breached this standard, she apportioned negligence between the driver and the municipality in a way which again entailed a consideration of the

instance peut retenir la déposition de certains témoins de préférence à d’autres : *Toneguzzo-Norvell*, précité, p. 123. Le fait pour le juge de première instance de s’appuyer sur certains témoignages plutôt que sur d’autres ne peut à lui seul fournir l’assise d’une « conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d’examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (*Van de Perre*, précité, par. 15). Cette conclusion est compatible avec la portée restreinte de l’examen qu’il convient de faire en appel dans la présente affaire.

Une autre indication que la juge de première instance s’est interrogée sur la façon dont conduit l’automobiliste moyen sur le chemin Snake Hill est sa conclusion que M. Nikolaisen et la municipalité ont tous deux manqué à leur obligation de diligence envers M. Housen, et que le défendeur Nikolaisen était responsable de négligence concourante dans une proportion de 50 p. 100. Comme une conclusion de négligence implique un manquement à la norme de diligence habituelle, et comme la négligence de M. Nikolaisen était liée à sa manière de conduire dans le virage, la conclusion que sa conduite à cet endroit ne respectait pas le critère du conducteur moyen suppose qu’on s’est demandé comment ce conducteur s’approcherait du virage. La distinction qu’a établie la juge de première instance entre la négligence dont a fait preuve M. Nikolaisen lorsqu’il roulait sur le chemin et celle dont la municipalité a fait montre en omettant d’installer un panneau d’avertissement prouve qu’elle n’a pas perdu de vue la norme juridique régissant la municipalité et l’application de cette norme aux faits, et que la juge a appliqué cette norme au conducteur moyen, et non au conducteur négligent.

En résumé, dans ses motifs la juge de première instance a d’abord énoncé la norme de diligence requise par l’arrêt *Partridge*, précité, relativement à la conduite de l’automobiliste moyen. Elle a ensuite appliqué cette norme aux faits, se reportant encore une fois à la conduite de l’automobiliste moyen. Enfin, vu sa conclusion que la municipalité avait manqué à cette norme de diligence, elle a réparti la responsabilité entre le conducteur

47

48

ordinary driver. As such, we are overwhelmingly drawn to the conclusion that the conduct of the ordinary driver was both considered and applied by the trial judge.

49 Thus, we conclude that the trial judge did not commit an error of law with respect to the municipality's standard of care. On this matter, we disagree with the basis for the re-assessment of the evidence undertaken by our colleague (paras. 122-42) and regard this re-assessment to be an unjustified intrusion into the finding of the trial judge that the municipality breached its standard of care. This finding is a question of mixed law and fact which should not be overturned absent a palpable and overriding error. As discussed below, it is our view that no such error exists, as the trial judge conducted a reasonable assessment based on her view of the evidence.

C. *The Trial Judge Did Not Commit A Palpable or Overriding Error*

50 Despite this high standard of review, the Court of Appeal found that a palpable and overriding error was made by the trial judge ([2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12, at para. 84). With respect, this finding was based on the erroneous presumption that the trial judge accepted 80 km/h as the speed at which an ordinary motorist would approach the curve, a presumption which our colleague also adopts in his reasons (para. 133).

51 As discussed above, the trial judge's finding was that an ordinary motorist could approach the curve in excess of 60 km/h in dry conditions, and 50 km/h in wet conditions, and that at such speeds the curve was hazardous. The trial judge's finding was not based on a particular speed at which the curve would be approached by the ordinary motorist. Instead, she found that, because the curve was hidden and sharper than would be anticipated, a motorist exercising ordinary care could approach it at greater than

et la municipalité d'une manière qui, une fois de plus, atteste la prise en compte du critère du conducteur moyen. En conséquence, nous en venons irrésistiblement à la conclusion que la juge de première instance a pris en compte et appliqué ce critère.

Par conséquent, nous estimons que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne la norme de diligence à laquelle était tenue la municipalité. Sur ce point, nous ne souscrivons pas aux raisons sur lesquelles se fondent notre collègue pour réexaminer la preuve (aux par. 122 à 142) et nous considérons ce réexamen comme une intervention injustifiée relativement à la conclusion de la juge de première instance portant que la municipalité a manqué à la norme de diligence à laquelle elle était tenue. Cette conclusion porte sur une question mixte de droit et de fait et elle ne peut pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante. Comme nous le verrons plus loin, nous sommes d'avis qu'aucune erreur de cette nature n'a été commise, car la juge de première instance a fait une analyse raisonnable, fondée sur son appréciation de la preuve.

C. *La juge de première instance n'a pas commis d'erreur manifeste ou dominante*

Malgré cette norme de contrôle sévère, la Cour d'appel a jugé que la juge de première instance avait commis une erreur manifeste et dominante ([2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12, par. 84). En toute déférence, cette conclusion repose sur la présomption erronée selon laquelle la juge aurait accepté que l'automobiliste moyen approcherait du virage à 80 km/h, présomption qu'adopte également notre collègue dans ses motifs (par. 133).

Comme nous l'avons vu plus tôt, la conclusion de la juge de première instance était que l'automobiliste moyen pourrait s'approcher du virage à une vitesse supérieure à 60 km/h sur chaussée sèche, et 50 km/h sur chaussée humide, mais qu'à ces vitesses le virage était dangereux. Cette conclusion n'était pas fondée sur une vitesse précise à laquelle l'automobiliste moyen s'approcherait du virage. La juge de première instance a plutôt estimé que, parce que le virage est caché et plus serré que ce à quoi on

the speed at which it would be safe to negotiate the curve.

As we explain in greater detail below, in our opinion, not only is this assessment far from reaching the level of a palpable and overriding error, in our view, it is a sensible and logical way to deal with large quantities of conflicting evidence. It would be unrealistic to focus on some exact speed at which the curve would likely be approached by the ordinary motorist. The findings of the trial judge in this regard were the result of a reasonable and practical assessment of the evidence as a whole.

In finding a palpable and overriding error, Cameron J.A. relied on the fact that the trial judge adopted the expert evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner which was premised on a *de facto* speed limit of 80 km/h taken from *The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1. However, whether or not the experts based their testimony on this limit, the trial judge did not adopt that limit as the speed of the ordinary motorist approaching the curve. Again, the trial judge found that the curve could not be taken safely at greater than 60 km/h dry and 50 km/h wet, and there is evidence in the record to support this finding. For example, Mr. Anderson states:

If you don't anticipate the curve and you get too far into it before you start to do your correction then you can get into trouble even at, probably at 60. Fifty you'd have to be a long ways into it, but certainly at 60 you could.

It is notable too that both Mr. Anderson and Mr. Werner would have recommended installing a sign, warning motorists of the curve, with a posted limit of 50 km/h.

Although clearly the curve could not be negotiated safely at 80 km/h, it could also not be

s'attend normalement, il était possible qu'un automobiliste prenant des précautions normales s'en approche à une vitesse supérieure à la vitesse sécuritaire pour prendre le virage.

Comme nous allons le préciser plus loin, nous sommes d'avis que non seulement cette appréciation est-elle loin de constituer une erreur manifeste et dominante, mais elle est une réponse judicieuse et logique eu égard à l'abondance d'éléments de preuve contradictoires. Il serait irréaliste de fixer une quelconque vitesse à laquelle l'automobiliste moyen s'approcherait vraisemblablement du virage. Les conclusions de la juge de première instance à cet égard découlent d'une évaluation raisonnable et réaliste de l'ensemble de la preuve.

En concluant à l'existence d'une erreur manifeste et dominante, le juge Cameron de la Cour d'appel s'est appuyé sur le fait que la juge de première instance avait retenu les témoignages d'expert de MM. Anderson et Werner, lesquels étaient fondés sur la vitesse limite *de facto* de 80 km/h prévue par la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1. Toutefois, que le témoignage des experts ait été ou non fondé sur cette limite, la juge de première instance n'a pas retenu cette vitesse comme étant celle à laquelle l'automobiliste moyen s'approche du virage. Rappelons que la juge de première instance a estimé qu'il n'était pas possible d'aborder le virage en sécurité à une vitesse supérieure à 60 km/h sur chaussée sèche et 50 km/h sur chaussée humide, et il existe au dossier des éléments étayant cette conclusion. Par exemple, M. Anderson a dit ceci :

[TRADUCTION] Si vous ne prévoyez pas l'arrivée du virage et que vous vous engagez trop loin dans celui-ci avant d'amorcer votre manœuvre correctrice, vous risquez d'avoir des ennuis même à, probablement à 60. À cinquante il faudrait que vous soyez engagé assez loin, mais à 60 vous pourriez certainement en avoir.

Il convient également de signaler que MM. Anderson et Werner auraient tous deux recommandé l'installation d'un panneau avertissant les automobilistes de l'imminence du virage et fixé la vitesse maximale permise à 50 km/h.

Le virage ne pouvait manifestement pas être pris en sécurité à 80 km/h, mais il ne pouvait l'être non

52

53

54

negotiated safely at much slower speeds. It should also be noted that the trial judge did not adopt the expert testimony of Mr. Anderson and Mr. Werner in its entirety. She stated: "There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner" (para. 85 (emphasis added)). It cannot be assumed from this that she accepted a *de facto* speed limit of 80 km/h especially when one bears in mind (1) the trial judge's statement of the safe speeds of 50 and 60 km/h, and (2) the fact that both these experts found the road to be unsafe at much lower speeds than 80 km/h.

55 Given that the trial judge did not base her standard of care analysis on a *de facto* speed limit of 80 km/h, it then follows that the Court of Appeal's finding of a palpable and overriding error cannot stand.

56 Furthermore, the narrowly defined scope of appellate review dictates that a trial judge should not be found to have misapprehended or ignored evidence, or come to the wrong conclusions merely because the appellate court diverges in the inferences it draws from the evidence and chooses to emphasize some portions of the evidence over others. As we are of the view that the trial judge committed no error of law in finding that the municipality breached its standard of care, we are also respectfully of the view that our colleague's re-assessment of the evidence on this issue (paras. 129-42) is an unjustified interference with the findings of the trial judge, based on a difference of opinion concerning the inferences to be drawn from the evidence and the proper weight to be placed on different portions of the evidence. For instance, in the opinion of our colleague, based on some portions of the expert evidence, a reasonable driver exercising ordinary care would approach a rural road at 50 km/h or less, because a reasonable driver would have difficulty seeing the sharp radius of the curve and oncoming traffic (para. 129). However, the trial judge, basing her assessment on other portions of the expert evidence, found that the nature of the road was such that a motorist could be

plus à des vitesses beaucoup plus réduites. Il convient également de souligner que la juge de première instance n'a pas retenu intégralement les témoignages d'expert de MM. Anderson et Werner. Elle a dit : [TRADUCTION] « Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner » (par. 85 (nous soulignons)). Ces propos ne permettent pas de présumer qu'elle acceptait une vitesse limite *de facto* de 80 km/h, particulièrement si l'on se rappelle (1) qu'elle a dit qu'on pouvait rouler en sécurité à des vitesses de 50 et de 60 km/h, et (2) que ces deux experts ont considéré que le chemin n'était pas sûr même à des vitesses bien inférieures à 80 km/h.

Puisque la juge de première instance n'a pas fondé son analyse de la norme de diligence sur une vitesse limite *de facto* de 80 km/h, il s'ensuit que la conclusion de la Cour d'appel relativement à l'existence d'une erreur manifeste et dominante ne saurait être confirmée.

En outre, vu la portée restreinte de la révision en appel, on ne saurait conclure qu'un juge de première instance a négligé d'examiner la preuve, l'a mal interprétée ou est arrivé à des conclusions erronées, simplement parce que le tribunal d'appel tire des inférences divergentes de la preuve et décide d'accorder plus d'importance à certains éléments qu'à d'autres. Étant d'avis que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur de droit en concluant que la municipalité avait violé la norme de diligence à laquelle elle était tenue, nous estimons aussi, en toute déférence, que le réexamen de la preuve auquel procède notre collègue sur cette question (aux par. 129 à 142) constitue une intervention injustifiée relativement aux conclusions de la juge de première instance, fondée sur une divergence d'opinions quant aux inférences devant être tirées de la preuve et au poids qu'il convient d'accorder à divers éléments. Par exemple, notre collègue est d'avis, sur la foi de certaines parties des témoignages d'expert, qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales roulerait sur une route rurale à une vitesse maximale de 50 km/h, parce qu'il aurait de la difficulté à voir que le virage est serré et s'il vient des véhicules en sens inverse (par. 129). Or, se

deceived into believing that the road did not contain a sharp curve and thus would approach the road normally, unaware of the hidden danger.

We are faced in this case with conflicting expert evidence on the issue of the correct speed at which an ordinary motorist would approach the curve on Snake Hill Road. The differing inferences from the evidence drawn by the trial judge and the Court of Appeal amount to a divergence on what weight should be placed on various pieces of conflicting evidence. As noted by our colleague, Mr. Sparks was of the opinion that “[if] you can’t see around the corner, then, you know, drivers would have a fairly strong signal . . . that due care and caution would be required”. Similar evidence of this nature was given by Mr. Nikolaisen, and indeed even by Mr. Anderson and Mr. Werner. This is contrasted with evidence such as that given by Mr. Anderson and Mr. Werner that a reasonable driver would be “lulled” into thinking that there is an 80 km/h road ahead of him or her.

As noted by McLachlin J. in *Toneguzzo-Norvell*, *supra*, at p. 122 and mentioned above, “the weight to be assigned to the various pieces of evidence is under our trial system essentially the province of the trier of fact”. In that case, a unanimous Court found that the Court of Appeal erred in interfering with the trial judge’s factual findings, on the basis that it was open to the trial judge to place less weight on certain evidence and accept other, conflicting evidence which the trial judge found to be more convincing (*Toneguzzo-Norvell*, at pp. 122-23). Similarly, in this case, the trial judge’s factual findings concerning the proper speed to be used on approaching the curve should not be interfered with. It was open to her to choose to place more weight on certain portions of the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, where the evidence was conflicting. Her assessment of the proper speed was a reasonable inference based on the evidence and does not reach

fondant sur d’autres parties des témoignages d’expert, la juge de première instance a estimé que la nature du chemin était telle qu’un automobiliste pourrait être amené à croire que le chemin ne comporte pas de virage serré et, de ce fait, à y rouler normalement, sans soupçonner l’existence du danger caché.

En l’espèce, nous sommes en présence de témoignages d’expert contradictoires sur la question de la vitesse à laquelle l’automobiliste moyen s’approcherait du virage du chemin Snake Hill. Les inférences différentes que la juge de première instance et la Cour d’appel tirent de la preuve équivalent à une divergence d’opinion quant au poids à accorder à divers éléments de preuve contradictoires. Le témoin Sparks a émis l’opinion suivante, que cite également notre collègue : [TRADUCTION] « [Si] vous ne pouvez voir, de l’autre côté du virage, alors, vous savez, cela devrait envoyer un message clair aux conducteurs [. . .] que l’attention et la prudence s’imposent ». M. Nikolaisen, et même MM. Anderson et Werner ont d’ailleurs témoigné au même effet. Cela contraste avec l’affirmation de MM. Anderson et Werner selon laquelle un conducteur raisonnable serait [TRADUCTION] « amené » à croire qu’il se trouve sur un chemin où l’on peut rouler à 80 km/h.

Comme l’a souligné madame le juge McLachlin, à la p. 122 de l’arrêt *Toneguzzo-Norvell*, précité, « selon notre système de procès, il appartient essentiellement au juge des faits [. . .] d’attribuer un poids aux différents éléments de preuve ». Dans cette affaire, notre Cour a conclu à l’unanimité que la Cour d’appel avait commis une erreur en modifiant les conclusions de fait du juge de première instance, au motif qu’il était loisible à celui-ci d’accorder un poids moins grand à certains éléments de preuve et à accepter d’autres éléments contradictoires, qu’il considérait plus convaincants. (*Toneguzzo-Norvell*, p. 122-123). De même, en l’espèce, il n’y a pas lieu de modifier les conclusions de fait de la juge de première instance au sujet de la vitesse à laquelle il faudrait approcher du virage. Il lui était loisible d’accorder plus de poids à certaines parties des témoignages de MM. Anderson et Werner, dans les cas où la preuve était contradictoire. Son

57

58

the level of a palpable and overriding error. As such, the trial judge's findings with respect to the standard of care should not be overturned.

#### IV. Knowledge of the Municipality

59

We agree with our colleague that s. 192(3) of *The Rural Municipality Act, 1989*, requires the plaintiff to show that the municipality knew or should have known of the disrepair of Snake Hill Road before the municipality can be found to have breached its duty of care under s. 192. We also agree that the evidence of the prior accidents, in and of itself, is insufficient to impute such knowledge to the municipality. However, we find that the trial judge did not err in her finding that the municipality knew or ought to have known of the disrepair.

60

As discussed, the question of whether the municipality knew or should have known of the disrepair of Snake Hill Road is a question of mixed fact and law. The issue is legal in the sense that the municipality is held to a legal standard of knowledge of the nature of the road, and factual in the sense of whether it had the requisite knowledge on the facts of this case. As we state above, absent an isolated error in law or principle, such a finding is subject to the "palpable and overriding" standard of review. In this case, our colleague concludes that the trial judge erred in law by failing to approach the question of knowledge from the perspective of a prudent municipal councillor, and holds that a prudent municipal councillor could not be expected to become aware of the risk posed to the ordinary driver by the hazard in question. He also finds that the trial judge erred in law by failing to recognize that the burden of proving knowledge rested with the plaintiff. With respect, we disagree with these conclusions.

appréciation de la vitesse appropriée constituait une inférence raisonnable, fondée sur la preuve, et elle ne constitue pas une erreur manifeste et dominante. Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'écarter ses conclusions concernant la norme de diligence.

#### IV. Connaissance de la municipalité

À l'instar de notre collègue, nous estimons que le par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, oblige le demandeur à démontrer que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill pour qu'il soit possible de conclure qu'elle a manqué à l'obligation de diligence qui lui incombe en vertu de l'art. 192. Nous sommes nous aussi d'avis que la preuve des accidents antérieurs n'est pas, en soi, suffisante pour prêter cette connaissance à la municipalité. Cependant, nous arrivons à la conclusion que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur lorsqu'elle a conclu que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin.

Comme nous l'avons vu, la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill est une question mixte de droit et de fait. Il s'agit, d'une part, d'une question de droit en ce que la municipalité est tenue à une norme juridique qui lui impose de connaître la nature du chemin, et, d'autre part, d'une question de fait en ce qu'il faut déterminer si, eu égard aux faits de l'espèce, elle avait la connaissance requise. Comme nous l'avons dit précédemment, en l'absence d'erreur de droit ou de principe isolable, une telle conclusion est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur « manifeste et dominante ». En l'espèce, notre collègue conclut que la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne considérant pas la question de la connaissance du point de vue du conseiller municipal prudent, et il estime qu'on ne pouvait s'attendre à ce qu'un conseiller municipal prudent s'aperçoive du risque que le danger en question faisait courir au conducteur moyen. Il est également d'avis que la juge de première instance a commis une erreur de droit en ne reconnaissant pas que la charge de prouver la connaissance incombait au demandeur. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à ces conclusions.

The hazard in question is an unsigned and unexpected sharp curve. In our view, when a hazard is, like this one, a permanent feature of the road which has been found to present a risk to the ordinary driver, it is open to the trial judge to draw an inference, on this basis alone, that a prudent municipal councillor ought to be aware of the hazard. In support of his conclusion on the issue of knowledge, our colleague states that the municipality's knowledge is inextricably linked to the standard of care, and ties his finding on the question of knowledge to his finding that the curve did not present a hazard to the ordinary motorist (para. 149). We agree that the question of knowledge is closely linked to the standard of care, and since we find that the trial judge was correct in holding that the curve presented a hazard to the ordinary motorist, from there it was open to the trial judge to find that the municipality ought to have been aware of this hazard. We further note that as a question of mixed fact and law this finding is subject to the "palpable and overriding" standard of review. On this point, however, we restrict ourselves to situations such as the one at bar where the hazard in question is a permanent feature of the road, as opposed to a temporary hazard which reasonably may not come to the attention of the municipality in time to prevent an accident from occurring.

In addition, our colleague relies on the evidence of the lay witnesses, Craig and Toby Thiel, who lived on Snake Hill Road, and who testified that they had not experienced any difficulties with it (para. 149). With respect, we find three problems with this reliance. First, since the curve was found to be a hazard based on its hidden and unexpected nature, relying on the evidence of those who drive the road on a daily basis does not, in our view, assist in determining whether the curve presented a hazard to the ordinary motorist, or whether the municipality ought to have been aware of the hazard. In addition, in finding that the municipality ought to have known of the disrepair, the trial judge clearly chose not to rely on the above evidence. As we state above,

61  
Le danger en question est une courbe serrée et soudaine, qui n'est annoncée par aucune signalisation. À notre avis, lorsqu'un danger constitue, comme celui-ci qui nous intéresse, une caractéristique permanente qui, a-t-on jugé, présente un risque pour le conducteur moyen, le juge de première instance peut, pour ce seul motif, inférer qu'un conseiller municipal prudent aurait dû connaître l'existence d'un danger. Pour étayer sa conclusion sur la question de la connaissance, notre collègue affirme que la connaissance de la municipalité est intimement liée à celle de la norme de diligence, et il lie sa conclusion sur la connaissance à sa conclusion selon laquelle la courbe ne constituait pas un danger pour l'automobiliste moyen (par. 149). Nous reconnaissons que la question de la connaissance est étroitement liée à celle de la norme de diligence, et, comme nous estimons que la juge de première instance a eu raison de conclure que la courbe présentait un danger pour l'automobiliste moyen, elle pouvait dès lors juger que la municipalité aurait dû connaître ce danger. Soulignons également que cette conclusion visant une question mixte de fait et de droit est assujettie à la norme de contrôle de l'erreur « manifeste et dominante ». Sur ce point, toutefois, nous limitons la portée de notre opinion aux situations analogues à celle qui nous occupe, où le danger constitue une caractéristique permanente du chemin, par opposition à un danger temporaire dont une municipalité pourrait raisonnablement ne pas être informée en temps utile pour empêcher un accident de survenir.

62  
Par ailleurs, notre collègue se fonde sur les dépositions de témoins ordinaires, Craig et Toby Thiel, qui habitaient sur le chemin Snake Hill et qui ont témoigné n'avoir jamais éprouvé de difficulté à conduire à cet endroit (par. 149). En toute déférence, nous estimons que le fait de se fonder sur ces témoignages pose trois problèmes. D'abord, vu la conclusion que la courbe constituait un danger à cause de sa nature cachée et imprévue, ce n'est pas en se basant sur le témoignage de ceux qui empruntent quotidiennement le chemin qu'il est possible, à notre avis, de déterminer si cette courbe présentait un danger pour l'automobiliste moyen, ou si la municipalité aurait dû connaître l'existence du danger. De plus, en concluant que la municipalité



it is open for a trial judge to prefer some parts of the evidence over others, and to re-assess the trial judge's weighing of the evidence, is, with respect, not within the province of an appellate court.

aurait dû connaître le mauvais état du chemin, la juge de première instance a clairement choisi de ne pas se fonder sur les témoignages susmentionnés. Comme nous l'avons dit précédemment, le juge de première instance peut préférer certaines parties de la preuve à d'autres, et, en toute déférence, il n'appartient pas au tribunal d'appel de procéder à nouveau à l'appréciation de la preuve, tâche déjà accomplie par le juge du procès.

63

As well, since the question of knowledge is to be approached from the perspective of a prudent municipal councillor, we find the evidence of lay witnesses to be of little assistance. In *Ryan, supra*, at para. 28, Major J. stated that the applicable standard of care is that which "would be expected of an ordinary, reasonable and prudent person in the same circumstances" (emphasis added). Municipal councillors are elected for the purpose of managing the affairs of the municipality. This requires some degree of study and of information gathering, above that of the average citizen of the municipality. Indeed, it may in fact require consultation with experts to properly meet the obligation to be informed. Although municipal councillors are not experts, to equate the "prudent municipal councillor" with the opinion of lay witnesses who live on the road is incorrect in our opinion.

Qui plus est, étant donné que la question de la connaissance doit être considérée du point de vue du conseiller municipal prudent, nous estimons que le témoignage des témoins ordinaires est peu utile. Dans l'arrêt *Ryan*, précité, par. 28, le juge Major a dit que la norme de diligence qui s'applique est celle de la personne agissant aussi diligemment que « le ferait une personne ordinaire, raisonnable et prudente placée dans la même situation » (nous soulignons). Les conseillers municipaux sont élus pour gérer les affaires de la municipalité. Pour s'acquitter de cette tâche, il leur faut, dans un cas donné, examiner la situation et recueillir de l'information, faire davantage que ce que fait le simple citoyen de la municipalité. De fait, ils peuvent avoir à consulter des experts pour respecter leur obligation d'être informés. Bien que les conseillers municipaux ne soient pas des experts, il est à notre avis erroné d'assimiler le point de vue du « conseiller municipal prudent » à l'opinion de témoins ordinaires qui habitent sur le chemin.

64

It is in this context that we view the following comments of the trial judge, at para. 90:

C'est à la lumière de ce contexte que nous interprétons les commentaires suivants de la juge de première instance (au par. 90) :

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing.

[TRADUCTION] Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n'est peut-être pas significatif en soi, mais il le devient si l'on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu'il s'agit d'une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que le chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill.

From this statement, we take the trial judge to have meant that, given the occurrence of prior accidents on this low-traffic road, the existence of permanent residents, and the type of drivers on the road, the municipality did not take the reasonable steps it should have taken in order to ensure that Snake Hill Road did not contain a hazard such as the one in question. Based on these factors, the trial judge drew the inference that the municipality should have been put on notice and investigated Snake Hill Road, in which case it would have become aware of the hazard in question. This factual inference, grounded as it was on the trial judge's assessment of the evidence, was in our view, far from reaching the requisite standard of palpable and overriding error, proper.

Although we agree with our colleague that the circumstances of the prior accidents in this case do not provide a direct basis for the municipality to have had knowledge of the particular hazard in question, in the view of the trial judge, they should have caused the municipality to investigate Snake Hill Road, which in turn would have resulted in actual knowledge. In this case, far from causing the municipality to investigate, the evidence of Mr. Danger, who had been the municipal administrator for 20 years, was that, until the time of the trial, he was not even aware of the three accidents which had occurred between 1978 and 1987 on Snake Hill Road. As such, we do not find that the trial judge based her conclusion on any perspective other than that of a prudent municipal councillor, and therefore that she did not commit an error of law in this respect. Moreover, we do not find that she imputed knowledge to the municipality on the basis of the occurrence of prior accidents on Snake Hill Road. The existence of the prior accidents was simply a factor which caused the trial judge to find that the municipality should have been put on notice with respect to the condition of Snake Hill Road (para. 90).

We emphasize that, in our view, the trial judge did not shift the burden of proof to the municipality

Selon notre interprétation, la juge de première instance a voulu dire que, compte tenu des accidents antérieurs sur ce chemin à faible débit de circulation, de la présence de résidents permanents et du type de conducteurs qui empruntent le chemin, la municipalité n'a pas pris les mesures raisonnables qu'elle aurait dû prendre pour faire en sorte que le chemin Snake Hill ne comporte pas de danger comme celui en cause. À partir de ces éléments, la juge de première instance a inféré que la municipalité aurait dû être informée de la situation sur le chemin Snake Hill et aurait dû faire enquête à cet égard, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance de l'existence du danger. Cette inférence factuelle, qui repose sur l'appréciation de la preuve faite par la juge de première instance, était selon nous fondée et loin de constituer l'erreur manifeste et dominante requise par la norme pertinente.

À l'instar de notre collègue, nous estimons que les circonstances des accidents survenus antérieurement, en l'espèce, ne constituent pas une preuve directe que la municipalité aurait dû avoir connaissance du danger particulier en cause, mais, selon la juge de première instance, ces circonstances auraient dû inciter la municipalité à faire enquête à l'égard du chemin Snake Hill, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance concrètement du danger. Dans la présente affaire, les accidents antérieurs sont loin d'avoir incité la municipalité à faire enquête. D'ailleurs, M. Danger, administrateur de la municipalité pendant 20 ans, a témoigné que, jusqu'au procès, il n'était même pas au fait des trois accidents survenus entre 1978 et 1987 sur le chemin Snake Hill. En conséquence, nous n'estimons pas que la juge de première instance a fondé sa conclusion sur quelque autre point de vue autre que celui du conseiller municipal prudent, et elle n'a donc pas commis d'erreur de droit à cet égard. De plus, nous sommes d'avis qu'elle n'a pas prêté à la municipalité la connaissance requise sur la base des accidents antérieurs. L'existence de ces accidents ne constituait rien de plus qu'un des éléments qui l'ont amenée à conclure que la municipalité aurait dû être au fait de l'état du chemin Snake Hill (par. 90).

Nous tenons à souligner que la juge de première instance n'a pas, à notre avis, transféré le fardeau de

65

66

on this issue. Once the trial judge found that there was a permanent feature of Snake Hill Road which presented a hazard to the ordinary motorist, it was open to her to draw an inference that the municipality ought to have been aware of the danger. Once such an inference is drawn, then, unless the municipality can rebut the inference by showing that it took reasonable steps to prevent such a hazard from continuing, the inference will be left undisturbed. In our view, this is what the trial judge did in the above passage when she states: "I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing" (para. 90 (emphasis added)). The fact that she drew such an inference is clear from the fact that this statement appears directly after her finding that the municipality ought to have known of the hazard based on the listed factors. Thus, it is our view that the trial judge did not improperly shift the burden of proof onto the municipality in this case.

la preuve à la municipalité sur cette question. Dès lors qu'elle a conclu qu'il existait sur le chemin Snake Hill une caractéristique permanente présentant un danger pour l'automobiliste moyen, il lui était loisible d'inférer que la municipalité aurait dû être au fait du danger. Dès l'instant où une telle inférence est tirée, elle demeure inchangée à moins que la municipalité ne puisse la réfuter en démontrant qu'elle a pris des mesures raisonnables pour faire cesser le danger. Selon nous, c'est ce que la juge de première instance a fait dans l'extrait précité lorsqu'elle dit : [TRADUCTION] « Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill » (par. 90 (nous soulignons)). L'existence de cette inférence ressort clairement du fait que le passage précité suit immédiatement la conclusion de la juge de première instance selon laquelle, pour les raisons qu'elle énumère, la municipalité aurait dû connaître l'existence du danger. Par conséquent, nous sommes d'avis que la juge de première instance n'a pas fait erreur et transféré le fardeau de la preuve à la municipalité en l'espèce.

67

As well, although the circumstances of the prior accidents in this case do not provide strong evidence that the municipality ought to have known of the hazard, proof of prior accidents is not a necessary condition to a finding of breach of the duty of care under s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*. If this were so, the first victim of an accident on a negligently maintained road would not be able to recover, whereas subsequent victims in identical circumstances would. Although under s. 192(3) the municipality cannot be held responsible for disrepair of which it could not have known, it is not sufficient for the municipality to wait for an accident to occur before remedying the disrepair, and, in the absence of proof by the plaintiff of prior accidents, claim that it could not have known of the hazard. If this were the case, not only would the first victim of an accident suffer a disproportionate evidentiary burden, but municipalities would also be encouraged not to collect information pertaining to accidents on its roads, as this would make it more difficult for the plaintiff in a motor vehicle accident to prove that the

De même, bien que les accidents survenus antérieurement en l'espèce ne constituent pas une preuve solide que la municipalité aurait dû connaître l'existence du danger, la preuve d'accidents antérieurs n'est pas une condition nécessaire pour qu'un tribunal puisse conclure à la violation de l'obligation de diligence prévue par l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*. Si c'était le cas, la première victime d'un accident sur une route négligemment entretenue ne pourrait obtenir réparation, alors que les victimes subséquentes d'accidents survenant dans des circonstances identiques le pourraient. Bien que, au regard du par. 192(3), la municipalité ne puisse être tenue responsable du mauvais état d'une route dont elle n'aurait pu avoir connaissance, elle ne saurait se contenter d'attendre qu'un accident se produise avant de remédier au mauvais état de la route et, si un demandeur n'apporte pas la preuve de l'existence d'accidents antérieurs, soutenir qu'elle n'aurait pu connaître l'existence du danger. Dans cette hypothèse, non seulement imposerait-on à la première victime d'un accident un fardeau de preuve disproportionné, mais on encouragerait aussi

municipality knew or ought to have known of the disrepair.

Although in this case the trial judge emphasized the prior accidents that the plaintiff did manage to prove, in our view, it is not necessary to rely on these accidents in order to satisfy s. 192(3). For the plaintiff to provide substantial and concrete proof of the municipality's knowledge of the state of disrepair of its roads, is to set an impossibly high burden on the plaintiff. Such information was within the particular sphere of knowledge of the municipality, and in our view, it was reasonable for the trial judge to draw an inference of knowledge from her finding that there was an ongoing state of disrepair.

To summarize our position on this issue, we do not find that the trial judge erred in law either by failing to approach the question from the perspective of a prudent municipal councillor, or by improperly shifting the burden of proof onto the defendant. As such, it would require a palpable and overriding error in order to overturn her finding that the municipality knew or ought to have known of the hazard, and, in our view, no such error was made.

#### V. Causation

We agree with our colleague's statement at para. 159 that the trial judge's conclusions on the cause of the accident was a finding of fact: *Cork v. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402 (C.A.), at p. 407, quoted with approval in *Matthews v. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557 (Ont. H.C.), at p. 566. Thus, this finding should not be interfered with absent palpable and overriding error.

les municipalités à ne pas recueillir d'informations concernant les accidents survenant sur leurs routes, puisqu'il serait en conséquence plus difficile à la victime d'un accident d'automobile qui intente des poursuites de prouver que la municipalité visée connaissait le mauvais état de la route ou aurait dû le connaître.

Bien que, en l'espèce, la juge de première instance ait souligné les accidents antérieurs dont le demandeur a effectivement prouvé l'existence, nous sommes d'avis qu'il n'est pas nécessaire de s'appuyer sur ces accidents pour satisfaire aux exigences du par. 192(3). Exiger du demandeur qu'il fournisse une preuve substantielle et tangible de la connaissance par la municipalité du mauvais état de ses routes revient à lui imposer un fardeau inacceptablement lourd. Il s'agit d'information relevant du domaine de connaissance de la municipalité et, selon nous, il était raisonnable que la juge de première instance infère de sa conclusion relative au mauvais état d'entretien persistant du chemin que la municipalité possédait la connaissance requise.

Pour résumer notre position sur cette question, nous ne pouvons conclure que la juge de première instance a commis une erreur de droit soit parce qu'elle aurait omis d'examiner la question du point de vue du conseiller municipal prudent, soit parce qu'elle aurait à tort transféré le fardeau de la preuve à la défenderesse. Par conséquent, il faudrait une erreur manifeste et dominante pour écarter sa conclusion que la municipalité connaissait le danger ou aurait dû le connaître et, selon nous, aucune erreur de cette nature n'a été commise.

#### V. Lien de causalité

Nous faisons nôtres les propos énoncés par notre collègue, au par. 159, selon lesquels la conclusion de la juge de première instance quant à la cause de l'accident était une conclusion de fait : *Cork c. Kirby MacLean, Ltd.*, [1952] 2 All E.R. 402 (C.A.), p. 407; cité et approuvé dans *Matthews c. MacLaren* (1969), 4 D.L.R. (3d) 557 (H.C. Ont.), p. 566. En conséquence, cette conclusion ne doit pas être modifiée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

68

69

70

71

The trial judge based her findings on causation on three points (at para. 101):

(1) the accident occurred at a dangerous part of the road where a sign warning motorists of the hidden hazard should have been erected;

(2) even if there had been a sign, Mr. Nikolaisen's degree of impairment did increase his risk of not reacting, or reacting inappropriately, to a sign;

(3) even so, Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that one would have expected him to have missed or ignored a warning sign. Moments before, on departing the Thiel residence, he had successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him.

The trial judge concluded that, on a balance of probabilities, Mr. Nikolaisen would have reacted and possibly avoided an accident, if he had been given advance warning of the curve. However she also found that the accident was partially caused by the conduct of Mr. Nikolaisen, and apportioned fault accordingly, with 50 percent to Mr. Nikolaisen and 35 percent to the Rural Municipality (para. 102).

72

As noted above, this Court has previously held that "an omission is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion" (*Van de Perre, supra*, at para. 15). In the present case, it is not clear from the trial judge's reasons which portions of the evidence of Mr. Laughlin, Craig and Toby Thiel and Paul Housen she relied upon, or to what extent. However, as we have already stated, the full evidentiary record was before the trial judge and, absent further proof that the omission in her reasons was due to her misapprehension or neglect, of the evidence, we can presume that she reviewed the evidence in its entirety and based her factual findings

La juge de première instance a fondé ses conclusions au sujet du lien de causalité sur trois éléments (au par. 101) :

(1) l'accident est survenu à un endroit dangereux du chemin, où un panneau de signalisation aurait dû être installé pour avertir les automobilistes du danger caché;

(2) même s'il y avait eu un panneau de signalisation, le degré d'ébriété de M. Nikolaisen avait accru chez lui le risque qu'il ne réagisse pas du tout ou de façon inappropriée à une signalisation;

(3) malgré cela, M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu'il était à prévoir qu'il ne voit pas un panneau de signalisation ou n'en tienne pas compte. Quelques instants plus tôt, à son départ de la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir.

La juge de première instance a estimé que, selon la prépondérance des probabilités, M. Nikolaisen aurait réagi et peut-être évité l'accident si on lui avait signalé à l'avance la présence de la courbe. Toutefois, elle a également conclu que l'accident avait été causé en partie par la conduite de M. Nikolaisen, et elle a réparti la responsabilité en conséquence, soit dans une proportion de 50 p. 100 à M. Nikolaisen et de 35 p. 100 à la municipalité rurale (par. 102).

Comme nous l'avons indiqué précédemment, notre Cour a jugé, dans une autre affaire, qu'« une omission ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée » (*Van de Perre, précité*, par. 15). En l'espèce, les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement sur quelles parties des témoignages de M. Laughlin, de Craig et Toby Thiel et de Paul Housen elle s'est appuyée, ni dans quelle mesure elle l'a fait. Cependant, comme nous l'avons dit plus tôt, la juge de première instance disposait de l'ensemble de la preuve et, en l'absence d'autre élément

on this review. This presumption, absent sufficient evidence of misapprehension or neglect, is consistent with the high level of error required by the test of “palpable and overriding” error. We reiterate that it is open to the trial judge to prefer the testimony of certain witnesses over others and to place more weight on some parts of the evidence than others, particularly where there is conflicting evidence: *Toneguzzo-Norvell*, *supra*, at pp. 122-23. The mere fact that the trial judge did not discuss a certain point or certain evidence in depth is not sufficient grounds for appellate interference: *Van de Perre*, *supra*, at para. 15.

For these reasons, we do not feel it appropriate to review the evidence of Mr. Laughlin and the lay witnesses *de novo*. As we concluded earlier, the trial judge’s finding of fact that a hidden hazard existed at the curve should not be interfered with. The finding of a hidden hazard that requires a sign formed part of the basis of her findings concerning causation. As her conclusions on the existence of a hidden hazard had a basis in the evidence, her conclusions on causation grounded in part on the hidden hazard finding also had a basis in the evidence.

As for the silence of the trial judge on the evidence of Mr. Laughlin, we observe only that the evidence of Mr. Laughlin appears to be general in nature and thus of limited utility. Mr. Laughlin admitted that he could only provide general comments on the effects of alcohol on motorists, but could not provide specific expertise on the actual effect of alcohol on an individual driver. This is significant, as the level of tolerance of an individual driver plays a key role in determining the actual effect of alcohol on the

indiquant que cette omission dans ses motifs résulte du fait qu’elle aurait mal interprété des éléments de la preuve ou négligé d’en examiner certains, nous pouvons présumer qu’elle a examiné l’ensemble de la preuve et que ses conclusions de fait reposaient sur cet examen. En l’absence de preuve établissant de façon suffisante qu’il y a eu mauvaise interprétation d’éléments de preuve ou négligence d’examiner certains de ceux-ci, cette présomption permet de conclure à l’absence d’erreur importante du type de celle requise pour satisfaire au critère de l’erreur « manifeste et dominante ». Nous tenons à rappeler que le juge de première instance peut préférer le témoignage de certains témoins et accorder plus de poids à certaines parties de la preuve qu’à d’autres, particulièrement en présence de preuves contradictoires : *Toneguzzo-Norvell*, précité, p. 122-123. Le simple fait que la juge de première instance n’a pas analysé en profondeur un point donné ou un élément de preuve particulier ne constitue pas un motif suffisant pour justifier l’intervention des tribunaux d’appel : *Van de Perre*, précité, par. 15.

Pour ces motifs, nous n’estimons pas opportun d’examiner à nouveau les dépositions de M. Laughlin et des témoins ordinaires. Comme nous l’avons affirmé précédemment, il n’y a pas lieu de modifier la conclusion de fait de la juge de première instance selon laquelle la courbe présentait un danger caché. Ses conclusions touchant le lien de causalité reposent en partie sur cette conclusion relative à l’existence d’un danger caché nécessitant l’installation d’un panneau d’avertissement. Tout comme ses conclusions relatives à l’existence d’un danger caché, celles touchant le lien de causalité — fondées en partie sur le danger caché — avaient elles aussi des assises dans la preuve.

Pour ce qui est du silence de la juge de première instance concernant le témoignage de M. Laughlin, signalons simplement que ce témoignage paraît être de nature générale et, partant, d’une utilité limitée. M. Laughlin a reconnu qu’il ne pouvait faire que des observations générales quant aux effets de l’alcool sur les automobilistes, et non apporter une expertise particulière sur l’effet concret de l’alcool sur un conducteur donné. Il s’agit d’un point important, puisque le seuil de tolérance d’un conducteur donné

73

74

motorist; an experienced drinker, although dangerous, will probably perform better on the road than an inexperienced drinker. It is noteworthy that the trial judge believed the evidence of Mr. Anderson that Mr. Nikolaisen's vehicle was travelling at the relatively slow speed of between 53 to 65 km/h at the time of impact with the embankment. It was also permissible for the trial judge to rely on the evidence of lay witnesses that Mr. Nikolaisen had successfully negotiated an apparently sharp curve moments before the accident, rather than relying on the evidence of Mr. Laughlin, which was of a hypothetical and unspecific nature. Indeed, the hypothetical nature of Mr. Laughlin's evidence reflects the entire inquiry into whether Mr. Nikolaisen would have seen a sign and reacted, or the precise speed that would be taken by a reasonable driver upon approaching the curve. The abstract nature of such inquiries supports deference to the factual findings of the trial judge, and is consistent with the stringent standard imposed by the phrase "palpable and overriding error".

75 Therefore we conclude that the trial judge's factual findings on causation were reasonable and thus do not reach the level of a palpable and overriding error, and therefore should not have been interfered with by the Court of Appeal.

#### VI. Common Law Duty of Care

76 As we conclude that the municipality is liable under *The Rural Municipality Act, 1989*, we find it unnecessary to consider the existence of a common law duty in this case.

#### VII. Disposition

77 As we stated at the outset, there are important reasons and principles for appellate courts not to interfere improperly with trial decisions. Applying

joue un rôle essentiel dans la détermination de l'effet concret de l'alcool sur cet automobiliste; bien que dangereuse, la personne qui a l'habitude de boire se débrouillera probablement mieux sur la route qu'une personne qui n'en a pas l'habitude. Il convient de souligner que la juge de première instance a cru le témoignage de M. Anderson selon lequel le véhicule de M. Nikolaisen roulait à une vitesse relativement faible, soit entre 53 et 65 km/h, au moment de l'impact avec le remblai. Il lui était également permis de retenir les dépositions des témoins ordinaires selon lesquelles M. Nikolaisen avait réussi à prendre un virage apparemment serré quelques instants avant l'accident, plutôt que le témoignage de M. Laughlin, lequel était de nature hypothétique et générale. De fait, la nature hypothétique du témoignage de M. Laughlin est représentative de toute l'analyse de la question de savoir si M. Nikolaisen aurait aperçu un panneau de signalisation et aurait réagi en conséquence, ou à quelle vitesse précise un conducteur raisonnable s'approcherait du virage. Le caractère théorique de ces analyses justifie de faire montre de retenue à l'égard des conclusions factuelles de la juge de première instance et permet d'affirmer qu'on n'a pas satisfait à la norme rigoureuse imposée par l'expression « erreur manifeste et dominante ».

Par conséquent, nous estimons que les constatations factuelles de la juge de première instance concernant la causalité étaient raisonnables, qu'elles ne constituent donc pas une erreur manifeste et dominante et, partant, que la Cour d'appel n'aurait pas dû les modifier.

#### VI. Obligation de diligence prévue par la common law

Puisque nous concluons à la responsabilité de la municipalité en vertu de la *Rural Municipality Act, 1989*, nous n'estimons pas nécessaire de nous demander s'il existe en l'espèce une obligation de diligence prévue par la common law.

#### VII. Dispositif

Comme nous l'avons dit au départ, d'importantes raisons et d'importants principes commandent aux tribunaux d'appel de ne pas modifier indûment

these reasons and principles to this case, we would allow the appeal, set aside the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, and restore the judgment of the trial judge, with costs throughout.

The reasons of Gonthier, Bastarache, Binnie and LeBel JJ. were delivered by

BASTARACHE J. (dissenting) —

#### I. Introduction

This appeal arises out of a single-vehicle accident which occurred on July 18, 1992, on Snake Hill Road, a rural road located in the Municipality of Shellbrook, Saskatchewan. The appellant, Paul Housen, a passenger in the vehicle, was rendered a quadriplegic by the accident. At trial, the judge found that the driver of the vehicle, Douglas Nikolaisen, was negligent in travelling Snake Hill Road at an excessive rate of speed and in operating his vehicle while impaired. The trial judge also found the respondent, the Municipality of Shellbrook, to be at fault for breaching its duty to keep the road in a reasonable state of repair as required by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1. The Court of Appeal overturned the trial judge's finding that the respondent municipality was negligent. At issue in this appeal is whether the Court of Appeal had sufficient grounds to intervene in the decision of the lower court. The respondent has also asked this Court to overturn the trial judge's finding that the respondent knew or ought to have known of the alleged disrepair of Snake Hill Road and that the accident was caused in part by the negligence of the respondent. An incidental question is whether a common law duty of care exists alongside the statutory duty imposed on the respondent by s. 192.

les décisions des tribunaux de première instance. Appliquant ces raisons et principes à la présente espèce, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer le jugement de la Cour d'appel de la Saskatchewan et de rétablir la décision de la juge de première instance, avec dépens devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Gonthier, Bastarache, Binnie et LeBel rendus par

LE JUGE BASTARACHE (dissident) —

#### I. Introduction

Le présent pourvoi découle d'un accident impliquant un seul véhicule survenu le 18 juillet 1992 sur le chemin Snake Hill, route rurale située dans la municipalité de Shellbrook, en Saskatchewan. L'appelant, Paul Housen, qui était passager dans le véhicule, est devenu quadriplégique à la suite de cet accident. Au procès, la juge a conclu que le conducteur du véhicule, Douglas Nikolaisen, avait fait preuve de négligence en roulant à une vitesse excessive sur le chemin Snake Hill et en conduisant son véhicule pendant que ses facultés étaient affaiblies. La juge de première instance a également estimé que l'intimée, la municipalité de Shellbrook, avait commis une faute en manquant à l'obligation de tenir le chemin dans un état raisonnable d'entretien comme le lui impose l'art. 192 de la loi intitulée *la Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1. La Cour d'appel a infirmé la décision de la juge de première instance concluant à la négligence de la municipalité intimée. La question en litige dans le présent pourvoi consiste à déterminer si la Cour d'appel avait des motifs suffisants pour modifier la décision du tribunal de première instance. L'intimée demande également à notre Cour d'infirmer les conclusions de la juge de première instance portant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin Snake Hill, et que l'accident a été causé en partie par sa négligence. Il faut également répondre à la question incidente de savoir si une obligation de diligence de common law coexiste avec l'obligation légale imposée à l'intimée par l'art. 192.



79

I conclude that the Court of Appeal was correct to overturn the trial judge's finding that the respondent was negligent. Though I would not interfere with the trial judge's factual findings on this issue, I find that she erred in law by failing to apply the correct standard of care. I would also overturn the trial judge's conclusions with regard to knowledge and causation. In coming to the conclusion that the respondent knew or should have known of the alleged disrepair of Snake Hill Road, the trial judge erred in law by failing to consider the knowledge requirement from the perspective of a prudent municipal councillor and by failing to be attentive to the fact that the onus of proof was on the appellant. In addition, the trial judge drew an unreasonable inference by imputing knowledge to the respondent on the basis of accidents that occurred on other segments of the road while motorists were travelling in the opposite direction. The trial judge also erred with respect to causation. She misapprehended the evidence before her, drew erroneous conclusions from that evidence and ignored relevant evidence. Finally, I would not interfere with the decision of the courts below to reject the appellant's argument that a common law duty existed. It is unnecessary to impose a common law duty of care where a statutory duty exists. Moreover, the application of common law negligence principles would not affect the outcome in these proceedings.

## II. Factual Background

80

The sequence of events which culminated in this tragic accident began to unfold some 19 hours before its occurrence on the afternoon of July 18, 1992. On July 17, Mr. Nikolaisen attended a barbeque at the residence of Craig and Toby Thiel, located on Snake Hill Road. He arrived in the late afternoon and had his first drink of the day at approximately 6:00 p.m. He consumed four or five drinks before leaving the Thiel residence at approximately

J'estime que la Cour d'appel a eu raison d'infirmier la conclusion de la juge de première instance selon laquelle la municipalité intimée a été négligente. Je ne modifierais pas les conclusions de fait de la juge de première instance sur cette question, mais je suis d'avis qu'elle a commis une erreur de droit en n'appliquant pas la norme de diligence appropriée. J'infirmierais également ses conclusions en ce qui concerne la question de la connaissance et le lien de causalité. En concluant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin Snake Hill, la juge de première instance a commis une erreur de droit en n'appréciant pas l'exigence relative à la connaissance du point de vue du conseiller municipal prudent et en ne tenant pas compte du fait que le fardeau de la preuve incombait à l'appelant. De plus, la juge de première instance a tiré une inférence déraisonnable en prêtant à l'intimée la connaissance requise, en raison d'accidents survenus sur d'autres tronçons du chemin alors que des automobilistes circulaient en sens inverse. La juge de première instance a également commis une erreur relativement au lien de causalité. Elle a mal interprété la preuve qui lui était soumise, elle en a tiré des conclusions erronées et elle n'a pas tenu compte d'éléments de preuve pertinents. Enfin, je ne modifierais pas la décision des juridictions inférieures ayant rejeté l'argument de l'appelant selon lequel il existait une obligation de diligence de common law. Il est inutile d'imposer une obligation de common law lorsqu'il existe une obligation légale. Qui plus est, l'application des principes de la common law en matière de négligence n'aurait aucune incidence sur l'issue de la présente instance.

## II. Les faits

La suite d'événements ayant abouti au tragique accident a commencé quelque 19 heures avant l'accident lui-même, dans l'après-midi du 18 juillet 1992. Le 17 juillet, M. Nikolaisen a participé à un barbecue à la résidence de Craig et Toby Thiel, sur le chemin Snake Hill. Arrivé en fin d'après-midi, il a pris son premier verre de la journée vers 18 h. Il en a pris quatre ou cinq avant de quitter la résidence des Thiel vers 22 h ou 22 h 30. Après avoir passé

10:00 or 10:30 p.m. After returning home for a few hours, Mr. Nikolaisen proceeded to the Sturgeon Lake Jamboree, where he met up with the appellant. At the jamboree, Mr. Nikolaisen consumed eight or nine double rye drinks and several beers. The appellant was also drinking during this event. The appellant and Mr. Nikolaisen partied on the grounds of the jamboree for several hours. At approximately 4:30 a.m., the appellant left the jamboree with Mr. Nikolaisen. After travelling around the back roads for a period of time, they returned to the Thiel residence. It was approximately 8:00 a.m. The appellant and Mr. Nikolaisen had several more drinks over the course of the morning. Mr. Nikolaisen stopped drinking two or three hours before leaving the Thiel residence with the appellant at approximately 2:00 p.m.

A light rain was falling when the appellant and Mr. Nikolaisen left the Thiel residence, travelling eastbound with Mr. Nikolaisen behind the wheel of a Ford pickup truck. The truck swerved or “fish-tailed” as it turned the corner from the Thiel driveway onto Snake Hill Road. As Mr. Nikolaisen continued on his way over the course of a gentle bend some 300 metres in length, gaining speed to an estimated 65 km/h, the truck again fish-tailed several times. The truck went into a skid as Mr. Nikolaisen approached and entered a sharper right turn. Mr. Nikolaisen steered into the skid but was unable to negotiate the curve. The left rear wheel of the truck contacted an embankment on the left side of the road. The vehicle travelled on the road for approximately 30 metres when the left front wheel contacted and climbed an 18-inch embankment on the left side of the road. This second contact with the embankment caused the truck to enter a 360-degree roll with the passenger side of the roof contacting the ground first.

When the vehicle came to rest, the appellant was unable to feel any sensation. Mr. Nikolaisen climbed out the back window of the vehicle and ran to the Thiel residence for assistance. Police later accompanied Mr. Nikolaisen to the Shellbrook Hospital where a blood sample was taken. Expert testimony estimated Mr. Nikolaisen’s blood alcohol level to be

quelques heures chez lui, M. Nikolaisen s’est rendu au jamboree de Sturgeon Lake, où il a rencontré l’appellant. Sur les lieux du jamboree, M. Nikolaisen a consommé huit ou neuf ryes doubles et plusieurs bières. L’appellant buvait lui aussi. L’appellant et M. Nikolaisen ont fait la fête sur les lieux du jamboree pendant plusieurs heures. Vers 4 h 30, l’appellant a quitté le jamboree en compagnie de M. Nikolaisen. Après avoir roulé sur des routes de campagne pendant un certain temps, ils sont retournés à la résidence des Thiel. Il était environ 8 h. L’appellant et M. Nikolaisen ont pris plusieurs autres verres au cours de la matinée. M. Nikolaisen a cessé de boire deux ou trois heures avant de quitter la résidence des Thiel en compagnie de l’appellant vers 14 h.

Une faible pluie tombait lorsque l’appellant et M. Nikolaisen ont quitté la résidence des Thiel et pris la route, en direction est, à bord d’une camionnette Ford conduite par M. Nikolaisen. L’arrière de la camionnette a zigzagué lorsque le véhicule a tourné à l’intersection de l’entrée de la résidence des Thiel et du chemin Snake Hill. Alors que M. Nikolaisen prenait un léger virage d’une longueur de quelque 300 mètres, tout en accélérant à 65 km/h environ, l’arrière de sa camionnette a zigzagué à nouveau à plusieurs reprises. La camionnette s’est mise à déraper lorsque M. Nikolaisen a amorcé un virage plus serré vers la droite. Il a donné un coup de volant, mais n’a pas réussi à prendre le virage. La roue arrière gauche de la camionnette a heurté un remblai situé du côté gauche du chemin. Le véhicule a continué sa course sur une distance d’environ 30 mètres, puis sa roue avant gauche est montée sur un remblai de 18 pouces du côté gauche du chemin, après l’avoir heurté. Sous la force du second impact, la camionnette a fait un tonneau complet, le toit du côté du passager touchant le sol en premier.

Lorsque le véhicule s’est immobilisé, l’appellant n’éprouvait plus aucune sensation. M. Nikolaisen s’est hissé hors du véhicule par la fenêtre arrière et a couru chez les Thiel pour demander de l’aide. Plus tard, la police a accompagné M. Nikolaisen à l’hôpital de Shellbrook, où un échantillon de sang a été prélevé. Le témoignage d’expert a révélé

81

82

between 180 and 210 milligrams in 100 millilitres of blood at the time of the accident, well over the legal limits prescribed in *The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1, and the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

83

Mr. Nikolaisen had travelled on Snake Hill Road three times in the 24 hours preceding the accident, but had not driven it on any earlier occasions. The road was about a mile and three quarters in length and was flanked by highways to the north and to the east. Starting at the north end, it ran south for a short distance, dipped between open fields, then curved to the southeast and descended in a southerly loop down and around Snake Hill, past trees, bush and pasture, to the bottom of the valley. There it curved sharply to the southeast as it passed the Thiels' driveway. Once it passed the driveway, it curved gently to the south east for about 300 metres, then curved more distinctly to the south. It was on this stretch that the accident occurred. From that point on, the road crossed a creek, took another curve, then ascended a steep hill to the east, straightened out, and continued east for just over half a mile, past tree-lined fields and another farm site, to an approach to the highway.

84

Snake Hill Road was established in 1923 and was maintained by the respondent municipality for the primary purpose of providing local farmers access to their fields and pastures. It also served as an access road for the two permanent residences and one veterinary clinic located on it. The road at its northernmost end, coming off the highway, is characterized as a "Type C" local access road under the provincial government's scheme of road classification. This means that it is graded, gravelled and elevated above the surrounding land. The portion of the road east of the Thiel residence, on which the accident occurred, is characterized as "Type B" bladed trail, essentially a prairie trail that has been bladed to remove the ruts and to allow it to be driven on. Bladed trails follow the path of least resistance through the surrounding land and are not elevated or gravelled. The

que, au moment de l'accident, l'alcoolémie de M. Nikolaisen se situait entre 180 et 210 milligrammes par 100 milligrammes, taux largement supérieur à la limite permise par la loi intitulée la *Highway Traffic Act*, S.S. 1986 ch. H-3.1, et par le *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

M. Nikolaisen avait emprunté le chemin Snake Hill à trois reprises au cours des 24 heures ayant précédé l'accident, mais il n'y avait jamais circulé auparavant. Ce chemin, flanqué de routes au nord et à l'est, fait environ un mille et trois quarts de longueur. À partir de son extrémité nord, il franchit une courte distance en direction sud, traverse des champs, puis tourne vers le sud-est pour ensuite descendre en lacet vers le sud autour du mont Snake Hill, passant devant des arbres, buissons et pâturages, jusqu'au fond de la vallée. De là, il tourne brusquement vers le sud-est devant l'entrée de la résidence des Thiel. Tout de suite après, il tourne doucement vers le sud-est sur une distance d'environ 300 mètres, puis décrit une courbe plus prononcée vers le sud. C'est à cet endroit que l'accident s'est produit. De là, le chemin traverse un ruisseau, tourne encore, puis monte une pente raide vers l'est, se redresse et continue vers l'est sur une distance d'un peu plus d'un demi mille et passe devant des champs bordés d'arbres et une autre ferme, jusqu'à une voie d'accès à la route.

Construit en 1923, le chemin Snake Hill est entretenu par la municipalité intimée dans le but premier de permettre aux fermiers de la région d'accéder à leurs champs et pâturages. Il sert également de voie d'accès à deux résidences permanentes et à une clinique vétérinaire. Le tronçon nord du chemin, dont l'extrémité part de la route, est considéré comme un chemin d'accès local de « type C » selon le système provincial de classification des routes. Cela signifie qu'il est nivelé, gravé et possède une chaussée surélevée. Le tronçon du chemin situé à l'est de la résidence des Thiel et sur lequel l'accident s'est produit est considéré comme un chemin nivelé de « type B », c'est-à-dire essentiellement un chemin dont les ornières ont été remplies pour le rendre carrossable. Les chemins nivelés suivent le tracé qui présente le moins d'obstacle à travers le terrain environnant et ne sont ni surélevés ni gravés. La

province of Saskatchewan has some 45,000 kilometres of bladed trails.

According to the provincial scheme of road classification, both bladed trails and local access roads are “non-designated”, meaning that they are not subject to the Saskatchewan Rural Development Sign Policy and Standards. On such roads, the council of the rural municipality makes a decision to post signs if it becomes aware of a hazard or if there are several accidents at one specific spot. Three accidents had occurred on Snake Hill Road between 1978 and 1987. All three accidents occurred to the east of the site of the Nikolaisen rollover, with drivers travelling westbound. A fourth accident occurred on Snake Hill Road in 1990 but there was no evidence as to where it occurred. There was no evidence that topography was a factor in any of these accidents. The respondent municipality had not posted signs on any portion of Snake Hill Road.

### III. Relevant Statutory Provisions

*The Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, c. R-26.1

**192(1)** Every Council shall keep in a reasonable state of repair all municipal roads, dams and reservoirs and the approaches to them that have been constructed or provided by the municipality or by any person with the permission of the council or that have been constructed or provided by the province, having regard to the character of the municipal road, dam or reservoir and the locality in which it is situated or through which it passes.

(2) Where the council fails to carry out its duty imposed by subsections (1) and (1.1), the municipality is, subject to *The Contributory Negligence Act*, civilly liable for all damages sustained by any person by reason of the failure.

province de Saskatchewan compte quelque 45 000 kilomètres de chemins nivelés.

Selon le système de classification des routes, tant les chemins nivelés que les chemins d'accès local sont [TRADUCTION] « non désignés », c'est-à-dire qu'ils ne sont pas visés par le document intitulé *Saskatchewan Rural Development Sign Policy and Standards* (« Politique et normes de signalisation routière en milieu rural en Saskatchewan »). Le conseil de la municipalité rurale installe des panneaux de signalisation sur ces chemins s'il constate l'existence d'un danger ou si plusieurs accidents se produisent au même endroit. Trois accidents sont survenus sur le chemin Snake Hill de 1978 à 1987. Tous ces accidents se sont produits à l'est de l'endroit où la camionnette de Nikolaisen a fait un tonneau et les véhicules concernés circulaient en direction ouest. Un quatrième accident s'est produit sur le chemin Snake Hill en 1990, mais aucune preuve indiquant l'endroit exact de l'accident n'a été présentée. Rien ne permettait de conclure que la topographie des lieux était à l'origine de l'un ou l'autre de ces accidents. La municipalité intimée n'avait installé aucun panneau signalisateur le long du chemin Snake Hill.

### III. Les dispositions législatives pertinentes

*The Rural Municipality Act, 1989*, S.S. 1989-90, ch. R-26.1

[TRADUCTION]

**192(1)** Le conseil tient dans un état raisonnable d'entretien tous les chemins municipaux, barrages et réservoirs, ainsi que les accès à ces ouvrages qui ont été construits ou sont fournis par la municipalité ou par toute autre personne avec la permission du conseil ou qui ont été construits ou sont fournis par le gouvernement de la province, eu égard à la nature de l'ouvrage en question et à la localité où il est situé ou qu'il traverse.

(2) Lorsque le conseil omet de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu des paragraphes (1) et (1.1), la municipalité est, sous réserve de la *Contributory Negligence Act* [*Loi sur le partage de la responsabilité*], civilement responsable des dommages subis par toute personne à la suite de ce manquement.

(3) Default under subsections (1) and (1.1) shall not be imputed to a municipality in any action without proof by the plaintiff that the municipality knew or should have known of the disrepair of the municipal road or other thing mentioned in subsections (1) and (1.1).

*The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, c. H-3.1

33(1) Subject to the other provisions of this Act, no person shall drive a vehicle on a highway:

- (a) at a speed greater than 80 kilometres per hour; or
- (b) at a speed greater than the maximum speed indicated by any signs that are erected on the highway . . . .

(2) No person shall drive a vehicle on a highway at a speed greater than is reasonable and safe in the circumstances.

44(1) No person shall drive a vehicle on a highway without due care and attention.

#### IV. Judicial History

A. *Saskatchewan Court of Queen's Bench*, [1998] 5 W.W.R. 523

87

Wright J. found the respondent negligent in failing to erect a sign to warn motorists of the sharp right curve on Snake Hill Road, which she characterized as a "hidden hazard". She also found Mr. Nikolaisen negligent in travelling Snake Hill Road at an excessive speed and in operating his vehicle while impaired. The appellant was held to be contributorily negligent in accepting a ride with Mr. Nikolaisen. Fifteen percent of the fault was apportioned to the appellant, and the remainder was apportioned jointly and severally 50 percent to Mr. Nikolaisen and 35 percent to the respondent.

88

Wright J. found that s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989* imposed a statutory duty of care on the respondent toward persons travelling on Snake Hill Road. She then considered whether the respondent met the standard of care as delineated in

(3) En cas d'action reprochant un manquement visé aux paragraphes (1) et (1.1) la responsabilité de la municipalité concernée n'est engagée que si le demandeur établit que cette dernière connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin municipal ou autre ouvrage mentionné aux paragraphes (1) et (1.1).

*The Highway Traffic Act*, S.S. 1986, ch. H-3.1

[TRADUCTION]

33(1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, il est interdit de conduire sur une voie publique à une vitesse supérieure, selon le cas :

- a) à 80 kilomètres à l'heure;
- b) à la vitesse maximale indiquée par la signalisation routière le long de la voie publique en question . . .

(2) Il est interdit de conduire un véhicule sur une voie publique à une vitesse supérieure à celle qui est raisonnable et sécuritaire dans les circonstances.

44(1) Il est interdit de conduire un véhicule sur une voie publique sans faire preuve de la prudence et de l'attention nécessaires.

#### IV. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*, [1998] 5 W.W.R. 523

La juge Wright a conclu que l'intimée avait fait preuve de négligence en omettant d'installer un panneau signalant aux automobilistes l'existence du virage à droite serré sur le chemin Snake Hill, virage qu'elle a qualifié de [TRADUCTION] « danger caché ». Elle a également estimé que M. Nikolaisen avait été négligent en roulant à une vitesse excessive sur le chemin Snake Hill et en conduisant son véhicule pendant qu'il avait les facultés affaiblies. L'appellant a été tenu responsable de négligence concourante parce qu'il avait accepté de monter à bord du véhicule de M. Nikolaisen. La responsabilité a été partagée ainsi : 15 p. 100 à l'appellant, le reste étant réparti solidairement entre M. Nikolaisen (50 p. 100) et l'intimée (35 p. 100).

La juge Wright a d'abord conclu que l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989* imposait à l'intimée une obligation légale de diligence envers les personnes circulant sur le chemin Snake Hill. Elle s'est ensuite demandée si l'intimée s'était

s. 192 and the jurisprudence interpreting that section. She referred specifically to *Partridge v. Rural Municipality of Langenberg*, [1929] 3 W.W.R. 555 (Sask. C.A.), in which it was stated at p. 558 that “the road must be kept in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety”. She also cited *Shupe v. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627 (Sask. C.A.), at p. 630: “[R]egard must be had to the locality . . . the situation of the road therein, whether required to be used by many or by few; . . . to the number of roads to be kept in repair; to the means at the disposal of the council for that purpose, and the requirements of the public who use the road.” Relying on *Galbiati v. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40 (Sask. Q.B.), Wright J. observed that although the Act does not mention an obligation to erect warning signs, the general duty of repair nevertheless includes the duty to warn motorists of a hidden hazard.

Having laid out the relevant case law, Wright J. went on to discuss the character of the road. Relying primarily on the evidence of two experts at trial, Mr. Anderson and Mr. Werner, she found that the sharp right turning curve was a hazard that was not readily apparent to the users of the road. From their testimony she concluded (at para. 85):

It is a hidden hazard. The location of the Nikolaisen rollover is the most dangerous segment of Snake Hill Road. Approaching the location of the Nikolaisen rollover, limited sight distance, created by uncleared bush, precludes a motorist from being forewarned of an impending sharp right turn immediately followed by a left turn. While there were differing opinions on the *maximum* speed at which this curve can be negotiated, I am satisfied that when limited sight distance is combined with the tight radius of the curve and lack of superelevation, this curve cannot be *safely* negotiated at speeds greater

conformée à la norme de diligence énoncée à l’art. 192 et dans la jurisprudence portant sur l’interprétation de cet article. Elle a fait état, en particulier, de l’arrêt *Partridge c. Rural Municipality of Langenberg*, [1929] 3 W.W.R. 555, dans lequel la Cour d’appel de la Saskatchewan a déclaré, à la p. 558, que [TRADUCTION] « le chemin doit être tenu dans un état raisonnable d’entretien, de façon que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité ». Elle a également cité le passage suivant de l’affaire *Shupe c. Rural Municipality of Pleasantdale*, [1932] 1 W.W.R. 627 (C.A. Sask.), p. 630 : [TRADUCTION] « [I] faut tenir compte de la localité où est situé le chemin, [. . .] de son emplacement dans celle-ci, se demander s’il sera beaucoup ou peu fréquenté; [. . .] du nombre de chemins à entretenir; des ressources budgétaires dont dispose le conseil à cette fin et des besoins du public qui emprunte ce chemin ». Se fondant sur l’affaire *Galbiati c. City of Regina*, [1972] 2 W.W.R. 40 (B.R. Sask.), la juge Wright a fait observer que, bien que la Loi ne mentionne pas explicitement l’obligation d’installer des panneaux d’avertissement, l’obligation générale d’entretien comporte néanmoins celle de signaler aux automobilistes l’existence d’un danger caché.

Après avoir fait état de la jurisprudence pertinente, la juge Wright a poursuivi en examinant la nature du chemin. S’appuyant principalement sur les témoignages donnés par deux experts au procès, MM. Anderson et Werner, elle a conclu que le virage à droite serré constituait un danger que les usagers du chemin ne pouvaient voir aisément. De leurs témoignages, elle a tiré la conclusion suivante (au par. 85) :

[TRADUCTION] Il s’agit d’un danger caché. L’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau est situé sur le tronçon le plus dangereux du chemin Snake Hill. À l’approche de cet endroit, des broussailles réduisent la distance de visibilité de l’automobiliste et l’empêchent de voir l’imminence d’un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d’un virage à gauche. Bien que des opinions divergentes aient été émises quant à la vitesse *maximale* à laquelle ce virage peut être pris, je suis d’avis que, vu la distance de visibilité réduite, l’existence d’une courbe serrée et l’absence de surélévation du chemin, ce

than 60 kilometres per hour when conditions are favourable, or 50 kilometres per hour when wet. [Emphasis in original.]

Wright J. then noted that, while it would not be reasonable to expect the respondent to construct the road to a higher standard or to clear all of the bush away, it was reasonable to expect the respondent to erect and maintain a warning or regulatory sign “so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation” (para. 86).

90

Wright J. then considered s. 192(3) of the Act, which provides that there is no breach of the statutory standard of care unless the municipality knew or should have known of the danger. Wright J. observed that between 1978 and 1990, there were four accidents on Snake Hill Road, three of which occurred “in the same vicinity” as the Nikolaisen rollover, and two of which were reported to the authorities. On the basis of this information, she held that “[i]f the R.M. [Rural Municipality] did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known” (para. 90). Wright J. also found significant the relatively low volume of traffic on the road, the fact that there were permanent residences on the road, and the fact that the road was frequented by young and perhaps less experienced drivers.

91

In respect to causation, Wright J. found that it was probable that a warning sign would have enabled Mr. Nikolaisen to take corrective action to maintain control of his vehicle despite the fact of his impairment. She concluded (at para. 101):

Mr. Nikolaisen’s degree of impairment only served to increase the risk of him not reacting, or reacting inappropriately to a sign. Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that he would have intentionally disregarded

virage ne peut être pris en sécurité à une vitesse supérieure à 60 kilomètres à l’heure dans des conditions favorables, ou 50 kilomètres à l’heure sur chaussée humide. [En italique dans l’original.]

La juge Wright a ensuite précisé que, bien qu’on ne puisse raisonnablement exiger de l’intimée qu’elle construise le chemin selon une norme plus élevée ou qu’elle enlève toutes les broussailles, il était raisonnable de s’attendre à ce qu’elle installe et maintienne un panneau d’avertissement ou de signalisation [TRADUCTION] « afin qu’un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d’arriver à l’endroit dangereux » (par. 86).

La juge Wright a ensuite analysé le par. 192(3) de la Loi, qui prévoit qu’il n’y a manquement à l’obligation de diligence que si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître l’existence du danger. Elle a rappelé que quatre accidents étaient survenus sur le chemin Snake Hill de 1978 à 1990. Trois de ceux-ci se sont produits [TRADUCTION] « aux environs » de l’endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, et deux ont été signalés aux autorités. Sur la base de cette information, elle a conclu que [TRADUCTION] « [s]i la M.R. [municipalité rurale] ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître » (par. 90). La juge Wright a également accordé de l’importance au débit relativement faible de la circulation sur le chemin, au fait que des résidences permanentes étaient situées en bordure de celui-ci et au fait que le chemin était fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés.

En ce qui concerne le lien de causalité, la juge Wright a estimé qu’un panneau de signalisation aurait probablement permis à M. Nikolaisen de prendre des mesures correctives et de conserver la maîtrise de son véhicule, même si ses facultés étaient affaiblies. Elle a aussi tiré la conclusion suivante, au par. 101 :

[TRADUCTION] Le degré d’ébriété de M. Nikolaisen n’a fait qu’accroître le risque qu’il ne réagisse pas du tout ou encore de façon inappropriée à une signalisation. M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu’il

a warning or regulatory sign. He had moments earlier, when departing the Thiel residence, successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him.

Wright J. also addressed the appellant's argument that the municipality was in breach of a common law duty of care which was not qualified or limited by any of the restrictions set out under s. 192. She held that *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, and the line of authority both preceding and following that decision did not apply to the case before her given the existence of the statutory duty of care. She also found that any qualifying words in s. 192 of the Act pertained to the standard of care and did not impose limitations on the statutory duty of care.

B. *Saskatchewan Court of Appeal*, [2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12

On appeal, Cameron J.A., writing for a unanimous court, dealt primarily with the trial judge's finding that the respondent's failure to place a warning sign or regulatory sign at the site of the accident constituted a breach of its statutory duty of road repair. He did not find it necessary to rule on the issue of causation given his conclusion that the trial judge erred in finding the respondent negligent.

Cameron J.A. characterized the trial judge's conclusion that the respondent had breached the statutory duty of care as a matter of mixed fact and law. He noted that an appellate court is not to interfere with a trial judge's findings of fact unless the judge made a "palpable and overriding error" which affected his or her assessment of the facts. With respect to errors of law, however, Cameron J.A. remarked that the ability of an appellate court to overturn the finding of the trial judge is "largely unbounded". Regarding errors of mixed fact and law, Cameron J.A. noted that these are typically subject to the same standard of review as findings

aurait intentionnellement fait abstraction d'un panneau d'avertissement ou de signalisation. Quelques instants plus tôt, au moment de quitter la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir.

La juge Wright s'est également penchée sur l'argument de l'appelant voulant que la municipalité ait manqué à une obligation de diligence de common law qui ne serait pas atténuée ou restreinte par l'une ou l'autre des dispositions de l'art. 192. Elle a estimé que l'arrêt *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, ainsi que la jurisprudence antérieure et postérieure à cette décision ne s'appliquaient pas à l'affaire dont elle était saisie, vu l'existence de l'obligation légale de diligence. Elle a également jugé que les termes restrictifs de l'art. 192 de la Loi visaient la norme de diligence et n'avaient pas pour effet de limiter la portée de l'obligation légale de diligence.

B. *Cour d'appel de la Saskatchewan*, [2000] 4 W.W.R. 173, 2000 SKCA 12

En appel, exprimant la décision unanime de la cour, le juge Cameron s'est attaché principalement à la conclusion de la juge de première instance portant que, en omettant d'installer un panneau d'avertissement ou de signalisation à l'endroit de l'accident, l'intimée avait manqué à son obligation légale d'entretien des routes. Il n'a pas jugé nécessaire de se prononcer sur la question du lien de causalité, vu sa conclusion que la juge de première instance avait commis une erreur en déclarant l'intimée responsable de négligence.

Le juge Cameron a qualifié la conclusion de la juge de première instance que l'intimée avait manqué à son obligation légale de diligence de conclusion portant sur une question mixte de fait et de droit. Il a souligné qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les conclusions de fait du juge de première instance à moins que ce dernier n'ait commis une « erreur manifeste et dominante » ayant faussé son appréciation des faits. Pour ce qui est des erreurs de droit, toutefois, le juge Cameron a fait remarquer que le pouvoir d'une cour d'appel d'infirmier la conclusion du juge de première instance est [TRADUCTION] « presque illimité ». En ce qui concerne les erreurs

92

93

94



of fact. One exception to this, according to Cameron J.A., occurs where the trial judge identifies the correct legal test, yet fails to apply one branch of that test to the facts at hand. As support for this proposition, Cameron J.A. cited (at para. 41) Iacobucci J. in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, at para. 39:

[I]f a decision-maker says that the correct test requires him or her to consider A, B, C, and D, but in fact the decision-maker considers only A, B, and C, then the outcome is as if he or she had applied a law that required consideration of only A, B, and C. If the correct test requires him or her to consider D as well, then the decision-maker has in effect applied the wrong law, and so has made an error of law.

95

Turning to the applicable law in this case, Cameron J.A. acknowledged that the standard of care set out in the Act and the jurisprudence interpreting it requires municipalities to post warning signs to warn of hazards that prudent drivers, using ordinary care, would be unlikely to appreciate. Based on the jurisprudence, Cameron J.A. set out (at para. 50) an analytical framework to be used in order to assess if a municipality has breached its duty in this regard. This framework requires the judge:

1. To determine the character and state of the road at the time of the accident. This, of course, is a matter of fact that entails an assessment of the material features of the road where the accident occurred, as well as those factors going to the maintenance standard, namely the location, class of road, patterns of use, and so on.
2. To assess the issue of whether persons requiring to use the road, exercising ordinary car[e], could ordinarily travel upon it safely. This is essentially a reasonable person test, one concerned with how a

mixtes de fait et de droit, le juge Cameron a précisé qu'elles sont normalement assujetties à la même norme de contrôle que les conclusions de fait. Selon le juge Cameron, cette règle générale souffre une exception, qui s'applique dans les cas où, bien que le juge du procès ait retenu le bon critère juridique applicable, il omet d'en appliquer un élément aux faits de l'affaire dont il est saisi. Au soutien de cette affirmation, le juge Cameron a cité, au par. 41, les propos suivants du juge Iacobucci dans l'arrêt *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748, par. 39 :

[Si] un décideur dit que, en vertu du critère applicable, il lui faut tenir compte de A, B, C et D, mais que, dans les faits, il ne prend en considération que A, B et C, alors le résultat est le même que s'il avait appliqué une règle de droit lui dictant de ne tenir compte que de A, B et C. Si le bon critère lui commandait de tenir compte aussi de D, il a en fait appliqué la mauvaise règle de droit et commis, de ce fait, une erreur de droit.

Relativement au droit applicable en l'espèce, le juge Cameron a reconnu que la norme de diligence énoncée dans la Loi et dans la jurisprudence portant sur l'interprétation de cette loi exige des municipalités qu'elles installent des panneaux de mise en garde pour signaler les dangers que les conducteurs prudents et prenant des précautions normales ne pourraient vraisemblablement pas mesurer. Se fondant sur la jurisprudence, le juge Cameron a établi, au par. 50, un cadre analytique permettant de déterminer si une municipalité a manqué à son obligation à cet égard. Suivant ce cadre, le juge doit examiner les aspects suivants :

[TRADUCTION]

1. Le juge doit déterminer la nature et l'état du chemin au moment de l'accident. Il s'agit, bien sûr, d'une question de fait, qui nécessite une appréciation des caractéristiques physiques du chemin à l'endroit où l'accident s'est produit, ainsi que de tous les facteurs se rapportant à la norme d'entretien, à savoir l'emplacement du chemin, le type de chemin dont il s'agit, les utilisations habituelles de celui-ci, et ainsi de suite.
2. Il soit se demander si les personnes qui devaient emprunter le chemin pouvaient généralement, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Il s'agit essentiellement du critère de la

reasonable driver on that particular road would have conducted himself or herself. It is necessary in taking this step to take account of the various elements noted in the authorities referred to earlier, namely the locality of the road, the character and class of the road, the standard to which the municipality could reasonably have been expected to maintain the road, and so forth. These criteria fall to be balanced in the context of the question: how would a reasonable driver have driven upon this particular road? Since this entails the application of a legal standard to a given set of facts, it constitutes a question of mixed fact and law.

3. To determine either tha[t] the road was in a reasonable state of repair or that it was not, depending upon the assessment made while using the second step. If it is determined that the road was not in a reasonable state of repair, then it becomes necessary to go on to determine whether the municipality knew or should have known of the state of disrepair before imputing liability.

According to Cameron J.A., the trial judge did not err in law by failing to set out the proper legal test. She did, however, make an error in law of the type identified by Iacobucci J. in *Southam, supra*. In his view, when applying the law to the facts of the case, the trial judge failed to assess the manner in which a reasonable driver, exercising ordinary care, would ordinarily have driven on the road, and the risk, if any, that the unmarked curve might have posed for the ordinary driver. As noted by Cameron J.A., the trial judge “twice alluded to the matter, but failed to come to grips with it” (para. 57).

Cameron J.A. also found that the trial judge had made a “palpable and overriding” error of fact in determining that the respondent had breached the standard of care. According to Cameron J.A., the trial judge’s factual error stemmed from her reliance on the expert testimony of Mr. Werner and Mr. Anderson. Cameron J.A. found that the evidence of both experts was based on the fundamental premise

personne raisonnable, qui sert à déterminer comment se serait comporté un conducteur raisonnable sur ce chemin en particulier. À cette étape, il faut tenir compte des nombreux facteurs énoncés dans la jurisprudence mentionnée précédemment, c’est-à-dire l’emplacement du chemin, la nature et le type du chemin, la norme d’entretien à laquelle on pouvait raisonnablement s’attendre d’une municipalité, et ainsi de suite. Ces facteurs doivent être soupesés dans le contexte de la question suivante : Comment un conducteur raisonnable aurait-il conduit son véhicule sur ce chemin en particulier? Puisque cette question suppose l’application d’une norme juridique à un ensemble donné de faits, elle constitue une question mixte de fait et de droit.

3. Il doit déterminer si le chemin était dans un état raisonnable d’entretien, compte tenu des conclusions tirées à la deuxième étape. S’il est établi que le chemin ne se trouvait pas dans un état raisonnable d’entretien, il faut alors déterminer si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état d’entretien avant de conclure à la responsabilité de celle-ci.

Selon le juge Cameron, la juge de première instance n’a pas commis d’erreur de droit en ce qui concerne le critère juridique applicable. Elle a cependant commis une erreur de droit du genre de celle exposée par le juge Iacobucci dans l’arrêt *Southam*, précité. À son avis, lorsqu’elle a appliqué le droit aux faits de l’espèce, la juge de première instance a omis, d’une part, de se demander comment un conducteur raisonnable, faisant montre de prudence normale, aurait conduit son véhicule sur ce chemin, et, d’autre part, d’évaluer le risque, s’il en est, que le virage non annoncé aurait pu constituer pour le conducteur moyen. Comme l’a souligné le juge Cameron de la Cour d’appel, la juge de première instance [TRADUCTION] « a évoqué la question à deux reprises, mais elle ne l’a pas abordée » (par. 57).

Le juge Cameron a également estimé que la juge de première instance avait commis une erreur de fait « manifeste et dominante » en concluant que l’intimée n’avait pas exercé le degré de diligence requis. Selon le juge Cameron, cette erreur de fait découlait de l’importance accordée par la juge Wright aux témoignages d’experts de MM. Werner et Anderson. À son avis, les témoignages de ces deux experts

96

97

that the ordinary driver could be expected to travel the road at a speed of 80 km/h. In his view, this premise was misconceived and unsupported by the evidence.

98 Cameron J.A. concluded that although the trial judge was free to accept the evidence of some witnesses over others, she was not free to accept expert testimony that was based on an erroneous factual premise. According to Cameron J.A., had the trial judge found that a prudent driver, exercising ordinary care for his or her safety, would not ordinarily have driven this section of Snake Hill Road at a speed greater than 60 km/h, then she would have had to conclude that no hidden hazard existed since the curve could be negotiated safely at this speed.

99 Cameron J.A. agreed with the trial judge that a common law duty of care was not applicable in this case. His remarks in this respect are found at para. 44 of his reasons:

Concerning the duty of care, it might be noted that unlike statutory provisions empowering municipalities to maintain roads, but imposing no duty upon them to do so, the duty in this instance owes its existence to a statute, rather than the neighbourhood principle of the common law: *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228 (S.C.C.). The duty is readily seen to extend to all who travel upon the roads.

#### V. Issues

- 100
- A. Did the Court of Appeal properly interfere with the trial judge's finding that the respondent was in breach of its statutory duty of care?
  - B. Did the trial judge err in finding the respondent knew or should have known of the alleged danger?
  - C. Did the trial judge err in finding that the accident was caused in part by the respondent's negligence?

reposaient sur la prémisse fondamentale qu'on pouvait s'attendre à ce que le conducteur moyen circule sur le chemin à une vitesse de 80 km/h. Selon lui, cette prémisse était erronée et n'était pas étayée par la preuve.

Le juge Cameron a conclu que, bien qu'il fût loisible à la juge de première instance d'accorder davantage foi à certains témoignages qu'à d'autres, il ne lui était pas loisible de retenir un témoignage d'expert fondé sur une prémisse factuelle erronée. Selon lui, si la juge de première instance avait estimé qu'un conducteur prudent prenant des précautions normales pour assurer sa sécurité n'aurait généralement pas roulé sur cette portion du chemin Snake Hill à plus de 60 km/h, alors elle aurait dû conclure à l'absence de danger caché puisque le virage pouvait être pris en sécurité à cette vitesse.

Le juge Cameron a souscrit à l'opinion de la juge de première instance que l'obligation de diligence de common law ne s'appliquait pas en l'espèce. Il a fait les commentaires suivants à ce sujet, au par. 44 de ses motifs :

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'obligation de diligence, il convient de préciser que, contrairement aux dispositions législatives qui habilite les municipalités à entretenir les chemins, sans toutefois leur imposer l'obligation de le faire, en l'espèce l'obligation doit son existence à une loi, plutôt qu'au principe de common law fondé sur la proximité : *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228. On saisit immédiatement que l'obligation de diligence existe en faveur de tous ceux qui circulent sur les routes.

#### V. Les questions en litige

- A. La Cour d'appel a-t-elle eu raison de modifier la conclusion de la juge de première instance portant que l'intimée avait manqué à son obligation légale de diligence?
- B. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître le danger allégué?
- C. La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l'accident a été en partie causé par la négligence de l'intimée?

D. Does a common law duty of care coexist alongside the statutory duty of care?

VI. Analysis

A. *Did the Court of Appeal Properly Interfere with the Decision at Trial?*

(1) The Standard of Review

Although the distinctions are not always clear, the issues that confront a trial court fall generally into three categories: questions of law, questions of fact, and questions of mixed law and fact. Put briefly, questions of law are questions about what the correct legal test is; questions of fact are questions about what actually took place between the parties; and questions of mixed law and fact are questions about whether the facts satisfy the legal tests (*Southam, supra*, at para. 35).

Of the three categories above, the highest degree of deference is accorded to the trial judge's findings of fact. The Court will not overturn a factual finding unless it is palpably and overwhelmingly, or clearly wrong (*Southam, supra*, at para. 60; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802, at p. 808; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121). This deference is principally grounded in the recognition that only the trial judge enjoys the opportunity to observe witnesses and to hear testimony first-hand, and is therefore better able to choose between competing versions of events (*Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254, at para. 32). It is however important to recognize that the making of a factual finding often involves more than merely determining the who, what, where and when of the case. The trial judge is very often called upon to draw inferences from the facts that are put before the court. For example, in this case, the trial judge inferred from the fact of accidents having occurred on Snake Hill Road

D. Est-ce qu'une obligation de diligence de common law coexiste avec l'obligation légale de diligence?

VI. L'analyse

A. *La Cour d'appel a-t-elle eu raison de modifier la décision de la juge de première instance?*

(1) La norme de contrôle

Bien qu'elles ne soient pas toujours faciles à distinguer, les questions auxquelles doit répondre un tribunal de première instance se classent généralement en trois catégories : les questions de droit, les questions de fait et les questions mixtes de fait et de droit. En résumé, les questions de droit concernent la détermination du critère juridique applicable; les questions de fait portent sur ce qui s'est réellement passé entre les parties et les questions mixtes de fait et de droit consistent à déterminer si les faits satisfont au critère juridique (*Southam, précité*, par. 35).

De ces trois catégories, ce sont les conclusions de fait du juge de première instance qui commandent le degré le plus élevé de retenue. La Cour ne modifie les conclusions de fait du juge de première instance que si celui-ci a commis une erreur manifeste ou dominante ou si la conclusion est manifestement erronée (*Southam, précité*, par. 60; *Stein c. Le navire « Kathy K »*, [1976] 2 R.C.S. 802, p. 808; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, p. 121). Cette retenue repose principalement sur le fait que, puisqu'il est le seul à avoir l'occasion d'observer les témoins et d'entendre les témoignages de vive voix, le juge de première instance est en conséquence plus à même de choisir entre deux versions divergentes d'un même événement (*Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254, par. 32). Cependant, il est important de reconnaître que tirer une conclusion de fait implique souvent davantage que le simple fait de déterminer qui a fait quoi, ainsi que où et quand il l'a fait. Le juge de première instance est très souvent appelé à faire des inférences à partir des faits qui lui sont

101

102

that the respondent knew or should have known of the hidden danger.

présentés. En l'espèce, par exemple, la juge de première instance a inféré du fait que des accidents s'étaient produits sur le chemin Snake Hill que l'intimée connaissait ou aurait dû connaître l'existence du danger caché.

103

This Court has determined that a trial judge's inferences of fact should be accorded a similar degree of deference as findings of fact (*Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353). In reviewing the making of an inference, the appeal court will verify whether it can reasonably be supported by the findings of fact that the trial judge reached and whether the judge proceeded on proper legal principles. I respectfully disagree with the majority's view that inferences can be rejected only where the inference-drawing process itself is deficient: see *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 45:

Notre Cour a jugé qu'il fallait appliquer aux inférences de fait du juge de première instance le même degré de retenue qu'à ses conclusions de fait (*Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353). La cour d'appel qui contrôle la validité d'une inférence se demande si celle-ci peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance et si celui-ci a appliqué les principes juridiques appropriés. En toute déférence, je ne partage pas l'opinion de la majorité selon laquelle des inférences ne peuvent être rejetées que dans les cas où le processus qui les a produites est lui-même déficient : voir *Conseil de l'éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 45 :

When a court is reviewing a tribunal's findings of fact or the inferences made on the basis of the evidence, it can only intervene "where the evidence, viewed reasonably, is incapable of supporting a tribunal's findings of fact": *Lester (W.W.) (1978) Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry, Local 740*, [1990] 3 S.C.R. 644, at p. 669 per McLachlin J.

Lorsqu'une cour de justice contrôle les conclusions de fait d'un tribunal administratif ou les inférences qu'il a tirées de la preuve, elle ne peut intervenir que « lorsque les éléments de preuve, perçus de façon raisonnable, ne peuvent étayer les conclusions de fait du tribunal » : *Lester (W.W.) (1978) Ltd. c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie, section locale 740*, [1990] 3 R.C.S. 644, à la p. 669, le juge McLachlin.

An inference can be clearly wrong where the factual basis upon which it relies is deficient or where the legal standard to which the facts are applied is misconstrued. My colleagues recognize themselves that a judge is often called upon to make inferences of mixed law and fact (para. 26). While the standard of review is identical for both findings of fact and inferences of fact, it is nonetheless important to draw an analytical distinction between the two. If the reviewing court were to review only for errors of fact, then the decision of the trial judge would necessarily be upheld in every case where evidence existed to support his or her factual findings. In my view, this Court is entitled to conclude that inferences made by the trial judge were clearly wrong, just as it is entitled to reach this conclusion in respect to findings of fact.

Une inférence peut être manifestement erronée si ses assises factuelles présentent des lacunes ou si la norme juridique appliquée aux faits est mal interprétée. Mes collègues eux-mêmes reconnaissent qu'un juge est souvent appelé à tirer des inférences mixtes de fait et droit (par. 26). Bien que la norme de contrôle soit la même et pour les conclusions de fait et pour les inférences de fait, il importe néanmoins de faire une distinction analytique entre les deux. Si le tribunal de révision ne faisait que vérifier s'il y a des erreurs de fait, la décision du juge de première instance serait alors nécessairement confirmée dans tous les cas où il existe des éléments de preuve étayant les conclusions de fait de ce dernier. Selon moi, notre Cour a le droit de conclure que les inférences du juge de première instance étaient manifestement erronées, tout comme elle peut le faire à l'égard des conclusions de fait.

My colleagues take issue with the above statement that an appellate court will verify whether the making of an inference can reasonably be supported by the trial judge's findings of fact, a standard which they believe to be less strict than the "palpable and overriding" standard. I do not agree that a less strict standard is implied. In my view there is no difference between concluding that it was "unreasonable" or "palpably wrong" for a trial judge to draw an inference from the facts as found by him or her and concluding that the inference was not reasonably supported by those facts. The distinction is merely semantic.

By contrast, an appellate court reviews a trial judge's findings on questions of law not merely to determine if they are reasonable, but rather to determine if they are correct; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 833; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 647; R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), at p. 90. The role of correcting errors of law is a primary function of the appellate court; therefore, that court can and should review the legal determinations of the lower courts for correctness.

In the law of negligence, the question of whether the conduct of the defendant has met the appropriate standard of care is necessarily a question of mixed fact and law. Once the facts have been established, the determination of whether or not the standard of care was met by the defendant will in most cases be reviewable on a standard of correctness since the trial judge must appreciate the facts within the context of the appropriate standard of care. In many cases, viewing the facts through the legal lens of the standard of care gives rise to a policy-making or law-setting function that is the purview of both the trial and appellate courts. As stated by Kerans, *supra*, at p. 103, "[t]he evaluation of facts as meeting or not meeting a legal test is a process that involves law-making. Moreover, it is probably correct to say that every new attempt to apply a legal rule to a set of

Mes collègues ne sont pas d'accord avec l'énoncé susmentionné — savoir celui portant que la cour d'appel se demande si une inférence peut raisonnablement être étayée par les conclusions de fait tirées par le juge de première instance — estimant qu'il s'agit d'une norme de contrôle moins exigeante que celle de l'erreur « manifeste et dominante ». Pour ma part, je ne crois pas que cet énoncé implique l'application d'une norme moins exigeante. À mon avis, il n'y a aucune différence entre le fait de conclure qu'il était « déraisonnable » ou « manifestement erroné » pour un juge de tirer une inférence des faits qu'il a constatés, et le fait de conclure que cette inférence n'était pas raisonnablement étayée par ces faits. La distinction est purement sémantique.

En revanche, une cour d'appel ne contrôle pas les conclusions tirées par le juge de première instance à l'égard des questions de droit simplement pour déterminer si elles sont raisonnables, mais plutôt pour déterminer si elles sont correctes : *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, p. 833; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 647; R. P. Kerans, *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (1994), p. 90. Un des rôles principaux d'une cour d'appel consiste à corriger les erreurs de droit et, par conséquent, cette cour peut et doit vérifier si les conclusions juridiques de la juridiction inférieure sont correctes.

Dans le contexte du droit relatif à la négligence, la question de savoir si la conduite du défendeur est conforme à la norme de diligence appropriée est forcément une question mixte de fait et de droit. Une fois les faits établis, la décision touchant la question de savoir si le défendeur a respecté ou non la norme de diligence est, dans la plupart des cas, contrôlable selon la norme de la décision correcte, puisque le juge de première instance doit apprécier les faits au regard de la norme de diligence appropriée. Dans bien des cas, l'examen des faits à travers le prisme juridique de la norme de diligence implique l'établissement de politiques d'intérêt général ou la création de règles de droit, rôle qui relève autant des cours de première instance que des cours d'appel. Comme l'a dit Kerans, *op. cit.*, p. 103, [TRADUCTION] « [l]'examen de la

104

105

106

facts involves some measure of interpretation of that rule, and thus more law-making” (emphasis in original).

question de savoir si les faits satisfont ou non à un critère juridique donné est un processus qui implique une fonction créatrice de droit. Qui plus est, il est probablement exact d'affirmer que *chaque* nouvelle tentative d'appliquer une règle de droit à un ensemble de faits emporte une certaine interprétation de cette règle et, partant, l'élaboration de règles de droit additionnelles » (en italique dans l'original).

107

In a negligence case, the trial judge is called on to decide whether the conduct of the defendant was reasonable under all the circumstances. While this determination involves questions of fact, it also requires the trial judge to assess what is reasonable. As stated above, in many cases, this will involve a policy-making or “law-setting” role which an appellate court is better situated to undertake (Kerans, *supra*, at pp. 5-10). For example, in this case, the degree of knowledge that the trial judge should have imputed to the reasonably prudent municipal councillor raised the policy consideration of the type of accident-reporting system that a small rural municipality with limited resources should be expected to maintain. This law-setting role was recognized by the United States Supreme Court in *Bose Corp. v. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984), at note 17, within the context of an action for defamation:

Dans une affaire de négligence, le juge de première instance est appelé à décider si la conduite du défendeur était raisonnable eu égard à toutes les circonstances. Bien que la prise de cette décision demande l'examen de questions de fait, elle exige également du juge de première instance qu'il établisse ce qui est raisonnable. Comme il a été mentionné plus tôt, dans bien des cas cette décision implique l'établissement de politiques d'intérêt général ou la « création de règles de droit », rôle qu'une cour d'appel est mieux placée pour remplir (Kerans, *op. cit.*, p. 5 à 10). En l'espèce, par exemple, le degré de connaissance que la juge de première instance aurait dû prêter au conseiller municipal raisonnablement prudent soulevait une considération participant d'une politique d'intérêt général, savoir le genre de système d'information sur les accidents qu'une petite municipalité rurale aux ressources budgétaires limitées est censée tenir. Ce rôle créateur de droit a été reconnu par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Bose Corp. c. Consumers Union of U.S., Inc.*, 466 U.S. 485 (1984), à la note 17, dans le contexte d'une action en diffamation :

A finding of fact in some cases is inseparable from the principles through which it was deduced. At some point, the reasoning by which a fact is “found” crosses the line between application of those ordinary principles of logic and common experience which are ordinarily entrusted to the finder of fact into the realm of a legal rule upon which the reviewing court must exercise its own independent judgment. Where the line is drawn varies according to the nature of the substantive law at issue. Regarding certain largely factual questions in some areas of the law, the stakes — in terms of impact on future cases and future conduct — are too great to entrust them finally to the judgment of the trier of fact.

[TRADUCTION] Une conclusion de fait est, dans certains cas, indissociable des principes qui ont été appliqués pour y arriver. À un point donné, le raisonnement menant à la « constatation d'un fait » cesse d'être l'application des principes ordinaires de logique et d'expérience générale, qui est généralement l'apanage du juge de première instance, pour devenir l'application d'une règle de droit, tâche où le tribunal de révision doit exercer son propre jugement. Cette ligne de démarcation se déplace selon la nature de la règle de droit substantiel en litige. Dans quelques branches du droit, certaines questions largement factuelles soulèvent des enjeux — incidence sur d'éventuelles affaires et le comportement futur — qui sont trop importants pour être confiés en premier et dernier ressort au juge de première instance.

My colleagues assert that the question of whether or not the standard of care was met by the defendant in a negligence case is subject to a standard of palpable and overriding error unless it is clear that the trial judge made some extricable error in principle with respect to the characterization of the standard or its application, in which case the error may amount to an error of law (para. 36). I disagree. In many cases, it will not be possible to “extricate” a purely legal question from the standard of care analysis applicable to negligence, which is a question of mixed fact and law. In addition, while some questions of mixed fact and law may not have “any great precedential value” (*Southam, supra*, at para. 37), such questions often necessitate a normative analysis that should be reviewable by an appellate court.

Consider again the issue of whether the municipality knew or should have known of the alleged danger. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality having regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor. If the trial judge applies a different legal standard, such as the reasonable person standard, it is an error of law. Yet even if the trial judge correctly identifies the applicable legal standard, he or she may still err in the process of assessing the facts through the lens of that legal standard. For example, there may exist evidence that an accident had previously occurred on the portion of the road on which the relevant accident occurred. In the course of considering whether or not that fact satisfies the legal test for knowledge the trial judge must make a number of normative assumptions. The trial judge must consider whether the fact that one accident had previously occurred in the same location would alert the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor to the existence of a hazard. The trial judge must also consider whether the ordinary, reasonable and prudent councillor would have been alerted to the previous accident by an accident-reporting system. In my view, the question of whether the fact of a previous accident having occurred fulfills the applicable knowledge

Mes collègues affirment que la question de savoir si, dans une affaire de négligence, le défendeur a respecté ou non la norme de diligence appropriée est assujettie au critère de l’erreur manifeste et dominante, sauf si le juge de première instance a clairement commis une erreur de principe isolable relativement à la détermination de la norme à appliquer ou à son application, auquel cas l’erreur peut constituer une erreur de droit (par. 36). Je ne suis pas d’accord. Dans bon nombre de cas, il ne sera pas possible d’« isoler » une question de droit pur de l’analyse de la norme de diligence applicable en matière de négligence, qui est une question mixte de fait et de droit. En outre, bien que certaines questions mixtes de fait et de droit puissent ne pas avoir « une grande valeur comme précédents » (*Southam, précité*, par. 37), ces questions impliquent souvent une analyse normative que devrait pouvoir contrôler une cour d’appel.

Revenons maintenant à la question de savoir si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le danger allégué. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s’il y a lieu de prêter cette connaissance à la municipalité eu égard aux obligations qui incombent au conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent. Si le juge de première instance applique une autre norme juridique, par exemple celle de la personne raisonnable, il commet une erreur de droit. Cependant, même en supposant que le juge de première instance détermine correctement la norme juridique à appliquer, il lui est encore possible de commettre une erreur lorsqu’il apprécie les faits à la lumière de cette norme juridique. Par exemple, il peut exister une preuve indiquant qu’un accident s’était déjà produit sur le tronçon de chemin en cause. Le juge de première instance qui se demande si ce fait satisfait ou non au critère juridique applicable à la question de la connaissance doit poser un certain nombre d’hypothèses normatives. Il doit se demander si le fait qu’un accident se soit déjà produit au même endroit alerterait le conseiller municipal moyen, raisonnable et prudent de l’existence d’un danger. Il doit également se demander si ce conseiller aurait appris l’existence de l’accident antérieur par un système d’information sur les accidents. Selon moi, la question de savoir si le fait qu’un accident se soit produit antérieurement

108

109



requirement is a question of mixed fact and law and it is artificial to characterize it as anything else. As is apparent from the example given, the question may also raise normative issues which should be reviewable by an appellate court on the correctness standard.

110

I agree with my colleagues that it is not possible to state as a general proposition that all matters of mixed fact and law are reviewable according to the standard of correctness: citing *Southam, supra*, at para. 37 (para. 28). I disagree, however, that the dicta in *Southam* establishes that a trial judge's conclusions on questions of mixed fact and law in a negligence action should be accorded deference in every case. This Court in *St-Jean v. Mercier*, [2002] 1 S.C.R. 491, 2002 SCC 15, a medical negligence case, distinguished *Southam* on the issue of the standard applicable to questions of mixed fact and law where the tribunal has no particular expertise. Gonthier J., writing for a unanimous Court, stated at paras. 48-49:

A question "about whether the facts satisfy the legal tests" is one of mixed law and fact. Stated differently, "whether the defendant satisfied the appropriate standard of care is a question of mixed law and fact" (*Southam*, at para. 35).

Generally, such a question, once the facts have been established without overriding and palpable error, is to be reviewed on a standard of correctness since the standard of care is normative and is a question of law within the normal purview of both the trial and appellate courts. Such is the standard for medical negligence. There is no issue of expertise of a specialized tribunal in a particular field which may go to the determination of facts and be pertinent to defining an appropriate standard and thereby call for some measure of deference by a court of general appeal (*Southam, supra*, at para. 45; and *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*, at p. 647).

111

I also disagree with my colleagues that *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, is authority for the proposition that when the question

satisfait à l'exigence de connaissance applicable est une question mixte de fait et de droit, et il serait artificiel de la qualifier autrement. Comme l'indique clairement l'exemple qui précède, cette question peut également soulever des questions normatives que devrait pouvoir contrôler une cour d'appel selon la norme de la décision correcte.

Je partage l'opinion de mes collègues selon laquelle on ne peut poser comme principe général que toutes les questions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de la décision correcte : citant *Southam*, précité, par. 37 (par. 28). Cependant, je ne crois pas que l'opinion formulée dans *Southam* signifie que, dans une affaire de négligence, les conclusions du juge de première instance sur des questions mixtes de fait et de droit commandent systématiquement une attitude empreinte de retenue. Dans l'arrêt *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 2002 CSC 15, affaire de négligence médicale, notre Cour a différencié cette affaire de l'arrêt *Southam* sur la question de la norme de contrôle applicable aux questions mixtes de fait et de droit dans les cas où le tribunal ne possède d'expertise particulière. Exposant la décision unanime de la Cour, le juge Gonthier a dit ceci, aux par. 48 et 49 :

La question qui consiste « à déterminer si les faits satisfont au critère juridique » est une question mixte de droit et de fait ou en d'autres termes, « la question de savoir si le défendeur a respecté la norme de diligence appropriée est une question de droit et de fait » (*Southam*, par. 35).

Une fois les faits établis sans erreur manifeste et dominante, cette question doit généralement être révisée suivant la norme de la décision correcte puisque la norme de diligence est normative et constitue une question de droit qui relève de la compétence habituelle des tribunaux de première instance et d'appel. C'est la norme applicable à la négligence médicale. Il n'est pas question de l'expertise d'un tribunal spécialisé dans un domaine particulier, pouvant toucher la détermination des faits et avoir une incidence sur la définition de la norme appropriée et exiger de ce fait une certaine déférence de la part d'une cour générale d'appel (*Southam*, par. 45; *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, p. 647).

Je ne peux non plus me ranger à l'avis de mes collègues selon lequel l'arrêt *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, permet d'affirmer

of mixed fact and law at issue is a finding of negligence, that finding should be deferred to by appellate courts. In that case the trial judge found that the conduct of the defendant ski instructor met the standard of care expected of him. Moreover, the trial judge found that the accident would have occurred regardless of what the ski instructor had done (*Taylor v. The Queen in Right of British Columbia* (1978), 95 D.L.R. (3d) 82). Seaton J.A. of the British Columbia Court of Appeal disagreed with the trial judge that the ski instructor had met the applicable standard of care (*Taylor (Guardian ad litem of) v. British Columbia* (1980), 112 D.L.R. (3d) 297). Seaton J.A. recognized nevertheless that the “final question” was whether “the instructor’s failure to remain was a cause of the accident” (p. 307). On the issue of causation, a question of fact, Seaton J.A. clearly substituted his opinion for that of the trial judge’s without regard to the appropriate standard of review. His concluding remarks on the issue of causation at p. 308 highlight his lack of deference to the trial judge’s conclusion on causation:

On balance, I think that the evidence supports the plaintiffs’ claim against the instructor, that his conduct in leaving the plaintiff below the crest was one of the causes of the accident.

This Court, which restored the finding of the trial judge, did not clearly state whether it did so on the basis that the appellate court was wrong to interfere with the trial judge’s finding of negligence or whether it did so because the appellate court wrongly interfered with the trial judge’s conclusions on causation. The reasons suggest the latter. The only portion of the trial judgment that this Court referred to was the finding on causation. Dickson J. (as he then was) remarks in *Jaegli Enterprises, supra*, at p. 4:

At the end of a nine-day trial Mr. Justice Meredith, the presiding judge, delivered a judgment in which he

que, lorsque la question mixte de fait et de droit en litige est la conclusion de négligence tirée par le juge de première instance, les cours d’appel doivent faire preuve de retenue à l’égard de cette conclusion. Dans cette affaire, le juge de première instance avait conclu que le défendeur, un instructeur de ski, avait respecté la norme de diligence à laquelle il était tenu. Il avait aussi conclu que l’accident serait survenu, indépendamment de la conduite de l’instructeur de ski (*Taylor c. The Queen in Right of British Columbia* (1978), 95 D.L.R. (3d) 82). Le juge Seaton de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a exprimé son désaccord avec la conclusion du juge de première instance que l’instructeur de ski avait respecté la norme de diligence applicable (*Taylor (Guardian ad litem of) c. British Columbia* (1980), 112 D.L.R. (3d) 297). Il a néanmoins reconnu que [TRADUCTION] « l’ultime question » consistait à se demander si « l’omission de l’instructeur de rester près de la demanderesse avait été une cause de l’accident » (p. 307). Sur la question du lien de causalité, qui est une question de fait, le juge Seaton a clairement substitué son opinion à celle du juge de première instance sans tenir compte de la norme de contrôle appropriée. Ses remarques finales sur la question de la causalité, à la p. 308, font ressortir son absence de retenue à l’égard de la conclusion du juge de première instance sur ce point :

[TRADUCTION] Tout bien considéré, j’estime que la preuve étaye la prétention des demandeurs voulant que la conduite de l’instructeur, qui l’a laissée seule sous la crête de la butte, a été l’une des causes de l’accident.

En rétablissant la décision du juge de première instance, notre Cour n’a pas précisé si elle le faisait parce que la cour d’appel avait eu tort de modifier la conclusion de ce dernier sur la négligence ou parce qu’elle avait erronément modifié ses conclusions sur la causalité. Les motifs donnent à penser que la dernière proposition est la bonne. La seule partie du jugement de première instance mentionnée par notre Cour se rapporte à la conclusion sur le lien de causalité. Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a fait les remarques suivantes dans l’arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, à la p. 4 :

À la fin d’un procès de neuf jours, le juge Meredith, qui a présidé le procès, a rendu un jugement dans lequel il a

very carefully considered all of the evidence and concluded that the accident had been caused solely by Larry LaCasse and that the plaintiffs should recover damages, in an amount to be assessed, against LaCasse. The claims against Paul Ankenman, Jaegli Enterprises Limited and the other defendants were dismissed with costs.

examiné soigneusement toute la preuve et a conclu que l'accident était imputable uniquement à Larry LaCasse et que les demandeurs pouvaient recouvrer de LaCasse des dommages-intérêts pour un montant à déterminer. Les réclamations contre Paul Ankenman, Jaegli Enterprises Limited et les autres défendeurs ont été rejetées avec dépens.

113 The Court went on to cite a number of cases, some of which did not involve negligence (see *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78), for the general proposition that "it [is] wrong for an appellate court to set aside a trial judgment where [there is not palpable and overriding error, and] the only point at issue [was] the interpretation of the evidence as a whole" (p. 84). Given that the Court focussed on the issue of causation, a question of fact alone, I do not think that *Jaegli Enterprises* establishes that a finding of negligence by the trial judge should be deferred to by appellate courts. In my view, the Court in *Jaegli Enterprises* merely affirmed the longstanding principle that an appellate court should not interfere with a trial judge's finding of fact absent a palpable and overriding error.

La Cour a ensuite cité quelques décisions, dont certaines ne traitent pas de négligence (voir *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78), au soutien de la proposition générale qu'« une cour d'appel ne peut à bon droit infirmer une décision de première instance lorsque la seule question en litige porte sur l'interprétation de l'ensemble de la preuve » (p. 84). Étant donné que la Cour s'est attachée à la question du lien de causalité, question de fait seulement, je ne crois pas que l'arrêt *Jaegli Enterprises* établisse que les cours d'appel doivent faire montre de retenue lorsque le juge de première instance conclut à la négligence. À mon avis, dans l'arrêt *Jaegli Enterprises*, la Cour n'a fait que confirmer le principe bien établi portant qu'une cour d'appel ne doit pas modifier une conclusion de fait du juge de première instance en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

(2) Error of Law in the Reasons of the Court of Queen's Bench

(2) L'erreur de droit dans les motifs de la Cour du Banc de la Reine

114 The standard of care set out in s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*, as interpreted within the jurisprudence, required the trial judge to examine whether the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred posed a hazard to the reasonable driver exercising ordinary care. Having identified the correct legal test, the trial judge nonetheless failed to ask herself whether a reasonable driver exercising ordinary care would have been able to safely drive the portion of the road on which the accident occurred. To neglect entirely one branch of a legal test when applying the facts to the test is to misconstrue the law (*Southam, supra*, at para. 39). The Saskatchewan Court of Appeal was therefore right to characterize this failure as an error of law and to consider the factual findings made by the trial judge in light of the appropriate legal test.

Suivant la norme de diligence énoncée à l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, telle qu'elle a été interprétée dans la jurisprudence, la juge de première instance devait se demander si le tronçon du chemin Snake Hill sur lequel s'est produit l'accident constituait un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Après avoir déterminé quel était le critère juridique applicable, la juge de première instance a toutefois omis de se demander si un tel conducteur aurait pu rouler en sécurité sur le tronçon en question. Le fait d'omettre entièrement une étape d'un critère juridique, dans l'application de celui-ci aux faits de l'espèce, équivaut à mal interpréter le droit (*Southam, précité*, par. 39). Par conséquent, la Cour d'appel de la Saskatchewan a donc eu raison de qualifier cette omission d'erreur de droit et de contrôler les conclusions de fait tirées par la juge de première instance à la lumière du critère juridique approprié.

The long line of jurisprudence interpreting s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989* and its predecessor provisions clearly establishes that the duty of the municipality is to keep the road “in such a reasonable state of repair that those requiring to use it may, exercising ordinary care, travel upon it with safety” (*Partridge, supra*, at p. 558; *Levey v. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764 (Sask. C.A.), at p. 766; *Diebel Estate v. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68 (Q.B.), at pp. 71-72). Legislation in several other provinces establishes a similar duty of care and courts in these provinces have interpreted it in a similar fashion (*R. v. Jennings*, [1966] S.C.R. 532, at p. 537; *County of Parkland No. 31 v. Stetar*, [1975] 2 S.C.R. 884, at p. 892; *Fafard v. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717 (S.C.C.), at p. 718). This Court, in *Jennings, supra*, interpreting a similar provision under the Ontario *Highway Improvement Act*, R.S.O. 1960, c. 171, remarked at p. 537 that: “[i]t has been repeatedly held in Ontario that where a duty to keep a highway in repair is imposed by statute the body upon which it is imposed must keep the highway in such a condition that travellers using it with ordinary care may do so with safety”.

There is good reason for limiting the municipality’s duty to repair to a standard which permits drivers exercising ordinary care to proceed with safety. As stated by this Court in *Fafard, supra*, at p. 718: “[a] municipal corporation is not an insurer of travellers using its streets; its duty is to use reasonable care to keep its streets in a reasonably safe condition for ordinary travel by persons exercising ordinary care for their own safety”. Correspondingly, appellate courts have long held that it is an error for the trial judge to find a municipality in breach of its duty merely because a danger exists, regardless of whether or not that danger poses a risk to the ordinary user of the road. The type of error to be guarded against was described by Wetmore C.J. in *Williams v.*

La jurisprudence de longue date portant sur l’interprétation de l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989* et des dispositions qu’il a remplacées établit clairement que les municipalités ont l’obligation de tenir les chemins [TRADUCTION] « dans un état raisonnable d’entretien de façon que ceux qui doivent [es] emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité » (*Partridge, précité*, p. 558; *Levey c. Rural Municipality of Rodgers, No. 133*, [1921] 3 W.W.R. 764 (C.A. Sask.), p. 766; *Diebel Estate c. Pinto Creek No. 75 (Rural Municipality)* (1996), 149 Sask. R. 68 (B.R.), p. 71 et 72). Plusieurs autres provinces ont adopté des lois établissant une obligation de diligence semblable, et les tribunaux de ces provinces ont interprété cette obligation de la même façon (*R. c. Jennings*, [1966] R.C.S. 532, p. 537; *Comté de Parkland n° 31 c. Stetar*, [1975] 2 R.C.S. 884, p. 892; *Fafard c. City of Quebec* (1917), 39 D.L.R. 717 (C.S.C.), p. 718). Interprétant une disposition similaire de la *Highway Improvement Act* de l’Ontario, R.S.O. 1960, ch. 171, notre Cour a indiqué, dans l’arrêt *Jennings*, précité, p. 537, qu’[TRADUCTION] « [i] a été décidé à maintes reprises en Ontario que, lorsque l’obligation de maintenir une route en bon état d’entretien est légalement imposée à un organisme, celui-ci doit maintenir la route dans un état permettant à ceux qui l’empruntent en prenant des précautions normales d’y circuler en sécurité ».

Il existe de bonnes raisons de limiter l’obligation d’entretien des routes incombant aux municipalités au respect d’une norme suffisante pour permettre aux conducteurs qui prennent des précautions normales d’y circuler en sécurité. Comme l’a dit notre Cour dans l’arrêt *Fafard*, précité, p. 718 : [TRADUCTION] « [l]es municipalités ne sont pas les assureurs des automobilistes qui roulent dans leurs rues; leur obligation consiste à faire preuve de diligence raisonnable et de maintenir leurs rues dans un état raisonnablement sécuritaire pour la circulation normale des personnes qui prennent des précautions normales en vue d’assurer leur propre sécurité ». En conséquence, les cours d’appel estiment depuis longtemps que le juge de première instance commet une erreur s’il conclut qu’une municipalité

*Town of North Battleford* (1911), 4 Sask. L.R. 75 (en banc), at p. 81:

The question in an action of this sort, whether or not the road is kept in such repair that those requiring to use it may, using ordinary care, pass to and fro upon it in safety, is, it seems to me, largely one of fact . . . I would hesitate about setting aside a finding of fact of the trial Judge if he had found the facts necessary for the determination of the case, but he did not so find. He found that the crossing was a “dangerous spot without a light, and that if the utmost care were used no accident might occur, but it was not in such proper or safe state as to render such accident unlikely to occur.” He did not consider the question from the standpoint of whether or not those requiring to use the road might, using ordinary care, pass to and fro upon it in safety. The mere fact of the crossing being dangerous is not sufficient . . . [Emphasis added.]

117

From the jurisprudence cited above, it is clear that the mere existence of a hazard or danger does not in and of itself give rise to a duty on the part of the municipality to erect a sign. Even if a trial judge concludes on the facts that the conditions of the road do, in fact, present a hazard, he or she must still go on to assess whether that hazard would present a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. The ordinary driver is often faced with inherently dangerous driving conditions. Motorists drive in icy or wet conditions. They drive at night on country roads that are not well lit. They are faced with obstacles such as snow ridges and potholes. These obstacles are often not in plain view, but are obscured or “hidden”. Common sense dictates that motorists will, however, exercise a degree of caution when faced with dangerous driving conditions. A municipality is expected to provide extra cautionary measures only where the conditions of the road and the surrounding circumstances do not signal to the driver the possibility that a hazard is present. For example, the ordinary driver expects a dirt road to become slippery when wet. By contrast, paved

manque à son obligation du seul fait qu’un danger existe, indépendamment de la question de savoir si ce danger présente ou non un risque pour l’usager ordinaire du chemin. Le genre d’erreur qu’il faut éviter a été décrit ainsi par le juge en chef Wetmore dans l’affaire *Williams c. Town of North Battleford* (1911), 4 Sask. L.R. 75 (in banco), p. 81 :

[TRADUCTION] Il me semble que la question qui se pose dans ce genre d’action — soit celle de savoir si le chemin est tenu dans un état d’entretien tel que ceux qui doivent l’emprunter puissent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité — est essentiellement une question de fait [. . .] j’hésiterais à écarter une conclusion de fait du juge de première instance s’il avait relevé l’existence des faits nécessaires pour trancher l’affaire, mais il ne l’a pas fait. Il a conclu que l’intersection était « un endroit dangereux non éclairé, et qu’aucun accident ne s’y produirait si on faisait preuve d’une prudence extrême, mais que cet endroit n’était pas tenu dans un état d’entretien propre à rendre improbable un tel accident ». Il n’a pas examiné la question en se demandant si ceux qui doivent emprunter ce chemin peuvent, en prenant des précautions normales, y circuler en sécurité. Le seul fait que l’intersection soit dangereuse n’est pas suffisant . . . [Je souligne.]

Il ressort clairement de la jurisprudence susmentionnée que la simple existence d’un risque ou danger ne fait pas en soi naître pour la municipalité l’obligation d’installer un panneau de signalisation. Même si, à partir des faits, le juge de première instance arrive à la conclusion que l’état du chemin crée effectivement un risque, il doit poursuivre son analyse et se demander si ce risque présente un danger pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Le conducteur moyen rencontre souvent des conditions de conduite intrinsèquement dangereuses. Les automobilistes conduisent leur véhicule sur des chaussées glacées ou humides. Ils roulent la nuit sur des chemins de campagne mal éclairés. Ils rencontrent des obstacles comme des bancs de neige et des nids-de-poule. Souvent ces obstacles ne sont pas visibles, car ils sont dissimulés ou « cachés ». Le bon sens suggère que les automobilistes font toutefois preuve d’une certaine prudence en présence de conditions de conduite dangereuses. On n’attend de la municipalité qu’elle prenne des mesures d’avertissement supplémentaires que lorsque l’état du chemin et l’ensemble des

bridge decks on highways are often slick, though they appear completely dry. Consequently, signs will be posted to alert drivers to this unapparent possibility.

The appellant in this case argued, at para. 27 of his factum, that the trial judge did, in fact, assess whether a reasonable driver using ordinary care would find the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred to pose a risk. He points in particular to the trial judge's comments at paras. 85-86 that:

There is a portion of Snake Hill Road that is a hazard to the public. In this regard I accept the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner. Further, it is a hazard that is not readily apparent to users of the road. It is a hidden hazard. . . .

. . . where the existence of . . . bush obstructs the ability of a motorist to be forewarned of a hazard such as that on Snake Hill Road, it is reasonable to expect the R.M. to erect and maintain a warning or regulatory sign so that a motorist, using ordinary care, may be forewarned, adjust speed and take corrective action in advance of entering a dangerous situation. [Emphasis added.]

The appellant's argument suggests that the trial judge discharged her duty to apply the facts to the law merely by restating the facts of the case in the language of the legal test. This was not, however, sufficient. Although it is clear from the citation above that the trial judge made a factual finding that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred presented drivers with a hidden hazard, there is nothing in this portion of her reasons to suggest that she considered whether or not that portion of the road would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. The finding that a hazard, or even that a hidden hazard, exists does not automatically give rise to the conclusion that the reasonable driver exercising ordinary care could not

autres circonstances ne signalent pas au conducteur la possibilité qu'un danger existe. Par exemple, le conducteur moyen s'attend à ce qu'un chemin de terre devienne glissant lorsqu'il est mouillé. À l'opposé, les tabliers de pont asphaltés qui se trouvent sur les routes sont souvent glissants, bien qu'ils paraissent complètement secs. Par conséquent, des panneaux sont installés pour alerter les conducteurs de cette possibilité non apparente.

En l'espèce, l'appelant a plaidé, au par. 27 de son mémoire, que la juge de première instance s'était, en fait, demandé si un conducteur raisonnable prenant des précautions normales considérerait que le tronçon du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident constitue un risque. Il souligne en particulier les commentaires suivants de la juge de première instance, aux par. 85 et 86 :

[TRADUCTION] Il y a, sur le chemin Snake Hill, un tronçon qui présente un danger pour le public. À cet égard, je retiens les témoignages de MM. Anderson et Werner. En outre, il s'agit d'un danger qui n'est pas facilement décelable par les usagers du chemin. Il s'agit d'un danger caché . . .

. . . à l'endroit où la présence des broussailles empêche les automobilistes de voir venir un danger comme celui qui existe sur le chemin Snake Hill, il est raisonnable de s'attendre à ce que la M.R. installe et maintienne un panneau d'avertissement ou de signalisation afin qu'un automobiliste prenant des précautions normales soit prévenu et puisse réduire sa vitesse et prendre des mesures correctives avant d'arriver à l'endroit dangereux. [Je souligne.]

L'appelant semble prétendre que la juge de première instance s'est acquittée de son devoir d'appliquer le droit aux faits simplement en intégrant les faits de l'espèce à la formulation du critère juridique. Ce n'était toutefois pas suffisant. Bien qu'il ressorte clairement des passages précités que la juge de première instance a, à partir des faits, conclu que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident exposait les conducteurs à un danger caché, il n'y a rien dans cette partie de ses motifs qui indique qu'elle s'est demandé si cette portion du chemin présentait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Le fait de conclure à l'existence d'un danger, même caché, n'implique pas forcément que le conducteur

118

119

travel through it safely. A proper application of the test demands that the trial judge ask the question: "How would a reasonable driver have driven on this road?" Whether or not a hazard is "hidden" or a curve is "inherently" dangerous does not dispose of the question. My colleagues state that it was open to the trial judge to draw an inference of knowledge of the hazard simply because the sharp curve was a permanent feature of the road (para. 61). Here again, there is nothing in the reasons of the trial judge to suggest that she drew such an inference or to explain how such an inference accorded with the legal requirements concerning the duty of care.

raisonnable prenant des précautions normales ne peut pas y circuler en sécurité. Pour bien appliquer le critère juridique, le juge de première instance doit se poser la question suivante : « Comment un conducteur raisonnable aurait-il roulé sur ce chemin? » Le fait de conclure qu'il existe ou non un danger « caché » ou qu'une courbe est quelque chose d'« intrinsèquement » dangereux ne vide pas la question. Mes collègues affirment que la juge de première instance pouvait inférer la connaissance du danger du seul fait que la courbe serrée constituait une caractéristique permanente du chemin (par. 61). Ici encore, rien dans les motifs de la juge de première instance n'indique qu'elle a tiré une telle inférence ou n'explique en quoi une telle inférence satisfaisait aux conditions juridiques relatives à l'obligation de diligence.

120

Nor did the trial judge consider the question in any other part of her reasons. Her failure to do so becomes all the more apparent when her analysis (or lack thereof) is compared to that in cases in which the courts applied the appropriate method. The Court of Appeal referred to two such cases by way of example. In *Nelson v. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260 (Q.B.), the plaintiff argued that the defendant municipality should have posted signs warning of a ridge in the middle of the road that resulted from the grading of the road by the municipality. The trial judge concluded that if the driver had exercised ordinary care, he could have travelled along the roadway with safety. Instead, he drove too fast and failed to keep an adequate lookout considering the maintenance that was being performed on the road. In *Diebel Estate, supra*, the issue was whether the municipality had a duty under s. 192 to post a sign warning motorists that a rural road ended abruptly in a T-intersection. The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would have driven on that road was asked and answered by the trial judge in the following passage at p. 74:

La juge de première instance n'a pas non plus examiné cette question ailleurs dans ses motifs. Son omission à cet égard devient encore plus évidente lorsqu'on compare son analyse (ou son absence d'analyse) à celle des affaires où les tribunaux ont appliqué la bonne démarche. La Cour d'appel a donné comme exemple deux de ces affaires. Dans *Nelson c. Waverley (Rural Municipality)* (1988), 65 Sask. R. 260 (B.R.), le demandeur prétendait que la municipalité défenderesse aurait dû installer des panneaux signalant la présence, au milieu du chemin, d'un sillon résultant de travaux municipaux de nivellement. Le juge de première instance a estimé que, si le conducteur avait pris des précautions normales, il aurait pu rouler en sécurité sur la chaussée. Au lieu de cela, il a roulé trop vite et manqué de vigilance compte tenu des travaux d'entretien qui étaient effectués sur le chemin. Dans *Diebel Estate, précité*, il s'agissait de déterminer si la municipalité avait, en vertu de l'art. 192, l'obligation d'installer un panneau avertissant les automobilistes qu'une route rurale se terminait de façon abrupte à un croisement en T. Le juge de première instance s'est demandé comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait roulé sur ce chemin, et il a répondu ainsi à cette question, à la p. 74 :

His [the expert's] conclusions as to stopping are, however, mathematically arrived at and never having been on

[TRADUCTION] Ses conclusions [celles de l'expert] pour ce qui concerne l'arrêt des automobiles découlent

the road, from what was described in the course of the trial, I would think the intersection could be a danger at night to a complete stranger to the area, depending on one's reaction time and the possibility of being confused by what one saw rather than recognizing the T intersection to be just that. On the other hand I would think a complete stranger in the area would be absolutely reckless to drive down a dirt road of the nature of this particular road at night at 80 kilometres per hour. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

The conclusion that Wright J. erred in failing to apply a required aspect of the legal test does not automatically lead to a rejection of her factual findings. This Court's jurisdiction to review questions of law entitles it, where an error of law has been found, to take the factual findings of the trial judge as they are, and to assess these findings anew in the context of the appropriate legal test.

In my view, neither Wright J.'s factual findings nor any other evidence in the record that she might have considered had she asked the appropriate question, support the conclusion that the respondent was in breach of its duty. The portion of Snake Hill Road on which the accident occurred did not pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care because the conditions of Snake Hill Road in general and the conditions with which motorists were confronted at the exact location of the accident signalled to the reasonable motorist that caution was needed. Motorists who appropriately acknowledged the presence of the several factors which called for caution would have been able to navigate safely the so-called "hidden hazard" without the benefit of a road sign.

The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would have driven on Snake Hill Road necessitates a consideration of the nature and locality of the road. A reasonable motorist will not approach a narrow gravel road in the country in the same way that he or she will approach a paved highway. It is reasonable to expect a motorist to drive more slowly and to pay greater attention to the potential presence of hazards when driving on a

toutefois d'opérations mathématiques et bien que je n'aie jamais emprunté le chemin en question, d'après les descriptions faites au procès, je suis d'avis que le croisement pourrait constituer un danger la nuit pour quelqu'un qui ne connaît absolument pas l'endroit, eu égard à la vitesse de réaction de chacun et à la possibilité que quelqu'un confonde le croisement en T avec quelque chose d'autre. Par ailleurs, j'estime que quelqu'un ne connaissant aucunement l'endroit agirait de façon tout à fait téméraire en roulant à 80 kilomètres à l'heure la nuit sur un chemin de terre comme celui qui nous intéresse. [Je souligne; soulignement dans l'original omis.]

Le fait de conclure que la juge Wright a commis une erreur de droit en omettant d'appliquer un élément essentiel du critère juridique n'invalide pas forcément ses conclusions de fait. En effet, la compétence de notre Cour en matière d'examen des questions de droit l'autorise, lorsqu'une telle erreur est décelée, à reprendre telles quelles les conclusions de fait du juge de première instance et à les réévaluer au regard du critère juridique approprié.

Selon moi, ni les faits retenus par la juge Wright ni aucun autre élément de preuve au dossier qu'elle aurait pu prendre en considération si elle s'était posé la bonne question n'appuient sa conclusion que l'intimée a manqué à son obligation. La portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident ne présentait pas de risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales, car l'état de ce chemin en général et les conditions auxquelles les automobilistes doivent faire face à l'endroit précis de l'accident avertissent l'automobiliste raisonnable que la prudence s'impose. Les automobilistes sachant reconnaître les divers facteurs qui appellent à la prudence auraient pu franchir le soi-disant [TRADUCTION] « danger caché » sans l'aide d'un panneau de signalisation.

Pour savoir comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait conduit son véhicule sur le chemin Snake Hill, il faut tenir compte de la nature du chemin et de la configuration des lieux. Un automobiliste raisonnable ne roulera pas sur une étroite route de campagne gravelée de la même façon que sur une route asphaltée. Il est raisonnable de s'attendre à ce qu'un automobiliste conduise moins vite et soit plus attentif à la présence

121

122

123



road that is of a lower standard, particularly when he or she is unfamiliar with it.

124 While the trial judge in this case made some comments regarding the nature of the road, I agree with the Court of Appeal's findings that "[s]he might have addressed the matter more fully, taking into account more broadly the terrain through which the road passed, the class and designation of the road in the scheme of classification, and so on . . ." (para. 55). Instead, the extent of her analysis of the road was limited to the following comments, found at para. 84 of her reasons:

Snake Hill Road is a low traffic road. It is however maintained by the R.M. so that it is passable year round. There are permanent residences on the road. It is used by farmers for access to their fields and cattle. Young people frequent Snake Hill Road for parties and as such the road is used by those who may not have the same degree of familiarity with it as do residents.

125 In my view, the question of how the reasonable driver would have negotiated Snake Hill Road necessitated a somewhat more in-depth analysis of the character of the road. The trial judge's analysis focussed almost entirely on the use of the road, without considering the sort of conditions it presented to drivers. It is perhaps not surprising that the trial judge did not engage in this fuller analysis, given that she did not turn her mind to the question of how a reasonable driver would have approached the road. Had she considered this question, she likely would have engaged in the type of assessment that was made by the Court of Appeal at para. 13 of its judgment:

The road, about 20 feet in width, was classed as "a bladed trail," sometimes referred to as "a land access road," a classification just above that of "prairie trail". As such, it was not built up, nor gravelled, except lightly at one end of it, but simply bladed across the terrain following the path of least resistance. Nor was it in any way signed.

de dangers potentiels sur un chemin de catégorie inférieure, particulièrement s'il n'est pas familier avec celui-ci.

Bien que, en l'espèce, la juge de première instance ait fait certains commentaires sur la nature du chemin, je souscris à la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle [TRADUCTION] « [e]lle aurait pu examiner la question de manière plus approfondie, en tenant davantage compte du type de terrain que le chemin traversait, de la nature et de la désignation du chemin selon le système de classification des routes et ainsi de suite . . . » (par. 55). Au lieu de cela, son analyse s'est limitée aux commentaires suivants, au par. 84 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le chemin Snake Hill est un chemin à faible débit de circulation. Il est néanmoins entretenu par la M.R. à longueur d'année afin de le garder carrossable. Des résidences permanentes sont situées en bordure de celui-ci. Les fermiers l'utilisent pour accéder à leurs champs et à leur bétail. Des jeunes gens empruntent le chemin Snake Hill pour se rendre à des fêtes, de sorte qu'il est utilisé par des conducteurs qui ne le connaissent pas toujours aussi bien que les résidents de l'endroit.

À mon avis, la question de savoir comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur le chemin Snake Hill nécessitait un examen un peu plus approfondi de la nature du chemin. Dans son analyse, la juge de première instance s'est attachée presque exclusivement à l'utilisation qui est faite du chemin, sans prendre en compte le genre de conditions qu'il présente aux conducteurs. Il n'est peut-être pas surprenant qu'elle ne se soit pas livrée à cette analyse approfondie, puisqu'elle ne s'est pas demandé comment un conducteur raisonnable aurait roulé sur ce chemin. Si elle s'était posé cette question, elle aurait vraisemblablement procédé à une évaluation analogue à celle qu'a faite la Cour d'appel au par. 13 de son jugement :

[TRADUCTION] Le chemin, d'une largeur de 20 pieds environ, a été qualifié de « chemin nivelé », qu'on appelle aussi parfois « chemin d'accès », soit tout juste une catégorie au-dessus d'un « chemin de prairie ». Comme tel, il n'a été ni renforcé ni revêtu de gravier, sauf légèrement à l'une de ses extrémités, il s'agit tout simplement d'un chemin nivelé à même le terrain, suivant le tracé présentant le moins d'obstacles. On n'y a installé aucune signalisation.

Given the fact that Snake Hill Road is a low standard road, in a category only one or two levels above a prairie trail, one can assume that a reasonable driver exercising ordinary care would approach the road with a certain degree of caution.

Having considered the character of the road in general, and having concluded that by its very nature it warranted a certain degree of caution, it is nonetheless necessary to consider the material features of the road at the point at which the accident occurred. Even on roads which are of a lower standard, a reasonable driver exercising due caution may be caught unaware by a particularly dangerous segment of the road. That was, in fact, the central argument that the appellant put forward in this case. According to the appellant's "dual nature" theory, at para. 8 of his factum, the fact that the curvy portion of Snake Hill Road where the accident occurred was flanked by straight segments of road created a risk that a motorist would be lulled into thinking that the curves could be taken at speeds greater than that at which they could actually be taken.

While it is not clear from her reasons that the trial judge accepted the appellant's "dual nature" theory, it appears that her conclusion that the municipality did not meet the standard of care required by it was based largely on her observation of the material features of the road at the location of the Nikolaisen rollover. Relying on the evidence of two experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, she found the portion of the road on which the accident occurred to be a "hazard to the public". In her view, the limited sight distance created by the presence of uncleared bush precluded a motorist from being forewarned of the impending sharp right turn immediately followed by a left turn. Based on expert testimony, she concluded that the curve could not be negotiated at speeds greater than 60 km/h under favourable conditions, or 50 km/h under wet conditions.

Again, I would not reject the trial judge's factual finding that the curve presented motorists with an

Comme le chemin Snake Hill est une route de catégorie inférieure, à peine un ou deux niveaux au-dessus d'un chemin de prairie, on peut présumer qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales y roulerait avec une certaine prudence.

Après avoir examiné la nature générale du chemin et avoir conclu que, du fait de cette nature même, une certaine prudence s'imposait, il faut néanmoins prendre en considération les caractéristiques physiques du chemin à l'endroit où l'accident s'est produit. Même sur des chemins de catégorie inférieure, un conducteur raisonnable prenant des précautions normales pourrait être pris par surprise sur un tronçon particulièrement dangereux. Il s'agit là, en fait, de l'argument central présenté par l'appellant en l'espèce. Selon sa thèse, dite de la « nature hybride » du chemin, au par. 8 de son mémoire, le fait que la courbe où est survenu l'accident se trouve entre des tronçons en ligne droite risquait d'amener les automobilistes à croire que les virages pouvaient être pris à des vitesses supérieures à celles auxquelles ils pouvaient l'être en réalité.

Bien que les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement si elle a retenu la thèse de la « nature hybride » du chemin, il semble que sa conclusion selon laquelle la municipalité a manqué à son obligation d'entretien ait reposé largement sur son examen des caractéristiques physiques du chemin, à l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. S'appuyant sur les témoignages de deux experts, MM. Anderson et Werner, elle a estimé que la portion du chemin où s'est produit l'accident constituait un [TRADUCTION] « danger pour le public ». Selon elle, le fait que la distance de visibilité ait été réduite par la présence de broussailles empêchait les automobilistes de voir l'imminence d'un virage à droite serré, qui est immédiatement suivi d'un virage à gauche. Sur la base des témoignages d'experts, elle a conclu que le virage ne pouvait être pris à une vitesse supérieure à 60 km/h dans des conditions favorables, ou 50 km/h sur chaussée humide.

Je ne rejetterais pas, je le répète, la conclusion de fait selon laquelle la courbe présentait un risque

126

127

128

inherent hazard. The evidence does not, however, support a finding that a reasonable driver exercising ordinary care would have been unable to negotiate the curve with safety. As I explained earlier, the municipality's duty to repair is implicated only when an objectively hazardous condition exists, and where it is determined that a reasonable driver arriving at the hazard would be unable to provide for his or her own security due to the features of the hazard.

129

I agree with the trial judge that part of the danger posed by the presence of bushes on the side of the road was that a driver would not be able to predict the radius of the sharp right-turning curve obscured by them. In my view, however, the actual danger inherent in this portion of the road was that the bushes, together with the sharp radius of the curve, prevented an eastbound motorist from being able to see if a vehicle was approaching from the opposite direction. Given this latter situation, it is highly unlikely that any reasonable driver exercising ordinary care would approach the curve at speeds in excess of 50 km/h, a speed which was found by the trial judge to be a safe speed at which to negotiate the curve. Since a reasonable driver would not approach this curve at speeds in excess of which it could safely be taken, I conclude that the curve did not pose a risk to the reasonable driver.

130

One need only refer to the series of photographs of the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred to appreciate the extent to which visual clues existed which would alert a driver to approach the curve with caution (Respondent's Record, vol. II, at pp. 373-76). The photographs, which indicate what the driver would have seen on entering the curve, show the presence of bush extending well into the road. From the photographs, it is clear that a motorist approaching the curve would not fail to appreciate the risk presented by the curve, which is simply that it is impossible to see around it and to gauge what may be coming in the opposite direction. In addition, the danger posed

intrinsèque pour les automobilistes. Toutefois, il n'y a rien dans la preuve qui permette de conclure qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait été incapable de prendre le virage en sécurité. Comme je l'ai expliqué plus tôt, l'obligation d'entretien des municipalités n'est en cause que lorsqu'il existe une situation objectivement dangereuse et qu'il est établi qu'un conducteur raisonnable s'approchant du danger serait incapable d'assurer sa sécurité en raison des caractéristiques de ce danger.

Je partage l'opinion de la juge de première instance selon laquelle une partie du danger créé par les broussailles se trouvant en bordure de la route tenait au fait qu'un conducteur ne pourrait deviner le rayon de courbure prononcé du virage à droite serré qu'elles dissimulaient. À mon sens, toutefois, le véritable danger intrinsèque de ce tronçon du chemin résidait dans le fait que les broussailles, ainsi que le court rayon de courbure du virage, empêchent les automobilistes circulant en direction est de voir si un véhicule s'approche en sens inverse. Par conséquent, il est très peu probable qu'un conducteur raisonnable prenant des précautions normales approcherait de ce virage à une vitesse supérieure à 50 km/h, vitesse à laquelle la juge de première instance a conclu qu'il était possible de le prendre en sécurité. Étant donné qu'un conducteur raisonnable n'approcherait pas de ce virage à une vitesse supérieure à celle lui permettant de le prendre en sécurité, je conclus que le virage ne constituait pas un risque pour le conducteur raisonnable.

Il suffit d'examiner les photos du tronçon du chemin Snake Hill où l'accident est survenu pour constater à quel point il existait des indices visuels propres à inciter les conducteurs à s'approcher du virage avec prudence (dossier de l'intimée, vol. II, p. 373-376). Les photos, qui montrent ce que voit le conducteur sur le point d'amorcer le virage, laissent voir la présence de broussailles s'avancant considérablement au-dessus du chemin. Il ressort clairement de ces photographies qu'un automobiliste approchant du virage ne manquerait pas pressentir le risque que présente celui-ci, savoir qu'il est tout simplement impossible de voir de l'autre côté de la courbe ce qui peut arriver en sens inverse. De plus,

by the inability to see what is approaching in the opposite direction is somewhat heightened by the fact that this road is used by farm operators. At trial, the risk was described in the following terms by Mr. Sparks, an engineer giving expert testimony:

. . . if you can't, if you can't see far enough down the road to, you know, if there's somebody that's coming around the corner with a tractor and a cultivator and you can't see around the corner, then, you know, drivers would have a fairly strong signal, in my view, that due care and caution would be required.

The expert testimony relied on by the trial judge does not support a finding that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred would pose a risk to a reasonable driver exercising ordinary care. When asked at trial whether motorists, exercising reasonable care, would enter the curve at a slow speed because they could not see what was coming around the corner, Mr. Werner agreed that he, himself, drove the corner "at a slower speed" and that it would be prudent for a driver to slow down given the limited sight distance. Similarly, Mr. Anderson admitted to having taken the curve at 40-45 km/h the first time he drove it because he "didn't want to get into trouble with it". When asked if the reason he approached the curve at that speed was because he could not see around it, he replied in the affirmative: "[t]hat's why I approached it the way I did."

Perhaps most tellingly, Mr. Nikolaisen himself testified that he could not see if a vehicle was coming in the opposite direction as he approached the curve. The following exchange which occurred during counsel's cross-examination of Mr. Nikolaisen at trial is instructive:

Q. . . . You told my learned friend, Mr. Logue, that your view of the road was quite limited, that is correct? The view ahead on the road is quite limited, is that right?

le danger que constitue l'incapacité de voir ce qui arrive en sens inverse est d'une certaine manière exacerbé par le fait que le chemin est utilisé par des exploitants agricoles. Au procès, ce risque a été décrit ainsi par M. Sparks, ingénieur, qui témoignait à titre d'expert :

[TRADUCTION] . . . si vous ne pouvez pas voir, si vous ne pouvez pas voir assez loin sur le chemin pour, vous savez, savoir si quelqu'un arrive en sens inverse avec un tracteur tirant une herse et que vous ne pouvez voir, de l'autre côté du virage, alors, vous savez, cela devrait envoyer un message clair aux conducteurs, selon moi, que l'attention et la prudence s'imposent.

Le témoignage d'expert retenu par la juge de première instance n'étaye pas sa conclusion que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident présente un risque pour un conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Lorsqu'on lui a demandé si un automobiliste prenant des précautions normales amorcerait le virage à vitesse réduite étant donné qu'il ne peut voir ce qui l'attend au détour du chemin, M. Werner a reconnu que lui-même prend le virage [TRADUCTION] « à vitesse réduite » et qu'il serait prudent que les conducteurs ralentissent en raison de la distance de visibilité limitée. De même, M. Anderson a admis avoir pris le virage à 40-45 km/h la première fois qu'il est passé par là, car il [TRADUCTION] « ne voulait pas se placer dans une situation difficile ». Lorsqu'on lui a demandé s'il avait pris le virage à cette vitesse parce qu'il ne pouvait pas voir ce qui l'attendait, il a répondu par l'affirmative : [TRADUCTION] « [c']est la raison pour laquelle je l'ai approché comme je l'ai fait. »

Fait encore plus révélateur peut-être, M. Nikolaisen lui-même a témoigné qu'il ne pouvait pas savoir si un véhicule venait en sens inverse lorsqu'il s'approchait du virage. L'échange suivant, durant le contre-interrogatoire de M. Nikolaisen au procès par l'avocat de la partie adverse, est éclairant :

[TRADUCTION]

Q. . . . Vous avez dit à mon savant collègue, M. Logue, que votre visibilité était plutôt réduite, est-ce exact? La visibilité sur le chemin est plutôt réduite, n'est-ce pas?

131

132

- A. As in regards to travelling through the curves, yes, that's right, yeah.
- Q. Yes. And you did not know what was coming as you approached the curve, that is correct?
- A. That's correct, yes.
- Q. There might be a vehicle around that curve coming towards you or someone riding a horse on the road, that is correct?
- A. Or a tractor or a cultivator or something, that's right.
- Q. Or a tractor or a cultivator. You know as a person raised in rural Saskatchewan that all of those things are possibilities, that is right?
- A. That's right, yeah, that is correct.
- R. Lorsqu'on se trouve dans les courbes, oui, c'est exact.
- Q. Oui. Et vous ne saviez pas ce qui s'en venait lorsque vous approchiez du virage, est-ce exact?
- R. C'est exact, oui.
- Q. Il aurait pu y avoir un véhicule venant dans votre direction de l'autre côté de la courbe ou quelqu'un se promenant à cheval sur le chemin, est-ce exact?
- R. Ou un tracteur, un cultivateur ou autre chose, c'est vrai.
- Q. Ou un tracteur ou un cultivateur. Vous savez, puisque vous avez grandi en milieu rural en Saskatchewan, que toutes ces situations sont autant de possibilités, n'est-ce pas?
- R. C'est vrai, oui.

133

Nor do I accept the appellant's submission that the "dual nature" of the road had the effect of lulling drivers into taking the curve at an inappropriate speed. This theory rests on the assumption that the motorists would drive the straight portions of the road at speeds of up to 80 km/h, leaving them unprepared to negotiate suddenly appearing curves. Yet, while the default speed limit on the road was 80 km/h, there was no evidence to suggest that a reasonable driver would have driven any portion of the road at that speed. While Mr. Werner testified that a driver "would be permitted" to drive at a maximum of 80 km/h, since this was the default (not the posted) speed limit, he later acknowledged that bladed trails in the province are not designed to meet 80 km/h design criteria. I agree with the Court of Appeal that the evidence is that "Snake Hill Road was self-evidently a dirt road or bladed trail" and that it "was obviously not designed to accommodate travel at a general speed of 80 kilometres per hour". As I earlier remarked, the locality of the road and its character and class must be considered when determining whether the reasonable driver would be able to navigate it safely.

Je ne retiens pas non plus l'argument de l'appellant portant que la « nature hybride » du chemin avait pour effet d'amener les conducteurs à prendre le virage à une vitesse inappropriée. Cette théorie repose sur l'hypothèse que les automobilistes roulent sur les portions en ligne droite du chemin à une vitesse pouvant atteindre 80 km/h, et qu'ils se trouvent en conséquence pris de court lorsqu'ils doivent prendre un virage soudain. Pourtant, bien que la vitesse permise sur le chemin soit 80 km/h, rien dans la preuve n'indiquait qu'un conducteur raisonnable aurait roulé à cette vitesse à quelque endroit du chemin. Après avoir témoigné que les conducteurs [TRADUCTION] « étaient autorisés » à rouler à une vitesse maximale de 80 km/h, cette vitesse étant la vitesse permise par défaut (et non la vitesse affichée), M. Werner a reconnu que les chemins nivelés de la province ne sont pas conçus pour permettre la circulation à une vitesse de 80 km/h. À l'instar de la Cour d'appel, je suis d'avis que la preuve établit que [TRADUCTION] « le chemin Snake Hill était manifestement un chemin de terre ou un chemin nivelé » et qu'il « n'était clairement pas conçu pour permettre une vitesse générale de 80 kilomètres à l'heure ». Comme je l'ai souligné précédemment, la configuration du chemin, de même que sa nature et sa catégorie doivent être prises en considération pour décider si le conducteur raisonnable aurait pu y rouler en sécurité.

Furthermore, the evidence at trial did not suggest that drivers were somehow fooled by the so-called “dual nature” of the road. The following exchange between counsel for the respondent and Mr. Werner at trial is illustrative of how motorists would view the road:

Q. Now, Mr. Werner, would you not agree that the change in the character of this road as you proceeded from east to west was quite obvious?

A. It was straight, and then you came to a hill, and you really didn't know what might lie beyond the hill.

Q. That's right. But I mean, the fact that the road went from being straight and level to suddenly there was a hill and you couldn't see -- you could see from the point of the top of the hill that the road didn't continue in a straight line, couldn't you?

A. Yes, you could, from the top of the hill, it's a very abrupt hill, yes.

Q. And as you proceeded down though the hill it became quite obvious, did it not, that the character of the road changed?

A. Yes, it changed, yes.

Q. Now you were faced with something other than a straight road?

A. M'hm. Yes.

Q. Now you were on -- and at some point along there the surface of the road changed, did it not?

A. Yes.

Q. And, of course, the road was no longer, I use the term built-up to refer to a road that has grade and it has some drainage. As you proceeded from west to east, you realized, you could see, it was obvious that this was not longer a built-up road?

A. It was a road essentially that was cut out of the topography and had no ditches, and there was an abutment or shoulder right to the driving surface. It was different than the first part.

Q. Yes. And all those differences were obvious, were they not?

En outre, rien dans la preuve présentée au procès n'indiquait que les conducteurs avaient été trompés de quelque façon par la soi-disant « nature hybride » du chemin. L'échange suivant, entre l'avocat de l'intimée et M. Werner, illustre bien la façon dont les automobilistes perçoivent le chemin :

[TRADUCTION]

Q. Maintenant M. Werner, ne seriez-vous pas d'accord pour dire que le changement dans la nature de ce chemin lorsque vous rouliez d'est en ouest était très évident?

R. On roulait en ligne droite, puis on descendait une colline, et on ne savait vraiment pas ce qui pouvait se trouver de l'autre côté de la colline.

Q. C'est vrai. Mais je veux dire, le fait que le chemin suivait d'abord un tracé horizontal et en ligne droite pour soudainement devenir une colline et que vous ne pouviez pas voir -- vous pouviez voir du haut de la colline que le chemin ne continuait pas en ligne droite, n'est-ce pas?

R. Oui, vous pouviez, du haut de la colline, c'est une colline très abrupte, oui.

Q. Et au fur et à mesure que vous descendiez la colline il devenait assez évident, n'est-ce pas, que la nature du chemin changeait?

R. Oui, ça changeait, oui.

Q. Vous vous trouviez alors devant autre chose qu'un chemin en ligne droite?

R. M'hm. Oui.

Q. Vous étiez maintenant sur -- et à un moment donné la surface du chemin changeait, n'est-ce pas?

R. Oui.

Q. Et, évidemment, le chemin n'était plus, j'utilise le terme aménagé pour désigner un chemin possédant une certaine élévation et qui est dans une certaine mesure drainé. Au fur et à mesure que vous rouliez d'ouest en est, vous constatiez, vous pouviez voir, il était évident, qu'il ne s'agissait plus d'un chemin aménagé?

R. Il s'agit essentiellement d'un chemin tracé suivant la topographie des lieux et sans fossés, et il y avait un accotement à droite du conducteur. C'était différent de la portion précédente.

Q. Oui. Et toutes ces différences étaient évidentes, n'est-ce pas?

A. Well, I -- they were clear, satisfactorily clear to me, yes. [Emphasis added.]

135

Although they may be compelling factors in other cases, in this case the “dual nature” of the road, the radius of the curve, the surface of the road, and the lack of superelevation do not support the conclusion of the trial judge. The question of how a reasonable driver exercising ordinary care would approach this road demands common sense. There was no necessity to post a sign in this case for the simple reason that any reasonable driver would have reacted to the presence of natural cues to slow down. The law does not require a municipality to post signs warning motorists of hazards that pose no real risk to a prudent driver. To impose a duty on the municipality to erect a sign in a case such as this is to alter the character of the duty owed by a municipality to drivers. Municipalities are not required to post warnings directed at drunk drivers and thereby deal with their inability to react to the cues that alert the ordinary driver to the presence of a hazard.

R. Bien, je -- elles étaient évidentes, suffisamment évidentes pour moi, oui. [Je souligne.]

Bien qu'ils puissent constituer des facteurs concluants dans d'autres affaires, la « nature hybride » du chemin, le rayon de courbure du virage, le revêtement du chemin et l'absence d'élévation n'étaient pas en l'espèce la conclusion de la juge de première instance. Pour répondre à la question de savoir comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales roulerait sur ce chemin, il faut faire appel au bon sens. Il n'était pas nécessaire d'installer un panneau de signalisation en l'espèce, et ce pour la simple raison que n'importe quel conducteur raisonnable aurait réagi aux indices naturels l'invitant à ralentir. Le droit n'oblige pas les municipalités à installer des panneaux signalant aux automobilistes des dangers qui ne font pas courir de risque véritable aux conducteurs prudents. Imposer à la municipalité l'obligation d'installer un panneau dans un cas comme celui qui nous occupe équivaut à modifier la nature de l'obligation qu'ont les municipalités envers les conducteurs. Les municipalités ne sont pas tenues d'aménager des panneaux d'avertissement à l'intention des conducteurs en état d'ébriété et, ainsi, de remédier à leur incapacité de réagir aux indices qui alertent le conducteur moyen de la présence d'un danger.

136

My colleagues assert that the trial judge properly considered all aspects of the applicable legal test, including whether the curve would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. They say that the trial judge did discuss, both explicitly and implicitly, the conduct of an ordinary or reasonable motorist approaching the curve. Secondly, they note that she referred to the evidence of the experts, Mr. Anderson and Mr. Werner, both of whom discussed the conduct of an ordinary motorist in this situation. Thirdly, the fact that the trial judge apportioned negligence to Nikolaisen indicates, in their view, that she assessed his conduct against the standard of the ordinary driver, and thus considered the conduct of the latter (para. 40).

Mes collègues affirment que la juge de première instance a dûment pris en considération tous les aspects du critère juridique applicable, y compris la question de savoir si la courbe présentait un risque pour le conducteur moyen qui prend des précautions normales. Ils disent que la juge de première instance a effectivement examiné, explicitement et implicitement, la conduite de l'automobiliste moyen ou raisonnable qui s'approche du virage. Ils font ensuite remarquer qu'elle a fait état du témoignage des experts MM. Anderson et Werner, qui ont tous deux analysé la conduite de l'automobiliste moyen se trouvant dans cette situation. Enfin, le fait qu'elle ait imputé une partie de la responsabilité à M. Nikolaisen indique, à leur avis, qu'elle a évalué sa conduite au regard à la norme du conducteur moyen, et qu'elle a donc pris en compte la façon dont ce dernier aurait conduit (par. 40).

I respectfully disagree that it is explicit in the trial judge's reasons that she considered whether the portion of the road on which the accident occurred posed a risk to the ordinary driver exercising reasonable care. As I explained above, the fact that the trial judge restated the legal test in the form of a conclusion in no way suggests that she turned her mind to the issue of whether the ordinary driver would have found the curve to be hazardous.

Nor do I agree that a discussion of the conduct of an ordinary motorist in the situation was somehow "implicit" in the trial judge's reasons. In my view, it is highly problematic to presume that a trial judge made factual findings on a particular issue in the absence of any indication in the reasons as to what those findings were. While a trial judge is presumed to know the law, he or she cannot be presumed to have reached a factual conclusion without some indication in the reasons that he or she did in fact come to that conclusion. If the reviewing court is willing to presume that a trial judge made certain findings based on evidence in the record absent any indication in the reasons that the trial judge actually made those findings, then the reviewing court is precluded from finding that the trial judge misapprehended or neglected evidence.

In my view, my colleagues have throughout their reasons improperly presumed that the trial judge reached certain factual findings based on the evidence despite the fact that those findings were not expressed in her reasons. On the issue of whether the curve presented a risk to the ordinary driver, my colleagues note that "in relying on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner, the trial judge chose not to base her decision on the conflicting evidence of other witnesses" (para. 46). The problem with this statement is that although the trial judge relied on the evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner to conclude that the portion of Snake Hill Road on which the accident occurred was a hazard, it is impossible from her reasons to discern what, if

137  
En toute déférence, je ne crois pas qu'il ressorte explicitement des motifs de la juge de première instance qu'elle s'est demandé si la portion du chemin où s'est produit l'accident constituait un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Comme je l'ai expliqué précédemment, le fait que la juge de première instance ait reformulé le critère juridique sous forme de conclusion n'indique aucunement qu'elle s'est demandé si le conducteur moyen aurait considéré la courbe comme dangereuse.

138  
Je n'estime pas non plus que l'examen de la façon de conduire de l'automobiliste moyen dans cette situation ressorte « implicitement » des motifs de la juge de première instance. À mon avis, il est très problématique de présumer qu'un juge de première instance a tiré des conclusions de fait à l'égard d'une question précise alors qu'il n'y a aucune indication dans ses motifs quant à la nature de ces conclusions. Bien que le juge de première instance soit censé connaître le droit, on ne peut présumer qu'il a tiré à une conclusion factuelle en l'absence d'indication dans ses motifs qu'il est effectivement arrivé à cette conclusion. Si le tribunal de révision est prêt à supposer que le juge de première instance a tiré certaines conclusions, sur la foi de la preuve figurant au dossier, bien que rien dans les motifs n'indique qu'il a vraiment tiré ces conclusions, alors le tribunal de révision ne saurait conclure que le juge de première instance a mal interprété des éléments de preuve ou a négligé d'en tenir compte.

139  
À mon avis, tout au long de leurs motifs, mes collègues ont à tort présumé que la juge de première instance était arrivée à certaines conclusions de fait fondées sur la preuve, malgré le fait que ces conclusions ne soient pas formulées dans ses motifs. Quant à la question de savoir si le virage présentait un risque pour le conducteur moyen, mes collègues ont fait remarquer qu'« en s'appuyant sur les témoignages de MM. Anderson et Werner, la juge de première instance a choisi de ne pas fonder sa décision sur les témoignages contradictoires rendus par d'autres témoins » (par. 46). Le problème que pose cet énoncé est que, même si la juge de première instance s'est appuyée sur les témoignages de MM. Anderson et Werner



any, evidence she relied on to reach the conclusion that the curve presented a risk to the ordinary driver exercising reasonable care. In the absence of any indication that she considered this issue, I am not willing to presume that she did.

pour conclure que la portion du chemin Snake Hill où s'est produit l'accident constituait un danger, il est impossible, à partir de ses motifs, de dire si elle s'est appuyée sur un témoignage — et, dans l'affirmative, sur lequel de ceux-ci — pour conclure que la courbe présentait un risque pour le conducteur moyen qui prend des précautions raisonnables. En l'absence de toute indication que la juge de première instance s'est penchée sur cette question, je ne suis pas disposé à présumer qu'elle l'a fait.

140

My colleagues similarly presume findings of fact when discussing the knowledge of the municipality. On this issue, they reiterate that “it is open for a trial judge to prefer some parts of the evidence over others, and to re-assess the trial judge’s weighing of the evidence, is, with respect, not within the province of an appellate court” (para. 62). At para. 64 of their reasons, my colleagues review the findings of the trial judge on the issue of knowledge and conclude that the trial judge “drew the inference that the municipality should have been put on notice and investigated Snake Hill Road, in which case it would have become aware of the hazard in question”. I think that it is improper to conclude that the trial judge made a finding that the municipality’s system of road inspection was inadequate in the absence of any indication in her reasons that she reached this conclusion. My colleagues further suggest that the trial judge did not impute knowledge to the municipality on the basis of the occurrence of prior accidents on Snake Hill Road (para. 65). They even state that it was not necessary for the trial judge to rely on the accidents in order to satisfy s. 192(3) (para. 67). This, in my view, is a reinterpretation of the trial judge’s findings that stands in direct contradiction to the reasons that were provided by her. The trial judge discusses other factors pertaining to knowledge only to heighten the significance that she attributes to the fact that accidents had previously occurred on other portions of the road (at para. 90):

De même, mes collègues supposent l'existence de conclusions factuelles dans leur examen de la question de la connaissance incombant à la municipalité. Sur ce point, ils réitèrent que « le juge de première instance peut préférer certaines parties de la preuve à d'autres, et, en toute déférence, il n'appartient pas au tribunal d'appel de procéder à nouveau à l'appréciation de la preuve, tâche déjà accomplie par le juge de procès » (par. 62). Au paragraphe 64 de leurs motifs, mes collègues examinent les conclusions de la juge de première instance sur la question de la connaissance et concluent qu'elle « a inféré que la municipalité aurait dû être informée de la situation sur le chemin à Snake Hill et aurait dû faire enquête à cet égard, ce qui lui aurait permis de prendre connaissance de l'existence du danger ». Je ne crois pas qu'on puisse à juste titre conclure que la juge de première instance est arrivée à la conclusion que le système d'inspection routière de la municipalité était inadéquat, alors que rien dans ses motifs n'indique qu'elle a tiré cette conclusion. Mes collègues estiment en outre que la juge de première instance n'a pas prêté à la municipalité la connaissance requise sur la base des accidents survenus antérieurement sur le chemin Snake Hill (par. 65). Ils disent même qu'il n'était pas nécessaire de s'appuyer sur ces accidents pour satisfaire aux exigences du par. 192(3) (par. 67). À mon avis, ils donnent à ces conclusions une nouvelle interprétation, qui contredit directement les motifs qu'elle a exposés. La juge de première instance examine d'autres facteurs qui touchent à la connaissance requise, uniquement pour souligner l'importance qu'elle accorde au fait que des accidents sont survenus antérieurement ailleurs sur le chemin (au par. 90) :

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. [Emphasis added.]

My colleagues refer to the decision of *Van de Perre v. Edwards*, [2001] 2 S.C.R. 1014, 2001 SCC 60, in which I stated that “an omission [in the trial judge’s reasons] is only a material error if it gives rise to the reasoned belief that the trial judge must have forgotten, ignored or misconceived the evidence in a way that affected his conclusion” (para. 15). This case is however distinguishable from *Van de Perre*. In *Van de Perre*, the appellate court improperly substituted its own findings of fact for the trial judge’s clear factual conclusions on the basis that the trial judge had not considered all of the evidence. By contrast, in this case my colleagues assert that this Court should not interfere with the “findings of the trial judge” even where no findings were made and where such findings must be presumed from the evidence. The trial judge’s failure in this case to reach any conclusion on whether the ordinary driver would have found the portion of the road on which the accident occurred hazardous, in my view, gives rise to the reasoned belief that she ignored the evidence on the issue in a way that affected her conclusion.

Finally, I do not agree that the trial judge’s conclusion that Mr. Nikolaisen was negligent equates to an assessment of whether a motorist exercising ordinary care would have found the curve on which the accident occurred to be hazardous. It is clear from the trial judge’s reasons that she made a factual finding that the curve could be driven safely at 60 km/h in dry conditions and 50 km/h in wet conditions and that Mr. Nikolaisen approached the curve at an

[TRADUCTION] Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n’est peut-être pas significatif en soi, mais il le devient si l’on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu’il s’agit d’une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que ce chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. [Je souligne.]

Mes collègues citent l’arrêt *Van de Perre c. Edwards*, [2001] 2 R.C.S. 1014, 2001 CSC 60, dans lequel j’ai dit, au par. 15, qu’« une omission [dans les motifs du juge de première instance] ne constitue une erreur importante que si elle donne lieu à la conviction rationnelle que le juge de première instance doit avoir oublié, négligé d’examiner ou mal interprété la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée ». Cependant, le présent pourvoi peut être distingué de l’affaire *Van de Perre*. Dans cette affaire, la Cour d’appel avait irrégulièrement substitué ses propres conclusions de fait aux conclusions factuelles évidentes du juge de première instance, au motif que celui-ci n’avait pas pris en compte tous les éléments de preuve. Par contraste, dans le présent pourvoi, mes collègues affirment que notre Cour ne doit pas modifier les « conclusions de la juge de première instance », même si aucune conclusion n’a été tirée et s’il faut supposer leur existence à partir de la preuve. En l’espèce, je suis d’avis que l’omission de la juge de première instance de tirer quelque conclusion que ce soit quant à la question de savoir si le conducteur moyen aurait considéré comme dangereux le tronçon du chemin où s’est produit l’accident fait naître la conviction rationnelle que, sur ce point, elle a négligé d’examiner la preuve de telle manière que sa conclusion en a été affectée.

Enfin, je ne peux souscrire à l’opinion que la conclusion de la juge de première instance selon laquelle M. Nikolaisen a fait preuve de négligence vaut examen de la question de savoir si l’automobiliste moyen prenant des précautions normales aurait estimé que la courbe où s’est produit l’accident était dangereuse. Il ressort clairement des motifs de la juge de première instance qu’elle a tiré les conclusions de fait suivantes : il était possible de prendre

141

142

excessive speed. As earlier stated, what she failed to consider was whether the ordinary driver exercising reasonable care would have approached the curve at a speed at which it could be safely negotiated, or, stated differently, whether the curve posed a real danger to the ordinary driver.

B. *Did the Trial Judge Err in Finding that the Respondent Municipality Knew or Should Have Known of the Danger Posed by the Municipal Road?*

143 Pursuant to s. 192(3) of *The Rural Municipality Act, 1989*, fault is not to be imputed to the municipality in the absence of proof by the plaintiff that the municipality “knew or should have known of the disrepair”.

144 The trial judge made no finding that the respondent municipality had actual knowledge of the alleged state of disrepair, but rather imputed knowledge to the respondent on the basis that it should have known of the danger. This is apparent in her findings on knowledge at paras. 89-91 of her reasons:

Breach of the statutory duty of care imposed by section 192 of the *Rural Municipality Act, supra*, cannot be imputed to the R.M. unless it knew of or ought to have known of the state of disrepair on Snake Hill Road. Between 1978 and 1990 there were four accidents on Snake Hill Road. Three of these accidents occurred in the same vicinity as the Nikolaisen rollover. The precise location of the fourth accident is unknown. While at least three of these accidents occurred when motorists were travelling in the opposite direction of the Nikolaisen vehicle, they occurred on that portion of Snake Hill Road which is the most dangerous — where the road begins to curve, rather than where it is generally straight and flat. At least two of these accidents were reported to authorities.

If the R.M. did not have actual knowledge of the danger inherent in this portion of Snake Hill Road, it should have known. While four accidents in 12 years may not in itself be significant, it takes on more significance

le virage en sécurité à 60 km/h à l’heure sur chaussée sèche et à 50 km/h sur chaussée humide, et M. Nikolaisen s’est approché du virage à une vitesse excessive. Comme je l’ai indiqué plus tôt, elle a omis de se demander si le conducteur moyen qui prend des précautions normales se serait approché du virage à une vitesse qui lui aurait permis de le prendre en sécurité ou, autrement dit, si la courbe présentait un danger réel pour le conducteur moyen.

B. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que la municipalité intimée connaissait ou aurait dû connaître le danger que présentait le chemin municipal?*

Conformément au par. 192(3) de la *Rural Municipality Act, 1989*, aucune faute n’est imputée à la municipalité à moins que le demandeur n’établisse que celle-ci « connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ».

La juge de première instance n’a pas conclu que la municipalité intimée connaissait concrètement le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin, mais elle lui a plutôt prêté cette connaissance pour le motif qu’elle aurait dû connaître l’existence du danger. C’est ce qui ressort de ses conclusions à cet égard, aux par. 89 à 91 de ses motifs :

[TRADUCTION] On ne peut reprocher à la municipalité rurale d’avoir manqué à l’obligation légale de diligence imposée par l’art. 192 de la loi intitulée la *Rural Municipality Act*, précitée, que si la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin Snake Hill. De 1978 à 1990, quatre accidents sont survenus sur ce chemin. Trois de ces accidents ont eu lieu dans le même secteur que celui où le véhicule de Nikolaisen a fait un tonneau. On ne connaît pas le lieu précis du quatrième accident. Bien que, dans au moins trois de ces accidents, les automobilistes aient circulé en sens inverse du véhicule de Nikolaisen, les accidents se sont produits dans la partie la plus dangereuse du chemin Snake Hill — là où commencent les courbes, et non dans la partie où le chemin est généralement droit et plat. Au moins deux de ces accidents ont été signalés aux autorités.

Si la M.R. ne connaissait pas concrètement le danger intrinsèque que comporte cette portion du chemin Snake Hill, elle aurait dû le connaître. Le fait que quatre accidents se soient produits en 12 ans n’est peut-être pas

given the close proximity of three of these accidents, the relatively low volume of traffic, the fact that there are permanent residences on the road and the fact that the road is frequented by young and perhaps less experienced drivers. I am not satisfied that the R.M. has established that in these circumstances it took reasonable steps to prevent this state of disrepair on Snake Hill Road from continuing.

I find that by failing to erect and maintain a warning and regulatory sign on this portion of Snake Hill Road the R.M. has not met the standard of care which is reasonable in the circumstances. Accordingly, it is in breach of its duty of care to motorists generally, and to Mr. Housen in particular. [Emphasis added.]

Whether the municipality should have known of the disrepair (here, the risk posed in the absence of a sign) involves both questions of law and questions of fact. As a matter of law, the trial judge must approach the question of whether knowledge should be imputed to the municipality with regard to the duties of the ordinary, reasonable and prudent municipal councillor (*Ryan v. Victoria (City)*, [1999] 1 S.C.R. 201, at para. 28). The question is then answered through the trial judge's assessment of the facts of the case.

I find that the trial judge made both errors of law and palpable and overriding errors of fact in determining that the respondent municipality should have known of the alleged state of disrepair. She erred in law by approaching the question of knowledge from the perspective of an expert rather than from the perspective of a prudent municipal councillor. She also erred in law by failing to appreciate that the onus of proving that the municipality knew or should have known of the alleged disrepair remained on the plaintiff throughout. The trial judge clearly erred in fact by drawing the unreasonable inference that the respondent municipality should have known that the portion of the road on which the accident occurred was dangerous from evidence that accidents had occurred on other parts of Snake Hill Road.

significatif en soi, mais il le devient si l'on considère que trois de ces accidents sont survenus à proximité, qu'il s'agit d'une route à débit de circulation relativement faible, que des résidences permanentes sont situées en bordure de celle-ci et que le chemin est fréquenté par des conducteurs jeunes et peut-être moins expérimentés. Je ne suis pas convaincue que la M.R. a établi avoir, dans ces circonstances, pris des mesures raisonnables pour remédier au mauvais état du chemin Snake Hill.

J'estime que, en omettant d'installer et de maintenir un panneau d'avertissement ou de signalisation dans cette partie du chemin Snake Hill, la M.R. n'a pas satisfait à la norme de diligence qui est raisonnable dans les circonstances. Par conséquent, elle ne s'est pas acquittée de son obligation de diligence à l'égard des automobilistes en général et à l'égard de M. Housen en particulier. [Je souligne.]

La question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le mauvais état du chemin (en l'occurrence, le risque que présentait l'absence de signalisation) soulève à la fois des questions de droit et des questions de fait. Sur le plan juridique, le juge de première instance doit se demander s'il y a lieu de présumer que la municipalité connaissait ce fait, au regard des obligations qui incombent au conseiller municipal ordinaire, raisonnable et prudent (*Ryan c. Victoria (Ville)*, [1999] 1 R.C.S. 201; par. 28). Le juge de première instance répond ensuite à la question en appréciant les faits de l'espèce dont il est saisi.

J'estime que la juge de première instance a commis et des erreurs de droit et des erreurs de fait manifestes et dominantes en statuant que la municipalité intimée aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin. Elle a commis une erreur de droit lorsqu'elle a examiné la question de la connaissance du point de vue du spécialiste plutôt que du point de vue du conseiller municipal prudent. Elle a commis une autre erreur de droit en ne reconnaissant pas que le fardeau de prouver que la municipalité connaissait ou aurait dû connaître le mauvais état du chemin ne cessait jamais d'incomber au demandeur. La juge de première instance a clairement commis une erreur de fait en inférant déraisonnablement que la municipalité intimée aurait dû savoir que la partie du chemin où l'accident s'est produit était dangereuse, compte tenu de la preuve que des accidents avaient eu lieu ailleurs sur le chemin Snake Hill.

145

146

147

The trial judge's failure to determine whether knowledge should be imputed to the municipality from the perspective of what a prudent municipal councillor should have known is implicit in her reasons. The respondent could not be held, for the purposes of establishing knowledge under the statutory test, to the standard of an expert analysing the curve after the accident. Yet this is precisely what the trial judge did. She relied on the expert evidence of Mr. Anderson and Mr. Werner to reach the conclusion that the curve presented a hidden hazard. She also implicitly accepted that the risk posed by the curve was not one that would be readily apparent to a lay person. This is evident in the portion of her judgment where she accepts as a valid excuse for not filing a timely claim against the respondent the appellant counsel's explanation that he did not believe the respondent to be at fault until expert opinions were obtained. The trial judge stated in this regard: "[i]t was only later when expert opinions were obtained that serious consideration was given to the prospect that the nature of Snake Hill Road might be a factor contributing to the accident" (para. 64). Her failure to consider the risk to the prudent driver is also apparent when one considers that she ignored the evidence concerning the way in which the two experts themselves had approached the dangerous curve (see para. 54 above).

148

Had the trial judge considered the question of whether the municipality should have known of the alleged disrepair from the perspective of the prudent municipal councillor, she would necessarily have reached a different conclusion. There was no evidence that the road conditions which existed posed a risk that the respondent should have been aware of. The respondent had no particular reason to inspect that segment of the road for the presence of hazards. It had not received any complaints from motorists respecting the absence of signs on the road, the lack of superelevation on the curves, or the presence of

Il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance qu'elle n'a pas décidé s'il fallait prêter à la municipalité la connaissance requise en considérant cette question du point de vue du conseiller municipal prudent. Pour trancher la question de la connaissance requise suivant le critère prévu par la loi, l'intimée ne pouvait être tenue aux mêmes normes qu'un spécialiste analysant la courbe après l'accident. Pourtant, c'est exactement ce qu'a fait la juge de première instance. Elle s'est fondée sur les témoignages d'expert donnés par MM. Anderson et Werner pour conclure que la courbe présentait un danger caché. Elle a également reconnu implicitement que le risque visé par la courbe n'était pas un risque facilement décelable par un profane. Cela ressort clairement du passage de son jugement où elle considère comme une excuse valable pour justifier le dépôt tardif de l'action contre l'intimée l'explication de l'avocat de l'appelant selon laquelle il ne croyait pas que l'intimée était dans son tort jusqu'à ce qu'il prenne connaissance des opinions des experts. La juge de première instance a dit ceci à cet égard : [TRADUCTION] « [c]e n'est que plus tard, après avoir obtenu l'opinion des experts, que la possibilité que la nature du chemin Snake Hill puisse avoir été un facteur ayant contribué à l'accident a été sérieusement envisagée » (par. 64). Son omission de s'interroger sur le risque que courrait le conducteur prudent apparaît elle aussi clairement, lorsqu'on considère qu'elle n'a pas tenu compte de la preuve concernant la façon dont les deux experts avaient eux-mêmes pris le virage dangereux (voir le par. 54 qui précède).

Si la juge de première instance avait répondu à la question de savoir si la municipalité aurait dû connaître le mauvais état dans lequel se trouvait, prétend-on, le chemin en se plaçant du point de vue du conseiller municipal prudent, elle serait nécessairement arrivée à une conclusion différente. Il n'y avait aucune preuve établissant que le danger existant créait un risque que l'intimée aurait dû connaître. Cette dernière n'avait aucune raison particulière d'aller inspecter cette portion du chemin pour voir s'il y existait des dangers. Elle n'avait reçu aucune plainte d'automobilistes relativement à l'absence de signalisation, à l'absence de surélévation des

trees and vegetation which grew up along the sides of the road.

In addition, the question of the respondent's knowledge is linked inextricably to the standard of care. A municipality can only be expected to have knowledge of those hazards which pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care, since these are the only hazards for which there is a duty to repair. The trial judge should not have expected the respondent in this case to have knowledge of the road conditions that existed at the site of the Nikolaisen rollover since that road condition simply did not pose a risk to the reasonable driver. In addition to the evidence that was discussed above in the context of the standard of care, this conclusion is supported by the testimony of the several lay witnesses that testified at trial. Craig Thiel, a resident on the road, testified that he was not aware that Snake Hill Road had a reputation of being a dangerous road, and that he himself had never experienced difficulty with the portion of the road on which the accident occurred. His wife, Toby, also testified that she had experienced no problems with the road.

The trial judge also clearly erred in fact by imputing knowledge to the municipality on the basis of the four accidents that had previously occurred on Snake Hill Road. While her factual findings regarding the accidents themselves have a sound basis in the evidence, these findings simply do not support her conclusion that a prudent municipal councillor ought to have known that a risk existed for the normal prudent driver. As such, the trial judge erred in drawing an unreasonable inference from the evidence that was before her. As stated above, the standard of review for inferences of fact is, above all, one of reasonableness. This is reflected in the following passage from *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, at pp. 503-4:

... "it is a well-known principle that appellate tribunals should not disturb findings of fact made by a trial judge

courbes ou à la présence d'arbres et de végétation en bordure du chemin.

En outre, la question de la connaissance de l'intimée est intimement liée à celle de la norme de diligence. Une municipalité est uniquement censée avoir connaissance des dangers qui présentent un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales, puisqu'il s'agit des seuls dangers à l'égard desquels existe une obligation d'entretien. En l'espèce, la juge de première instance n'aurait pas dû attendre de l'intimée qu'elle connaisse le danger qui existait à l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, puisque ce danger ne présentait tout simplement pas de risque pour le conducteur raisonnable. Outre les éléments de preuve examinés précédemment relativement à la norme de diligence, les témoignages de plusieurs témoins ordinaires qui ont déposé au procès étayaient cette conclusion. Craig Thiel, qui habite le long de ce chemin, a témoigné qu'il ne savait pas que le chemin Snake Hill avait la réputation d'être dangereux et qu'il n'avait lui-même jamais éprouvé de difficulté à conduire à l'endroit du chemin où est survenu l'accident. Sa conjointe, Toby, a également dit ne pas avoir connu de problème sur ce chemin.

La juge de première instance a clairement commis une autre erreur de fait en présumant, sur la foi des quatre accidents survenus auparavant sur le chemin Snake Hill, que la municipalité connaissait l'existence du danger. Bien que ses conclusions de fait relativement aux accidents eux-mêmes soient solidement étayées par la preuve, elles n'appuient tout simplement pas sa conclusion qu'un conseiller municipal prudent aurait dû savoir qu'il existait un risque pour le conducteur prudent. En conséquence, la juge de première instance a fait erreur en tirant une inférence déraisonnable de la preuve qui lui était soumise. Comme il a été indiqué plus tôt, la norme de contrôle applicable aux inférences de fait est, d'abord et avant tout, celle de la décision raisonnable. Les propos suivants du juge Spence dans l'arrêt *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491, p. 503-504, illustrent bien ce principe :

... « c'est un principe bien connu que les tribunaux d'appel ne doivent pas remettre en cause les conclusions

149

150

if there were credible evidence before him upon which he could reasonably base his conclusion". [Emphasis added.]

151 As I stated above, there was no evidence to suggest that the respondent had actual knowledge that accidents had previously occurred on Snake Hill Road. To the contrary, Mr. Danger, the administrator of the municipality, testified that the first he heard of the accidents was at the trial.

152 Implicit in the trial judge's reasons, then, was the expectation that the municipality should have known about the accidents through an accident-reporting system. The appellant put forward that argument explicitly before this Court, placing significant emphasis on the fact that respondent "has no regularized approach to gathering this information, whether from councillors or otherwise". The argument suggests that, had the municipality established a formal system to find out whether accidents had occurred on a given road, it would have known that accidents had occurred on Snake Hill Road and would have taken the appropriate corrective action to ensure that the road was safe for travellers.

153 I find the above argument to be flawed in two important respects. First, the argument that the other accidents on Snake Hill Road were relevant in this case is based on the assumption that there was an obligation on the respondent municipality to have a "regularized" accident-reporting system, and that the informal system that was in place was somehow deficient. In my view, the appellant did not meet its onus to show that the system relied on by the municipality to discharge its obligations under s. 192 of the *The Rural Municipality Act, 1989* was deficient. The evidence shows that, prior to 1988, there was no formal system of accident reporting in place. There was, nonetheless, an informal system whereby the municipal councillors were responsible for finding out if there were road hazards. Information that hazards existed came to the attention of the councillors via complaints, and from their own familiarity

de fait du juge de première instance, s'il existait des témoignages dignes de foi sur lesquels le juge pouvait raisonnablement fonder ses conclusions ». [Je souligne.]

Comme je l'ai mentionné précédemment, il n'y avait aucune preuve indiquant que l'intimée savait concrètement que d'autres accidents étaient survenus auparavant sur le chemin Snake Hill. Au contraire, M. Danger, l'administrateur de la municipalité, a témoigné qu'il avait entendu parler de ces accidents pour la première fois au procès.

Par conséquent, il ressort implicitement des motifs de la juge de première instance que la municipalité aurait censément dû connaître l'existence des accidents grâce à un système d'information en la matière. L'appelant a expressément plaidé cet argument devant notre Cour, insistant fortement sur le fait que l'intimée [TRADUCTION] « ne dispose pas d'un mécanisme structuré de collecte de cette information, que ce soit par l'entremise des conseillers ou d'autres personnes ». Suivant cet argument, on prétend que, si la municipalité avait établi un système officiel lui permettant de savoir si des accidents sont survenus sur une route donnée, elle aurait su que des accidents s'étaient produits sur le chemin Snake Hill et elle aurait pris les mesures correctives appropriées pour faire en sorte que le chemin soit sécuritaire pour les usagers.

J'estime que l'argument susmentionné présente deux lacunes importantes. Premièrement, l'argument selon lequel les autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill étaient pertinents en l'espèce repose sur la présomption que la municipalité intimée avait l'obligation d'avoir un système « structuré » d'information sur les accidents, et que le système informel en place était d'une certaine manière déficient. À mon avis, l'appelant ne s'est pas acquitté du fardeau qui lui incombait de démontrer que le système sur lequel la municipalité se fondait pour remplir ses obligations au titre de l'art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*, était déficient. La preuve établit que, avant 1988, il n'existait pas de système officiel d'information sur les accidents. Il existait néanmoins, un système informel dans le cadre duquel les conseillers municipaux étaient chargés de s'enquérir de l'existence de dangers

with the roads within the township under their jurisdiction. The trial judge made a palpable error in finding that this informal system was deficient in the absence of any evidence of the practice of other municipalities at the time that the accidents occurred and what might have been a reasonable system, particularly given the fact that the rural municipality in question had only six councillors. There is no evidence that a rural municipality of this type requires the sort of sophisticated information-gathering process that may be required in a city, where accidents occur with greater frequency and where it is less likely that word of mouth will suffice to bring hazards to the attention of the councillors.

The respondent municipality now has a more formalized system of accident reporting. Since 1988, Saskatchewan Highways and Transportation annually provides the municipalities with a listing of all motor vehicle accidents which occur within the municipality and which are reported to the police. While I agree that this system may provide the municipality with a better chance of locating hazards in some circumstances, I do not accept that the adoption of this system is relevant on the facts of this case. Only one accident, which occurred in 1990, was reported to the respondent under this system. The appellant adduced no evidence to suggest that this accident occurred at the same location as the Nikolaisen rollover, or that this accident occurred as a result of the conditions of the road rather than the negligence of the driver.

Secondly, and perhaps more importantly, it was simply illogical for the trial judge to infer from the fact of the earlier accidents that the respondent should have known that the site of the Nikolaisen rollover posed a risk to prudent drivers. The three accidents, which took place in 1978, 1985, and 1987, occurred on different curves, while the vehicles involved were proceeding in the opposite

sur les routes. Les conseillers étaient informés de l'existence de dangers par suite des plaintes qu'ils recevaient et par leur propre expérience des routes situées dans les cantons qu'ils représentaient. La juge de première instance a commis une erreur manifeste en concluant que ce système informel était déficient, alors qu'aucune preuve n'indiquait quelles étaient les pratiques suivies par d'autres municipalités à cet égard au moment des accidents, ni n'expliquait en quoi aurait consisté un système raisonnable, compte tenu particulièrement du fait que la municipalité rurale concernée ne comptait que six conseillers. Il n'y a aucune preuve indiquant qu'une municipalité rurale de ce genre a besoin du genre de mécanisme élaboré de collecte de renseignements dont peut avoir besoin une grande ville, où les accidents sont plus fréquents et où il est peu probable que le bouche à oreille soit suffisant pour porter les dangers à l'attention des conseillers.

La municipalité intimée possède maintenant un système plus officiel d'information sur les accidents. Depuis 1988, en effet, le ministère de la Voirie et du Transport de la Saskatchewan communique annuellement à chaque municipalité la liste de tous les accidents d'automobile survenus sur son territoire et signalés aux policiers. Bien que ce système puisse, j'en conviens, permettre aux municipalités de mieux repérer les dangers dans certaines circonstances, je ne crois pas que son adoption soit pertinente eu égard aux faits de l'espèce. Un seul accident, survenu en 1990, a été signalé à l'intimée par le truchement de ce système. L'appellant n'a produit aucun élément de preuve indiquant que cet accident est survenu au même endroit que celui où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau, ou qu'il était attribuable à l'état de la route plutôt qu'à la négligence du conducteur.

Deuxièmement, élément peut-être plus important encore, il était tout simplement illogique pour la juge de première instance d'inférer de l'existence des accidents antérieurs que l'intimée aurait dû savoir que l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau présentait un risque pour les conducteurs prudents. Les trois accidents — qui sont survenus en 1978, 1985 et 1987

154

155



direction. The accidents of 1978 and 1987 occurred on the first right-turning curve in the road with the drivers travelling westbound, at the bottom of the hill. The accident in 1985 took place on the next curve in the road with the driver also travelling westbound, again on a different curve from the one where the Nikolaisen rollover took place. If anything, these accidents signal that the municipality should have been concerned with the curves that were, when travelling westbound, to the east of the site of the Nikolaisen rollover. The evidence disclosed no accidents that had occurred at the precise location of the accident that is the subject of this case.

156 Furthermore, the mere occurrence of an accident does not in and of itself indicate a duty to post a sign. In many cases, accidents happen not because of the conditions of the road, but rather because of the negligence of the driver. Illustrative in this regard is Mr. Agrey's accident on Snake Hill Road in 1978. Mr. Agrey testified that, just prior to the accident, he had turned his attention away from the road to talk to one of the passengers in the vehicle. Another passenger shouted to him to "look out", but by the time he was alerted it was too late to properly navigate the turn. Mr. Agrey was charged and fined for his carelessness. As was discussed in the context of the standard of care, a municipality is not obligated to make safe the roads for all drivers, regardless of the care and attention that they are exercising when driving. It need only keep roads in such a state of repair as will allow a reasonable driver exercising ordinary care to drive with safety.

157 In addition to the substantial errors discussed above, I would also note that, in my view, the trial judge was inattentive to the onus of proof on this issue. When reviewing the evidence pertaining to other accidents on Snake Hill Road, the trial judge remarked, at para. 31: "Cst. Forbes does not recall

— se sont produits dans des courbes différentes, et les véhicules concernés circulaient en sens inverse. L'accident de 1978 et celui de 1987 ont eu lieu dans le premier virage à droite au pied de la colline, les automobilistes roulant alors en direction ouest. L'accident de 1985 s'est produit dans la deuxième courbe, toujours en direction ouest, encore une fois dans une courbe différente de celle où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. Si ces accidents indiquent quoi que ce soit, c'est plutôt que la municipalité aurait dû se préoccuper des courbes qui, pour les véhicules circulant en direction ouest, se trouvent à l'est de l'endroit où le véhicule de M. Nikolaisen a fait un tonneau. La preuve n'a révélé aucun accident qui se serait produit à l'endroit précis où est survenu l'accident qui nous intéresse.

Qui plus est, le simple fait qu'un accident se produise n'emporte pas en soi l'obligation d'installer un panneau signalisateur. Dans bien des cas, les accidents surviennent non pas à cause de l'état de la route, mais plutôt à cause de la négligence du conducteur. Un bon exemple de cela est l'accident dont a été victime M. Agrey sur le chemin Snake Hill en 1978. Ce dernier a témoigné que, juste avant l'accident, il avait quitté des yeux la route pour parler à l'un des passagers du véhicule. Un autre passager lui a crié de faire attention, mais il était déjà trop tard pour bien exécuter le virage. Accusé de conduite imprudente, M. Agrey a été déclaré coupable et condamné à une amende. Comme on l'a vu plus tôt, dans le contexte de la norme de diligence, une municipalité n'a pas l'obligation de rendre les chemins sécuritaires pour tous les conducteurs, indépendamment de la prudence et de l'attention avec lesquelles ils conduisent. Elle est seulement tenue de maintenir les chemins dans un état propre à permettre au conducteur raisonnable qui prend des précautions normales d'y circuler en sécurité.

Outre les erreurs substantielles examinées précédemment, je tiens également à souligner que, selon moi, la juge de première instance ne s'est pas souciée du fardeau de preuve sur cette question. Lorsqu'elle a examiné la preuve relative aux autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill, la juge

any other accident on Snake Hill Road during her time at the Shellbrook RCMP Detachment, from 1987 until 1996. Cpl. Healey had heard of one other accident. Forbes and Healey are only two of nine members of the RCMP Detachment at Shellbrook” (emphasis added). By this comment, the trial judge seems to imply that there may have been more accidents on Snake Hill Road that had been reported and that the respondent should have known about this. With all due respect to the trial judge, if there had been accidents other than the ones that were raised at trial, it was up to the appellant to bring evidence of these accidents forward, either by calling the RCMP members to whom they had been reported, or by calling those who were involved in the accidents, or by any other available means. Furthermore, the significance that the trial judge attributed to the other accidents that occurred on Snake Hill Road was dependent on her assumption that the respondent should have had a formal accident-reporting system in place. The respondent did not bear the onus of demonstrating that it was not obliged to have such a system; there was, rather, a positive onus on the appellant to demonstrate that such a system was required and that the informal reporting system was inadequate.

C. *Did the Trial Judge Err in Finding that the Accident was Caused in Part by the Failure of the Respondent Municipality to Erect a Sign Near the Curve?*

The trial judge’s findings on causation are found at para. 101 of her judgment, where she states:

I find that this accident occurred as a result of Mr. Nikolaisen entering the curve on Snake Hill Road at a speed slightly in excess of that which would allow successful negotiation. The accident occurred at the most dangerous segment of Snake Hill Road where a warning or regulatory sign should have been erected and maintained to warn motorists of an impending and hidden hazard. Mr. Nikolaisen’s degree of impairment only

de première instance a fait les remarques suivantes au par. 31 : [TRADUCTION] « La gendarme Forbes ne se souvient pas de quelque autre accident sur le chemin Snake Hill durant la période où elle était affectée au détachement de la GRC de Shellbrook, de 1987 à 1996. Le caporal Healey avait entendu parler d’un autre accident. Forbes et Healey ne sont que deux des neuf membres du détachement de la GRC à Shellbrook » (je souligne). Par cette remarque, la juge de première instance semble laisser entendre que d’autres accidents sur le chemin Snake Hill ont pu avoir été signalés et que l’intimée aurait dû le savoir. En toute déférence pour la juge de première instance, s’il y avait eu d’autres accidents que ceux qui ont été mentionnés au procès, il appartenait à l’appellant d’en faire la preuve, soit en faisant témoigner les membres de la GRC à qui les accidents avaient été signalés ou encore les personnes en cause dans ces accidents, soit en utilisant tout autre moyen à sa disposition. En outre, l’importance que la juge de première instance a accordée aux autres accidents survenus sur le chemin Snake Hill dépendait du postulat que l’intimée aurait dû posséder un système officiel d’information sur les accidents. L’intimée n’était pas tenue de prouver qu’elle n’avait pas l’obligation de disposer d’un tel système. Il incombait plutôt à l’appellant d’établir que ce genre de système était nécessaire et que le système informel existant était insuffisant.

C. *La juge de première instance a-t-elle commis une erreur en concluant que l’accident avait été causé, en partie, par le défaut de la municipalité intimée d’installer un panneau de signalisation près de la courbe?*

Les conclusions de la juge de première instance au sujet du lien de causalité figurent au par. 101 de son jugement, où elle dit ceci :

[TRADUCTION] J’estime que l’accident s’est produit parce que M. Nikolaisen s’est engagé dans le virage sur le chemin Snake Hill à une vitesse légèrement supérieure à celle qui lui aurait permis de réussir la manœuvre. L’accident est survenu dans la portion la plus dangereuse du chemin Snake Hill, à un endroit où un panneau d’avertissement ou de signalisation aurait dû être installé et maintenu pour avertir les automobilistes de

served to increase the risk of him not reacting, or reacting inappropriately to a sign. Mr. Nikolaisen was not driving recklessly such that he would have intentionally disregarded a warning or regulatory sign. He had moments earlier, when departing the Thiel residence, successfully negotiated a sharp curve which he could see and which was apparent to him. I am satisfied on a balance of probabilities that had Mr. Nikolaisen been forewarned of the curve, he would have reacted and taken appropriate corrective action such that he would not have lost control of his vehicle when entering the curve.

159 The trial judge's above findings in respect to causation represent conclusions on matters of fact. Consequently, this Court will only interfere if it finds that in coming to these conclusions she made a manifest error, ignored conclusive or relevant evidence, misunderstood the evidence, or drew erroneous conclusions from it (*Toneguzzo-Norvell, supra*, at p. 121).

160 In coming to her conclusion on causation, the trial judge made several of the types of errors that this Court referred to in *Toneguzzo-Norvell*. To the extent that the trial judge relied on the evidence of Mr. Laughlin, the only expert to have testified on the issue of causation, I find that she either misunderstood his evidence or drew erroneous conclusions from it. The only other testimony in respect to causation was anecdotal evidence pertaining to Mr. Nikolaisen's level of impairment provided by Craig Thiel, Toby Thiel and Paul Housen. Although their testimonies provided some evidence in respect to causation, for reasons I will discuss, it was not evidence on which the trial judge could reasonably rely. Nor do I find that the trial judge was entitled to rely on evidence that Mr. Nikolaisen successfully negotiated the curve from the Thiel driveway onto Snake Hill Road. The inference that the trial judge drew from this fact was unreasonable and ignored evidence that Mr. Nikolaisen swerved even on this curve. In addition, the trial judge clearly erred by ignoring other relevant evidence in respect to causation, in particular the fact that Mr. Nikolaisen had driven on the

l'imminence d'un danger caché. Le degré d'ébriété de M. Nikolaisen n'a fait qu'accroître le risque qu'il ne réagisse pas du tout ou encore de façon inappropriée à une signalisation. M. Nikolaisen ne conduisait pas de façon si téméraire qu'il aurait intentionnellement fait abstraction d'un panneau d'avertissement ou de signalisation. Quelques instants plus tôt, au moment de quitter la résidence des Thiel, il avait pris avec succès un virage serré qu'il pouvait clairement voir. Je suis convaincue, selon la prépondérance des probabilités, que si on avait prévenu M. Nikolaisen de l'existence de la courbe, il aurait réagi et pris des mesures appropriées, qui l'auraient empêché de perdre la maîtrise de son véhicule en s'engageant dans le virage.

Les conclusions susmentionnées de la juge de première instance touchant le lien de causalité sont des conclusions portant sur des questions de fait. Par conséquent, notre Cour n'interviendra que si elle estime que, pour arriver à ses conclusions, la juge a commis une erreur manifeste, n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées (*Toneguzzo-Norvell, précité*, p. 121).

En arrivant à sa conclusion sur le lien de causalité, la juge de première instance a commis plusieurs des erreurs mentionnées par notre Cour dans l'arrêt *Toneguzzo-Norvell, précité*. Dans la mesure où la juge de première instance s'est fondée sur le témoignage de M. Laughlin, le seul expert à avoir témoigné sur la question du lien de causalité, j'estime qu'elle a mal interprété son témoignage ou qu'elle en a tiré des conclusions erronées. Les éléments anecdotiques des témoignages de Craig Thiel, Toby Thiel et Paul Housen concernant le degré d'ébriété de M. Nikolaisen constituent la seule autre preuve testimoniale sur le lien de causalité. Bien que leurs témoignages aient fourni quelques éléments de preuve touchant cette question, il ne s'agit pas, pour des raisons que j'examinerai plus loin, d'éléments sur lesquels la juge de première instance pouvait raisonnablement s'appuyer. Je n'estime pas non plus qu'elle pouvait se fonder sur la preuve que M. Nikolaisen avait réussi à prendre le virage permettant d'accéder au chemin Snake Hill depuis l'entrée des Thiel. L'inférence que la juge de première instance a tirée de ce fait était déraisonnable et faisait abstraction de la preuve selon laquelle

road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident.

I cannot agree with the trial judge that the testimony of Mr. Laughlin, a forensic alcohol specialist employed by the RCMP supports the finding that Mr. Nikolaisen would have reacted to a sign forewarning of the impending right-turning curve on which the accident occurred. The preponderance of Mr. Laughlin's testimony establishes that persons at the level of impairment which Mr. Nikolaisen was found to be at when the accident occurred would be unlikely to react to a warning sign. In addition, Mr. Laughlin's testimony points overwhelmingly to the conclusion that alcohol was the causal factor which led to this accident. The trial judge erred by misapprehending one comment in Mr. Laughlin's testimony and ignoring the significance of his testimony when taken as a whole.

Based on blood samples obtained by Constable Forbes approximately three hours after the accident occurred, Mr. Laughlin predicted that Mr. Nikolaisen's blood alcohol level at the time of the accident ranged from 180 to 210 milligrams percent. Mr. Laughlin commented at length on the effect that this level of blood alcohol could be expected to have on a person's ability to drive, testifying:

Well, My Lady, this alcohol level that I've calculated here is a very high alcohol level. The critical mental faculties [that] are important in operating a motor vehicle will be impaired by the alcohol. And any skill that depends on these mental faculties will be affected. These include anticipation, judgment, attention, concentration, the ability to divide attention among two or more areas of interest. Because these are affected to such a degree, it would be unsafe for anybody to operate a motor vehicle with this level of alcohol in their body.

le véhicule de M. Nikolaisen avait fait une embardée même dans cette courbe. En outre, la juge de première instance a clairement commis une erreur en ne prenant pas en considération d'autres éléments de preuve pertinents concernant le lien de causalité, en particulier le fait que M. Nikolaisen avait roulé à trois reprises sur le chemin en question au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident.

Je ne partage pas l'avis de la juge de première instance voulant que le témoignage de M. Laughlin, spécialiste judiciaire en matière d'alcool au service de la GRC, étaye la conclusion que M. Nikolaisen aurait réagi à un panneau lui signalant l'imminence du virage droite où s'est produit l'accident. Le témoignage de M. Laughlin établit de façon prépondérante que des personnes dans un état d'ébriété aussi avancé que celui de M. Nikolaisen au moment de l'accident ne réagiraient vraisemblablement pas à un panneau d'avertissement. De plus, le témoignage de M. Laughlin mène irrésistiblement à la conclusion que l'alcool a été le facteur causal de l'accident. La juge de première instance a commis une erreur à cet égard, car elle a mal interprété un élément de la déposition de M. Laughlin et elle a omis de tenir compte de l'importance de son témoignage, considéré globalement.

À la lumière des échantillons de sang prélevés par la gendarme Forbes environ trois heures après l'accident, M. Laughlin a estimé que, au moment de l'accident, l'alcoolémie de M. Nikolaisen se situait entre 180 et 210 mg par 100 ml de sang. Dans son témoignage, M. Laughlin a commenté en détail l'incidence d'une telle alcoolémie sur la capacité d'une personne de conduire :

[TRADUCTION] Bien, Madame, l'alcoolémie que j'ai calculée en l'espèce est très élevée. Les facultés mentales essentielles qui jouent un rôle important dans la conduite d'un véhicule automobile sont affaiblies par l'alcool. Et toute habileté tributaire de ces facultés mentales est affectée, notamment l'anticipation, le jugement, l'attention, la concentration, la capacité de partager son attention entre deux choses ou plus. Et parce qu'elles sont affectées à ce point, il serait risqué pour quiconque possède un tel taux d'alcool dans son sang de conduire un véhicule automobile.

161

162

When asked about his knowledge of research pertaining to the effects of alcohol on the risk of being involved in an automobile accident, Mr. Laughlin had this to say:

At this level the moderate user of alcohol risk of causing a crash is tremendously high, probably 100 times that of a sober driver, or even higher. And in some cases at this level, I've seen scientific literature indicating that the risk of causing a fatal crash is 2 to 300 times that of a sober driver. . . . if an impaired person is an experienced drinker there — it won't be that high. However, there will be an increased risk compared to a sober state. . . . But above 100 milligrams percent, regardless of tolerance, a person will be impaired with respect to driving ability.

Following these comments, Mr. Laughlin discussed the ability of a severely impaired person to react to the presence of a hazard when driving:

My Lady, I would like to add that the driving task is a demanding one and involves many multi-various tasks occurring at the same time. The hazard for a person under the influence of alcohol is it takes longer to notice a hazard or danger if one should occur; it takes longer to decide what corrective action is appropriate, and it takes longer to execute that decision and the person may tend to make incorrect decisions. So there is increased risk in that process. As well, if the impairment has progressed to the point where the motor skills are affected, the execution of that decision is impaired. So it's not a very graceful attempt at a corrective action. As well, some people tend to make more risks under the influence of alcohol. They do not apply sound reasoning and judgment. They are not able to properly assess the impairment of their driving skills, they are not able to properly assess the risk, not able to properly assess the changing road and weather conditions and adjust for that. But even if they do recognize those as hazards, they may tend to take more risks than a sober driver would.

Interrogé sur l'état des recherches touchant l'incidence de l'alcool sur le risque d'accident automobile, voici ce qu'a dit M. Laughlin :

[TRADUCTION] À ce taux-là, le risque qu'une personne qui consomme modérément de l'alcool provoque un accident est extrêmement élevé, probablement 100 fois plus élevé que le conducteur à jeun, ou plus encore. Et dans certains cas, à ce taux-là, j'ai lu des textes scientifiques dans lesquels on indiquait que le risque de provoquer un accident mortel est de 200 à 300 fois plus élevé que celui d'un conducteur à jeun. [ . . . ] [S]i la personne en état d'ébriété est quelqu'un qui a l'habitude de boire, le risque n'est pas aussi élevé. Cependant, il est plus grand que si la personne avait été à jeun. [ . . . ] Mais au dessus de 100 mg par 100 ml de sang, peu importe le degré de tolérance à l'alcool, une personne a les facultés affaiblies pour ce qui concerne sa capacité de conduire.

Après avoir fait ces remarques, M. Laughlin a décrit la capacité d'une personne en état d'ébriété avancé de réagir à la présence d'un danger lorsqu'elle conduit.

[TRADUCTION] Madame, j'aimerais ajouter que conduire un véhicule est une activité exigeante, qui demande d'accomplir une multiplicité de tâches simultanément. Le danger pour la personne qui conduit en état d'ébriété réside dans le fait qu'il lui faut plus de temps pour déceler la présence d'un risque ou d'un danger; il lui faut plus de temps pour décider quelle mesure corrective est requise, et elle prend plus de temps à mettre cette décision à exécution; de plus, une telle personne peut avoir tendance à prendre de mauvaises décisions. Ce processus accroît donc le risque. Aussi, si l'ébriété est avancée au point où les habiletés motrices sont affaiblies, l'exécution de la décision s'en trouve compromise. Il s'ensuit donc une tentative plutôt malhabile de corriger la situation. De plus, certaines personnes tendent à prendre davantage de risques lorsqu'elles sont en état d'ébriété. Elles ne font pas preuve de discernement et de jugement. Elles sont incapables d'évaluer correctement les changements dans l'état de la route et les conditions météorologiques et d'adapter leur conduite en conséquence. Mais même si elles reconnaissent qu'il s'agit effectivement de dangers, elles peuvent avoir tendance à prendre davantage de risques que le conducteur à jeun.

163

The above comments support the conclusion that the accident occurred as a result of Mr. Nikolaisen's impairment and not as a result of any failure on the part of the respondent. Indeed, when the portions of Mr. Laughlin's testimony that the trial judge relied

Les remarques qui précèdent étayent la conclusion que l'accident s'est produit en raison de l'état d'ébriété de M. Nikolaisen et non de quelque manquement de la part de l'intimée. De fait, lorsque les extraits du témoignage de M. Laughlin sur lesquels

on are considered in their context, they do not support her conclusion that Mr. Nikolaisen would have been able to react to a sign had one been posted. When asked by counsel whether it was possible for an individual with Mr. Nikolaisen's blood alcohol level to perceive and react to a road sign, Mr. Laughlin responded:

Yes, it's possible that a person will see and react to it and maybe react properly. It's possible that they will react improperly or may miss it altogether. I think what's key here is that at this level of alcohol, it's more likely that the person under this level of alcohol will either miss the sign or not react properly compared to the sober driver. That the driver with this level of alcohol will make more mistakes than will the sober driver. [Emphasis added.]

In the passage above, it is clear that Mr. Laughlin is merely admitting that anything is possible, while solidly expressing the view that drivers at this level of intoxication are more likely to not react to a sign or other warning. This view is also apparent in the following passage, in which Mr. Laughlin expands on the ability of an intoxicated driver to react to signs and other road conditions:

What happens with respect to perception under the influence of alcohol is a driver tends to concentrate on the central field of vision, and miss certain indicators on the periphery, that's called tunnel vision. As well, drivers tend to concentrate on the lower part of that central field of view and therefore they don't have a very long pre-view distance in the course of operating a motor vehicle and looking down the road. And so studies indicate that under the influence of alcohol drivers tend to miss more signs, warnings, indicators, especially those in the peripheral field of view or farther down the road. [Emphasis added.]

In argument before this Court, the appellant emphasized that although Mr. Laughlin was the only expert to testify with respect to causation, lay witnesses testified that Mr. Nikolaisen was not visibly impaired prior to leaving the Thiel residence.

s'est fondée la juge de première instance sont examinés dans leur contexte, ils n'appuient pas la conclusion de cette dernière que M. Nikolaisen aurait été capable de réagir à un panneau de signalisation s'il y en avait eu un. Répondant à la question d'un avocat lui demandant s'il était possible qu'une personne ayant l'alcoolémie de M. Nikolaisen voit un panneau de signalisation et y réagisse, M. Laughlin a dit ceci :

[TRADUCTION] Oui, il est possible qu'une personne le voit et y réagisse et peut-être qu'elle réagisse adéquatement. Il est possible qu'elle ne réagisse pas adéquatement ou qu'elle ne le voit même pas. J'estime que l'élément fondamental à retenir ici est qu'il est probable que la personne ayant atteint cette alcoolémie ne voit pas le panneau, ou ne réagisse pas adéquatement, comparativement au conducteur à jeun. Que le conducteur avec cette alcoolémie commette plus d'erreurs que le conducteur à jeun. [Je souligne.]

Il est clair, dans le passage qui précède, que M. Laughlin reconnaît simplement que tout est possible, tout en avançant avec conviction qu'il y a une plus forte probabilité que les conducteurs ayant atteint ce degré d'ébriété ne réagissent pas à un panneau de signalisation ou à une autre mesure d'avertissement. Cette opinion ressort également clairement de l'extrait suivant, où il donne des précisions supplémentaires sur la capacité d'une personne en état d'ébriété de réagir aux panneaux de signalisation et à d'autres éléments sur les routes :

[TRADUCTION] Sur le plan de la perception, le conducteur en état d'ébriété a tendance à se concentrer sur son champ visuel central et à manquer certains indices en périphérie, c'est ce qu'on appelle la vision tubulaire. En outre, les conducteurs ont tendance à se concentrer sur la partie inférieure de ce champ visuel central et, en conséquence, ils ne voient pas très loin devant eux sur la route lorsqu'il sont au volant. Et, par conséquent, les recherches indiquent que les conducteurs en état d'ébriété ont tendance à manquer davantage de panneaux de signalisation, d'avertissements, d'indices, particulièrement ceux situés dans leur champ visuel périphérique ou plus loin sur la route. [Je souligne.]

Au cours des plaidoiries devant notre Cour, l'appelant a souligné que, bien que M. Laughlin ait été le seul expert entendu au sujet du lien de causalité, les témoins ordinaires ont attesté que M. Nikolaisen n'avait pas les facultés visiblement

It is not clear from the trial judge's reasons that she relied on testimony to this effect given by Craig Thiel, Toby Thiel and Paul Housen. To the extent that she did rely on such evidence to establish that the accident was caused in part by the respondent's negligence, I find this reliance to be unreasonable. Whereas the lay witnesses in this case were qualified to give their opinion on whether they, as ordinary drivers, could safely negotiate the segment of Snake Hill Road on which the accident occurred, they were not qualified to assess the degree of Mr. Nikolaisen's impairment. The reason for their lack of qualification in this regard was explained by Mr. Laughlin in the following response to counsel's question on whether it is possible to draw a conclusion from the fact that an individual does not exhibit any impairment of their motor skills and speech:

No, Your Honour, because, My Lady, when you're looking at motor skill impairment or for signs of motor skill impairment, you're looking for signs of intoxication, not impairment. Remember I mentioned that the first components affected by alcohol are cognitive and mental faculties. These are all important in driving. However, it is very difficult when you look at an individual who has been consuming alcohol to tell that they have impaired in attention or divided attention, or concentration, or judgment. So as an indicator of impairment, motor skills are not reliable. And if you think about the *Criminal Code* process, they've been abandoned 30 years ago as a useful indicator of impairment. No longer do we rely on police officers subjective assessment of person's motor skills to determine impairment. [Emphasis added.]

affaiblies avant de quitter la résidence des Thiel. Les motifs de la juge de première instance n'indiquent pas clairement si elle s'est appuyée sur les témoignages de Craig Thiel, Toby Thiel et Paul Housen à cet égard. Dans la mesure où elle se serait fondée sur cette preuve pour conclure que l'accident avait été causé en partie par la négligence de l'intimée, j'estime qu'il était déraisonnable de le faire. En l'espèce, bien que compétents pour exprimer leur opinion sur la question de savoir s'ils pourraient, en tant que conducteurs moyens, manœuvrer en toute sécurité sur le tronçon du chemin Snake Hill où l'accident s'est produit, les témoins ordinaires n'étaient pas compétents pour évaluer le degré d'ébriété de M. Nikolaisen. La raison de leur absence de compétence à cet égard a été expliquée en ces termes par M. Laughlin, dans la réponse suivante qu'il a donnée à l'un des avocats qui lui demandait s'il était possible de tirer des conclusions du fait qu'une personne ne démontre ni signe d'affaiblissement de ses habiletés motrices ni problème d'élocution :

[TRADUCTION] Non, votre Honneur, puisque, Madame, lorsqu'on vérifie s'il y a affaiblissement des habiletés motrices ou des signes de cet affaiblissement, on cherche des indices d'ébriété, et non d'affaiblissement des facultés. Rappelez-vous que j'ai dit que les premières facultés affectées par l'alcool sont les facultés cognitives et mentales. Elles sont toutes importantes lorsqu'il s'agit de conduire un véhicule. Cependant, lorsqu'on examine une personne qui a consommé de l'alcool, il est très difficile de dire si son attention ou sa capacité de diviser son attention, ou si sa concentration ou son jugement sont réduits. En conséquence les habiletés motrices ne sont pas des indices fiables d'affaiblissement des facultés. Et si on pense au processus prévu par le *Code criminel*, on a cessé d'y recourir depuis 30 ans en tant qu'indices utiles de l'affaiblissement des facultés. On ne se fie plus à l'appréciation subjective policier quant aux habiletés motrices d'une personne pour déterminer si les facultés de celle-ci sont affaiblies. [Je souligne.]

165

It is also clear from the trial judge's reasons that she relied to some extent on evidence that Mr. Nikolaisen successfully negotiated the curve at the point where the driveway to the Thiel residence intersected the road. I agree with the respondent that this fact is simply not relevant. The ability of Mr. Nikolaisen to negotiate this curve does not establish that his driving ability was not impaired. As noted by the respondent, at para. 101 of its factum, he may

Il appert également des motifs de la juge de première instance qu'elle s'est dans une certaine mesure fondée sur la preuve indiquant que M. Nikolaisen avait réussi à prendre le virage à l'intersection de l'entrée de la résidence des Thiel et du chemin Snake Hill. Je partage l'avis de l'intimée selon lequel ce fait n'est tout simplement pas pertinent. La capacité de M. Nikolaisen de prendre ce virage n'établit pas que sa capacité de conduire

have been driving more slowly at this point, or he may simply have been lucky. More importantly, this evidence contributes nothing to the issue of whether or not Mr. Nikolaisen would have reacted to a sign on the curve where the accident occurred, had one been present. There was no sign on the curve one faces upon leaving the driveway, just as there was no sign on the curve where the accident took place.

At any rate, the trial judge's reliance on Mr. Nikolaisen's successful negotiation of the curve at the location of the Thiel driveway ignores relevant evidence that he had swerved or "fish-tailed" when leaving the Thiel residence. A reasonable inference to be drawn from this evidence is that while Mr. Nikolaisen was able to negotiate this curve, he did not do so free from difficulty. While this evidence may not be significant in and of itself, it should have been enough to alert the trial judge to the problems inherent in the inference she drew from his ability to navigate this earlier curve.

In addition to ignoring the relevant evidence of the fish-tail marks, the trial judge failed to consider the relevance of the fact that Mr. Nikolaisen had travelled Snake Hill Road three times in the 18 to 20 hours preceding the accident. In her review of the evidence, she noted at para. 8 of her reasons that: "Mr. Nikolaisen was unfamiliar with Snake Hill Road. While he had in the preceding 24 hours travelled the road three times, only once was in the same direction that he was travelling upon leaving the Thiel residence."

I simply cannot see how the trial judge found accidents which occurred when motorists were travelling in the opposite direction relevant to the issue of the respondent's knowledge of a risk to motorists while at the same time suggesting that the fact that Mr. Nikolaisen had driven the road in the opposite direction twice was irrelevant to the issue of whether

n'était pas affaiblie. Comme l'a souligné l'intimée, au par. 101 de son mémoire, il a pu réduire sa vitesse à cet endroit, ou simplement avoir eu de la chance. Facteur plus important encore cette preuve n'aide d'aucune façon à déterminer si M. Nikolaisen aurait réagi à un panneau placé à l'approche de la courbe où s'est produit l'accident, si un tel panneau avait existé. Il n'y avait aucun panneau aux abords de la courbe située à la sortie de l'entrée, tout comme il n'y en avait pas aux abords de celle où s'est produit l'accident.

Quoi qu'il en soit, en se fondant sur le fait que M. Nikolaisen avait pris avec succès le virage devant l'entrée des Thiel, la juge de première instance a fait abstraction de l'élément de preuve pertinent indiquant que l'arrière de son véhicule avait zigzagué à son départ de la résidence des Thiel. On peut raisonnablement inférer de cette preuve que, quoique M. Nikolaisen ait été en mesure de prendre ce virage, il n'y est pas parvenu sans difficulté. Bien que cette preuve ne soit pas nécessairement importante en soi, elle aurait dû néanmoins alerter la juge de première instance quant aux problèmes intrinsèques de l'inférence qu'elle tirait de la capacité de M. Nikolaisen de prendre ce premier virage.

En plus de ne pas avoir tenu compte de la preuve pertinente que constituaient les traces des zigzags, la juge de première instance n'a pas considéré pertinent le fait que M. Nikolaisen avait circulé sur le chemin Snake Hill à trois reprises au cours des 18 à 20 heures ayant précédé l'accident. Dans son examen de la preuve, elle a souligné, au par. 8 de ses motifs, que [TRADUCTION] « M. Nikolaisen ne connaissait pas bien le chemin Snake Hill. Bien qu'il ait emprunté ce chemin à trois reprises au cours des 24 heures précédentes, il ne l'a fait qu'une seule fois dans la même direction que celle qu'il a prise en quittant la résidence des Thiel. »

Je ne vois tout simplement pas comment la juge de première instance a pu conclure que les accidents qu'ont eu des automobilistes circulant en sens inverse étaient pertinents pour statuer sur la connaissance par l'intimée de l'existence d'un risque d'accident, tout en suggérant du même souffle que le fait que M. Nikolaisen ait roulé à deux reprises

166

167

168



or not he would have recognized that the curve posed a risk or that he would have reacted to a warning sign. This discrepancy aside, I find the fact that Mr. Nikolaisen had travelled Snake Hill Road in the same direction when he left the Thiel residence to go to the Jamboree the evening before the accident highly relevant to the causation issue. The finding that the outcome would have been different had Mr. Nikolaisen been forewarned of the curve ignores the fact that he already knew that the curve was there. I agree with the respondent that the obvious reason Mr. Nikolaisen was unable to safely negotiate the curve on the afternoon of the 18th, despite having negotiated this curve and others without difficulty in the preceding 18 to 20 hours was the combined effect of his drinking, lack of sleep and lack of food.

en sens inverse sur le chemin en question n'était pas pertinent pour déterminer s'il aurait reconnu que la courbe présentait un risque ou s'il aurait réagi à un panneau d'avertissement. Indépendamment de cette contradiction, j'estime que le fait que M. Nikolaisen ait roulé dans la même direction sur le chemin Snake Hill après avoir quitté la résidence des Thiel pour se rendre au jamboree, la veille de l'accident, est fort pertinent en ce qui concerne le lien de causalité. La conclusion que le résultat aurait été différent si une signalisation avait prévenu M. Nikolaisen de l'existence de la courbe ne tient pas compte du fait qu'il savait déjà qu'elle existait. Je souscris à l'opinion de l'intimée que la raison évidente pour laquelle M. Nikolaisen n'a pas réussi à prendre le virage en toute sécurité dans l'après-midi du 18, alors qu'il avait déjà pris ce virage et d'autres sans difficulté au cours des 18 à 20 heures précédentes, était l'effet combiné de sa consommation d'alcool, de son manque de sommeil et du fait qu'il n'avait pas mangé.

169

In conclusion on the issue of causation, I wish to clarify that the fact that the trial judge referred to some evidence to support her findings on this issue does not insulate those findings from review by this Court. The standard of review for findings of fact is reasonableness, not absolute deference. Such a standard entitles the appellate court to assess whether or not it was clearly wrong for the trial judge to rely on some evidence when other evidence points overwhelmingly to the opposite conclusion. The logic of this approach was aptly explained by Kerans, *supra*, in the following passage at p. 44:

Pour conclure sur la question du lien de causalité, j'aimerais préciser que le fait que la juge de première instance ait mentionné certains éléments de preuve au soutien de ses conclusions sur ce point n'a pas pour effet de soustraire ces conclusions au pouvoir de contrôle de notre Cour. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait est celle de la décision raisonnable et non celle de la retenue absolue. Cette norme permet au tribunal d'appel de se demander si le juge de première instance a clairement fait erreur en décidant comme il l'a fait sur le fondement de certains éléments de preuve alors que d'autres éléments mènent irrésistiblement à la conclusion inverse. Kerans, *op. cit.*, p. 44, a habilement exposé la logique de cette démarche dans le passage suivant :

The key to the problem is whether the reviewer is to look merely for "evidence to support" the finding. Some evidence might indeed support the finding, but other evidence may point overwhelmingly the other way. A court might be able to say that reliance on the "some" in the face of the "other" was not what the reasonable trier of fact would do; indeed, it might say that, in all the circumstances it was convinced that to rely on the one in the face of the other was quite unreasonable. To say that "some evidence" is enough, then, without regard to that "other

[TRADUCTION] La solution au problème réside dans la réponse à la question de savoir si le tribunal de révision doit simplement se demander s'il existe « des éléments de preuve étayant » la conclusion. Il est possible que certains éléments de preuve étayent effectivement la conclusion alors que d'autres éléments conduisent irrésistiblement à la conclusion inverse. Un tribunal pourrait être en mesure de dire qu'un juge des faits raisonnable ne s'appuierait pas sur « certains » éléments vu l'existence des « autres »; de fait, il pourrait dire que, eu égard à

evidence” is to turn one’s back on review for reasonableness.

D. *Did the Courts Below Err in Finding that no Common Law Duty of Care Exists Alongside the Statutory Duty Imposed Under Section 192 of The Rural Municipality Act, 1989?*

The appellant urges this Court to find that a common law duty of care exists alongside the statutory duty of care imposed on the respondent by s. 192 of *The Rural Municipality Act, 1989*. According to the appellant, the application of the common law duty of care would free the Court from the need to focus on how a reasonable driver exercising ordinary care would have navigated the road in question. The appellant submits that the Court would instead apply the “classic reasonableness formulation” which, in its view, would require the Court to take into account the likelihood of a known or foreseeable harm, the gravity of that harm, and the burden or cost of preventing that harm. The appellant argues that the respondent would be held liable under this test.

The courts below rejected the above argument when it was put to them by the appellant. I would not interfere with their ruling on this issue for the reason that it is unnecessary for this Court to impose a common law duty of care where a statutory one clearly exists. In any event, the application of the common law test would not affect the outcome in these proceedings.

I agree with the respondent’s submissions that in this case, where the legislature has clearly imposed a statutory duty of care on the respondents, it would be redundant and unnecessary to find that a common law duty of care exists. The two-part test to establish a common law duty of care set out in *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, simply has no application where the legislature has defined a statutory duty. As was stated by this Court in *Brown*

l’ensemble des circonstances, il est convaincu qu’il était tout à fait déraisonnable de se fonder sur certains éléments compte tenu des autres. En conséquence, affirmer que « certains éléments de preuve » suffisent, sans égard aux « autres éléments », revient à abandonner l’examen du caractère raisonnable.

D. *Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en concluant qu’aucune obligation de diligence de common law ne coexiste avec l’obligation légale imposée par l’art. 192 de la Rural Municipality Act, 1989?*

L’appelant invite notre Cour à conclure qu’une obligation de diligence de common law coexiste avec l’obligation légale de diligence imposée à l’intimée par l’art. 192 de la *Rural Municipality Act, 1989*. Selon l’appelant, l’application de l’obligation de diligence de common law dispenserait la Cour de la nécessité de se demander comment un conducteur raisonnable prenant des précautions normales aurait roulé sur le chemin en cause. L’appelant soutient que la Cour pourrait plutôt appliquer le [TRADUCTION] « critère classique de la conduite raisonnable », lequel, à son avis, l’obligerait à tenir compte des éléments suivants : la probabilité qu’un préjudice connu ou prévisible survienne, la gravité de ce préjudice et le fardeau ou le coût qu’il faudrait assumer pour le prévenir. L’appelant prétend que, suivant ce critère, l’intimée serait tenue responsable.

Les juridictions inférieures ont rejeté l’argument susmentionné de l’appelant. Je ne modifierais pas leur décision sur cette question, car il est inutile que notre Cour impose une obligation de diligence de common law lorsqu’il existe clairement une obligation d’origine législative. Quoi qu’il en soit, l’application du critère prévu par la common law ne modifierait pas l’issue de la présente instance.

Je souscris à l’argument de l’intimée selon lequel, en l’espèce, il serait redondant et inutile de conclure qu’elle est assujettie à une obligation de diligence de common law alors que le législateur lui a clairement imposé une obligation légale de diligence. Le critère à deux volets énoncé dans l’arrêt *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, pour statuer sur l’existence d’une obligation de diligence de common law, ne s’applique tout

170

171

172

*v. British Columbia (Minister of Transportation and Highways)*, [1994] 1 S.C.R. 420, at p. 424:

... if a statutory duty to maintain existed as it does in some provinces, it would be unnecessary to find a private law duty on the basis of the neighbourhood principle in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. Moreover, it is only necessary to consider the policy/operational dichotomy in connection with the search for a private law duty of care.

All of the authorities cited by the appellant as support for the imposition of an independent common law duty of care can be distinguished from the case at hand on the basis that no statutory duty of care existed (*Just, supra*; *Brown, supra*; *Swinamer v. Nova Scotia (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 445; *Ryan, supra*).

173

In addition, I find that the outcome in this case would not be different if the case were determined according to ordinary negligence principles. First, were the Court to engage in a common law analysis, it would still look to the statutory standard of care as laid out in *The Rural Municipality Act, 1989*, as interpreted by the case law in order to assess the scope of liability owed by the respondent to the appellant. As this Court stated in *Ryan, supra*, at para. 29:

Statutory standards can, however, be highly relevant to the assessment of reasonable conduct in a particular case, and in fact may render reasonable an act or omission which would otherwise appear to be negligent. This allows courts to consider the legislative framework in which people and companies must operate, while at the same time recognizing that one cannot avoid the underlying obligation of reasonable care simply by discharging statutory duties.

174

Moreover, even under the common law analysis, this Court would be called upon to question the type of hazards that the respondent, in this case, ought to have foreseen. Whatever the approach, it is only rea-

simplement pas lorsque le législateur a prescrit l'obligation dans la loi. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Brown c. Colombie-Britannique (Ministre des Transports et de la Voirie)*, [1994] 1 R.C.S. 420, p. 424 :

... s'il existait une obligation d'entretien imposée par la loi comme c'est le cas dans certaines provinces, il serait inutile de rechercher une obligation en droit privé en se fondant sur le principe du prochain établi dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728. En outre, il est nécessaire d'examiner la dichotomie politique générale-opérations seulement en ce qui concerne la recherche d'une obligation de diligence en droit privé.

Tous les arrêts invoqués par l'appelant pour justifier sa prétention que la municipalité devrait être assujettie à une obligation indépendante de diligence de common law peuvent être distingués de la présente affaire, étant donné qu'il n'existait aucune obligation légale de diligence dans ces affaires (*Just, précitée*; *Brown, précitée*; *Swinamer c. Nouvelle-Écosse (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 445; *Ryan, précitée*).

En outre, j'estime que le résultat serait le même en l'espèce si l'affaire était tranchée d'après les principes ordinaires de la négligence. Tout d'abord, si la Cour faisait l'analyse prévue par la common law, elle appliquerait quand même la norme légale de diligence établie dans la *Rural Municipality Act, 1989*, telle qu'elle a été interprétée par la jurisprudence, pour déterminer l'étendue de la responsabilité de l'intimée envers l'appelant. Comme l'a dit notre Cour dans l'arrêt *Ryan, précité*, par. 29 :

Cependant, les normes législatives peuvent être hautement pertinentes pour déterminer ce qui constitue une conduite raisonnable dans un cas particulier, et elles peuvent, en fait, rendre raisonnable un acte ou une omission qui, autrement, paraîtrait négligent. En conséquence, les tribunaux peuvent examiner le cadre législatif dans lequel les personnes et les sociétés doivent agir, tout en reconnaissant qu'il est impossible de se soustraire à l'obligation sous-jacente de diligence raisonnable simplement en s'acquittant de ses obligations légales.

De plus, même dans le cadre de l'analyse requise par la common law, notre Cour devrait s'interroger sur le type de dangers que l'intimée aurait dû prévoir en l'espèce. Indépendamment de l'approche choisie,

sonable to expect a municipality to foresee accidents which occur as a result of the conditions of the road, and not, as in this case, as a result of the condition of the driver.

The courts have long restricted the standard of care under the statutory duty to require municipalities to repair only those hazards which would pose a risk to the reasonable driver exercising ordinary care. Compelling reasons exist to maintain this interpretation. The municipalities within the province of Saskatchewan have some 175,000 kilometres of roads under their care and control, 45,000 kilometres of which fall within the “bladed trail” category. These municipalities, for the most part, do not boast large, permanent staffs with extensive time and budgetary resources. To expand the repair obligation of municipalities to require them to take into account the actions of unreasonable or careless drivers when discharging this duty would signify a drastic and unworkable change to the current standard. Accordingly, it is a change that I would not be prepared to make.

#### VII. Disposition

In the result, the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal is affirmed and the appeal is dismissed with costs.

*Appeal allowed with costs, GONTHIER, BASTARACHE, BINNIE and LEBEL JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Robertson Stromberg, Saskatoon; Quon Ferguson MacKinnon, Saskatoon.*

*Solicitors for the respondent: Gerrand Rath Johnson, Regina.*

il n'est que raisonnable d'attendre d'une municipalité qu'elle prévoit les accidents qui surviennent en raison de l'état du chemin, et non, comme en l'espèce, ceux qui résultent de l'état du conducteur.

Depuis longtemps, les tribunaux limitent l'étendue de la norme de diligence découlant de l'existence d'un devoir légal de diligence à l'obligation pour les municipalités d'éliminer seulement les dangers qui présenteraient un risque pour le conducteur raisonnable prenant des précautions normales. Des raisons impérieuses militent en faveur du maintien de cette interprétation. Les municipalités de la province de la Saskatchewan assument l'entretien et la surveillance de quelque 175 000 kilomètres de route, dont 45 000 kilomètres font partie de la catégorie des « chemins nivelés ». La plupart de ces municipalités ne disposent ni d'effectifs permanents considérables ni de ressources importantes en temps et en argent. Élargir l'obligation d'entretien des municipalités en exigeant qu'elles tiennent compte, dans l'exécution de cette obligation, des actes des conducteurs déraisonnables ou imprudents, entraînerait une modification radicale et irréalisable de la norme actuelle. Il s'agit en conséquent d'un changement que je ne serais pas disposé à apporter.

#### VII. Dispositif

En définitive, le jugement de la Cour de l'appel de la Saskatchewan est confirmé et le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, les juges GONTHIER, BASTARACHE, BINNIE et LEBEL sont dissidents.*

*Procureurs de l'appellant : Robertson Stromberg, Saskatoon; Quon Ferguson MacKinnon, Saskatoon.*

*Procureurs de l'intimée : Gerrand Rath Johnson, Regina.*

175

176

2011 ONCA 578  
Ontario Court of Appeal

Indalex Ltd., Re

2011 CarswellOnt 9077, 2011 ONCA 578, [2011] W.D.F.L. 5203, [2011]  
W.D.F.L. 5204, 206 A.C.W.S. (3d) 679, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277

**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 Indalex Limited, Indalex  
Holdings (B.C.) Ltd., 6326765 Canada Inc. and Novar Inc. (Applicants / Respondents)

J.C. MacPherson, E.E. Gillese, R.G. Juriansz JJ.A.

Judgment: September 7, 2011  
Docket: CA C52187, C52346

Proceedings: additional reasons to *Indalex Ltd., Re* (2011), 2011 CarswellOnt 2458, 2011 ONCA 265, 2011 C.E.B. & P.G.R. 8433, 104 O.R. (3d) 641, 75 C.B.R. (5th) 19, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, 331 D.L.R. (4th) 352, 276 O.A.C. 347, 89 C.C.P.B. 39 (Ont. C.A.); reversing *Indalex Ltd., Re* (2010), 2010 CarswellOnt 893, 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301 (Ont. S.C.J. [Commercial List])

Counsel: Andrew J. Hatnay, Demetrios Yiokaris for Appellants, Former Executives  
Darrell L. Brown for Appellants, United Steelworkers  
Mark Bailey for Superintendent of Financial Services  
Hugh O'Reilly, Adam Beatty for Intervenor, Morneau Sobeco Limited Partnership  
Fred Myers, Brian Empey for Sun Indalex Finance, LLC  
Ashley Taylor, Lesley Mercer for Monitor, FTI Consulting Canada ULC  
Harvey Chaiton, George Benchetrit for George L. Miller, Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the US Indalex Debtors

***Per curiam:***

1 The court released its reasons for decision in this matter on April 7, 2011 (the Decision). In the Decision, the court indicated that if the parties were unable to agree on costs, they could make brief written submissions on the same. Despite extensive efforts to settle costs, no settlement was reached and the parties duly made written submissions. This endorsement follows due consideration of those submissions.

2 Morneau Shepell Ltd., the Ontario Superintendent of Financial Services and the Retirees reached an agreement in respect of the payment of the Retirees' legal fees and disbursements. The court approves the agreement. Therefore, it orders that:

i. the Retirees' full indemnity legal fees and disbursements in the amount of \$269,913.78 shall be paid from the fund of the Executive Plan attributable to each of the 14 Retirees' accrued pension benefits. Specifically, such costs shall be allocated among the 14 Retirees in relation to their pension entitlement from the Executive Plan and will not be borne by the other three members of the Executive Plan, who are not appellants;

ii. the \$269,913.78 amount shall be paid to Koskie Minsky LLP in trust on the first day of October, 2011;

iii. the costs of these proceedings ordered in favour of the Retirees shall be paid to the fund of the Executive Plan and once received, the amount shall be allocated among the 14 Retirees in relation to their pension entitlement from the Executive Plan.

3 The USW sought an order to the same effect in respect of the Salaried Plan. We decline to make that order because the USW is in a materially different position than the Retirees. The Retirees are beneficiaries of the pension fund. The individual represented Retirees, who comprise 14 of 17 members of the Executive Plan, have consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who have not consented will not be affected by the payment. By contrast, the USW is the bargaining agent (not a beneficiary) for only 7 of the 169 beneficiaries of the Salaried Plan, none of whom have been given notice of, or consented to, the payment of legal costs from the Salaried Plan. It is also significant that we are not dealing with surplus pension funds as the Salaried Plan is underfunded.

4 We make no order as to costs of the underlying motions. We understand that the conventional approach in *CCAA* proceedings is to rarely make costs orders, with the result that each party bears its own costs. There are sound policy reasons that underlie this approach, which include the reality that as a result of the situation of the insolvent company, the amount of funds available for distribution is limited and parties ought not to expect to recover their litigation costs: see *Canadian Asbestos Services Ltd. v. Bank of Montreal*, [1993] O.J. No. 1487 (Ont. Gen. Div.), at para. 31 and *Calpine Canada Energy Ltd., Re*, [2008] A.J. No. 965 (Alta. Q.B.), at para. 1. We see no reason to depart from the usual practice.

5 As for costs of the appeal, we make no order for or against the Monitor due to its prior agreement with the Retirees and the USW in which the parties agreed not to claim against one another for the costs of the leave to appeal motion or the appeal.

6 The Retirees argue that the court should award costs of the motion for leave to appeal, the motion for intervenor status and the appeal on a substantial or full indemnity basis. We see no reason to depart from the court's normal practice of awarding costs on a partial indemnity basis.

7 Thus, the Retirees and the USW, as the successful parties, are each entitled to their costs on a partial indemnity basis from Sun Indalex and the U.S. Trustee, payable jointly and severally. We fix those costs at \$40,000, inclusive of applicable taxes and disbursements. The payment of costs in favour of the Retirees shall be done in accordance with para. 2(iii) above.

8 In making this order, we are mindful of the submissions of Sun Indalex and the U.S. Trustee that any costs award should be payable by the Canadian Debtors [Indalex]. However, we are not persuaded that we should depart from the usual practice in which the unsuccessful parties pay the costs of the successful parties.

9 Orders to go in accordance with these reasons.

*Order accordingly.*

**Sun Indalex Finance, LLC** *Appellant*

v.

**United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville** *Respondents*

- and -

**George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors** *Appellant*

v.

**United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville** *Respondents*

- and -

**FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited** *Appellant*

v.

**United Steelworkers, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie and Fred Granville** *Respondents*

- and -

**United Steelworkers** *Appellant*

**Sun Indalex Finance, LLC** *Appelante*

c.

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville** *Intimés*

- et -

**George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7** *Appelant*

c.

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville** *Intimés*

- et -

**FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited** *Appelante*

c.

**Syndicat des Métallos, Keith Carruthers, Leon Kozierok, Richard Benson, John Faveri, Ken Waldron, John (Jack) W. Rooney, Bertram McBride, Max Degen, Eugene D'Iorio, Neil Fraser, Richard Smith, Robert Leckie et Fred Granville** *Intimés*

- et -

**Syndicat des Métallos** *Appelant*

v.

**Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership) and Superintendent of Financial Services** *Respondents*

and

**Superintendent of Financial Services, Insolvency Institute of Canada, Canadian Labour Congress, Canadian Federation of Pensioners, Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals and Canadian Bankers Association** *Intervenors*

**INDEXED AS: SUN INDALEX FINANCE, LLC v. UNITED STEELWORKERS**

**2013 SCC 6**

File No.: 34308.

2012: June 5; 2013: February 1.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Abella, Rothstein, Cromwell and Moldaver JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

*Pensions — Bankruptcy and Insolvency — Priorities — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under Companies' Creditors Arrangement Act ("CCAA") — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Company entering into debtor in possession ("DIP") financing allowing it to continue to operate — CCAA court granting priority to DIP lenders — Proceeds of sale of business insufficient to pay back DIP lenders — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — If so, whether deemed trust superseded by CCAA priority by virtue of doctrine of federal paramountcy — Pension Benefits Act, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 57(3), (4), 75(1)(a), (b) — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36.*

c.

**Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite) et Surintendant des services financiers** *Intimés*

et

**Surintendant des services financiers, Institut d'insolvabilité du Canada, Congrès du travail du Canada, Fédération canadienne des retraités, Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation et Association des banquiers canadiens** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : SUN INDALEX FINANCE, LLC c. SYNDICAT DES MÉTALLOS**

**2013 CSC 6**

N° du greffe : 34308.

2012 : 5 juin; 2013 : 1<sup>er</sup> février.

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

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

*Pensions — Faillite et insolvabilité — Priorités — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies (« LACC ») — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Financement obtenu par la société à titre de débiteur-exploitant (« DE ») lui ayant permis de poursuivre ses activités — Tribunal chargé d'appliquer la LACC ayant accordé priorité aux prêteurs DE — Insuffisance du produit de la vente pour rembourser les prêteurs DE — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — Dans l'affirmative, la prépondérance fédérale fait-elle en sorte que la priorité issue de l'application de la LACC a préséance sur la fiducie réputée? — Loi sur les régimes de retraite, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 57(3), (4), 75(1a), b) — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, ch. C-36.*



*Pensions — Trusts — Company who was both employer and administrator of pension plans seeking protection from creditors under CCAA — Pension funds not having sufficient assets to fulfill pension promises made to plan members — Whether pension wind-up deficiencies subject to deemed trust — Whether company as plan administrator breached fiduciary duties — Whether pension plan members are entitled to constructive trust.*

*Civil Procedure — Costs — Appeals — Standard of review — Whether Court of Appeal erred in costs endorsement concerning one party.*

Indalex Limited (“Indalex”), the sponsor and administrator of two employee pension plans, one for salaried employees and the other for executive employees, became insolvent. Indalex sought protection from its creditors under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“CCAA”). The salaried plan was being wound up when the CCAA proceedings began. The executive plan had been closed but not wound up. Both plans had wind-up deficiencies.

In a series of court-sanctioned steps, the company was authorized to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The CCAA court granted the DIP lenders, a syndicate of pre-filing senior secured creditors, priority over the claims of all other creditors. Repayment of these amounts was guaranteed by Indalex U.S.

Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business but the purchaser did not assume pension liabilities. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so Indalex U.S., as guarantor, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority. The CCAA court authorized a payment in accordance with the priority but ordered an amount be held in reserve, leaving the plan members’ arguments on their rights to the proceeds of the sale open for determination later.

The plan members challenged the priority granted in the CCAA proceedings. They claimed that they had priority in the amount of the wind-up deficiency by virtue of a statutory deemed trust under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and a constructive trust arising from Indalex’s alleged breaches

*Pensions — Fiducies — Société à la fois employeur et administrateur de régimes de retraite ayant demandé la protection contre ses créanciers en application de la LACC — Actif des caisses de retraite insuffisant pour verser les prestations promises aux participants des régimes — Les déficits de liquidation des régimes de retraite sont-ils visés par la fiducie réputée? — La société a-t-elle manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes? — Les participants des régimes de retraite ont-ils droit à une fiducie par interprétation?*

*Procédure civile — Dépens — Appels — Norme de contrôle — La décision de la Cour d’appel sur les dépens d’une partie est-elle erronée?*

Indalex Limited (« Indalex »), le promoteur et l’administrateur de deux régimes de retraite, l’un pour les salariés, l’autre pour les cadres, est devenue insolvable. Elle a demandé la protection contre ses créanciers sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Le régime des salariés était en cours de liquidation lorsque la procédure fondée sur la LACC a été engagée. Le régime des cadres n’acceptait plus de participants, mais il n’était pas liquidé. Les deux régimes accusaient un déficit de liquidation.

Une série de mesures avalisées par le tribunal a permis à la société d’obtenir un financement de débiteur-exploitant (« DE ») et de poursuivre ses activités. Le tribunal chargé de l’application de la LACC a accordé aux prêteurs DE, un consortium composé de créanciers qui bénéficiaient d’une garantie de premier rang avant le début de la procédure, une priorité sur tous les autres créanciers. Le remboursement des sommes empruntées était garanti par Indalex É.-U.

Finalement, sur approbation du tribunal appliquant la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, Indalex É.-U., à titre de caution, a payé la différence et a acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE. Le tribunal a autorisé le paiement conformément à l’ordre de priorité, mais il a également ordonné la retenue de fonds en réserve, remettant à plus tard l’examen de l’argumentation des participants relative à leur droit au produit de la vente.

Les participants des régimes ont contesté la priorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Ils ont fait valoir qu’ils avaient priorité pour le montant du déficit de liquidation en raison de la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et de la fiducie

of fiduciary duty as administrator of the pension funds. The judge at first instance dismissed the plan members' motions concluding that the deemed trust did not apply to wind-up deficiencies. He held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan members were unsecured creditors. The Court of Appeal reversed this ruling and held that the pension plan wind-up deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing priority and over other secured creditors. In addition, the Court of Appeal rejected a claim brought by the United Steelworkers, which represented some members of the salaried plan, seeking payment of its costs from the latter's pension fund.

*Held* (LeBel and Abella JJ. dissenting): The Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting appeals should be allowed.

*Held*: The United Steelworkers appeal should be dismissed.

(1) Statutory Deemed Trust

*Per* Deschamps and Moldaver JJ.: It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) of the *PBA* are covered by the deemed trust contemplated by s. 57(4) of the *PBA*. The only question is whether this statutory deemed trust also applies to the wind-up deficiency payments required by s. 75(1)(b). The response to this question as it relates to the salaried employees is affirmative in view of the provision's wording, context and purpose. The situation is different with respect to the executive plan as s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up.

The wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due". Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of

par interprétation résultant de manquements allégués d'Indalex à son obligation fiduciaire d'administrateur des régimes. En première instance, le juge a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation. Il a conclu que, pour ce qui était du déficit de liquidation, les participants étaient des créanciers chirographaires. La Cour d'appel a infirmé la décision et statué que les déficits de liquidation des régimes de retraite faisaient l'objet d'une fiducie réputée et d'une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant la créance des prêteurs DE bénéficiant d'une priorité et celles des autres créanciers garantis. En outre, elle a rejeté la prétention du Syndicat des Métallos, qui représentait quelques-uns des participants du régime des salariés, à savoir qu'il avait droit au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés.

*Arrêt* (les juges LeBel et Abella sont dissidents) : Les pourvois interjetés par Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting sont accueillis.

*Arrêt* : Le pourvoi interjeté par le Syndicat des Métallos est rejeté.

(1) La fiducie réputée d'origine législative

*Les juges* Deschamps et Moldaver : Il est bien établi que la fiducie réputée créée par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)(a) de la *LRR*. La seule question est de savoir si cette fiducie réputée d'origine législative s'applique aussi aux paiements au titre du déficit de liquidation exigés par l'al. 75(1)(b). Dans le cas des salariés, la réponse est oui, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet par. 57(4). Il n'en va pas de même pour le régime des cadres étant donné que cette disposition prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime.

Le paragraphe 57(4) de la *LRR*, qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation, ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». L'alinéa 75(1)(a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)(b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Puisque le montant des paiements (al. 75(1)(a)) et le montant établi en soustrayant l'actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)(b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l'employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots

s. 57(4) of the *PBA*: “amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

The time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up. Therefore, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer’s payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature’s trend toward broadening the protection.

The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. The remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust. In this case, the Court of Appeal correctly held with respect to the salaried plan, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

*Per* LeBel and Abella JJ.: There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the statutory deemed trust issue.

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.: Given that there can be no deemed trust for the executive plan because that plan had not been wound up at the relevant date, the main issue in connection with the salaried plan boils down to the narrow statutory interpretative question of whether the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4) of the *PBA*.

When the term “accrued” is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable

employés au par. 57(4) de la *LRR* : « montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

La date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)(b) de la *LRR*.

L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1) uniquement les cotisations dues, s’est étendue (2) aux montants payables calculés comme s’il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l’exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation. L’historique législatif mène donc à la conclusion qu’une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l’employeur par l’al. 75(1)(b) de la *LRR* de celui exigé à l’al. 75(1)(a) irait à l’encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue.

La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée. En l’espèce, c’est à bon droit que la Cour d’appel a jugé qu’Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés.

*Les juges* LeBel et Abella : Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la question de la fiducie réputée d’origine législative.

*La juge en chef* McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell : Étant donné qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, celui-ci n’ayant pas été liquidé à la date considérée, il s’agit donc essentiellement — pour ce qui concerne le régime des salariés — d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4) de la *LRR*.

Lorsque le terme « accumulé » [et plus encore son équivalent anglais « *accrued* »] est employé de pair avec une somme, il renvoie généralement à un élément

but which may or may not be due. In the present case, s. 57(4) uses the word “accrued” in contrast to the word “due”. Given the ordinary meaning of the word “accrued”, the wind-up deficiency cannot be said to have “accrued” to the date of wind up. The extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up. The wind-up deficiency therefore is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up.

The broader statutory context reinforces the view according to which the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. Moreover, the legislative evolution and history of the provisions at issue show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust. Rather, they reinforce the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up.

The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer’s potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

In this case, the s. 57(4) deemed trust does not apply to the wind-up deficiency. This conclusion to exclude the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. The legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer’s other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed

dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû. Dans la présente affaire, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ». Suivant le sens ordinaire du mot « accumulé », on ne peut considérer que le déficit l’était à la date de la liquidation. Le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation. Le déficit de liquidation n’est donc ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue.

Le contexte législatif général appuie la thèse que, suivant leur sens ordinaire et grammatical le plus plausible, les mots « accumulées à la date de la liquidation » renvoient aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Qui plus est, il appert de l’évolution et de l’historique des dispositions en cause que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative. Ils confirment en fait l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement à la date même de la liquidation.

La loi établit une distinction entre deux types d’obligation de l’employeur qui sont pertinents en l’espèce. Il y a d’une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d’autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu’à la date considérée. Il s’agit des paiements prévus à l’actuel al. 75(1)a), à savoir ceux qui sont dus ou accumulés, mais qui n’ont pas été versés. D’autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (le déficit de liquidation). Ces paiements font l’objet de l’al. 75(1)b). Il appert de l’évolution et de l’historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n’a jamais voulu que les obligations ultérieures éventuelles de l’employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l’objet d’une fiducie réputée ou d’un privilège.

En l’espèce, la fiducie réputée du par. 57(4) ne vise pas le déficit de liquidation. Pareille exclusion est conforme aux objectifs généraux de la loi. Le législateur a créé des fiducies à l’égard des cotisations qui étaient dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d’un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l’employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c’est en raison d’autres objectifs concurrents que le législateur s’est abstenu d’accroître la portée de la fiducie réputée et d’y

trust to the wind-up deficiency. While the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries under the *PBA* is one to be left to the Ontario legislature.

(2) *Priority Ranking*

*Per Deschamps and Moldaver JJ.:* A statutory deemed trust under provincial legislation such as the *PBA* continues to apply in federally-regulated *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy. In this case, granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the plan members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

*Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.:* Although there is disagreement with Deschamps J. in connection with the scope of the s. 57(4) deemed trust, it is agreed that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramountcy.

*Per LeBel and Abella JJ.:* There is agreement with the reasons of Deschamps J. on the priority ranking issue as determined by operation of the doctrine of federal paramountcy.

(3) *Constructive Trust as a Remedy for Breach of Fiduciary Duties*

*Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.:* It cannot be the case that a conflict of interests arises simply because an employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the beneficiaries of the corporation's pension plan. This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles of employer and pension plan administrator being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. Rather, a situation of conflict of interest occurs

inclure le déficit de liquidation. La protection des régimes de retraite constitue certes un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite sous le régime de la *LRR*.

(2) *Priorité de rang*

*Les juges Deschamps et Moldaver :* Une fiducie réputée établie par une loi provinciale comme la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances régies par la *LACC*, relevant de la compétence fédérale, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale. En l'espèce, accorder priorité aux prêteurs *DE* relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge *DE* priorité sur la fiducie réputée.

*La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell :* Malgré le désaccord avec la juge Deschamps sur la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance *DE* prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale.

*Les juges LeBel et Abella :* Il y a accord avec les motifs de la juge Deschamps sur la priorité de rang déterminée par application du principe de la prépondérance fédérale.

(3) *La fiducie par interprétation comme réparation du manquement à l'obligation fiduciaire*

*La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell :* Il ne saurait y avoir conflit d'intérêts uniquement parce que l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires du régime de retraite qu'il administre. Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L'existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction d'employeur et d'administrateur de régime exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l'obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne

when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation.

Seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex. Likewise, failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty to avoid conflicts of interest in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan members any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator.

It was at the point of seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order that Indalex's interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator. However, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex's failure to take steps so that the plans' beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

An employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest. Accordingly, Indalex breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the pension plans had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator, particularly when it sought the DIP financing approval, the sale approval and a motion to voluntarily enter into bankruptcy.

Regardless of this breach, a remedial constructive trust is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. There is no evidence to support the contention that Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings resulted in any such asset. Furthermore, to impose a constructive trust in

d'exercer les deux fonctions. Il y a en fait conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime.

À elle seule, la demande initiale de protection de la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations. De même, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire d'éviter tout conflit d'intérêts. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux participants plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant.

C'est lors de la demande et de l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que de la demande et de l'obtention de l'approbation de la vente que les intérêts commerciaux d'Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d'administrateur des régimes de retraite. Cependant, la difficulté résidait en l'espèce non pas dans l'existence du conflit, mais bien dans l'omission d'Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l'existence du conflit, mais plutôt à l'omission de prendre les mesures qu'elle commandait.

L'employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la LACC. Il ne suffit pas d'inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d'administrateur de régime, est en conflit d'intérêts ou susceptible de l'être. En conséquence, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu'il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l'administrateur des régimes avait été indépendant, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

Indépendamment de ce manquement, l'imposition d'une fiducie par interprétation ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Aucun élément de preuve n'appuie la prétention qu'un tel actif a résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels a donné lieu

response to a breach of fiduciary duty to ensure for the pension plans some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

*Per Deschamps and Moldaver JJ.:* A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a “corporate hat”. What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

In the instant case, Indalex’s fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Specifically, in seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the plan members’ priority. The corporation’s interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator’s duty to the plan members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator’s duty to the plan members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the plan members.

As for the constructive trust remedy, it is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. There is agreement with Cromwell J. that this condition was not met in the case at bar and his reasoning on this issue is adopted. Moreover, it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case.

la procédure fondée sur la LACC. Qui plus est, imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l’obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes jouissent de garanties procédurales, alors qu’ils en ont joui dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l’ensemble des circonstances.

*Les juges Deschamps et Moldaver :* L’employeur constitué en société qui décide d’agir en qualité d’administrateur d’un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d’une société ont aussi une obligation fiduciaire envers la société, l’employeur doit être prêt à résoudre les conflits lorsqu’ils surgissent. L’employeur qui administre un régime de retraite n’est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu’il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d’une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

En l’espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombaient à Indalex en sa qualité d’administratrice des régimes et les décisions de gestion qu’elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Plus précisément, en demandant au tribunal d’autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d’appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. L’intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d’insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l’administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l’occurrence, ce devoir de l’administrateur des régimes impliquait, plus particulièrement, qu’il donne à tout le moins aux participants la possibilité d’exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l’encontre des intérêts des participants.

En ce qui concerne la fiducie par interprétation, il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Il y a accord avec le juge Cromwell sur le fait que cette condition n’était pas remplie en l’espèce et il a été souscrit à ses motifs sur cette question. En outre, il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité.

*Per LeBel and Abella JJ. (dissenting):* A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. It follows that before entering into an analysis of the fiduciary duties of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position and characteristics of the pension beneficiaries. In the present case, the beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex.

Nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise.

Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the *CCAA* and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

In the present case, the employer not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust.

#### (4) *Costs in United Steelworkers Appeal*

*Per McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.:* There is no basis to interfere with the Court of Appeal's costs endorsement as it relates to United Steelworkers in this case. The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the United Steelworkers, representing only 7 of 169 members of the salaried plan, should not without consultation be

*Les juges LeBel et Abella (dissidents) :* Une relation fiduciaire s'entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. Par conséquent, avant d'analyser les obligations fiduciaires de l'employeur à titre d'administrateur d'un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation et les caractéristiques des bénéficiaires du régime. En l'espèce, les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex.

Rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l'employeur, en sa qualité d'administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu'un administrateur indépendant. L'employeur n'est pas tenu d'assumer le fardeau de l'administration des régimes de retraite qu'il a convenu d'établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s'il choisit de l'assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l'on s'attend à ce que l'employeur soit capable d'éviter ou de régler les conflits d'intérêts susceptibles d'intervenir.

Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la *LACC* et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à l'égard des participants aux régimes et des retraités, et c'est là où le bât blesse. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

En l'occurrence, l'employeur a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l'encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation.

#### (4) *Dépens dans le pourvoi du Syndicat des Métallos*

*La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Cromwell :* Il n'y a en l'espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d'appel relative aux dépens en ce qui concerne le Syndicat des Métallos. L'instance engagée portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel a opiné essentiellement que, représentant seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, le syndicat ne devait pas être en



able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. There is no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the United Steelworkers costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court.

*Per Deschamps and Moldaver JJ.*: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

*Per LeBel and Abella JJ.*: There is agreement with the reasons of Cromwell J. on the issue of costs in the United Steelworkers appeal.

### Cases Cited

By Deschamps J.

**Referred to:** *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273; *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558.

By Cromwell J.

**Referred to:** *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306; *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471; *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152; *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175; *Galambos*

mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'en étaient pas membres, les risques inhérents au litige sans les consulter. Il n'y a aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour.

*Les juges Deschamps et Moldaver* : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

*Les juges LeBel et Abella* : Il y a accord avec les motifs du juge Cromwell sur la question des dépens dans l'appel interjeté par le Syndicat des Métallos.

### Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

**Arrêts mentionnés :** *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273; *Société d'assurance-dépôts du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306; *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152; *Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175;

v. *Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403; *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177; *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560; *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631; *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678; *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303.

By LeBel J. (dissenting)

*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247; *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada*, 2005, S.C. 2007, c. 36.

*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, s. 128.

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3.

Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (as am. by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011).

*Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a).

*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2 "secured creditor", 11.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, c. 373, ss. 21(2), 23, 32.

*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403; *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177; *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560; *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631; *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282; *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194; *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47; *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169; *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII); *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678; *Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303.

Citée par le juge LeBel (dissident)

*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247; *Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217.

### Lois et règlements cités

*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C. 1985, ch. C-44, art. 122(1)a).

*Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, art. 58, 59, 75(1), 76(1).

*Loi de 2010 modifiant la Loi sur les régimes de retraite*, L.O. 2010, ch. 9, art. 52(5).

*Loi de 2010 sur la pérennité des prestations de retraite*, L.O. 2010, ch. 24, art. 21(2).

*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. 128.

*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36.

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3.

*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, art. 2 « créancier garanti », 11.

- Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8, ss. 1(1) “administrator”, “wind up”, 8(1)(a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.
- Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2).
- Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35, ss. 58, 59, 75(1), 76(1).
- Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 23a.
- Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80.
- Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2, ss. 21, 23, 32.
- Pension Benefits Amendment Act, 2010*, S.O. 2010, c. 9, s. 52(5).
- Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10, s. 30(7).
- R.R.O. 1990, Reg. 909, ss. 4(4)3, 5(1)(b), (e), 14, 29, 31.
- Securing Pension Benefits Now and for the Future Act, 2010*, S.O. 2010, c. 24, s. 21(2).
- Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8, art. 1(1) « administrateur », « liquidation », 8(1)a), 9, 10(1)12, 12, 19, 20, 22, 25, 26, 42, 56, 57, 58, 59, 68, 69, 70, 73, 74, 75.
- Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10, art. 30(7).
- Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, ch. 373, art. 21(2), 23, 32.
- Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, art. 22(2).
- Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 23a.
- Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80.
- Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2, art. 21, 23, 32.
- Projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et d'autres lois (protection des prestations)*, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 24 mars 2010 (tel que mod. par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1<sup>er</sup> mars 2011).
- R.R.O. 1990, règl. 909, art. 4(4)3, 5(1)(b), e), 14, 29, 31.

#### Authors Cited

- Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1983.
- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2009, “accrued liability”.
- Canada. Senate. Standing Senate 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.
- Canadian Institute of Chartered Accountants. *CICA Handbook — Accounting*, Part II, *Accounting Standards for Private Enterprises*. Toronto: The Institute, 2012.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto: Carswell, 2011, “accrued liability”.
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto: Carswell, 2010.
- 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.

#### Doctrine et autres documents cités

- Arnold, Brian J. *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes*. Toronto : Association canadienne d'études fiscales, 1983.
- Black's Law Dictionary*, 9th ed. St. Paul, Minn. : Thomson Reuters, 2009, « *accrued liability* ».
- 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 arrangements avec les créanciers des compagnies*. Ottawa : Sénat du Canada, 2003.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.
- Dukelow, Daphne A. *The Dictionary of Canadian Law*, 4th ed. Toronto : Carswell, 2011, « *accrued liability* ».
- Hogg, Peter W., Joanne E. Magee and Jinyan Li. *Principles of Canadian Income Tax Law*, 7th ed. Toronto : Carswell, 2010.
- Institut canadien des comptables agréés. *Manuel de l'ICCA — Comptabilité*, partie II, *Normes comptables pour les entreprises à capital fermé*. Toronto : L'Institut, 2012.
- 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.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto: Irwin Law, 2006. Ontario. Legislative Assembly. *Legislature of Ontario Debates: Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto: Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto: Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, setting aside a decision of Campbell J., 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Appeals allowed, LeBel and Abella JJ. dissenting.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (MacPherson, Gillese and Juriansz JJ.A.), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Appeal dismissed.

*Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey and Peter Kolla*, for the appellant Sun Indalex Finance, LLC.

*Harvey G. Chaiton and George Benchetrit*, for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors.

*David R. Byers, Ashley John Taylor and Nicholas Peter McHaffie*, for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited.

*Darrell L. Brown*, for the appellant/respondent the United Steelworkers.

*Andrew J. Hatnay and Demetrios Yiokaris*, for the respondents Keith Carruthers, et al.

Kaplan, Ari N. *Pension Law*. Toronto : Irwin Law, 2006. Ontario. Assemblée législative. *Legislature of Ontario Debates : Official Report (Hansard)*, No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*. Toronto : Thomson Carswell, 2007. *The Mercer Pension Manual*, vol. 1, by William M. Mercer Limited. Toronto : Carswell, 1994 (loose-leaf updated November 2009, release 6).

*Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. by Donovan W. M. Waters, Mark R. Gillen and Lionel D. Smith, eds. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641, 276 O.A.C. 347, 331 D.L.R. (4th) 352, 75 C.B.R. (5th) 19, 89 C.C.P.B. 39, 17 P.P.S.A.C. (3d) 194, [2011] O.J. No. 1621 (QL), 2011 CarswellOnt 2458, qui a infirmé une décision du juge Campbell, 2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301, [2010] O.J. No. 974 (QL), 2010 CarswellOnt 893. Pourvois accueillis, les juges LeBel et Abella sont dissidents.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges MacPherson, Gillese et Juriansz), 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, 92 C.C.P.B. 277, [2011] O.J. No. 3959 (QL), 2011 CarswellOnt 9077. Pourvoi rejeté.

*Benjamin Zarnett, Frederick L. Myers, Brian F. Empey et Peter Kolla*, pour l'appelante Sun Indalex Finance, LLC.

*Harvey G. Chaiton et George Benchetrit*, pour l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7.

*David R. Byers, Ashley John Taylor et Nicholas Peter McHaffie*, pour l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited.

*Darrell L. Brown*, pour l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos.

*Andrew J. Hatnay et Demetrios Yiokaris*, pour les intimés Keith Carruthers, et autres.

*Hugh O'Reilly and Amanda Darrach*, for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited Partnership).

*Mark Bailey, Leonard Marsello and William MacLarkey*, for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services.

*Robert I. Thornton and D. J. Miller*, for the intervener the Insolvency Institute of Canada.

*Steven Barrett and Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

*Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan and Massimo Starnino*, for the intervener the Canadian Federation of Pensioners.

*Éric Vallières, Alexandre Forest and Yoine Goldstein*, for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

*Mahmud Jamal, Jeremy Dacks and Tony Devir*, for the intervener the Canadian Bankers Association.

The judgment of Deschamps and Moldaver JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Insolvency can trigger catastrophic consequences. Often, large claims of ordinary creditors are left unpaid. In insolvency situations, the promise of defined benefits made to employees during their employment is put at risk. These appeals illustrate the materialization of such a risk. Although the employer in this case breached a fiduciary duty, the harm suffered by the pension plans' beneficiaries results not from that breach, but from the employer's insolvency. For the following reasons, I would allow the appeals of the appellants Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy; and FTI Consulting Canada ULC.

*Hugh O'Reilly et Amanda Darrach*, pour l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau Sobeco, société en commandite).

*Mark Bailey, Leonard Marsello et William MacLarkey*, pour l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers.

*Robert I. Thornton et D. J. Miller*, pour l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada.

*Steven Barrett et Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

*Kenneth T. Rosenberg, Andrew K. Lokan et Massimo Starnino*, pour l'intervenante la Fédération canadienne des retraités.

*Éric Vallières, Alexandre Forest et Yoine Goldstein*, pour l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

*Mahmud Jamal, Jeremy Dacks et Tony Devir*, pour l'intervenante l'Association des banquiers canadiens.

Version française du jugement des juges Deschamps et Moldaver rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — L'insolvabilité peut entraîner des conséquences catastrophiques. Les créanciers ordinaires sont souvent laissés impayés. En situation d'insolvabilité, les prestations déterminées promises aux employés pendant leur emploi sont mises en péril. Les présents pourvois illustrent ce qui peut se produire lorsque ce péril se matérialise. Bien que l'employeur en l'espèce ait manqué à son obligation fiduciaire envers les participants aux régimes de retraite, le préjudice qu'ils subissent ne résulte pas de son manquement, mais de son insolvabilité. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis d'accueillir les appels de Sun Indalex Finance, LLC; George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U.; et FTI Consulting Canada ULC.

[2] To improve the prospect of pensioners receiving their full benefits after a pension plan is wound up, the Ontario legislature has protected contributions to the pension fund that have accrued but are not yet due at the time of the wind up by providing for a deemed trust that supersedes all other provincial priorities over certain assets of the plan sponsor (s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“PBA”), and s. 30(7) of the *Personal Property Security Act*, R.S.O. 1990, c. P.10 (“PPSA”). The parties disagree on the scope of the deemed trust. In my view, the relevant provisions and the context lead to the conclusion that it extends to contributions the employer must make to ensure that the pension fund is sufficient to cover liabilities upon wind up. In the instant case, however, the deemed trust is superseded by the security granted to the creditor that loaned money to the employer, Indalex Limited (“Indalex”), during the insolvency proceedings. In addition, although the employer, as plan administrator, may have put itself in a position of conflict of interest by failing to give the plan’s members proper notice of a motion requesting financing of its operations during a restructuring process, there was no realistic possibility that, had the members received notice and had the CCAA court found that they were secured creditors, it would have ordered the priorities differently. Consequently, it would not be appropriate to order an equitable remedy such as the constructive trust ordered by the Court of Appeal.

### I. Facts

[3] Indalex is a wholly owned Canadian subsidiary of a U.S. company, Indalex Holding Corp. (“Indalex U.S.”). Indalex and its related companies formed a corporate group (the “Indalex Group”) that manufactured aluminum extrusions. The U.S. and Canadian operations were closely linked.

[2] Pour améliorer les chances des retraités de recevoir toutes les prestations auxquelles ils ont droit après la liquidation d’un régime de retraite, le législateur ontarien a pourvu à la protection des cotisations accumulées, mais qui ne sont pas encore dues, à la date de la liquidation, au moyen d’une fiducie réputée grevant certains biens des promoteurs des régimes et qui a préséance sur toutes les autres priorités établies par une loi provinciale (par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« LRR »), et par. 30(7) de la *Loi sur les sûretés mobilières*, L.R.O. 1990, ch. P.10 (« LSM »)). Les parties ne s’entendent pas sur la portée de la fiducie réputée. Les dispositions pertinentes et le contexte mènent selon moi à la conclusion qu’elle englobe les cotisations que doit verser l’employeur afin que la caisse de retraite puisse couvrir le passif du régime à la liquidation. En l’espèce, toutefois, la sûreté accordée au créancier ayant prêté des fonds à l’employeur, Indalex Limited (« Indalex »), pendant l’instance en matière d’insolvabilité a priorité sur la fiducie réputée. En outre, bien que l’employeur ait pu se placer en conflit d’intérêts en tant qu’administrateur du régime, en ne donnant pas dûment avis aux participants d’une motion en vue de financer l’exploitation de l’entreprise pendant la restructuration, il n’est pas réaliste de penser que le tribunal chargé d’appliquer la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »), aurait établi un ordre de priorité différent si les participants avaient été avisés et si le tribunal avait conclu qu’ils étaient des créanciers garantis. Par conséquent, il n’y a pas lieu d’accorder une réparation en equity, telle que la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel.

### I. Les faits

[3] Indalex est une filiale canadienne en propriété exclusive de la société américaine Indalex Holding Corp. (« Indalex É.-U. »). Indalex et ses sociétés affiliées formaient un groupe (le « Groupe Indalex ») qui fabriquait des extrusions d’aluminium. Les activités des sociétés aux États-Unis et au Canada étaient étroitement liées.

[4] In 2009, a combination of high commodity prices and the economic recession's impact on the end-user market for aluminum extrusions plunged the Indalex Group into insolvency. On March 20, 2009, Indalex U.S. filed for Chapter 11 bankruptcy protection in Delaware. On April 3, 2009, Indalex applied for a stay under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), and Morawetz J. granted the stay in an initial order. He also appointed FTI Consulting Canada ULC (the "Monitor") to act as monitor.

[5] At that time, Indalex was the administrator of two registered pension plans. One was for its salaried employees (the "Salaried Plan"), the other for its executives (the "Executive Plan"). Members of the Salaried Plan included seven employees for whom the United Steelworkers ("USW") acted as bargaining agent. The Salaried Plan was in the process of being wound up when the CCAA proceedings began. The effective date of the wind up was December 31, 2006. The Executive Plan had been closed but not wound up. Overall, the deficiencies of the pension plans' funds concern 49 persons (members of the Salaried Plan and the Executive Plan are referred to collectively as the "Plan Members").

[6] Pursuant to the initial order made by Morawetz J. on April 3, 2009, Indalex obtained protection under the CCAA. Both plans faced funding deficiencies when Indalex filed for the CCAA stay. The wind-up deficiency of the Salaried Plan was estimated at \$1.8 million as of December 31, 2008. The funding deficiency of the Executive Plan was estimated at \$3.0 million on a wind-up basis as of January 1, 2008.

[7] From the beginning of the insolvency proceedings, the Indalex Group's reorganization strategy was to sell both Indalex and Indalex U.S. as a going concern while they were under CCAA and Chapter 11 protection. To this end, Indalex and Indalex U.S. sought to enter into a common agreement for debtor-in-possession ("DIP") financing under which the two companies

[4] En 2009, le prix élevé des produits de base et les effets de la récession sur le marché des utilisateurs finaux des extrusions d'aluminium ont entraîné l'insolvabilité du Groupe Indalex. Le 20 mars 2009, Indalex É.-U. s'est placée sous la protection du chapitre 11, au Delaware. Le 3 avril 2009, Indalex a demandé une suspension sous le régime de la LACC. Le même jour, le juge Morawetz a rendu une ordonnance initiale lui accordant cette suspension et il a désigné FTI Consulting Canada ULC (le « contrôleur ») comme contrôleur.

[5] Indalex administrait alors deux régimes de retraite enregistrés, l'un à l'intention des salariés (le « régime des salariés »), et l'autre à l'intention des cadres (le « régime des cadres »). Le régime des salariés comptait sept participants dont l'agent négociateur était le Syndicat des Métallos (le « Syndicat »). Ce régime était en cours de liquidation lorsque les procédures sous le régime de la LACC ont été engagées. La date de prise d'effet de la liquidation était le 31 décembre 2006. Le régime des cadres n'acceptait plus de participant, mais il n'était pas liquidé. En tout, les déficits des caisses de retraite touchent 49 personnes (les participants au régime des salariés et au régime des cadres sont collectivement appelés les « participants »).

[6] L'ordonnance initiale prononcée par le juge Morawetz, le 3 avril 2009, a accordé à Indalex la protection de la LACC. Les deux régimes de retraite accusaient un déficit de capitalisation au moment où Indalex a demandé la suspension des procédures en vertu de la LACC. Le déficit de liquidation du régime des salariés, au 31 décembre 2008, était estimé à 1,8 million de dollars. Quant au régime des cadres, sa sous-capitalisation suivant une approche de liquidation était estimée à 3 millions de dollars au 1<sup>er</sup> janvier 2008.

[7] Dès le début de la procédure d'insolvabilité, la stratégie de réorganisation poursuivie par le Groupe Indalex consistait à vendre Indalex et Indalex É.-U. comme entreprises en exploitation pendant qu'elles jouissaient de la protection de la LACC et du chapitre 11. À cette fin, Indalex et Indalex É.-U. voulaient conclure un accord de financement de débiteur-exploitant (« DE »)

could draw from joint credit facilities and would guarantee each other's liabilities.

[8] Indalex's financial distress threatened the interests of all the Plan Members. If the reorganization failed and Indalex were liquidated under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("BIA"), they would not have recovered any of their claims against Indalex for the underfunded pension liabilities, because the priority created by the provincial statute would not be recognized under the federal legislation: *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453. Although the priority was not rendered ineffective by the CCAA, the Plan Members' position was uncertain.

[9] The Indalex Group solicited terms from a variety of possible DIP lenders. In the end, it negotiated an agreement with a syndicate consisting of the pre-filing senior secured creditors. On April 8, 2009, the CCAA court issued an Amended and Restated Initial Order ("Amended Initial Order") authorizing Indalex to borrow US\$24.4 million from the DIP lenders and grant them priority over all other creditors ("DIP charge") in that amount. In his endorsement of the order, Morawetz J. made a finding that Indalex would be unable to achieve a going-concern solution without DIP financing. Such financing was necessary to support Indalex's business until the sale could be completed.

[10] The Plan Members did not participate in the initial proceedings. The initial stay had been granted *ex parte*. The CCAA judge ordered Indalex to serve a copy of the stay order on every creditor owed \$5,000 or more within 10 days of the initial order of April 3. As of April 8, when the motion to amend the initial order was heard, none of the Executive Plan's members had been served with that order; nor did any of them receive notice of the motion to amend it. The USW did receive short notice, but chose not to attend. Morawetz J. authorized Indalex to proceed on the basis of an abridged time for

conjoint aux termes duquel elles pourraient bénéficier de facilités de crédit communes et chaque société garantirait les obligations de l'autre.

[8] Les problèmes financiers d'Indalex menaçaient les intérêts de tous les participants. Si la réorganisation échouait et si Indalex était liquidée en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« LFI »), ils ne recouvreraient aucune de leurs créances sur Indalex au titre de la sous-capitalisation des régimes de retraite, parce que la législation fédérale ne permettrait pas que la priorité de rang établie par la loi provinciale soit reconnue : *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453. La LACC ne rendait pas la priorité de rang des participants inopérante, mais leur position était incertaine.

[9] Le Groupe Indalex a demandé des offres à divers prêteurs DE et a fini par conclure une entente avec un consortium composé des créanciers qui bénéficiaient d'une garantie de premier rang avant le début de la procédure. Le 8 avril 2009, le tribunal chargé d'appliquer la LACC a rendu une ordonnance modifiée et reformulée (l'« ordonnance initiale modifiée ») autorisant Indalex à emprunter 24,4 millions de dollars américains aux prêteurs DE et à leur octroyer une priorité pour le même montant sur tous les autres créanciers (la « charge DE »). Dans les motifs qu'il a déposés au soutien de l'ordonnance, le juge Morawetz a conclu qu'Indalex n'aurait pas pu trouver de solution qui assurait la continuité de l'exploitation sans ce financement DE. Celui-ci était nécessaire pour financer les activités de l'entreprise jusqu'à sa vente.

[10] Les participants n'étaient pas parties à la procédure initiale. La suspension initiale avait été accordée *ex parte*. Le juge chargé de l'application de la LACC avait ordonné à Indalex de faire signifier une copie de l'ordonnance de suspension à chaque créancier ayant une créance minimale de 5 000 \$ dans les 10 jours suivant l'ordonnance initiale du 3 avril. Le 8 avril, lors de l'audition de la motion visant la modification de l'ordonnance initiale, aucun des participants au régime des cadres n'avait reçu signification de cette ordonnance ni de l'avis de motion visant sa modification. Le Syndicat



service. The Plan Members were given notice of all subsequent proceedings. None of the Plan Members appealed the Amended Initial Order to contest the DIP charge.

[11] On June 12, 2009, Indalex applied for authorization to increase the DIP loan amount to US\$29.5 million. At the hearing, the Executive Plan's members initially opposed the motion, seeking to reserve their rights. After it was confirmed that the motion was merely to increase the amount of the DIP charge (without changing the terms of the loan), they withdrew their opposition and the court granted the motion.

[12] On April 22, 2009, the court extended the stay of proceedings and approved a marketing process for the sale of Indalex's assets. The Plan Members did not oppose the application to approve the marketing process. Under the approved bidding procedure, the Indalex Group solicited a wide variety of potential buyers.

[13] Indalex received a bid from SAPA Holding AB ("SAPA"). It was for approximately US\$30 million, and SAPA did not assume responsibility for the pension plans' wind-up deficiencies. According to the Monitor's estimate, the liquidation value of Indalex's assets was US\$44.7 million. Indalex brought an application for an order approving a bidding procedure for a competitive auction and deeming SAPA's bid to be a qualifying bid. The Executive Plan's members opposed the application, expressing concern that the pension liabilities would not be assumed. Morawetz J. nevertheless issued the order on July 2, 2009; in it, he approved the bidding procedure for sale, noting that the Executive Plan's members could raise their objections at the time of approval of the final bid.

a reçu un préavis écourté, mais a décidé de ne pas se présenter. Le juge Morawetz a autorisé Indalex à procéder même si le délai de signification avait été écourté. Les participants ont reçu avis de toutes les procédures subséquentes. Aucun des participants n'a interjeté appel de l'ordonnance initiale modifiée pour contester la charge DE.

[11] Le 12 juin 2009, Indalex a demandé l'autorisation de porter l'emprunt DE à 29,5 millions de dollars américains. À l'audience, les participants au régime des cadres se sont d'abord opposés à la motion en demandant que leurs droits soient réservés. Après confirmation que la motion avait pour unique but d'augmenter le montant de la charge DE (sans modifier les modalités du prêt), ils ont retiré leur opposition et le tribunal a accueilli la motion.

[12] Le 22 avril 2009, le tribunal a prorogé la suspension et approuvé un processus de mise en vente de l'actif d'Indalex. Les participants ne se sont pas opposés à la demande d'approbation du processus de mise en vente. Conformément au processus approuvé de vente par soumission, le Groupe Indalex a sollicité un vaste éventail d'acheteurs potentiels.

[13] Indalex a reçu une soumission de SAPA Holding AB (« SAPA »). Cette soumission s'élevait à environ 30 millions de dollars américains et SAPA ne prenait pas en charge les déficits de liquidation des régimes de retraite. Le contrôleur estimait la valeur de liquidation de l'actif d'Indalex à 44,7 millions de dollars américains. Indalex a demandé une ordonnance approuvant un processus de soumission pour adjudication sur offres concurrentes et déclarant que la soumission de SAPA était réputée acceptable. Les participants au régime des cadres ont contesté cette demande parce qu'ils s'inquiétaient du fait que le passif du régime de retraite ne serait pas pris en charge. Le 2 juillet 2009, le juge Morawetz a néanmoins rendu une ordonnance approuvant le processus de mise en vente par soumission, en soulignant que les participants au régime des cadres pourraient faire valoir leurs objections au moment de l'homologation de la soumission définitive.

[14] The bidding procedure did not trigger any competing bids. On July 20, 2009, Indalex and Indalex U.S. brought motions before their respective courts to approve the sale of substantially all their assets under the terms of SAPA's bid. Indalex also moved for approval of an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. The Plan Members opposed Indalex's motion. First, they argued that it was estimated that a forced liquidation would produce greater proceeds than SAPA's bid. Second, they contended that their claims had priority over that of the DIP lenders because the unfunded pension liabilities were subject to a statutory deemed trust under the *PBA*. They also contended that Indalex had breached its fiduciary obligations by failing to meet its obligations as a plan administrator throughout the insolvency proceedings.

[15] The court dismissed the Plan Members' first objection, holding that there was no evidence supporting the argument that a forced liquidation would be more beneficial to suppliers, customers and the 950 employees. It approved the sale on July 20, 2009. The order in which it did so directed the Monitor to make a distribution to the DIP lenders. With respect to the second objection, however, Campbell J. ordered the Monitor to hold a reserve in an amount to be determined by the Monitor, leaving the Plan Members' arguments based on their right to the proceeds of the sale open for determination at a later date.

[16] The sale to SAPA closed on July 31, 2009. The Monitor collected \$30.9 million in proceeds. It distributed US\$17 million to the DIP lenders, paid certain fees, withheld a portion to cover various costs and retained \$6.75 million in reserve pending determination of the Plan Members' rights. At the closing, Indalex owed US\$27 million to the DIP lenders. The payment of US\$17 million left a US\$10 million shortfall in the amount owed to these lenders. The DIP lenders called on Indalex U.S. to cover this shortfall under the guarantee

[14] Le processus de mise en vente par soumission n'a pas permis d'obtenir des soumissions concurrentes. Le 20 juillet 2009, Indalex et Indalex É.-U. ont chacune demandé au tribunal dont elles relevaient d'approuver la vente d'essentiellement tous leurs éléments d'actif aux conditions stipulées dans l'offre de SAPA. Indalex a également demandé l'approbation d'une distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. Les participants ont contesté la motion d'Indalex. Ils ont fait valoir, premièrement, que le produit estimatif d'une liquidation forcée serait supérieur à l'offre de SAPA et, deuxièmement, que leur créance avait priorité sur celles des prêteurs DE, parce que le passif non capitalisé au titre des pensions était protégé par une fiducie réputée en vertu de la *LRR*. Ils ont aussi soutenu qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires en ne s'acquittant pas des obligations qui lui incombaient en qualité d'administrateur des régimes de retraite du début à la fin des procédures en matière d'insolvabilité.

[15] Le tribunal a écarté la première objection des participants, estimant qu'aucun élément de preuve n'étayait leur prétention que la liquidation forcée serait plus avantageuse pour les fournisseurs, les clients et les 950 employés. Il a approuvé la vente le 20 juillet 2009. Cette ordonnance donnait instruction au contrôleur de procéder à une distribution aux prêteurs DE. Au sujet de la deuxième objection, toutefois, le juge Campbell a ordonné au contrôleur de retenir un fonds de réserve dont le contrôleur déterminerait lui-même le montant, réservant pour plus tard l'examen de l'argumentation des participants fondée sur leur droit au produit de la vente.

[16] La vente à SAPA s'est conclue le 31 juillet 2009, et le contrôleur a recueilli 30,9 millions de dollars comme produit de la vente. Il a distribué 17 millions de dollars américains aux prêteurs DE, acquitté certains frais, retenu des fonds pour couvrir diverses dépenses et réservé 6,75 millions de dollars en attendant la décision relative aux droits des participants. À la date de la vente, Indalex devait 27 millions de dollars américains aux prêteurs DE, de sorte qu'une créance de 10 millions de dollars américains subsistait après le versement des

contained in the DIP lending agreement. Indalex U.S. paid the amount of the shortfall. Since Indalex U.S. was, as a term of the guarantee, subrogated to the DIP lenders' priority, it became the highest ranking creditor of Indalex, with a claim for US\$10 million.

[17] Following the sale of Indalex's assets, its directors resigned. Indalex U.S., a part of Indalex Group, took over the management of Indalex, whose assets were limited to the sale proceeds held by the Monitor. A Unanimous Shareholder Declaration was executed on August 12, 2009; in it, Mr. Keith Cooper was appointed to manage Indalex's affairs. Mr. Cooper was an employee of FTI Consulting Inc.

[18] In accordance with the right reserved by the court on July 20, 2009, the Plan Members brought motions on August 28, 2009 for a declaration that a deemed trust equal in amount to the unfunded pension liability was enforceable against the proceeds of the sale. They contended that they had priority over the secured creditors pursuant to s. 57(4) of the *PBA* and s. 30(7) of the *PPSA*. Indalex, in turn, brought a motion for an assignment in bankruptcy to secure the priority regime it argued for in opposing the Plan Members' motions.

[19] On October 14, 2009, while judgment was pending, Indalex U.S. converted the Chapter 11 restructuring proceeding in the U.S. into a Chapter 7 liquidation proceeding. On November 5, 2009, the Superintendent of Financial Services ("Superintendent") appointed the actuarial firm of Morneau Sobeco Limited Partnership ("Morneau") to replace Indalex as administrator of the plans.

[20] On February 18, 2010, Campbell J. dismissed the Plan Members' motions, concluding that the deemed trust did not apply to the wind-up deficiencies, because the associated payments were not "due" or "accruing due" as of the date of the wind up. He found that the Executive Plan did

17 millions. Se prévalant de la garantie consentie dans l'accord de financement DE, les prêteurs DE ont demandé à Indalex É.-U. de payer la différence, ce qu'elle a fait. Comme la garantie prévoyait la subrogation d'Indalex É.-U. aux droits de priorité des prêteurs DE, Indalex É.-U. est devenue créancière de premier rang d'Indalex pour la somme de 10 millions de dollars américains.

[17] Le conseil d'administration d'Indalex a démissionné après la vente de l'actif de la société. Indalex É.-U., qui faisait partie du Groupe Indalex, a repris la gestion d'Indalex, dont l'actif se limitait au produit de la vente détenu par le contrôleur. Une convention unanime d'actionnaires nommant M. Keith Cooper comme gestionnaire des affaires d'Indalex a été signée le 12 août 2009. M. Cooper était un employé de FTI Consulting Inc.

[18] Les participants ont exercé le droit que leur avait réservé le tribunal le 20 juillet 2009 et ont présenté des motions, le 28 août 2009, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le produit de la vente était grevé d'une fiducie réputée d'un montant équivalent au passif non capitalisé au titre des pensions. Ils ont soutenu que les par. 57(4) de la *LRR* et 30(7) de la *LSM* leur donnaient préséance sur les créanciers garantis. Indalex a présenté une motion pour faire cession de ses biens en faillite afin de bénéficier de la priorité de rang qu'elle invoquait pour contester les motions des participants.

[19] Le 14 octobre 2009, avant le prononcé du jugement, Indalex É.-U. a transformé l'instance en réorganisation fondée sur le chapitre 11 en instance en liquidation fondée sur le chapitre 7. Le 5 novembre 2009, le surintendant des services financiers (le « surintendant ») a nommé le cabinet d'actuaire Morneau Sobeco, société en commandite (« Morneau »), pour remplacer Indalex comme administrateur des régimes.

[20] Le 18 février 2010, le juge Campbell a rejeté les motions des participants, concluant que la fiducie réputée ne s'appliquait pas aux déficits de liquidation parce que les paiements afférents n'étaient pas [TRADUCTION] « échus » ou « à échoir » à la date de la liquidation. Selon lui, le régime de

not have a wind-up deficiency, since it had not yet been wound up. He thus found it unnecessary to rule on Indalex's motion for an assignment in bankruptcy (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Plan Members appealed the dismissal of their motions.

[21] The Ontario Court of Appeal allowed the Plan Members' appeals. It found that the deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA* applies to all amounts due with respect to plan wind-up deficiencies. Although the court noted that it was likely that no deemed trust existed for the Executive Plan on the plain meaning of the provision, it declined to address this question, because it found that the Executive Plan's members had a claim arising from Indalex's breach of its fiduciary obligations in failing to adequately protect the Plan Members' interests (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] The Court of Appeal concluded that a constructive trust was an appropriate remedy for Indalex's breach of its fiduciary obligations. The court was of the view that this remedy did not harm the DIP lenders, but affected only Indalex U.S. It imposed a constructive trust over the reserved fund in favour of the Plan Members. Turning to the question of distribution, it also found that the deemed trust had priority over the DIP charge because the issue of federal paramountcy had not been raised when the Amended Initial Order was issued, and that Indalex had stated that it intended to comply with any deemed trust requirements. The Court of Appeal found that there was nothing in the record to suggest that not applying the paramountcy doctrine would frustrate Indalex's ability to restructure.

[23] The Court of Appeal ordered the Monitor to make a distribution from the reserve fund in order to pay the amount of each plan's deficiency. It also issued a costs endorsement that approved payment of the costs of the Executive Plan's members from that plan's fund, but declined to order the payment of costs to the USW from the fund of the Salaried Plan (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

retraite des cadres n'étant pas encore liquidé, on ne pouvait parler de déficit de liquidation. Il était donc inutile de statuer sur la motion d'Indalex visant à faire cession de ses biens (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). Les participants ont interjeté appel du rejet de leurs motions.

[21] La Cour d'appel de l'Ontario a accueilli les appels des participants, estimant que la fiducie réputée créée au par. 57(4) de la *LRR* s'appliquait à toutes les sommes dues au titre des déficits de liquidation des régimes. Signalant que, selon le sens ordinaire de cette disposition, aucune fiducie réputée ne s'appliquerait au régime des cadres, elle a néanmoins refusé de trancher la question parce que les participants à ce régime pouvaient faire valoir une réclamation contre Indalex pour manquement à son obligation fiduciaire de protéger adéquatement leurs intérêts (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

[22] La Cour d'appel a jugé qu'une fiducie par interprétation était une réparation appropriée pour le manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires. Selon elle, cette réparation ne causait pas préjudice aux prêteurs DE et n'avait d'effet que sur Indalex É.-U. Elle a donc imposé une fiducie par interprétation grevant le fonds de réserve au profit des participants. Au sujet de la distribution, elle a aussi jugé que la fiducie réputée avait priorité sur la charge DE parce que la question de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée lorsque l'ordonnance initiale modifiée avait été rendue et qu'Indalex avait déclaré qu'elle allait se conformer à toutes les exigences d'une fiducie réputée. Elle a conclu que rien au dossier n'indiquait que le fait de ne pas appliquer la doctrine de la prépondérance fédérale compromettrait la capacité de restructuration d'Indalex.

[23] La Cour d'appel a ordonné au contrôleur de combler le déficit de chacun des deux régimes par prélèvement sur le fonds de réserve. Dans sa décision relative à l'adjudication des dépens, elle a également approuvé le paiement des dépens des participants au régime des cadres sur leur caisse de retraite, mais elle a refusé d'ordonner que les dépens du Syndicat soient acquittés sur la caisse de retraite du régime des salariés (2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165).

[24] The Monitor, together with Sun Indalex, a secured creditor of Indalex U.S., and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, appeals the Court of Appeal's order. Both the Superintendent and Morneau support the Plan Members' position as respondents. A number of stakeholders are also participating in the appeals to this Court. In addition, USW appeals the costs endorsement. As I agree with my colleague Cromwell J. on the appeal from the costs endorsement, I will not deal with it in these reasons.

## II. Issues

[25] The appeals raise four issues:

1. Does the deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* apply to wind-up deficiencies?
2. If so, does the deemed trust supersede the DIP charge?
3. Did Indalex have any fiduciary obligations to the Plan Members when making decisions in the context of the insolvency proceedings?
4. Did the Court of Appeal properly exercise its discretion in imposing a constructive trust to remedy the breaches of fiduciary duties?

## III. Analysis

### A. *Does the Deemed Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Apply to Wind-up Deficiencies?*

[26] The first issue is whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* extends to wind-up deficiencies. This question is one of statutory interpretation, which requires examination of both the wording and context of the relevant provisions of the *PBA*. Section 57(4) of the *PBA* affords protection to members of a pension plan with respect to their employer's contributions upon wind up of the plan. The provision reads:

[24] Le contrôleur, ainsi que Sun Indalex, créancière garantie d'Indalex É.-U., et George L. Miller, syndic de faillite d'Indalex É.-U., interjettent tous trois appel de l'ordonnance de la Cour d'appel. Le surintendant et Morneau appuient la position des participants en tant qu'intimés au pourvoi. D'autres intéressés prennent également part aux pourvois devant notre Cour. Le Syndicat se pourvoit en outre contre l'adjudication des dépens, mais je n'aborderai pas cette question, car je partage l'opinion du juge Cromwell à ce sujet.

## II. Les questions en litige

[25] Les pourvois soulèvent quatre questions :

1. La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la *LRR* s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?
2. Le cas échéant, cette fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?
3. Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants en ce qui concerne les décisions prises dans le contexte des procédures en matière d'insolvabilité?
4. La Cour d'appel a-t-elle exercé son pouvoir discrétionnaire correctement en imposant une fiducie par interprétation à titre de réparation pour les manquements aux obligations fiduciaires?

## III. Analyse

### A. *La fiducie réputée établie par le par. 57(4) de la LRR s'applique-t-elle aux déficits de liquidation?*

[26] Il faut d'abord déterminer si la fiducie réputée établie au par. 57(4) de la *LRR* s'applique aux déficits de liquidation. Il s'agit d'une question d'interprétation législative qui exige l'examen du texte et du contexte des dispositions pertinentes de la *LRR*. Le paragraphe 57(4) de la *LRR* accorde aux participants à un régime de retraite une protection applicable aux cotisations de leur employeur en cas de liquidation du régime :

57. . . .

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

[27] The most obvious interpretation is that where a plan is wound up, this provision protects all contributions that have accrued but are not yet due. The words used appear to include the contribution the employer is to make where a plan being wound up is in a deficit position. This quite straightforward interpretation, which is consistent with both the historical broadening of the protection and the remedial purpose of the provision, is being challenged on the basis of a narrow definition of the word “accrued”. I do not find that this argument justifies limiting the protection afforded to plan members by the Ontario legislature.

[28] The *PBA* sets out the rules for the operation of funded contributory defined benefit pension plans in Ontario. In an ongoing plan, an employer must pay into a fund all contributions it withholds from its employees’ salaries. In addition, while the plan is ongoing, the employer must make two kinds of payments. One relates to current service contributions — the employer’s own regular contributions to the pension fund as required by the plan. The other ensures that the fund is sufficient to meet the plan’s liabilities. The employees’ interest in having the contributions made while the plan is ongoing is protected by a deemed trust provided for in s. 57(3) of the *PBA*.

[29] The *PBA* also establishes a comprehensive scheme for winding up a pension plan. Section 75(1)(a) imposes on the employer the obligation to “pay” an amount equal to the total of all “payments” that are due or that have accrued and have not been paid into the fund. In addition, s. 75(1)(b) sets out a formula for calculating the amount that must be

57. . . .

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

[27] Selon l’interprétation la plus évidente, toutes les cotisations accumulées, mais non encore dues, lorsqu’un régime est liquidé sont protégées. Ce libellé semble inclure les cotisations qu’un employeur est tenu de verser lorsque la caisse de retraite est déficitaire au moment de la liquidation. Pour contester cette interprétation plutôt simple, qui concorde à la fois avec l’élargissement constant de la protection accordée au fil du temps et avec l’objectif réparateur de cette disposition, on invoque une définition étroite du mot « accumulé ». À mon avis, cet argument ne justifie pas la restriction de la protection accordée aux participants par le législateur ontarien.

[28] La *LRR* énonce les règles de fonctionnement des régimes de retraite contributifs capitalisés à prestations déterminées en Ontario. Pendant toute la durée d’un régime, l’employeur doit verser à la caisse de retraite toutes les cotisations qu’il retient sur la rémunération des employés. Tant que le régime demeure en vigueur, il est en outre tenu à deux types de paiements. L’un se rapporte aux cotisations pour service courant — les cotisations que l’employeur doit verser régulièrement à la caisse de retraite suivant les modalités du régime — et l’autre, au maintien d’une caisse de retraite suffisante pour couvrir le passif au titre des pensions. Le droit des employés au versement des cotisations pendant que le régime est en vigueur est protégé par la fiducie réputée instituée au par. 57(3) de la *LRR*.

[29] La *LRR* établit également un régime complet régissant la liquidation d’un régime de retraite. L’alinéa 75(1)a oblige l’employeur à « verse[r] » un montant égal au total de tous les « paiements » dus ou accumulés qui n’ont pas été versés dans la caisse de retraite, et l’al. 75(1)b établit la formule servant à calculer le montant du paiement

paid to ensure that the fund is sufficient to cover all liabilities upon wind up. Within six months after the effective date of the wind up, the plan administrator must file a wind-up report that lists the plan's assets and liabilities as of the date of the wind up. If the wind-up report shows an actuarial deficit, the employer must make wind-up deficiency payments. Consequently, s. 75(1)(a) and (b) jointly determine the amount of the contributions owed when a plan is wound up.

[30] It is common ground that the contributions provided for in s. 75(1)(a) are covered by the wind-up deemed trust. The only question is whether it also applies to the deficiency payments required by s. 75(1)(b). I would answer this question in the affirmative in view of the provision's wording, context and purpose.

[31] It is readily apparent that the wind-up deemed trust provision (s. 57(4) *PBA*) does not place an express limit on the "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due", and I find no reason to exclude contributions paid under s. 75(1)(b). Section 75(1)(a) explicitly refers to "an amount equal to the total of all payments" that have *accrued*, even those that were not yet due as of the date of the wind up, whereas s. 75(1)(b) contemplates an "amount" that is calculated on the basis of the value of assets and of liabilities that have *accrued* when the plan is wound up. Section 75(1) reads as follows:

**75. (1)** Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
  - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares

à effectuer pour que la caisse de retraite puisse couvrir la totalité du passif à la liquidation. Dans les six mois suivant la date de prise d'effet de la liquidation, l'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation faisant état de l'actif et du passif du régime à la date de la liquidation. Si le rapport révèle l'existence d'un déficit actuariel, l'employeur doit effectuer des paiements au titre du déficit de liquidation. Par conséquent, les al. 75(1)(a) et (b) établissent le montant des cotisations dues lors de la liquidation d'un régime.

[30] Il est bien établi que la fiducie réputée en cas de liquidation s'applique aux cotisations visées à l'al. 75(1)(a). La seule question à trancher est de savoir si elle s'applique aussi aux paiements au titre du déficit exigés par l'al. 75(1)(b). J'y répondrais par l'affirmative, compte tenu du texte, du contexte et de l'objet de cette disposition.

[31] Il est évident que le par. 57(4) de la *LRR* qui crée la fiducie réputée en cas de liquidation ne comporte aucune limite expresse aux « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » et je ne vois rien qui justifie d'exclure les cotisations prévues à l'al. 75(1)(b). L'alinéa 75(1)(a) prévoit expressément que l'employeur verse « un montant égal au total de tous les paiements » *accumulés*, même s'ils ne sont pas encore dus à la date de la liquidation, tandis que l'al. 75(1)(b) parle d'un « montant » calculé à partir de la valeur de l'actif et du passif *accumulés*, lorsque le régime est liquidé. Voici le texte du par. 75(1) :

**75. (1)** Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
  - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le

- that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
- (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
  - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

[32] Since both the amount with respect to payments (s. 75(1)(a)) and the one ascertained by subtracting the assets from the liabilities accrued as of the date of the wind up (s. 75(1)(b)) are to be paid upon wind up as employer contributions, they are both included in the ordinary meaning of the words of s. 57(4) of the *PBA*: “. . . amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. As I mentioned above, this reasoning is challenged in respect of s. 75(1)(b), not of s. 75(1)(a).

[33] The appellant Sun Indalex argues that since the deficiency is not finally quantified until well after the effective date of the wind up, the liability of the employer cannot be said to have accrued. The Monitor adds that the payments the employer must make to satisfy its wind-up obligations may change over the five-year period within which s. 31 of the *PBA* Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 909, requires that they be made. These parties illustrate their argument by referring to what occurred to the Salaried Plan’s fund in the case at bar. In 2007-8, Indalex paid down the vast majority of the \$1.6 million wind-up deficiency associated with the Salaried Plan as estimated in 2006. By the end of 2008, however, this deficiency had risen back up to \$1.8 million as a result of a decline in the fund’s asset value. According to this argument, the amount could not have accrued as of the date of the wind up, because it could not be calculated with certainty.

- surintendant déclare que le Fonds de garantie s’applique au régime de retraite,
- (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
  - (iii) la valeur des prestations accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario et qui résultent de l’application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l’article 74,

dépasse la valeur de l’actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l’égard de l’emploi en Ontario.

[32] Puisque le montant des paiements (al. 75(1)a)) et le montant établi en soustrayant l’actif du passif accumulé à la date de la liquidation (al. 75(1)b)) doivent tous les deux être versés à la liquidation à titre de cotisations de l’employeur, ils entrent tous les deux dans le sens ordinaire des mots employés au par. 57(4) de la *LRR* : « . . . montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Comme je l’ai mentionné, ce raisonnement est contesté en ce qui concerne l’al. 75(1)b), mais non l’al. 75(1)a).

[33] L’appelante Sun Indalex avance que, puisque le montant définitif du déficit n’est établi que longtemps après la date de prise d’effet de la liquidation, on ne peut parler de passif accumulé relativement à cette obligation de l’employeur. Le contrôleur souligne en outre que les paiements qu’un employeur doit effectuer pour honorer ses obligations à la liquidation peuvent changer au cours des cinq ans sur lesquels ils peuvent s’échelonner aux termes de l’art. 31 du règlement général pris en application de la *LRR*, R.R.O. 1990, règl. 909. Pour illustrer leur argument, ces parties donnent l’exemple de ce qui s’est produit dans le cas du régime des salariés. En 2007-8, Indalex a comblé la majeure partie du déficit du régime des salariés, qui était estimé à 1,6 million de dollars en 2006. Toutefois, à la fin de 2008, la diminution de la valeur de l’actif de la caisse de retraite avait fait remonter le déficit de liquidation à 1,8 million de dollars. Selon cet argument, il ne peut s’agir d’un montant accumulé à la date de la liquidation, parce qu’il ne pouvait pas être établi avec certitude.



[34] Unlike my colleague Cromwell J., I find this argument unconvincing. I instead agree with the Court of Appeal on this point. The wind-up deemed trust concerns “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”. Since the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date. Thus the liabilities of the employer are complete — have accrued — before the wind up. The distinction between my approach and the one Cromwell J. takes is that he requires that it be possible to perform the calculation before the date of the wind up, whereas I am of the view that the time when the calculation is actually made is not relevant as long as the liabilities are assessed as of the date of the wind up. The date at which the liabilities are *reported* or the employer’s *option* to spread its contributions as allowed by the regulations does not change the legal nature of the contributions.

[35] In *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, Duff J. considered the meaning of the word “accrued” in interpreting the scope of a covenant. He found that

the word “accrued” according to well recognized usage has, as applied to rights or liabilities the meaning simply of completely constituted — and it may have this meaning although it appears from the context that the right completely constituted or the liability completely constituted is one which is only exercisable or enforceable *in futuro* — a debt for example which is *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Emphasis added; pp. 312-13.]

[36] Thus, a contribution has “accrued” when the liabilities are completely constituted, even if the payment itself will not fall due until a later date. If this principle is applied to the facts of this case, the liabilities related to contributions to the fund allocated for payment of the pension benefits contemplated in s. 75(1)(b) are completely

[34] Contrairement à mon collègue le juge Cromwell, j’estime que cet argument n’est pas convaincant. Je souscris plutôt à l’opinion de la Cour d’appel sur ce point. La fiducie réputée s’applique aux « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Puisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation. Par conséquent, le passif correspondant aux obligations de l’employeur existe en entier — est accumulé — avant la liquidation. La différence entre le raisonnement que j’applique et celui du juge Cromwell réside dans le fait que le sien exige que le calcul puisse s’établir avant la date de la liquidation, tandis que je suis d’avis que la date où s’effectue le calcul est sans importance du moment que le passif est évalué à la date de la liquidation. Ni la date à laquelle le passif est *déclaré* ni l’*option* de l’employeur d’étaler ses cotisations comme le permet le règlement ne changent la nature juridique des cotisations.

[35] Dans *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, le juge Duff a examiné le sens du mot « *accrued* », l’équivalent anglais du mot « accumulé », pour interpréter la portée d’un covenant et il a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] . . . suivant l’usage établi, le mot « accumulé », appliqué à un droit ou une obligation, signifie simplement entièrement constitué — et il peut avoir ce sens bien que le contexte indique que l’exercice de ce droit entièrement constitué ou l’exécution forcée de cette obligation entièrement constituée ne seront possibles que dans l’avenir — une dette, par exemple, qui est *debitum in praesenti solvendum in futuro*. [Je souligne; p. 312-313.]

[36] Ainsi, une cotisation est « accumulée » lorsque le passif est entièrement constitué, même si le paiement lui-même ne devient exigible que plus tard. Cela signifie en l’espèce que le passif au titre des cotisations à la caisse destinée au paiement des prestations de retraite visées à l’al. 75(1)(b) est entièrement constitué lorsque la liquidation

constituted at the time of the wind up, because no pension entitlements arise after that date. In other words, no new liabilities accrued at the time of or after the wind up. Even the portion of the contributions that is related to the elections plan members may make upon wind up has “accrued to the date of the wind up”, because it is based on rights employees earned before the wind-up date.

[37] The fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes (*Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), at p. 621). The use of the word “accrued” does not limit liabilities to amounts that can be determined with precision. As a result, the words “contributions accrued” can encompass the contributions mandated by s. 75(1)(b) of the *PBA*.

[38] The legislative history supports my conclusion that wind-up deficiency contributions are protected by the deemed trust provision. The Ontario legislature has consistently expanded the protection afforded in respect of pension plan contributions. I cannot therefore accept an interpretation that would represent a drawback from the protection extended to employees. I will not reproduce the relevant provisions, since my colleague Cromwell J. quotes them.

[39] The original statute provided solely for the employer’s obligation to pay all amounts required to be paid to meet the test for solvency (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, c. 96, s. 22(2)), but the legislature subsequently afforded employees the protection of a deemed trust on the employer’s assets in an amount equal to the sums withheld from employees as contributions and sums due from the employer as service contributions (s. 23a, added by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6). In a later version, it protected not only contributions that were due, but also those that had accrued, with the amounts being calculated as if the plan had been wound up (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80).

a lieu, parce qu’aucun droit au titre de la pension ne prend naissance après cette date. Autrement dit, aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation. Même la portion des cotisations afférente aux options que les participants peuvent exercer lorsqu’il y a liquidation est « accumulé[e] à la date de la liquidation » parce qu’elle est fondée sur des droits que les employés ont acquis avant la date de la liquidation.

[37] Le fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable (*Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.), p. 621). L’emploi du mot « accumulé » ne limite pas le passif aux seuls montants qui peuvent être établis avec précision. On peut donc considérer que le passif « accumulé » englobe les cotisations exigées à l’al. 75(1)b) de la *LRR*.

[38] L’historique législatif étaye ma conclusion que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation s’applique aux cotisations au titre du déficit de liquidation. Le législateur ontarien a systématiquement élargi la protection applicable aux cotisations aux régimes de retraite. Je ne puis donc retenir une interprétation qui ferait régresser la protection accordée aux employés. Mon collègue le juge Cromwell ayant cité les dispositions législatives pertinentes, je ne les reproduirai pas ici.

[39] La loi initiale obligeait seulement l’employeur à effectuer les paiements nécessaires pour établir la solvabilité selon la norme applicable (*The Pension Benefits Act, 1965*, S.O. 1965, ch. 96, par. 22(2)), mais le législateur a par la suite protégé les employés au moyen d’une fiducie réputée grevant les biens de l’employeur d’un montant égal aux sommes retenues en tant que cotisations des employés et aux sommes dues par l’employeur (al. 23a, ajouté par *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6). Dans une version subséquente, ce ne furent pas que les cotisations exigibles, mais également celles qui étaient accumulées qui ont été protégées, et le calcul s’en effectuait comme s’il y avait liquidation (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80).

[40] Whereas *all* employer contributions were originally covered by a single provision, the legislature crafted a separate provision in 1980 that specifically imposed on the employer the obligation to fund the wind-up deficiency. At the time, it was clear from the words used in the provision that the amount related to the wind-up deficiency was excluded from the deemed trust protection (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). In 1983, the legislature made a distinction between the deemed trust for ongoing employer contributions and the one for certain payments to be made upon wind up (ss. 23(4)(a) and 23(4)(b), added by *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2, s. 3). In that version, the wind-up deficiency payments were still excluded from the deemed trust. However, the legislature once again made changes to the protection in 1987. The 1987 version is, in substance, the one that applies in the case at bar. In the *Pension Benefits Act, 1987*, S.O. 1987, c. 35, a specific wind-up deemed trust was maintained, but the wind-up deficiency payments were no longer excluded from it, because the limitation that had been imposed until then with respect to payments that were due or had accrued while the plan was ongoing had been eliminated. My comments to the effect that the previous versions excluded the wind-up deficiency payments do not therefore apply to the 1987 statute, since it was materially different.

[41] Whereas it is clear from the 1983 amendments that the deemed trust provided for in s. 23(4)(b) was intended to include only current service costs and special payments, this is less clear from the subsequent versions of the *PBA*. To give meaning to the 1987 amendment, I have to conclude that the words refer to a deemed trust in respect of *all* “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[42] The employer’s liability upon wind up is now set out in a single section which elegantly parallels the wind-up deemed trust provision. It can be seen from the legislative history that the protection has expanded from (1) only the service contributions

[40] Alors que *toutes* les cotisations de l’employeur étaient au départ régies par une seule disposition, le législateur a édicté, en 1980, une disposition distincte imposant expressément à l’employeur une obligation de capitalisation du déficit de liquidation. Il ressortait alors du libellé employé que le montant relatif au déficit à la liquidation était exclu de la protection conférée par la fiducie réputée (*The Pension Benefits Amendment Act, 1980*). En 1983, le législateur a établi une distinction entre la fiducie réputée applicable aux cotisations de l’employeur lorsque le régime est en vigueur et celle applicable à certains paiements en cas de liquidation du régime (al. 23(4)a) et 23(4)b), ajoutés par la *Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2, art. 3). Dans cette version, les paiements au titre du déficit de liquidation étaient toujours exclus de la fiducie réputée. En 1987, toutefois, le législateur a modifié encore une fois la protection, et c’est cette version qui régit, pour l’essentiel, la présente espèce. La *Loi de 1987 sur les régimes de retraite*, L.O. 1987, ch. 35, crée toujours une fiducie réputée distincte en cas de liquidation, mais cette fiducie n’exclut plus les paiements au titre du déficit parce que la limitation imposée jusqu’alors concernant les paiements dus ou accumulés pendant l’existence du régime a été abolie. Mes commentaires selon lesquels le libellé des anciennes versions excluait les paiements au titre du déficit de liquidation ne s’appliquent donc pas à la loi de 1987, parce que celle-ci est substantiellement différente.

[41] Alors qu’il ressort clairement des modifications faites en 1983 que la fiducie réputée créée par l’al. 23(4)b) ne visait que les coûts afférents au service courant et les paiements spéciaux, cela n’est pas aussi clair dans les versions subséquentes de la *LRR*. Pour donner un sens aux modifications apportées en 1987, il faut conclure que leur libellé renvoie à une fiducie réputée couvrant *toutes* les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[42] La responsabilité de l’employeur à la liquidation est maintenant établie dans un article unique qui fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation. L’historique législatif montre que la protection, qui couvrait d’abord (1)

that were due, to (2) amounts payable calculated as if the plan had been wound up, to (3) amounts that were due and had accrued upon wind up but excluding the wind-up deficiency payments, to (4) all amounts due and accrued upon wind up.

[43] Therefore, in my view, the legislative history leads to the conclusion that adopting a narrow interpretation that would dissociate the employer's payment provided for in s. 75(1)(b) of the *PBA* from the one provided for in s. 75(1)(a) would be contrary to the Ontario legislature's trend toward broadening the protection. Since the provision respecting wind-up payments sets out the amounts that are owed upon wind up, I see no historical, legal or logical reason to conclude that the wind-up deemed trust provision does not encompass all of them.

[44] Thus, I am of the view that the words and context of s. 57(4) lend themselves easily to an interpretation that includes the wind-up deficiency payments, and I find additional support for this in the purpose of the provision. The deemed trust provision is a remedial one. Its purpose is to protect the interests of plan members. This purpose militates against adopting the limited scope proposed by Indalex and some of the interveners. In the case of competing priorities between creditors, the remedial purpose favours an approach that includes all wind-up payments in the value of the deemed trust in order to achieve a broad protection.

[45] In sum, the relevant provisions, the legislative history and the purpose are all consistent with inclusion of the wind-up deficiency in the protection afforded to members with respect to employer contributions upon the wind up of their pension plan. I therefore find that the Court of Appeal correctly held with respect to the Salaried Plan, which had been wound up as of December 31, 2006, that Indalex was deemed to hold in trust the amount necessary to satisfy the wind-up deficiency.

[46] The situation is different with respect to the Executive Plan. Unlike s. 57(3), which provides that

uniquement les cotisations dues, s'est étendue (2) aux montants payables calculés comme s'il y avait liquidation du régime, (3) puis aux montants dus ou accumulés à la liquidation, à l'exclusion des paiements au titre du déficit de liquidation (4) et, enfin, à tous les montants dus ou accumulés à la liquidation.

[43] Selon moi, l'historique législatif mène donc à la conclusion qu'une interprétation étroite qui dissocierait le paiement requis de l'employeur par l'al. 75(1)b) de la *LRR* de celui exigé à l'al. 75(1)a) irait à l'encontre de la tendance du législateur ontarien à offrir une protection de plus en plus étendue. Puisque la disposition régissant les paiements à la liquidation décrit les montants qui sont alors dus, je ne vois aucune raison historique, juridique ou logique de conclure que la disposition établissant une fiducie réputée en cas de liquidation ne les englobe pas tous.

[44] J'estime donc que le texte et le contexte du par. 57(4) se prêtent facilement à une interprétation qui englobe les paiements au titre du déficit de liquidation, et l'objet de cette disposition me conforte dans cette opinion. La disposition qui crée une fiducie réputée a une vocation réparatrice. Elle vise à protéger les intérêts des participants. Cet objet milite contre l'adoption de la portée limitée que proposent Indalex et certains des intervenants. En présence de priorités concurrentes entre créanciers, cette fin réparatrice favorise une interprétation qui inclut tous les paiements à la liquidation dans la valeur de la fiducie réputée pour que les participants bénéficient d'une vaste protection.

[45] En résumé, le texte, l'historique législatif et l'objet des dispositions pertinentes concordent tous avec l'inclusion du déficit de liquidation dans la protection offerte aux participants à l'égard des cotisations de l'employeur à la liquidation des régimes. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a jugé à bon droit qu'Indalex était réputée détenir en fiducie le montant nécessaire pour combler le déficit de liquidation du régime des salariés dont la liquidation avait pris effet le 31 décembre 2006.

[46] Il n'en va pas de même pour le régime des cadres. Contrairement au par. 57(3), selon lequel

the deemed trust protecting employer contributions exists while a plan is ongoing, s. 57(4) provides that the wind-up deemed trust comes into existence only when the plan is wound up. This is a choice made by the Ontario legislature. I would not interfere with it. Thus, the deemed trust entitlement arises only once the condition precedent of the plan being wound up has been fulfilled. This is true even if it is certain that the plan will be wound up in the future. At the time of the sale, the Executive Plan was in the process of being, but had not yet been, wound up. Consequently, the deemed trust provision does not apply to the employer's wind-up deficiency payments in respect of that plan.

[47] The Court of Appeal declined to decide whether a deemed trust arose in relation to the Executive Plan, stating that it was unnecessary to decide this issue. However, the court expressed concern that a reasoning that deprived the Executive Plan's members of the benefit of a deemed trust would mean that a company under CCAA protection could avoid the priority of the PBA deemed trust simply by not winding up an underfunded pension plan. The fear was that Indalex could have relied on its own inaction to avoid the consequences that flow from a wind up. I am not convinced that the Court of Appeal's concern has any impact on the question whether a deemed trust exists, and I doubt that an employer could avoid the consequences of such a security interest simply by refusing to wind up a pension plan. The Superintendent may take a number of steps, including ordering the wind up of a pension plan under s. 69(1) of the PBA in a variety of circumstances (see s. 69(1)(d) PBA). The Superintendent did not choose to order that the plan be wound up in this case.

*B. Does the Deemed Trust Supersede the DIP Charge?*

[48] The finding that the interests of the Salaried Plan's members in all the employer's wind-up contributions to the Salaried Plan are protected by a

la fiducie réputée protégeant les cotisations de l'employeur existe pendant que le régime est en vigueur, le par. 57(4) prévoit que la fiducie réputée en cas de liquidation ne prend naissance qu'à la liquidation du régime. C'est ce que le législateur ontarien a décidé, et je n'interviendrai pas dans cette décision. Les droits résultant de la fiducie réputée ne prennent donc naissance que lorsque se réalise la condition préalable, c'est-à-dire lors de la liquidation du régime, et cela, même s'il est certain que le régime sera liquidé plus tard. Au moment de la vente, le régime des cadres était en voie de liquidation, mais non liquidé. La disposition relative à la fiducie réputée ne s'applique donc pas aux cotisations de l'employeur au titre du déficit de liquidation de ce régime.

[47] La Cour d'appel, ne s'est pas prononcée sur l'existence d'une fiducie réputée à l'égard du régime des cadres, affirmant qu'il n'était pas nécessaire de trancher cette question. Elle a cependant exprimé des réserves au sujet d'un raisonnement qui empêcherait les participants au régime des cadres de bénéficier d'une fiducie réputée, ce qui ferait en sorte qu'une société placée sous la protection de la LACC pourrait éviter la priorité établie par la LRR à l'égard de la fiducie réputée en s'abstenant simplement de liquider un régime de retraite sous-capitalisé. Indalex aurait ainsi pu tabler sur sa propre inaction pour échapper aux conséquences d'une liquidation. Je ne suis pas convaincue que la crainte exprimée par la Cour d'appel ait une incidence sur la question de savoir si une fiducie réputée existe, et je doute que le simple refus de liquider un régime de retraite puisse permettre à un employeur d'échapper aux conséquences d'une telle sûreté. Le surintendant peut intervenir de diverses façons, notamment en ordonnant la liquidation du régime en application du par. 69(1) de la LRR dans diverses circonstances (voir l'al. 69(1)d de la LRR). Le surintendant n'a pas choisi, en l'espèce, d'ordonner la liquidation.

*B. La fiducie réputée a-t-elle préséance sur la charge DE?*

[48] La conclusion qu'une fiducie réputée protège les droits des participants au régime des salariés à l'égard de toutes les cotisations que l'employeur

deemed trust does not mean that part of the money reserved by the Monitor from the sale proceeds must be remitted to the Salaried Plan's fund. This will be the case only if the provincial priorities provided for in s. 30(7) of the *PPSA* ensure that the claim of the Salaried Plan's members has priority over the DIP charge. Section 30(7) reads as follows:

**30. . . .**

(7) A security interest in an account or inventory and its proceeds is subordinate to the interest of a person who is the beneficiary of a deemed trust arising under the *Employment Standards Act* or under the *Pension Benefits Act*.

The effect of s. 30(7) is to enable the Salaried Plan's members to recover from the reserve fund, insofar as it relates to an account or inventory and its proceeds in Ontario, ahead of all other secured creditors.

[49] The Appellants argue that any provincial deemed trust is subordinate to the DIP charge authorized by the *CCAA* order. They put forward two central arguments to support their contention. First, they submit that the *PBA* deemed trust does not apply in *CCAA* proceedings because the relevant priorities are those of the federal insolvency scheme, which do not include provincial deemed trusts. Second, they argue that by virtue of the doctrine of federal paramountcy the DIP charge supersedes the *PBA* deemed trust.

[50] The Appellants' first argument would expand the holding of *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, so as to apply federal bankruptcy priorities to *CCAA* proceedings, with the effect that claims would be treated similarly under the *CCAA* and the *BIA*. In *Century Services*, the Court noted that there are points at which the two schemes converge:

doit verser au régime de retraite des salariés à la liquidation ne signifie pas qu'une partie des sommes retenues par le contrôleur sur le produit de la vente doit être versée à la caisse de retraite des salariés. Ce sera le cas seulement si la priorité de rang accordée par la province aux participants au régime des salariés, au par. 30(7) de la *LSM*, fait en sorte que leur réclamation a préséance sur la charge DE. Le paragraphe 30(7) prévoit ce qui suit :

**30. . . .**

(7) La sûreté sur un compte ou un stock et le produit de ceux-ci est subordonnée à l'intérêt du bénéficiaire d'une fiducie réputée telle aux termes de la *Loi sur les normes d'emploi* ou de la *Loi sur les régimes de retraite*.

Le paragraphe 30(7) a pour effet de permettre aux participants au régime des salariés de recouvrer leur créance sur le fonds de réserve, dans la mesure où il se rapporte à un compte ou un stock ou au produit de ceux-ci en Ontario, par préséance sur tous les autres créanciers garantis.

[49] Les appelants avancent que toute fiducie réputée d'origine provinciale est subordonnée à la charge DE autorisée par l'ordonnance fondée sur la *LACC*. Ils invoquent deux arguments principaux à cet égard. Premièrement, la fiducie réputée créée par la *LRR* ne s'appliquerait pas dans une instance relevant de la *LACC* parce que les priorités applicables sont celles qui sont établies par le régime fédéral en matière d'insolvabilité et que les fiducies réputées d'origine provinciale n'en font pas partie. Deuxièmement, ils plaident que, selon la doctrine de la prépondérance fédérale, la charge DE a préséance sur la fiducie réputée créée par la *LRR*.

[50] Le premier argument des appelants élargirait la portée de l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, de façon que les priorités fédérales en matière de faillite s'appliquent aux instances fondées sur la *LACC*, ce qui ferait que les créances seraient traitées de façon identique sous le régime de la *LACC* et de la *LFI*. Dans *Century Services*, la Cour a indiqué qu'il existe des points de convergence entre les deux régimes :

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. [para. 23]

[51] In order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements. Yet this does not mean that courts may read bankruptcy priorities into the *CCAA* at will. Provincial legislation defines the priorities to which creditors are entitled until that legislation is ousted by Parliament. Parliament did not expressly apply all bankruptcy priorities either to *CCAA* proceedings or to proposals under the *BIA*. Although the creditors of a corporation that is attempting to reorganize may bargain in the shadow of their bankruptcy entitlements, those entitlements remain only shadows until bankruptcy occurs. At the outset of the insolvency proceedings, Indalex opted for a process governed by the *CCAA*, leaving no doubt that although it wanted to protect its employees' jobs, it would not survive as their employer. This was not a case in which a failed arrangement forced a company into liquidation under the *BIA*. Indalex achieved the goal it was pursuing. It chose to sell its assets under the *CCAA*, not the *BIA*.

[52] The provincial deemed trust under the *PBA* continues to apply in *CCAA* proceedings, subject to the doctrine of federal paramountcy (*Crystalline Investments Ltd. v. Domgroup Ltd.*, 2004 SCC 3, [2004] 1 S.C.R. 60, at para. 43). The Court of Appeal therefore did not err in finding that at the end of a *CCAA* liquidation proceeding, priorities may be determined by the *PPSA*'s scheme rather than the federal scheme set out in the *BIA*.

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. [par. 23]

[51] Pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère des droits analogues aux créanciers. Il ne s'ensuit toutefois pas pour autant que les tribunaux peuvent à leur gré inclure par interprétation dans la *LACC* les priorités applicables en matière de faillite. Les priorités dont bénéficient les créanciers sont définies par la législation provinciale, à moins que ces droits soient écartés par une loi fédérale. Le législateur fédéral n'a pas expressément édicté que toutes les priorités établies en matière de faillite s'appliquent aux instances relevant de la *LACC* ou aux propositions régies par la *LFI*. Bien que les créanciers d'une société tentant de se réorganiser puissent, dans leurs négociations, tenir compte des droits qu'ils pourraient exercer en cas de faillite, ces droits ne constituent rien de plus qu'une considération tant que la faillite n'est pas survenue. Au début des procédures en matière d'insolvabilité, Indalex a choisi un processus régi par la *LACC*, ne laissant aucun doute sur le fait que, bien qu'elle cherchât à protéger les emplois, elle ne demeurerait pas leur employeur. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où l'échec d'un arrangement a entraîné la liquidation d'une société sous le régime de la *LFI*. Indalex a atteint l'objectif qu'elle poursuivait. Elle a choisi de vendre son actif sous le régime de la *LACC*, et non sous celui de la *LFI*.

[52] La fiducie réputée créée par la *LRR* continue de s'appliquer dans les instances relevant de la *LACC*, sous réserve de la doctrine de la prépondérance fédérale (*Crystalline Investments Ltd. c. Domgroup Ltd.*, 2004 CSC 3, [2004] 1 R.C.S. 60, par. 43). La Cour d'appel a donc jugé à bon droit que, à l'issue d'un processus de liquidation relevant de la *LACC*, les priorités peuvent être établies selon le régime prévu dans la *LSM*, plutôt que selon le régime fédéral établi dans la *LFI*.

[53] The Appellants' second argument is that an order granting priority to the plan's members on the basis of the deemed trust provided for by the Ontario legislature would be unconstitutional in that it would conflict with the order granting priority to the DIP lenders that was made under the CCAA. They argue that the doctrine of paramountcy resolves this conflict, as it would render the provincial law inoperative to the extent that it is incompatible with the federal law.

[54] There is a preliminary question that must be addressed before determining whether the doctrine of paramountcy applies in this context. This question arises because the Court of Appeal found that although the CCAA court had the power to authorize a DIP charge that would supersede the deemed trust, the order in this case did not have such an effect because paramountcy had not been invoked. As a result, the priority of the deemed trust over secured creditors by virtue of s. 30(7) of the PPSA remained in effect, and the Plan Members' claim ranked in priority to the claim of the DIP lenders established in the CCAA order.

[55] With respect, I cannot accept this approach to the doctrine of federal paramountcy. This doctrine resolves conflicts in the application of overlapping valid provincial and federal legislation (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 32 and 69). Paramountcy is a question of law. As a result, subject to the application of the rules on the admissibility of new evidence, it can be raised even if it was not invoked in an initial proceeding.

[56] A party relying on paramountcy must "demonstrate that the federal and provincial laws are in fact incompatible by establishing either that it is impossible to comply with both laws or that to apply the provincial law would frustrate the purpose of the federal law" (*Canadian Western Bank*, at para. 75). This Court has in fact applied the doctrine of paramountcy in the area of bankruptcy and insolvency to come to the conclusion that a

[53] Selon le deuxième argument des appelants, une ordonnance accordant priorité aux participants en raison de la fiducie réputée créée par le législateur ontarien serait inconstitutionnelle, parce qu'elle entrerait en conflit avec l'ordonnance fondée sur la LACC qui donne priorité à la charge DE. La doctrine de la prépondérance fédérale résoudrait ce conflit, en rendant la loi provinciale inopérante dans la mesure de son incompatibilité avec la loi fédérale.

[54] Pour statuer sur l'applicabilité de la doctrine de la prépondérance fédérale dans le présent contexte, il faut d'abord trancher une question préliminaire. Cette question découle de la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle, bien que le tribunal fût habilité à autoriser une charge DE ayant priorité de rang sur la fiducie réputée, l'ordonnance du tribunal en l'espèce n'avait pas eu cet effet parce que la doctrine de la prépondérance fédérale n'avait pas été invoquée. Il s'ensuivait que la priorité de rang de la fiducie réputée sur les créanciers garantis établie au par. 30(7) de la LSM demeurait applicable et que la créance des participants avait préséance sur celle des prêteurs DE découlant de l'ordonnance rendue sous le régime de la LACC.

[55] Avec égards, je ne puis souscrire à cette conception de la doctrine de la prépondérance fédérale. Cette doctrine résout les conflits d'application entre des lois provinciales et fédérales validement adoptées qui empiètent l'une sur l'autre (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 32 et 69). La prépondérance est une question de droit, si bien que, sous réserve de l'application des règles régissant l'admissibilité de nouveaux éléments de preuve, elle peut être soulevée même si elle n'a pas été invoquée dans une procédure initiale.

[56] La partie qui invoque la prépondérance fédérale doit « démontrer une incompatibilité réelle entre les législations provinciale et fédérale, en établissant, soit qu'il est impossible de se conformer aux deux législations, soit que l'application de la loi provinciale empêcherait la réalisation du but de la législation fédérale » (*Banque canadienne de l'Ouest*, par. 75). Notre Cour a déjà appliqué la doctrine de la prépondérance au domaine de la



provincial legislature cannot, through measures such as a deemed trust, affect priorities granted under federal legislation (*Husky Oil*).

[57] None of the parties question the validity of either the federal provision that enables a CCAA court to make an order authorizing a DIP charge or the provincial provision that establishes the priority of the deemed trust. However, in considering whether the CCAA court has, in exercising its discretion to assess a claim, validly affected a provincial priority, the reviewing court should remind itself of the rule of interpretation stated in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (at p. 356), and reproduced in *Canadian Western Bank* (at para. 75):

When a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would bring about a conflict between the two statutes.

[58] In the instant case, the CCAA judge, in authorizing the DIP charge, did not consider the fact that the Salaried Plan's members had a claim that was protected by a deemed trust, nor did he explicitly note that ordinary creditors, such as the Executive Plan's members, had not received notice of the DIP loan motion. However, he did consider factors that were relevant to the remedial objective of the CCAA and found that Indalex had in fact demonstrated that the CCAA's purpose would be frustrated without the DIP charge. It will be helpful to quote the reasons he gave on April 17, 2009 in authorizing the DIP charge ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61):

- (a) the Applicants are in need of the additional financing in order to support operations during the period of a going concern restructuring;

faillite et de l'insolvabilité, et elle a conclu que des mesures législatives provinciales, comme la création d'une fiducie réputée, ne peuvent porter atteinte à des priorités établies par le législateur fédéral (*Husky Oil*).

[57] Ni la validité de la disposition fédérale habilitant le tribunal chargé d'appliquer la LACC à rendre une ordonnance autorisant une charge DE, ni celle de la disposition provinciale créant la priorité de rang de la fiducie réputée ne sont contestées. Toutefois, lorsqu'elle examine la validité de l'atteinte portée à une priorité d'origine provinciale par le tribunal chargé d'appliquer la LACC dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'évaluer une réclamation, la cour siégeant en révision ne doit pas perdre de vue la règle d'interprétation formulée dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (p. 356), et reproduite dans *Banque canadienne de l'Ouest* (par. 75) :

Chaque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit.

[58] En l'espèce, le juge qui a autorisé la charge DE sous le régime de la LACC n'a pas pris en compte le fait que les participants au régime des salariés avaient une créance protégée par une fiducie réputée, et il n'a pas non plus mentionné expressément que les créanciers ordinaires, tels les participants au régime des cadres, n'avaient pas reçu avis de la motion en autorisation du prêt DE. Il a toutefois examiné des facteurs se rapportant à la fin réparatrice de la LACC et conclu qu'Indalex avait effectivement démontré que la réalisation des objets de la LACC serait compromise en l'absence de la charge DE. Je crois utile de citer les motifs qu'il a exprimés à l'appui de sa décision d'autoriser la charge DE le 17 avril 2009 ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61) :

[TRADUCTION]

- a) les requérantes ont besoin de fonds supplémentaires pour soutenir l'exploitation pendant leur période de restructuration sur la base de la continuité;

- |  |   |
|--|---|
| <p>(b) there is a benefit to the breathing space that would be afforded by the DIP Financing that will permit the Applicants to identify a going concern solution;</p> <p>(c) there is no other alternative available to the Applicants for a going concern solution;</p> <p>(d) a stand-alone solution is impractical given the integrated nature of the business of Indalex Canada and Indalex U.S.;</p> <p>(e) given the collateral base of Indalex U.S., the Monitor is satisfied that it is unlikely that the Post-Filing Guarantee with respect to the U.S. Additional Advances will ever be called and the Monitor is also satisfied that the benefits to stakeholders far outweighs the risk associated with this aspect of the Post-Filing Guarantee;</p> <p>(f) the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing against the assets of the Applicants;</p> <p>(g) the Pre-Filing Security has been reviewed by counsel to the Monitor and it appears that the unsecured creditors of the Canadian debtors will be in no worse position as a result of the Post-Filing Guarantee than they were otherwise, prior to the CCAA filing, as a result of the limitation of the Canadian guarantee set forth in the draft Amended and Restated Initial Order . . . ; and</p> <p>(h) the balancing of the prejudice weighs in favour of the approval of the DIP Financing. [para. 9]</p> | <p>b) la marge de manœuvre que le financement DE procurerait aux requérantes aurait l'avantage de leur permettre de trouver une solution préservant la continuité de leur exploitation;</p> <p>c) les requérantes ne disposent d'aucune autre solution permettant la continuité de l'exploitation;</p> <p>d) vu le degré d'intégration de l'exploitation d'Indalex Canada et d'Indalex É.-U., une solution indépendante est irréaliste;</p> <p>e) vu les biens fournis en garantie par Indalex É.-U., le contrôleur juge peu probable qu'il faille réaliser la garantie postérieure au début de l'instance consentie à l'égard des avances supplémentaires aux É.-U. et il est convaincu que les avantages pour les intéressés dépassent de beaucoup le risque associé à cet aspect de la garantie;</p> <p>f) les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l'emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l'octroi d'un financement garanti par une superpriorité grevant l'actif des requérantes;</p> <p>g) l'avocat du contrôleur a examiné la garantie antérieure au début de l'instance, et il appert que la garantie postérieure au début de l'instance ne placera pas les créanciers non garantis des débiteurs canadiens dans une situation pire que celle où ils se trouvaient avant l'introduction de l'instance fondée sur la LACC, en raison des restrictions applicables à la garantie canadienne établies dans le projet d'ordonnance initiale modifiée et reformulée . . .</p> <p>h) la prépondérance des inconvénients favorise l'approbation du financement DE. [par. 9]</p> |
|--|---|

[59] Given that there was no alternative for a going-concern solution, it is difficult to accept the Court of Appeal's sweeping intimation that the DIP lenders would have accepted that their claim ranked below claims resulting from the deemed trust. There is no evidence in the record that gives credence to this suggestion. Not only is it contradicted by the CCAA judge's findings of fact, but case after case has shown that "the priming of the DIP facility is a key aspect of the debtor's ability to attempt a workout" (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at p. 97). The harsh reality is that lending is governed by the commercial imperatives of the

[59] Étant donné qu'il n'existait aucune autre solution pour préserver la continuité de l'exploitation, il est difficile d'accepter l'insinuation sans nuance de la Cour d'appel que les prêteurs DE auraient accepté que leur réclamation soit subordonnée à celles fondées sur la fiducie réputée. Rien dans la preuve présentée n'accrédite un tel scénario. Non seulement les conclusions de fait du juge chargé d'appliquer la LACC le contredisent, mais il a été démontré maintes et maintes fois que [TRADUCTION] « la priorité accordée au financement DE constitue un élément clé de la capacité du débiteur de tenter de conclure un arrangement » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors*

lenders, not by the interests of the plan members or the policy considerations that lead provincial governments to legislate in favour of pension fund beneficiaries. The reasons given by Morawetz J. in response to the first attempt of the Executive Plan's members to reserve their rights on June 12, 2009 are instructive. He indicated that any uncertainty as to whether the lenders would withhold advances or whether they would have priority if advances were made did "not represent a positive development". He found that, in the absence of any alternative, the relief sought was "necessary and appropriate" (2009 CanLII 37906, at paras. 7-8).

[60] In this case, compliance with the provincial law necessarily entails defiance of the order made under federal law. On the one hand, s. 30(7) of the *PPSA* required a part of the proceeds from the sale related to assets described in the provincial statute to be paid to the plan's administrator before other secured creditors were paid. On the other hand, the Amended Initial Order provided that the DIP charge ranked in priority to "all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise" (para. 45). Granting priority to the DIP lenders subordinates the claims of other stakeholders, including the Plan Members. This court-ordered priority based on the *CCAA* has the same effect as a statutory priority. The federal and provincial laws are inconsistent, as they give rise to different, and conflicting, orders of priority. As a result of the application of the doctrine of federal paramountcy, the DIP charge supersedes the deemed trust.

### C. *Did Indalex Have Fiduciary Obligations to the Plan Members?*

[61] The fact that the DIP financing charge supersedes the deemed trust or that the interests of the Executive Plan's members are not protected by the deemed trust does not mean that Plan Members have no right to receive money out of the reserve

*Arrangement Act* (2007), p. 97). La dure réalité est que l'octroi de prêts est régi par les impératifs commerciaux des prêteurs, et non par les intérêts des participants ou par les considérations de politique générale qui ont incité les législateurs provinciaux à protéger les bénéficiaires de caisses de retraite. Les motifs exposés par le juge Morawetz lorsque, le 12 juin 2009, les participants au régime des cadres ont demandé pour la première fois que leurs droits soient réservés sont révélateurs. Selon lui, toute incertitude quant à savoir si les prêteurs refuseraient de consentir des avances ou s'ils auraient priorité dans le cas où des avances seraient consenties [TRADUCTION] « n'améliorerait pas la situation ». Il a conclu qu'en l'absence de solution de rechange la réparation demandée était « nécessaire et appropriée » (2009 CanLII 37906, par. 7-8).

[60] En l'occurrence, le respect du droit provincial implique nécessairement le non-respect de l'ordonnance rendue en vertu du droit fédéral. D'un côté, le par. 30(7) de la *LSM* exige qu'une partie du produit de la vente lié aux biens décrits dans la loi provinciale soit versée à l'administrateur du régime de retraite par priorité sur les paiements aux autres créanciers garantis. D'un autre côté, l'ordonnance initiale modifiée accorde à la charge DE priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d'origine législative ou autre » (par. 45). Accorder priorité aux prêteurs DE relègue à un rang inférieur les créances des autres intéressés, notamment les participants. Cette priorité d'origine judiciaire fondée sur la *LACC* a le même effet qu'une priorité d'origine législative. Les dispositions fédérales et provinciales sont inconciliables, car elles produisent des ordres de priorité différents et conflictuels. L'application de la doctrine de la prépondérance fédérale donne à la charge DE priorité sur la fiducie réputée.

### C. *Indalex avait-elle des obligations fiduciaires envers les participants?*

[61] Le fait que la charge DE ait préséance sur la fiducie réputée ou que les intérêts des participants au régime des cadres ne soient pas protégés par la fiducie réputée ne signifient pas que les participants n'ont pas le droit de recevoir un montant prélevé

fund. What remains to be considered is whether an equitable remedy, which could override all priorities, can and should be granted for a breach by Indalex of a fiduciary duty.

[62] The first stage of a fiduciary duty analysis is to determine whether and when fiduciary obligations arise. The Court has recognized that there are circumstances in which a pension plan administrator has fiduciary obligations to plan members both at common law and under statute (*Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41). It is clear that the indicia of a fiduciary relationship attach in this case between the Plan Members and Indalex as plan administrator. Sun Indalex and the Monitor do not dispute this proposition.

[63] However, Sun Indalex and the Monitor argue that the employer has a fiduciary duty only when it acts as plan administrator — when it is wearing its administrator's "hat". They contend that, outside the plan administration context, when directors make decisions in the best interests of the corporation, the employer is wearing solely its "corporate hat". On this view, decisions made by the employer in its corporate capacity are not burdened by the corporation's fiduciary obligations to its pension plan members and, consequently, cannot be found to conflict with plan members' interests. This is not the correct approach to take in determining the scope of the fiduciary obligations of an employer acting as plan administrator.

[64] Only persons or entities authorized by the *PBA* can act as plan administrators (ss. 1(1) and 8(1)(a)). The employer is one of them. A corporate employer that chooses to act as plan administrator accepts the fiduciary obligations attached to that function. Since the directors of a corporation also have a fiduciary duty to the corporation, the fact that the corporate employer can act as administrator

sur le fonds de réserve. Il faut encore examiner s'il est possible et s'il y a lieu d'imposer une réparation en equity — pouvant avoir préséance sur toutes les priorités — pour manquement par Indalex à une obligation fiduciaire.

[62] La première étape de l'analyse relative à une obligation fiduciaire consiste à déterminer si de telles obligations existent et dans quel contexte elles s'appliquent. La Cour a reconnu que, dans certaines circonstances, l'administrateur d'un régime de retraite a des obligations fiduciaires envers les participants en vertu tant de la common law que de la législation (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41). Il est clair que la relation entre les participants et Indalex, en sa qualité d'administrateur des régimes, présente les caractéristiques d'une relation fiduciaire. Ni Sun Indalex ni le contrôleur ne le contestent.

[63] Sun Indalex et le contrôleur font cependant valoir que l'employeur n'est tenu à une obligation fiduciaire que lorsqu'il agit en qualité d'administrateur des régimes — lorsqu'il porte son « chapeau » d'administrateur des régimes. Hors du contexte de l'administration des régimes, lorsque le conseil d'administration prend des décisions dans l'intérêt supérieur de la société, il porte uniquement son « chapeau » de gestionnaire de la société. Selon cette optique, les décisions de l'employeur concernant la gestion de l'entreprise ne sont pas assujetties aux obligations fiduciaires de la société envers les participants à son régime de retraite et, par conséquent, ne peuvent entrer en conflit avec les intérêts des participants. Je ne puis accepter cette interprétation lorsqu'il s'agit de déterminer la portée des obligations fiduciaires qui incombent à un employeur en sa qualité d'administrateur d'un régime de retraite.

[64] Seules peuvent administrer un régime de retraite les personnes ou entités qui y sont autorisées par la *LRR* (par. 1(1) et al. 8(1)a)). L'employeur fait partie de ces personnes ou entités. L'employeur constitué en société qui décide d'agir en qualité d'administrateur d'un régime accepte les obligations fiduciaires inhérentes à cette fonction. Puisque les administrateurs d'une société ont aussi une

of a pension plan means that s. 8(1)(a) of the *PBA* is based on the assumption that not all decisions taken by directors in managing a corporation will result in conflict with the corporation's duties to the plan's members. However, the corporate employer must be prepared to resolve conflicts where they arise. Reorganization proceedings place considerable burdens on any debtor, but these burdens do not release an employer that acts as plan administrator from its fiduciary obligations.

[65] Section 22(4) of the *PBA* explicitly provides that a plan administrator must not permit its own interest to conflict with its duties in respect of the pension fund. Thus, where an employer's own interests do not converge with those of the plan's members, it must ask itself whether there is a potential conflict and, if so, what can be done to resolve the conflict. Where interests do conflict, I do not find the two hats metaphor helpful. The solution is not to determine whether a given decision can be classified as being related to either the management of the corporation or the administration of the pension plan. The employer may well take a sound management decision, and yet do something that harms the interests of the plan's members. An employer acting as a plan administrator is not permitted to disregard its fiduciary obligations to plan members and favour the competing interests of the corporation on the basis that it is wearing a "corporate hat". What is important is to consider the consequences of the decision, not its nature.

[66] When the interests the employer seeks to advance on behalf of the corporation conflict with interests the employer has a duty to preserve as plan administrator, a solution must be found to ensure that the plan members' interests are taken care of. This may mean that the corporation puts the members on notice, or that it finds a replacement administrator, appoints representative counsel or

obligation fiduciaire envers la société, le fait que l'employeur puisse agir en qualité d'administrateur d'un régime de retraite signifie que l'al. 8(1)a) de la *LRR* repose sur la prémisse que les décisions de gestion de l'entreprise prises par les administrateurs n'engendreront pas toujours un conflit avec les obligations de la société envers les participants au régime de retraite. L'employeur doit toutefois être prêt à résoudre les conflits lorsqu'ils surgissent. Une procédure de réorganisation impose inévitablement un poids à un débiteur, mais ce fardeau ne libère pas l'employeur qui agit en qualité d'administrateur d'un régime de retraite de ses obligations fiduciaires.

[65] Le paragraphe 22(4) de la *LRR* interdit expressément à l'administrateur d'un régime de permettre que son intérêt entre en conflit avec ses obligations à l'égard du régime de retraite. Par conséquent, l'employeur dont le propre intérêt ne coïncide pas avec celui des participants au régime doit se demander si cette divergence d'intérêts peut susciter un conflit et, le cas échéant, ce qu'il faut faire pour le résoudre. Lorsqu'il y a effectivement conflit, la métaphore des deux « chapeaux » n'est selon moi d'aucun secours. La solution ne consiste pas à déterminer si une décision peut être classifiée comme se rattachant à la gestion de la société ou à l'administration du régime de retraite. L'employeur peut très bien prendre une décision judicieuse concernant la gestion de la société et, néanmoins, porter préjudice aux intérêts des participants au régime. L'employeur qui administre un régime de retraite n'est pas autorisé à négliger ses obligations fiduciaires envers les participants au régime et à favoriser les intérêts concurrents de la société sous prétexte qu'il porte le « chapeau » de dirigeant de la société. Ce sont les conséquences d'une décision, et non sa nature qui doivent être prises en compte.

[66] Lorsque les intérêts de la société que l'employeur tente de servir se heurtent à ceux que l'employeur a le devoir de protéger en qualité d'administrateur du régime, il faut trouver une façon de veiller sur les intérêts des participants. Cela peut vouloir dire que la société les tiendra informés, qu'elle trouvera un administrateur substitut pour le régime, qu'elle nommera un avocat

finds some other means to resolve the conflict. The solution has to fit the problem, and the same solution may not be appropriate in every case.

[67] In the instant case, Indalex's fiduciary obligations as plan administrator did in fact conflict with management decisions that needed to be taken in the best interests of the corporation. Indalex had a number of responsibilities as plan administrator. For example, s. 56(1) of the *PBA* required it to ensure that contributions were paid when due. Section 56(2) required that it notify the Superintendent if contributions were not paid when due. It was also up to Indalex under s. 59 to commence proceedings to obtain payment of contributions that were due but not paid. Indalex, as an employer, paid all the contributions that were due. However, its insolvency put contributions that had accrued to the date of the wind up at risk. In an insolvency context, the administrator's claim for contributions that have accrued is a provable claim.

[68] In the context of this case, the fact that Indalex, as plan administrator, might have to claim accrued contributions from itself means that it would have to simultaneously adopt conflicting positions on whether contributions had accrued as of the date of liquidation and whether a deemed trust had arisen in respect of wind-up deficiencies. This is indicative of a clear conflict between Indalex's interests and those of the Plan Members. As soon as it saw, or ought to have seen, a potential for conflict, Indalex should have taken steps to ensure that the interests of the Plan Members were protected. It did not do so. On the contrary, it contested the position the Plan Members advanced. At the very least, Indalex breached its duty to avoid conflicts of interest (s. 22(4) *PBA*).

[69] Since the Plan Members seek an equitable remedy, it is important to identify the point at

pour représenter les participants ou qu'elle résoudra le conflit par un autre moyen. La solution doit être adaptée au problème, et une solution donnée ne vaudra pas nécessairement pour tous les cas.

[67] En l'espèce, il y avait bien conflit entre les obligations fiduciaires qui incombait à Indalex en sa qualité d'administrateur des régimes et les décisions de gestion qu'elle devait prendre dans le meilleur intérêt de la société. Indalex avait certaines responsabilités en sa qualité d'administrateur des régimes. Par exemple, le par. 56(1) de la *LRR* l'obligeait à veiller à ce que les cotisations soient payées à leur date d'exigibilité et, si elles ne l'étaient pas, le par. 56(2) exigeait qu'elle en avise le surintendant. Il incombait également à Indalex, aux termes de l'art. 59, d'introduire une instance devant un tribunal compétent pour obtenir le paiement des cotisations dues, mais impayées. Indalex, en tant qu'employeur, a acquitté toutes les cotisations dues. Son insolvabilité compromettrait toutefois le paiement des cotisations accumulées à la date de la liquidation. En cas d'insolvabilité, la créance de l'administrateur d'un régime à l'égard des cotisations accumulées constitue une réclamation prouvable.

[68] Dans le contexte de la présente affaire, le fait qu'Indalex pouvait, en sa qualité d'administrateur des régimes de retraite, avoir à se réclamer à elle-même les cotisations accumulées l'amènerait à devoir adopter simultanément des positions opposées quant à savoir si des cotisations s'étaient accumulées à la date de la liquidation et si les déficits de capitalisation étaient protégés par une fiducie réputée. Cet exemple démontre qu'il existait manifestement un conflit entre les intérêts d'Indalex et ceux des participants. Indalex aurait dû prendre des mesures pour assurer la protection des intérêts des participants dès qu'elle a constaté, ou qu'elle aurait dû constater, l'existence d'un conflit potentiel. Elle ne l'a pas fait. Elle a, au contraire, contesté la position défendue par les participants. Elle a donc, à tout le moins, manqué à son obligation d'éviter les conflits d'intérêts (par. 22(4) *LRR*).

[69] Comme les participants demandent une réparation en equity, il importe d'établir à quel moment

which Indalex should have moved to ensure that their interests were safeguarded. Before doing so, I would stress that factual contexts are needed to analyse conflicts between interests, and that it is neither necessary nor useful to attempt to map out all the situations in which conflicts may arise.

[70] As I mentioned above, insolvency puts the employer's contributions at risk. This does not mean that the decision to commence insolvency proceedings entails on its own a breach of a fiduciary obligation. The commencement of insolvency proceedings in this case on April 3, 2009 in an emergency situation was explained by Timothy R. J. Stubbs, the then-president of Indalex. The company was in default to its lender, it faced legal proceedings for unpaid bills, it had received a termination notice effective April 6 from its insurers, and suppliers had stopped supplying on credit. These circumstances called for urgent action by Indalex lest a creditor start bankruptcy proceedings and in so doing jeopardize ongoing operations and jobs. Several facts lead me to conclude that the stay sought in this case did not, in and of itself, put Indalex in a conflict of interest.

[71] First, a stay operates only to freeze the parties' rights. In most cases, stays are obtained *ex parte*. One of the reasons for refraining from giving notice of the initial stay motion is to avert a situation in which creditors race to court to secure benefits that they would not enjoy in insolvency. Subjecting as many creditors as possible to a single process is seen as a way to treat all of them more equitably. In this context, plan members are placed on the same footing as the other creditors and have no special entitlement to notice. Second, one of the conclusions of the order Indalex sought was that it was to be served on all creditors, with a few exceptions, within 10 days. The notice allowed any interested party to apply to vary the order. Third, Indalex was permitted to pay all pension benefits. Although the order excluded special solvency payments, no ruling was made at that point on the

Indalex aurait dû prendre des mesures pour veiller à ce que leurs intérêts soient protégés. Soulignons au préalable que l'analyse d'un conflit d'intérêts doit s'appuyer sur un contexte factuel et qu'il n'est ni nécessaire ni utile de tenter de décrire toutes les situations dans lesquelles un conflit est susceptible de surgir.

[70] L'insolvabilité, comme je l'ai déjà mentionné, met en péril les cotisations de l'employeur. Cela ne signifie pas pour autant que la seule décision d'engager une procédure en matière d'insolvabilité constitue un manquement à une obligation fiduciaire. Le président d'Indalex à l'époque, M. Timothy R. J. Stubbs, a expliqué pourquoi une procédure en matière d'insolvabilité avait été engagée, le 3 avril 2009, dans une situation d'urgence. La dette d'Indalex envers son prêteur était en souffrance, la société s'exposait à des poursuites pour factures impayées, elle avait reçu un avis de résiliation de son assureur qui prenait effet le 6 avril et ses fournisseurs ne lui faisaient plus crédit. Indalex devait donc agir de toute urgence, avant qu'un créancier n'entame une procédure de mise en faillite, ce qui aurait compromis la poursuite de l'exploitation de l'entreprise et le maintien des emplois. Plusieurs raisons m'amènent à conclure que la suspension demandée en l'espèce n'a pas en elle-même placé Indalex en conflit d'intérêts.

[71] Premièrement, la suspension ne fait que figer les droits des parties. La plupart du temps, elle s'obtient *ex parte*. C'est notamment pour éviter que les créanciers se ruent devant les tribunaux pour tenter d'obtenir des avantages que les procédures en matière d'insolvabilité ne leur procureraient pas qu'on s'abstient de donner avis de la motion initiale en suspension. Il semble plus équitable d'appliquer un processus unique au plus grand nombre possible de créanciers. Dans ce contexte, les participants sont sur le même pied que les autres créanciers, et ils ne bénéficient d'aucun droit spécial de recevoir un avis. Deuxièmement, l'une des conclusions de l'ordonnance demandée par Indalex exigeait que, sous réserve de quelques exceptions, tous les créanciers reçoivent signification de l'ordonnance dans un délai de 10 jours. L'avis permettait à tout intéressé de demander une modification de l'ordonnance.

merits of the creditors' competing claims, and a stay gave the Plan Members the possibility of presenting their arguments on the deemed trust rather than losing it altogether as a result of a bankruptcy proceeding, which was the alternative.

[72] Whereas the stay itself did not put Indalex in a conflict of interest, the proceedings that followed had adverse consequences. On April 8, 2009, Indalex brought a motion to amend and restate the initial order in order to apply for DIP financing. This motion had been foreseen. Mr. Stubbs had mentioned in the affidavit he signed in support of the initial order that the lenders had agreed to extend their financing, but that Indalex would be in need of authorization in order to secure financing to continue its operations. However, the initial order had not yet been served on the Plan Members as of April 8. Short notice of the motion was given to the USW rather than to all the individual Plan Members, but the USW did not appear. The Plan Members were quite simply not represented on the motion to amend the initial stay order requesting authorization to grant the DIP charge.

[73] In seeking to have a court approve a form of financing by which one creditor was granted priority over all other creditors, Indalex was asking the CCAA court to override the Plan Members' priority. This was a case in which Indalex's directors permitted the corporation's best interests to be put ahead of those of the Plan Members. The directors may have fulfilled their fiduciary duty to Indalex, but they placed Indalex in the position of failing to fulfil its obligations as plan administrator. The corporation's interest was to seek the best possible avenue to survive in an insolvency context. The pursuit of this interest was not compatible with the plan administrator's duty to the Plan Members to ensure that all contributions were paid into the funds. In the context of this case, the plan administrator's duty to the Plan Members meant, in particular, that it should at least have given them the opportunity to present their arguments. This duty

Troisièmement, Indalex était autorisée à verser toutes les prestations de retraite. Même si l'ordonnance excluait les paiements spéciaux de solvabilité, elle ne réglait pas les droits concurrents des créanciers, et la suspension permettait aux participants de présenter leurs arguments au sujet de la fiducie réputée, alors qu'ils en auraient tout simplement perdu le bénéfice dans le contexte d'une faillite, qui était la solution de rechange.

[72] Bien que la suspension en elle-même n'ait pas placé Indalex en situation de conflit d'intérêts, les procédures qui ont suivi ont eu des conséquences négatives. Le 8 avril 2009, Indalex a déposé une motion en modification et reformulation de l'ordonnance initiale pour demander un financement DE. Cette motion avait été prévue. M. Stubbs avait mentionné dans son affidavit à l'appui de la demande d'ordonnance initiale que les prêteurs avaient consenti au financement, mais qu'Indalex devrait être autorisée à obtenir le financement pour poursuivre ses activités. Toutefois, le 8 avril, l'ordonnance initiale n'avait pas encore été signifiée aux participants. Un court préavis avait été donné au Syndicat, plutôt qu'à chacun des participants, mais le Syndicat n'a pas comparu. Les participants n'étaient tout simplement pas représentés lors de l'examen de la motion en modification de l'ordonnance initiale de suspension et en autorisation d'accorder la charge DE.

[73] En demandant au tribunal d'autoriser une forme de financement selon laquelle un créancier se verrait accorder priorité sur tous les autres, Indalex demandait au tribunal chargé d'appliquer la LACC de faire échec à la priorité dont bénéficiaient les participants. Il s'agit d'un cas où les administrateurs d'Indalex ont permis que les intérêts de la société l'emportent sur ceux des participants. Ce faisant, ils ont peut-être rempli leurs obligations fiduciaires envers Indalex, mais ils ont fait en sorte qu'Indalex a manqué à ses obligations en tant qu'administrateur des régimes. L'intérêt de la société consistait à rechercher la meilleure façon de survivre dans un contexte d'insolvabilité. La poursuite de cet intérêt était incompatible avec le devoir de l'administrateur des régimes envers les participants de veiller à ce que toutes les cotisations soient versées aux caisses de retraite. En l'occurrence, ce devoir de l'administrateur des régimes impliquait, plus



meant, at the very least, that they were entitled to reasonable notice of the DIP financing motion. The terms of that motion, presented without appropriate notice, conflicted with the interests of the Plan Members. Because Indalex supported the motion asking that a priority be granted to its lender, it could not at the same time argue for a priority based on the deemed trust.

[74] The Court of Appeal found a number of other breaches. I agree with Cromwell J. that none of the subsequent proceedings had a negative impact on the Plan Members' rights. The events that occurred, in particular the second DIP financing motion and the sale process, were predictable and, in a way, typical of reorganizations. Notice was given in all cases. The Plan Members were represented by able counsel. More importantly, the court ordered that funds be reserved and that a full hearing be held to argue the issues.

[75] The Monitor and George L. Miller, Indalex U.S.'s trustee in bankruptcy, argue that the Plan Members should have appealed the Amended Initial Order authorizing the DIP charge, and were precluded from subsequently arguing that their claim ranked in priority to that of the DIP lenders. They take the position that the collateral attack doctrine bars the Plan Members from challenging the DIP financing order. This argument is not convincing. The Plan Members did not receive notice of the motion to approve the DIP financing. Counsel for the Executive Plan's members presented the argument of that plan's members at the first opportunity and repeated it each time he had an occasion to do so. The only time he withdrew their opposition was at the hearing of the motion for authorization to increase the DIP loan amount after being told that the only purpose of the motion was to increase the amount of the authorized loan. The CCAA judge set a hearing date for the very purpose of presenting the arguments that Indalex, as plan administrator, could have presented when it requested the amendment to the initial order.

particulièrement, qu'il donne à tout le moins aux participants la possibilité d'exposer leurs arguments. Cela signifiait, au minimum, que les participants avaient droit à un avis raisonnable de la motion en autorisation du financement DE. La teneur de cette motion, présentée sans avis convenable, allait à l'encontre des intérêts des participants. Étant donné qu'Indalex soutenait la motion visant l'octroi d'une priorité à son prêteur, elle ne pouvait pas simultanément défendre l'existence d'une priorité fondée sur la fiducie réputée.

[74] La Cour d'appel a constaté d'autres manquements. Je partage l'opinion du juge Cromwell qu'aucune des procédures subséquentes n'a porté atteinte aux droits des participants. La suite des événements, notamment la deuxième motion en approbation du financement DE et le processus de vente, était prévisible et, à cet égard, typique des réorganisations. Dans tous les cas, des avis ont été donnés. Les participants ont été représentés par des avocats compétents. Fait plus important, le tribunal a ordonné que des fonds soient réservés et qu'une audience soit tenue pour que les questions en litige soient pleinement débattues.

[75] Le contrôleur et George L. Miller, le syndic de faillite d'Indalex É.-U., soutiennent que les participants auraient dû interjeter appel de l'ordonnance initiale modifiée autorisant la charge DE et qu'ils ne devaient pas être admis à prétendre plus tard que leur créance avait priorité sur celle des prêteurs DE. Ils plaident que la règle interdisant les contestations indirectes empêche les participants de contester l'ordonnance autorisant le financement DE. Cet argument n'est pas convaincant. Les participants n'ont pas reçu avis de la motion demandant au tribunal d'autoriser le financement DE. L'avocat des participants au régime des cadres a défendu leur position dès qu'il a pu le faire et l'a réitérée chaque fois qu'il en a eu l'occasion. À l'audition de la motion visant l'augmentation du prêt DE, il n'a retiré leur opposition que lorsqu'on lui a dit que son seul objet était d'augmenter le montant du prêt autorisé. Le juge chargé d'appliquer la LACC a fixé une date d'audience expressément pour la présentation des arguments qu'Indalex aurait pu faire valoir, en qualité d'administrateur des régimes, lorsqu'elle a demandé la modification de l'ordonnance initiale.

It cannot now be argued, therefore, that the Plan Members are barred from defending their interests by the collateral attack doctrine.

*D. Would an Equitable Remedy Be Appropriate in the Circumstances?*

[76] The definition of “secured creditor” in s. 2 of the CCAA includes a trust in respect of the debtor’s property. The Amended Initial Order (at para. 45) provided that the DIP lenders’ claims ranked in priority to all trusts, “statutory or otherwise”. Indalex U.S. was subrogated to the DIP lenders’ claim by operation of the guarantee in the DIP lending agreement.

[77] Counsel for the Executive Plan’s members argues that the doctrine of equitable subordination should apply to subordinate Indalex U.S.’s subrogated claim to those of the Plan Members. This Court discussed the doctrine of equitable subordination in *Canada Deposit Insurance Corp. v. Canadian Commercial Bank*, [1992] 3 S.C.R. 558, but did not endorse it, leaving it for future determination (p. 609). I do not need to endorse it here either. Suffice to say that there is no evidence that the lenders committed a wrong or that they engaged in inequitable conduct, and no party has contested the validity of Indalex U.S.’s payment of the US\$10 million shortfall.

[78] This leaves the constructive trust remedy ordered by the Court of Appeal. It is settled law that proprietary remedies are generally awarded only with respect to property that is directly related to a wrong or that can be traced to such property. I agree with my colleague Cromwell J. that this condition is not met in the case at bar. I adopt his reasoning on this issue.

[79] Moreover, I am of the view that it was unreasonable for the Court of Appeal to reorder the priorities in this case. The breach of fiduciary duty identified in this case is, in substance, the lack of notice. Since the Plan Members were allowed to fully argue their case at a hearing specifically held

La règle interdisant les contestations indirectes ne peut donc être invoquée maintenant pour empêcher les participants de défendre leurs intérêts.

*D. Y a-t-il lieu d’accorder une réparation en equity en l’espèce?*

[76] La définition d’un « créancier garanti » à l’art. 2 de la LACC inclut la fiducie relative aux biens du débiteur. L’ordonnance initiale modifiée donne à la créance des prêteurs DE priorité sur toute fiducie [TRADUCTION] « d’origine législative ou autre » (par. 45). Indalex É.-U. a été subrogée aux prêteurs DE en conséquence de la garantie consentie dans la convention de prêt DE.

[77] L’avocat des participants au régime des cadres soutient que, selon le principe de la subordination reconnue en equity, la créance d’Indalex É.-U. fondée sur la subrogation est subordonnée à celle des participants. Dans *Société d’assurance-dépôt du Canada c. Banque Commerciale du Canada*, [1992] 3 R.C.S. 558, notre Cour a examiné le principe de la subordination reconnue en equity. Elle ne l’a toutefois pas entériné, reportant l’examen de cette question à un autre moment (p. 609). Je n’ai pas non plus besoin de l’entériner ici. Il suffit de mentionner que la preuve ne révèle aucune inconduite ni injustice de la part des prêteurs, et qu’aucune partie ne conteste la validité du paiement, par Indalex É.-U., des 10 millions de dollars américains manquants.

[78] Reste donc la fiducie par interprétation imposée par la Cour d’appel. Il est bien établi en droit qu’une réparation de la nature d’un droit de propriété n’est généralement accordée qu’à l’égard d’un bien ayant un lien direct avec un acte fautif ou d’un bien qui peut être rattaché à un tel bien. Je partage l’avis de mon collègue le juge Cromwell que cette condition n’est pas remplie en l’espèce et je souscris à ses motifs sur ce point.

[79] En outre, je considère qu’il était déraisonnable pour la Cour d’appel de modifier l’ordre de priorité. Le manquement à l’obligation fiduciaire constaté en l’espèce consiste essentiellement en l’absence d’avis. Puisque les participants ont été autorisés à présenter leurs arguments lors d’une

to adjudicate their rights, the CCAA court was in a position to fully appreciate the parties' positions.

[80] It is difficult to see what gains the Plan Members would have secured had they received notice of the motion that resulted in the Amended Initial Order. The CCAA judge made it clear, and his finding is supported by logic, that there was no alternative to the DIP loan that would allow for the sale of the assets on a going-concern basis. The Plan Members presented no evidence to the contrary. They rely on conjecture alone. The Plan Members invoke other cases in which notice was given to plan members and in which the members were able to fully argue their positions. However, in none of those cases were plan members able to secure any additional benefits. Furthermore, the Plan Members were allowed to fully argue their case. As a result, even though Indalex breached its fiduciary duty to notify the Plan Members of the motion that resulted in the Amended Initial Order, their claim remains subordinate to that of Indalex U.S.

#### IV. Conclusion

[81] There are good reasons for giving special protection to members of pension plans in insolvency proceedings. Parliament considered doing so before enacting the most recent amendments to the CCAA, but chose not to (*An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act, the Wage Earner Protection Program Act and chapter 47 of the Statutes of Canada, 2005*, S.C. 2007, c. 36, in force September 18, 2009, SI/2009-68; see also Bill C-501, *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act and other Acts (pension protection)*, 3rd Sess., 40th Parl., March 24, 2010 (subsequently amended by the Standing Committee on Industry, Science and Technology, March 1, 2011)). A report of the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce gave the following reasons for this choice:

audience spécialement tenue pour statuer sur leurs droits, le tribunal chargé d'appliquer la LACC était pleinement en mesure d'évaluer la position des parties.

[80] De plus, je vois difficilement comment les participants auraient pu améliorer leur position même s'ils avaient reçu avis de la motion en modification de l'ordonnance initiale. Le juge chargé d'appliquer la LACC a clairement indiqué que la seule solution permettant la vente de l'actif en tant qu'entreprise en exploitation était le financement DE — et la logique appuie cette conclusion. Les participants n'ont présenté aucune preuve contraire. Leur argumentation est uniquement fondée sur des conjectures. Ils invoquent d'autres affaires où des participants à des régimes ont reçu un avis et ont pu défendre pleinement leur position. Or, dans aucun des exemples qu'ils citent, les intéressés n'ont pu obtenir d'avantages additionnels. Qui plus est, les participants en l'espèce ont pu faire valoir pleinement leur position. Par conséquent, bien qu'Indalex ait manqué à son obligation fiduciaire d'informer les participants de la motion en modification de l'ordonnance initiale, leur créance demeure subordonnée à celle d'Indalex É.-U.

#### IV. Conclusion

[81] Il existe des raisons valables d'accorder une protection spéciale aux participants à un régime de retraite lors de procédures en matière d'insolvabilité. Le législateur a envisagé la possibilité de leur accorder cette protection lorsqu'il a édicté les modifications les plus récentes à la LACC, mais il a décidé de s'en abstenir (*Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, la Loi sur le Programme de protection des salariés et le chapitre 47 des Lois du Canada (2005)*, L.C. 2007, ch. 36, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68; voir aussi le projet de loi C-501, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et d'autres lois (protection des prestations)*, 3<sup>e</sup> sess., 40<sup>e</sup> lég., 24 mars 2010 (modifié par la suite par le Comité permanent de l'industrie, des sciences et de la technologie, 1<sup>er</sup> mars 2011)). Un rapport du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a expliqué ainsi le choix fait par le législateur :

Although the Committee recognizes the vulnerability of current pensioners, we do not believe that changes to the BIA regarding pension claims should be made at this time. Current pensioners can also access retirement benefits from the Canada/Quebec Pension Plan, and the Old Age Security and Guaranteed Income Supplement programs, and may have private savings and Registered Retirement Savings Plans that can provide income for them in retirement. The desire expressed by some of our witnesses for greater protection for pensioners and for employees currently participating in an occupational pension plan must be balanced against the interests of others. As we noted earlier, insolvency – at its essence – is characterized by insufficient assets to satisfy everyone, and choices must be made.

The Committee believes that granting the pension protection sought by some of the witnesses would be sufficiently unfair to other stakeholders that we cannot recommend the changes requested. For example, we feel that super priority status could unnecessarily reduce the moneys available for distribution to creditors. In turn, credit availability and the cost of credit could be negatively affected, and all those seeking credit in Canada would be disadvantaged.

*(Debtors and Creditors Sharing the Burden: A Review of the Bankruptcy and Insolvency Act and the Companies' Creditors Arrangement Act (2003), at p. 98; see also p. 88.)*

[82] In an insolvency process, a CCAA court must consider the employer's fiduciary obligations to plan members as their plan administrator. It must grant a remedy where appropriate. However, courts should not use equity to do what they wish Parliament had done through legislation.

[83] In view of the fact that the Plan Members were successful on the deemed trust and fiduciary duty issues, I would not order costs against them either in the Court of Appeal or in this Court.

[84] I would therefore allow the main appeals without costs in this Court, set aside the orders

Conscients de la vulnérabilité des actuels retraités, nous n'estimons toutefois pas qu'il faudrait modifier pour le moment les dispositions de la LFI concernant les créances liées à des retraites. Actuellement les retraités peuvent recevoir des prestations des Régimes de pensions du Canada et de rentes du Québec, de la Sécurité de la vieillesse et du Supplément de revenu garanti et disposent souvent d'économies personnelles et de REER pouvant leur assurer un revenu à la retraite. Il faut trouver un juste équilibre entre, d'une part, le souhait exprimé par certains de nos témoins de mieux protéger les retraités et les actuels cotisants à un régime de retraite professionnel et, d'autre part, les intérêts des autres. Nous le répétons, l'insolvabilité se caractérise de par sa nature même par des actifs insuffisants pour répondre aux besoins de chacun, et il faut faire des choix.

Le Comité estime que, si l'on accordait la protection qu'ont demandée certains témoins, cela serait tellement injuste pour les autres intervenants qu'il ne peut le recommander. Par exemple, nous estimons qu'une superpriorité ou un fonds pourraient indûment réduire les fonds à répartir entre les créanciers. La disponibilité et le coût du crédit pourraient être touchés, de même que, par ricochet, tous les demandeurs de crédit au Canada.

*(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 (2003), p. 109-110; voir aussi p. 98.)*

[82] Dans une procédure en matière d'insolvabilité, le tribunal chargé d'appliquer la LACC doit prendre en compte les obligations fiduciaires de l'employeur envers les participants en sa qualité d'administrateur de leurs régimes de retraite. Il doit accorder une réparation lorsque cette mesure est indiquée. Cependant, le tribunal ne doit pas utiliser l'équité pour accomplir ce qu'il aurait souhaité que le législateur fit.

[83] Les participants ayant obtenu gain de cause sur les questions de la fiducie réputée et des obligations fiduciaires, je suis d'avis de ne les condamner aux dépens ni devant la Cour d'appel, ni devant notre Cour.

[84] Je suis donc d'avis d'accueillir les pourvois principaux sans dépens devant notre Cour, d'annuler

made by the Court of Appeal, except with respect to orders contained in paras. 9 and 10 of the judgment of the Court of Appeal in the former executive members' appeal and restore the orders of Campbell J. dated February 18, 2010. I would dismiss USW's costs appeal without costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ. were delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[85] When a business becomes insolvent, many interests are at risk. Creditors may not be able to recover their debts, investors may lose their investments and employees may lose their jobs. If the business is the sponsor of an employee pension plan, the benefits promised by the plan are not immune from that risk. The circumstances leading to these appeals show how that risk can materialize. Pension plans and creditors find themselves in a zero-sum game with not enough money to go around. At a very general level, this case raises the issue of how the law balances the interests of pension plan beneficiaries with those of other creditors.

[86] Indalex Limited, the sponsor and administrator of employee pension plans, became insolvent and sought protection from its creditors under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"). Although all current contributions were up to date, the company's pension plans did not have sufficient assets to fulfill the pension promises made to their members. In a series of court-sanctioned steps, which were judged to be in the best interests of all stakeholders, the company borrowed a great deal of money to allow it to continue to operate. The parties injecting the operating money were given a super priority over the claims by other creditors. When the business was sold, thereby preserving hundreds of

les ordonnances rendues par la Cour d'appel, à l'exception de celles figurant aux par. 9 et 10 du jugement de la Cour d'appel concernant l'appel des anciens cadres, et de rétablir les ordonnances du juge Campbell datées du 18 février 2010. Je suis d'avis de rejeter sans dépens le pourvoi du Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell rendus par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[85] L'insolvabilité d'une entreprise met en péril de nombreux intérêts. Le créancier pourrait ne pas recouvrer son dû, l'investisseur, perdre la somme investie et l'employé, se retrouver sans emploi. Lorsque l'entreprise est le promoteur du régime de retraite de ses employés, les prestations promises par le régime ne sont pas à l'abri du risque couru. Les faits à l'origine des présents pourvois illustrent la concrétisation de ce risque. Régimes de retraite et créanciers se retrouvent dans une situation où, à cause de l'insuffisance de l'actif, les uns sauvent leur mise, les autres non. De manière très générale, le présent pourvoi soulève la question de savoir de quelle manière le droit pondère les intérêts des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux d'autres créanciers.

[86] Devenue insolvable, Indalex Limited, le promoteur et l'administrateur des régimes de retraite des salariés, a demandé la protection contre ses créanciers en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« LACC »). Toutes les cotisations pour service courant avaient alors été perçues, mais l'actif des régimes de retraite de la société ne permettait pas de verser aux participants les prestations de retraite promises. La société a pris une série de mesures, avalisées par le tribunal et jugées servir au mieux les intérêts de tous les intéressés, dont l'emprunt d'importantes sommes pour la poursuite de ses activités. Les personnes qui ont alors injecté les sommes nécessaires ont

jobs, there was a shortfall between the sale proceeds and the debt. The pension plan beneficiaries thus found themselves in a dispute about the priority of their claims. The appellant, Sun Indalex Finance, LLC, claimed it had priority by virtue of the super priority granted in the *CCAA* proceedings. The trustee in bankruptcy of the U.S. Debtors (George L. Miller) and the Monitor (FTI Consulting) joined in the appeal. The plan beneficiaries claimed that they had priority by virtue of a statutory deemed trust under the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), and a constructive trust arising from the company’s alleged breaches of fiduciary duty.

obtenu une superpriorité sur toutes les réclamations des autres créanciers. La vente de l’entreprise a permis la préservation de centaines d’emplois, mais le produit touché était inférieur à la dette. Le rang des réclamations des bénéficiaires des régimes de retraite a dès lors fait l’objet d’un litige. L’appelante, Sun Indalex Finance, LLC, a soutenu que sa créance avait préséance sur toutes les autres du fait de la superpriorité obtenue dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*. Le syndic de faillite des débitrices américaines (George L. Miller) et le contrôleur (FTI Consulting) se sont constitués parties appelantes. Les bénéficiaires des régimes de retraite ont fait valoir qu’ils avaient priorité en raison de la fiducie qui est réputée exister suivant la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* ») et de la fiducie par interprétation qui résultait des manquements allégués de la société à ses obligations fiduciaires.

[87] The Ontario Court of Appeal sided with the plan beneficiaries and Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor all appeal. The specific legal points in issue are:

[87] La Cour d’appel de l’Ontario a donné raison aux bénéficiaires des régimes de retraite, et Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui devant notre Cour. Voici les points de droit précis qui sont en litige :

- A. Did the Court of Appeal err in finding that the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA* applied to the salaried plan’s wind-up deficiency?
- B. Did the Court of Appeal err in finding that Indalex breached the fiduciary duties it owed to the pension plan beneficiaries as the plans’ administrator and in imposing a constructive trust as a remedy?
- C. Did the Court of Appeal err in concluding that the super priority granted in the *CCAA* proceedings did not have priority by virtue of the doctrine of federal paramountcy?
- D. Did the Court of Appeal err in its cost endorsement respecting the United Steelworkers (“*USW*”)?

- A. La Cour d’appel a-t-elle eu tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* s’appliquait au déficit de liquidation du régime des salariés?
- B. A-t-elle eu tort de conclure qu’Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu’administrateur des régimes de retraite et d’imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?
- C. A-t-elle eu tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* ne conférait pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?
- D. Sa décision sur les dépens du Syndicat des Métallos (le « Syndicat ») est-elle entachée d’une erreur?

[88] My view is that the deemed trust does not apply to the disputed funds, and even if it did, the super priority would override it. I conclude that

[88] J’estime que la fiducie réputée ne vise pas les fonds en cause et, même si elle les visait, la superpriorité l’emporterait sur elle. Je conclus que la

the corporation failed in its duty to the plan beneficiaries as their administrator and that the beneficiaries ought to have been afforded more procedural protections in the CCAA proceedings. However, I also conclude that the Court of Appeal erred in using the equitable remedy of a constructive trust to defeat the super priority ordered by the CCAA judge. I would therefore allow the main appeals.

## II. Facts and Proceedings Below

### A. *Overview*

[89] These appeals concern claims by pension fund members for amounts owed to them by the plans' sponsor and administrator which became insolvent.

[90] Indalex Limited is the parent company of three non-operating Canadian companies. I will refer to both Indalex Limited individually and to the group of companies collectively as "Indalex", unless the context requires further clarity. Indalex Limited is the wholly owned subsidiary of its U.S. parent, Indalex Holding Corp. which owned and conducted related operations in the U.S. through its U.S. subsidiaries which I will refer to as the "U.S. debtors".

[91] In late March and early April of 2009, Indalex and the U.S. debtors were insolvent and sought protection from their creditors, the former under the Canadian CCAA, and the latter under the United States Bankruptcy Code, 11 U.S.C., Chapter 11. The dispute giving rise to these appeals concern the priority granted to lenders in the CCAA process for funds advanced to Indalex and whether that priority overrides the claims of two of Indalex's pension plans for funds owed to them.

[92] Indalex was the sponsor and administrator of two registered pension plans relevant to these proceedings, one for salaried employees and

société a manqué à ses obligations d'administrateur des régimes et que les bénéficiaires auraient dû obtenir de meilleures garanties procédurales dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Cependant, j'estime que la Cour d'appel a tort de recourir à la fiducie par interprétation — une réparation en equity — pour écarter la superpriorité accordée par le tribunal saisi sur le fondement de la LACC. Je suis donc d'avis d'accueillir les principaux pourvois.

## II. Faits et jugements dont appel

### A. *Aperçu*

[89] Les présents pourvois ont pour objet les sommes que les participants des régimes de retraite réclament au promoteur et administrateur des régimes, lequel est devenu insolvable.

[90] Indalex Limited est la société mère de trois sociétés canadiennes inactives. Dans les présents motifs, Indalex Limited s'entend de la société à titre individuel, et « Indalex » du groupe de sociétés collectivement, sauf lorsque le contexte commande plus de précision. Indalex Limited est la filiale à cent pour cent de sa société mère américaine, Indalex Holding Corp., qui possédait et exploitait des entreprises connexes aux États-Unis par l'intermédiaire de ses filiales américaines (ci-après, les « débitrices américaines »).

[91] Fin mars et début avril 2009, Indalex et les débitrices américaines sont devenues insolvable et ont demandé la protection contre leurs créanciers en application de la LACC, dans le cas d'Indalex, et du *United States Bankruptcy Code*, 11 U.S.C., chap. 11, dans le cas des débitrices américaines. Le litige à l'origine des pourvois porte sur la priorité accordée aux prêteurs dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC en contrepartie des fonds avancés à Indalex et sur la question de savoir si cette priorité vaut à l'égard des réclamations de deux des régimes de retraite d'Indalex quant aux sommes qui leur sont dues.

[92] Indalex était le promoteur et l'administrateur de deux régimes enregistrés de retraite touchés par cette procédure, l'un pour les salariés, l'autre pour

the other for executive employees. At the time of seeking CCAA protection, the salaried plan was being wound up (with a wind-up date of December 31, 2006) and was estimated to have a wind-up deficiency (as of the end of 2007) of roughly \$2.252 million. The executive plan, while it was not being wound up, had been closed to new members since 2005. It was estimated to have a deficiency of roughly \$2.996 million on wind up. At the time the CCAA proceedings were started, all regular current service contributions had been made to both plans.

[93] Shortly after Indalex received CCAA protection, the CCAA judge authorized the company to enter into debtor in possession (“DIP”) financing in order to allow it to continue to operate. The court granted the DIP lenders, a syndicate of banks, a “super priority” over “all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise”: initial order, at para. 35 (Joint A.R., vol. I, at pp. 123-24). Repayment of these amounts was guaranteed by the U.S. debtors.

[94] Ultimately, with the approval of the CCAA court, Indalex sold its business; the purchaser did not assume pension liabilities. A reserve fund was established by the CCAA Monitor to answer any outstanding claims. The proceeds of the sale were not sufficient to pay back the DIP lenders and so the U.S. debtors, as guarantors, paid the shortfall and stepped into the shoes of the DIP lenders in terms of priority.

[95] The appellant Sun Indalex is a pre-CCAA secured creditor of both Indalex and the U.S. debtors. It claims the reserve fund on the basis that the US\$10.75 million paid by the guarantors would otherwise have been available to Sun Indalex as a secured creditor of the U.S. debtors in the U.S. bankruptcy proceedings. The respondent plan beneficiaries claim the reserve fund on the basis that

les cadres. Au moment où la protection a été demandée sous le régime de la LACC, le régime des salariés était en cours de liquidation — celle-ci devant avoir lieu le 31 décembre 2006 —, et on estimait qu’il en résulterait un déficit (fin 2007) d’environ 2,252 millions de dollars. Le régime des cadres, qui n’était pas en voie de liquidation, n’admettait plus de nouveaux participants depuis 2005. On estimait que son déficit de liquidation s’élèverait à environ 2,996 millions de dollars. Au moment d’engager la procédure fondée sur la LACC, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées aux deux régimes.

[93] Peu de temps après qu’Indalex eut obtenu la protection prévue par la LACC, le juge saisi l’a autorisée à obtenir un financement à titre de débiteur-exploitant (« DE ») afin qu’elle puisse poursuivre ses activités. Le tribunal a alors accordé aux prêteurs DE, un groupe de banques, une sûreté ayant priorité sur [TRADUCTION] « toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative ou autre » (ordonnance initiale, par. 35 (d.a. conjoint, vol. I, p. 123-124)). Les débitrices américaines garantissaient le remboursement de ces sommes.

[94] Finalement, sur approbation du tribunal saisi sur le fondement de la LACC, Indalex a vendu son entreprise, mais l’acquéreur n’a pas repris à son compte les engagements de retraite. Le contrôleur nommé en vertu de la LACC a établi un fonds de réserve pour donner suite aux réclamations formulées dans l’éventualité où il y serait fait droit. Le produit de la vente n’étant pas suffisant pour rembourser les prêteurs DE, les débitrices américaines, qui s’étaient portées cautions, ont payé la différence et acquis de ce fait la créance prioritaire des prêteurs DE.

[95] L’appelante, Sun Indalex, était un créancier garanti d’Indalex et des débitrices américaines avant l’entrée en jeu de la LACC. Elle prétend avoir droit à l’attribution du fonds de réserve au motif que, à titre de créancier garanti des débitrices américaines dans le cadre de la procédure de faillite engagée aux États-Unis, n’eût été leur versement, elle aurait pu toucher les 10,75 millions de dollars



they have a wind-up deficiency which is covered by a deemed trust created by s. 57(4) of the *PBA*. This deemed trust includes “an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations” (s. 57(4)). They also claim the reserve fund on the basis of a constructive trust arising from Indalex’s failure to live up to its fiduciary duties as plan administrator.

[96] The reserve fund is not sufficient to pay back both Sun Indalex and the pension plans and so the main question on the main appeals is which of the creditors is entitled to priority for their respective claims.

[97] The judge at first instance rejected the plan beneficiaries’ deemed trust arguments and held that, with respect to the wind-up deficiency, the plan beneficiaries were unsecured creditors, ranking behind those benefitting from the “super priority” and secured creditors (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). The Court of Appeal reversed this ruling and held that pension plan deficiencies were subject to deemed and constructive trusts which had priority over the DIP financing and over other secured creditors (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, the trustee in bankruptcy and the Monitor appeal.

#### B. *Indalex’s CCAA Proceedings*

- (1) The Initial Order (Joint A.R., vol. I, at p. 112)

[98] As noted earlier, Indalex was in financial trouble and, on April 3, 2009, sought and obtained protection from its creditors under the *CCAA*. The order (which I will refer to as the initial order) also contained directions for service on creditors and

américains payés par elles à titre de cautions. Les bénéficiaires des régimes de retraite intimés prétendent que le fonds de réserve leur revient puisque leur déficit de liquidation est protégé par la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. Cette fiducie réputée est constituée d’« un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « accrued »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements » (par. 57(4)). Ils invoquent également à l’appui de leur prétention l’existence d’une fiducie par interprétation découlant de l’omission d’Indalex de s’acquitter de ses obligations fiduciaires en tant qu’administrateur des régimes.

[96] Les sommes contenues dans le fonds de réserve ne permettent pas de rembourser à la fois Sun Indalex et les régimes de retraite. La principale question que soulèvent les principaux pourvois est donc celle de savoir quel créancier a priorité.

[97] Le juge de première instance a rejeté la thèse de la fiducie réputée avancée par les bénéficiaires des régimes et conclu que, pour ce qui concerne le déficit de liquidation, les bénéficiaires des régimes de retraite sont des créanciers chirographaires prenant rang après les créanciers bénéficiant d’une superpriorité et les créanciers garantis (2010 ONSC 1114, 79 C.C.P.B. 301). La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé cette décision et conclu que les déficits des régimes de retraite faisaient l’objet d’une fiducie réputée et d’une fiducie par interprétation qui prenaient rang avant les prêteurs DE et les autres créanciers garantis (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641). Sun Indalex, le syndic de faillite et le contrôleur se pourvoient aujourd’hui en appel.

#### B. *La procédure engagée par Indalex sous le régime de la LACC*

- (1) L’ordonnance initiale (d.a. conjoint, vol. I, p. 112)

[98] Comme je l’indique précédemment, Indalex connaissait des difficultés financières et, le 3 avril 2009, elle a obtenu d’être protégée contre ses créanciers en application de la *LACC*. L’ordonnance (appelée ci-après « ordonnance initiale »)

others: paras. 39-41. The order also contained a so-called “comeback clause” allowing any interested party to apply for a variation of the order, provided that that party served notice on any other party likely to be affected by any such variation: para. 46. It is common ground that the plan beneficiaries did not receive notice of the application for the initial order but the CCAA court nevertheless approved the method of and time for service. Full particulars of the deficiencies in the pension plans were before the court in the motion material and the initial order addressed payment of the employer’s current service pension contributions.

(2) The DIP Order (Joint A.R., vol. I, at p. 129)

[99] On April 8, 2009, in what I will refer to as the DIP order, the CCAA judge, Morawetz J., authorized Indalex to borrow funds pursuant to a DIP credit agreement. The judge ordered among many other things, the following:

- He approved abridged notice: para. 1;
- He allowed Indalex to continue making current service contributions to the pension plans, but not special payments: paras. 7(a) and 9(b);
- He barred all proceedings against Indalex, except by consent of Indalex and the Monitor or leave of the court, until May 1, 2009: para. 15;
- He granted the DIP lenders a so-called super priority:

THIS COURT ORDERS that each of the Administration Charge, the Directors’ Charge and the DIP Lenders Charge (all as constituted and defined herein) shall constitute a charge on the Property and such Charges shall rank in priority to all other security interests, trusts, liens, charges and encumbrances, statutory or otherwise

comportait entre autres des directives pour la signification aux créanciers et aux autres parties (par. 39-41). Elle prévoyait également que toute partie intéressée pouvait demander sa modification, à condition de signifier un avis à toute autre partie susceptible d’être touchée par la mesure (par. 46). Les parties reconnaissent que l’avis relatif à la demande présentée en vue d’obtenir l’ordonnance initiale n’a pas été signifié aux bénéficiaires des régimes de retraite, mais le tribunal saisi sous le régime de la LACC a néanmoins approuvé le mode et le délai de signification. Toutes les données sur les déficits des régimes de retraite figuraient dans les documents présentés au tribunal à l’appui de la demande, et l’ordonnance initiale faisait mention du paiement aux régimes des cotisations pour service courant de l’employeur.

(2) L’ordonnance relative au financement DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 129)

[99] Le 8 avril 2009, dans cette ordonnance appelée ci-après « ordonnance DE », le juge saisi en application de la LACC — le juge Morawetz — a autorisé Indalex à obtenir un financement DE. Il a notamment ordonné ce qui suit :

- l’abrègement du délai d’avis (par. 1);
- la faculté d’Indalex de continuer de verser aux régimes de retraite les cotisations pour service courant, à l’exclusion de tout paiement spécial (al. 7a) et 9b));
- la mise à l’abri d’Indalex contre toute procédure, sauf consentement d’Indalex ou du contrôleur ou autorisation du tribunal, jusqu’au 1<sup>er</sup> mai 2009 (par. 15);
- l’octroi aux prêteurs DE de ce qu’on appelle une superpriorité :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE que chacune des charges relatives à l’administration, aux administrateurs et aux prêteurs DE (constituées et définies aux présentes) grève les biens, et que toutes aient priorité sur toutes les autres sûretés, y compris les fiducies, privilèges, charges et grèvements, d’origine législative

(collectively, “Encumbrances”) in favour of any Person. [Emphasis added; para. 45.]

- He required Indalex to send notice of the order to all known creditors, other than employees and creditors to which Indalex owed less than \$5,000 and stated that Indalex and the Monitor were “at liberty” to serve the Initial Order to interested parties: paras. 49-50.

[100] In his endorsement for the DIP order, Morawetz J. found that “there is no other alternative available to the Applicants [Indalex] for a going concern solution” and that DIP financing was necessary: (2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (Ont. S.C.J.), at para. 9(c). He noted that the Monitor in its report was of the view that approval of the DIP agreement was both necessary and in the best interests of Indalex and its stakeholders, including its creditors, employees, suppliers and customers: paras. 14-16.

[101] The USW, which represented some of the members of the salaried plan, was served with notice of the motion that led to the DIP order, but did not appear. Morawetz J. specifically ordered as follows with regard to service:

THIS COURT ORDERS that the time for service of the Notice of Application and the Application Record is hereby abridged so that this Application is properly returnable today and hereby dispenses with further service thereof. [DIP order, at para. 1]

- (3) The DIP Extension Order (Joint A.R., vol. I, at p. 156)

[102] On June 12, 2009, Morawetz J. heard and granted an application by Indalex to allow them to borrow approximately \$5 million more from the DIP lenders, thus raising the allowed total to US\$29.5 million.

[103] Counsel for the former executives received the motion material the night before. Counsel for

ou autre (collectivement les « grèvements »), détenus par quiconque. [Je souligne; par. 45.]

- l’obligation d’Indalex de donner avis de l’ordonnance initiale à tous les créanciers connus, autres que les employés et les créanciers auxquels Indalex devait moins de 5 000 \$, et la « faculté » qu’ont Indalex et le contrôleur de signifier l’ordonnance initiale aux parties intéressées (par. 49-50).

[100] Dans ses motifs à l’appui de l’ordonnance DE, le juge Morawetz conclut que [TRADUCTION] « les requérantes [Indalex] ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que le financement DE s’impose ((2009), 52 C.B.R. (5th) 61 (C.S.J. Ont.), al. 9c)). Il signale que, dans son rapport, le contrôleur tient l’approbation de l’accord de financement pour nécessaire et conforme à l’intérêt supérieur d’Indalex et des intéressés, dont ses créanciers, ses employés, ses fournisseurs et ses clients (par. 14-16).

[101] Un avis de la motion qui a mené à l’ordonnance DE a été signifié au Syndicat représentant certains des participants des régimes des salariés, mais celui-ci n’a pas comparu. Le juge Morawetz ordonne expressément ce qui suit au sujet de la signification :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE l’abrègement du délai imparti pour signifier l’avis et le dossier de demande, de sorte que la demande puisse être régulièrement entendue ce jour même, et elle dispense la demanderesse de la signification de tout autre document s’y rapportant. [Ordonnance DE, par. 1]

- (3) L’ordonnance modifiant l’ordonnance DE (d.a. conjoint, vol. I, p. 156)

[102] Le 12 juin 2009, le juge Morawetz a accueilli après audition la demande présentée par Indalex en vue d’être autorisée à emprunter une nouvelle tranche d’environ 5 000 000 \$ aux prêteurs DE, ce qui portait l’emprunt total approuvé à 29 500 000 \$ US.

[103] L’avocat des anciens cadres a reçu les documents relatifs à l’instance la veille de l’audience.

USW was also served with notice. At the motion, the former executives (along with second priority secured noteholders) sought to “reserve their rights with respect to the relief sought”: 2009 CanLII 37906 (Ont. S.C.J.), at para. 4. Morawetz J. wrote that any “reservation of rights” would create uncertainty for the DIP lenders with regard to priority, and may prevent them from extending further advances. Moreover, the parties had presented no alternative to increased DIP financing, which was both “necessary and appropriate” and would, it was to be hoped, “improve the position of the stakeholders”: paras. 5-9.

- (4) The Bidding Order ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (Ont. S.C.J.))

[104] On July 2, 2009, Indalex brought a motion for approval of proposed bidding procedures for Indalex’s assets. Morawetz J. decided that a stalking horse bid by SAPA Holding AB (“SAPA”) for Indalex’s assets could count as a qualifying bid. Counsel on behalf of the members of the executive plan appeared, with the concern that “their position and views have not been considered in this process”: para. 8. In his decision, Morawetz J. decided that these arguments could be dealt with later, at a sale approval motion: para. 10. The judge said:

The position facing the retirees is unfortunate. The retirees are currently not receiving what they bargained for. However, reality cannot be ignored and the nature of the Applicants’ insolvency is such that there are insufficient assets to meet its liabilities. The retirees are not alone in this respect. The objective of these proceedings is to achieve the best possible outcome for the stakeholders. [Emphasis added; para. 9.]

L’avocat du Syndicat a également reçu signification d’un avis. À l’audition de la demande, les anciens cadres (ainsi que les détenteurs de billets garantis de deuxième rang) ont demandé que [TRADUCTION] « leurs droits soient réservés quant à la réparation demandée » (2009 CanLII 37906 (C.S.J. Ont.), par. 4). Le juge Morawetz a opiné que toute [TRADUCTION] « réserve de droits » créerait de l’incertitude chez les prêteurs relativement au rang prioritaire de leur créance et pourrait inciter ces derniers à refuser d’avancer des fonds supplémentaires. En outre, les parties n’avaient proposé aucun autre mode d’accroissement du financement DE, lequel était à la fois [TRADUCTION] « nécessaire et opportun » et devait permettre, du moins l’espérait-on, « d’améliorer la situation des intéressés » (par. 5-9).

- (4) L’ordonnance relative à la vente par soumission ((2009), 79 C.C.P.B. 101 (C.S.J. Ont.))

[104] Le 2 juillet 2009, Indalex a demandé l’approbation de la procédure projetée de vente par soumission de l’actif d’Indalex. Le juge Morawetz a jugé que l’offre-paravent de SAPA Holding AB (« SAPA ») pouvait être tenue pour valable. L’avocat des participants du régime des cadres a fait valoir que [TRADUCTION] « ni la situation ni le point de vue de ses clients n’avaient été pris en compte dans le cadre de la procédure » (par. 8). Le juge Morawetz a statué que ces éléments pourraient être examinés ultérieurement, lorsque l’approbation de la vente serait demandée (par. 10). Voici ce qu’il dit :

[TRADUCTION] La situation des retraités est malheureuse. À l’heure actuelle, ils ne touchent pas ce qu’ils ont obtenu à l’issue de négociations. Or, la réalité demeure incontournable et la nature de l’insolvabilité des demanderesse fait en sorte que l’actif ne permet pas d’acquitter le passif. Les retraités ne sont pas les seuls à subir un préjudice. La présente instance vise à obtenir le meilleur résultat possible pour les intéressés. [Je souligne; par. 9.]

(5) The Sale Approval Order (Joint A.R., vol. I, at p. 166)

[105] On July 20, 2009, Indalex brought two motions before Campbell J.

[106] The first motion sought approval for the sale of Indalex's assets as a going concern to SAPA. SAPA was not to assume any pension liabilities. Campbell J. granted an order approving this sale.

[107] The second motion sought approval for an interim distribution of the sale proceeds to the DIP lenders. Counsel on behalf of the executive plan members and the USW, representing some of the salaried employees, objected to the planned distribution of the sale proceeds on grounds that a statutory deemed trust applied to the deficiencies in their plans and that Indalex had breached fiduciary duties that it owed to them. Campbell J. ordered the Monitor to pay the DIP agent from the sale proceeds, but also ordered the Monitor to set up a reserve fund in an amount sufficient to answer, among other things, the claims of the plan beneficiaries pending resolution of those matters. Campbell J. ordered that the U.S. debtors be subrogated to the DIP lenders to the extent that the U.S. debtors were required under the guarantee to satisfy the DIP lenders' claims: para. 14.

(6) The Sale and Distribution of Funds

[108] SAPA bought Indalex's assets on July 31, 2009. Taking the reserve fund into account, the sale did not produce sufficient funds to repay the DIP lenders in full and so the U.S. debtors paid US\$10,751,247 as guarantor to the DIP lenders: C.A. reasons, at para. 65.

(7) The Order Under Appeal

[109] On August 28, 2009, Campbell J. heard claims by the USW (appearing on behalf of some members of the salaried plan) and counsel appearing on behalf of the executive plan members that the

(5) L'ordonnance d'approbation de la vente (d.a. conjoint, vol. I, p. 166)

[105] Le 20 juillet 2009, Indalex a saisi le juge Campbell de deux motions.

[106] Dans la première, Indalex demandait au tribunal d'approuver la vente à SAPA de son actif d'entreprise en exploitation, l'acquéreur ne reprenant à son compte aucun des engagements de retraite. Le juge Campbell a approuvé la vente.

[107] Dans la deuxième motion, Indalex a demandé au tribunal d'approuver la distribution provisoire du produit de la vente aux prêteurs DE. L'avocat des participants du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains des salariés, se sont opposés à cette distribution au motif qu'une fiducie d'origine législative protégeait les déficits de leurs régimes et qu'Indalex avait manqué à ses obligations fiduciaires envers eux. Le juge Campbell a ordonné au contrôleur de payer l'agent administratif des prêteurs DE par prélèvement sur le produit de la vente, mais également d'établir un fonds de réserve suffisant pour donner suite, entre autres choses, aux réclamations des bénéficiaires des régimes dans l'éventualité où il y serait fait droit. Il a ordonné que les débitrices américaines soient subrogées dans les droits des prêteurs DE jusqu'à concurrence du montant qu'elles avaient dû leur verser aux termes de la garantie (par. 14).

(6) La vente et la distribution des fonds

[108] SAPA a acheté l'actif d'Indalex le 31 juillet 2009. Compte tenu du fonds de réserve, la vente n'a pas généré de fonds suffisants pour rembourser intégralement les prêteurs DE, de sorte que les débitrices américaines ont versé à titre de cautions 10 751 247 \$ US à ces derniers (motifs de la C.A., par. 65).

(7) L'ordonnance visée par l'appel

[109] Le 28 août 2009, le juge Campbell a entendu la thèse du Syndicat (qui représentait certains des participants du régime des salariés) et de l'avocat des participants du régime des cadres, à savoir que

wind-up deficiency was subject to a deemed trust. He rejected these claims in a written decision on February 18, 2010. He decided that the s. 57(4) *PBA* deemed trust did not apply to wind-up deficiencies. The executive plan had not been wound up, and therefore there was no wind-up deficiency to be the subject of the deemed trust. As for the salaried plan, Campbell J. held that the wind-up deficiency was not an obligation that had “accrued to the date of the wind up” and as a result did not fall within the terms of the s. 57(4) deemed trust.

[110] Indalex had asked for the stay granted under the initial order to be lifted so that it could assign itself into bankruptcy. Because he did not find a deemed trust, Campbell J. did not feel that he needed to decide on the motion to lift the stay.

(8) The Decision of the Ontario Court of Appeal

[111] The Ontario Court of Appeal allowed an appeal from the decision of Campbell J.

[112] Writing for a unanimous panel, Gillese J.A. decided that the s. 57(4) deemed trust is applicable to wind-up deficiencies. She took the view that s. 57(4)’s reference to “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due” included all amounts that the employer owed on the wind-up of its pension plan: para. 101. In particular, she concluded that the deemed trust applied to the wind-up deficiency in the salaried plan. Gillese J.A. declined, however, to decide whether the deemed trust also applied to deficiencies in the executive plan, which had not been wound up by the relevant date: paras. 110-12. A decision on this latter point was unnecessary given her finding on the applicability of a constructive trust in this case.

[113] Gillese J.A. found that the super priority provided for in the DIP order did not trump the

le déficit de liquidation était réputé détenu en fiducie. Dans une décision motivée par écrit datée du 18 février 2010, il rejette cette prétention et conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR* ne vise pas le déficit de liquidation. Le régime des cadres n’ayant pas été liquidé, il n’y avait donc pas de déficit de liquidation susceptible de faire l’objet d’une fiducie réputée. S’agissant du régime des salariés, le juge Campbell conclut que le déficit de liquidation n’équivaut pas à des cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation », de sorte qu’il n’est pas réputé détenu en fiducie suivant le par. 57(4).

[110] Indalex a demandé la levée de la suspension accordée dans l’ordonnance initiale afin de pouvoir faire cession de ses biens. Ne concluant pas à l’existence d’une fiducie réputée, le juge Campbell ne juge pas nécessaire de statuer sur la demande visant à faire lever la suspension.

(8) L’arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario

[111] La Cour d’appel de l’Ontario accueille l’appel interjeté contre la décision du juge Campbell.

[112] Au nom d’une formation unanime, la juge Gillese estime que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation. Les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées [en anglais, « *accrued* »] à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » dont fait mention cette disposition englobent selon elle toutes les sommes que l’employeur devait au moment de la liquidation de son régime de retraite (par. 101). Plus particulièrement, elle conclut que la fiducie réputée du par. 57(4) s’applique au déficit de liquidation du régime des salariés. Elle refuse cependant de se prononcer sur l’application de la fiducie réputée au déficit du régime des cadres, lequel n’était pas liquidé à la date considérée (par. 110-112), ce qui n’était pas nécessaire puisqu’elle conclut à l’applicabilité de la fiducie par interprétation dans ce cas.

[113] La juge Gillese conclut que la superpriorité accordée dans l’ordonnance DE ne prime pas la

deemed trust over the salaried plan's wind-up deficiency. Morawetz J. had not "invoked" the issue of paramountcy or made an explicit finding that the requirements of federal law required that the provincially created deemed trust must be overridden: paras. 178-79. Gillese J.A. also took the view that this Court's decision in *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, did not mean that provincially created priorities that would be ineffective under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("*BIA*"), were also ineffective under the *CCAA*: paras. 185-96. The deemed trust therefore ranked ahead of the DIP security.

[114] In addition to her findings regarding deemed trusts, Gillese J.A. granted the plan beneficiaries a constructive trust over the amount of the reserve fund on the ground that Indalex, as pension plan administrator, had breached fiduciary duties that it owed to the plan beneficiaries during the *CCAA* proceedings.

[115] She held that as a plan administrator who was also an employer, Indalex had fiduciary duties both to the plan beneficiaries and to the corporation: para. 129. In her view, Indalex was subject to both sets of duties throughout the *CCAA* proceedings and it had breached its duties to the plan beneficiaries in several ways. While Indalex had the right to initiate *CCAA* proceedings, this action made the plan beneficiaries vulnerable and therefore triggered its fiduciary obligations as plan administrator: paras. 132-33. Gillese J.A. enumerated the many ways in which she thought Indalex subsequently failed as plan administrator: it did nothing in the *CCAA* proceedings to fund the deficit in the underfunded plans; it applied for *CCAA* protection without notice to the beneficiaries; it obtained DIP financing on the condition that DIP lenders be granted a super priority over "statutory trusts"; it obtained this financing without notice to the plan beneficiaries; it sold its assets knowing the purchaser was not taking over the plans; and it attempted to enter into voluntary bankruptcy, which would defeat any deemed trust claims the beneficiaries might have asserted:

fiducie qui est réputée exister à l'égard du déficit de liquidation du régime des salariés. Le juge Morawetz n'a pas [TRADUCTION] « invoqué » la prépondérance fédérale ni conclu expressément que le droit fédéral écartait la fiducie réputée de droit provincial (par. 178-179). La juge Gillese opine également que, dans l'arrêt *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, notre Cour ne statue pas que l'ordre de priorité établi par la province qui est sans effet aux fins de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« *LFI* »), ne s'applique pas non plus pour les besoins de la *LACC* (par. 185-196). La fiducie réputée prend donc rang avant la sûreté DE.

[114] Outre ses conclusions sur la fiducie réputée, la juge Gillese tranche que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation car, dans son rôle d'administrateur des régimes de retraite, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*.

[115] Elle conclut qu'à titre d'administrateur de régime qui était également employeur, Indalex avait des obligations fiduciaires tant envers les bénéficiaires des régimes qu'envers la société (par. 129). À son avis, Indalex était tenue de respecter ses obligations envers les premiers et la seconde tout au long de la procédure fondée sur la *LACC* et elle a manqué à ses obligations envers les bénéficiaires des régimes de différentes manières. Indalex avait certes le droit d'engager une procédure sous le régime de la *LACC*, mais une telle mesure rendait les bénéficiaires des régimes vulnérables, ce qui lui imposait donc des obligations fiduciaires en tant qu'administrateur des régimes (par. 132-133). La juge Gillese impute à Indalex de nombreuses erreurs subséquentes commises dans l'administration des régimes : Indalex n'a pris aucune mesure dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* pour renflouer les régimes sous-capitalisés; elle a demandé la protection de la *LACC* sans en informer les bénéficiaires au préalable; elle a obtenu du financement DE en accordant à la créance des prêteurs une superpriorité sur toute « fiducie d'origine législative »; elle a obtenu ce financement sans en

para. 139. Gillese J.A. also noted that throughout the CCAA proceedings Indalex was in a conflict of interest because it was acting for both the corporation and the beneficiaries.

[116] Indalex's failure to live up to its fiduciary duties meant that the plan beneficiaries were entitled to a constructive trust over the amount of the reserve fund: para. 204. Since the beneficiaries had been wronged by Indalex, and the U.S. debtors were not, with respect to Indalex, an "arm's length innocent third party" the appropriate response was to grant the beneficiaries a constructive trust: para. 204. Her conclusion on this point applied equally to the salaried and executive plans.

### III. Analysis

A. *First Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That the Deemed Statutory Trust Provided for in Section 57(4) of the PBA Applied to the Salaried Plan's Wind-up Deficiency?*

#### (1) Introduction

[117] The main issue addressed here concerns whether the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the PBA applies to wind-up deficiencies, the payment of which is provided for in s. 75(1)(b).

[118] The deemed trust created by s. 57(4) applies to "employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations". Thus, to be subject to the deemed trust, the pension plan must be wound up and the amounts in question must meet three requirements. They must be (1) "employer contributions", (2) "accrued to the date of the wind up" and (3) "not yet due". A wind-up deficiency arises "[w]here a pension plan is wound up": s. 75(1). I agree with my colleagues that there can be no deemed trust

informer au préalable les bénéficiaires des régimes; elle a vendu son actif tout en sachant que l'acquéreur ne reprendrait à son compte aucun de ses engagements de retraite; elle a tenté de faire cession volontaire de ses biens, ce qui aurait fait échec aux prétentions des bénéficiaires relatives à la fiducie réputée (par. 139). La juge Gillese relève également que tout au long de la procédure fondée sur la LACC, Indalex était en conflit d'intérêts, car elle représentait à la fois la société et les bénéficiaires.

[116] Va l'omission d'Indalex de s'acquitter de ses obligations fiduciaires, le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation (par. 204). De plus, comme les bénéficiaires ont été lésés par Indalex, et que les débitrices américaines ne sont pas des [TRADUCTION] « tiers sans lien de dépendance » avec Indalex, la solution qui s'impose est de reconnaître l'existence d'une fiducie par interprétation en faveur des bénéficiaires (par. 204). Sa conclusion sur ce point vaut à la fois pour le régime des salariés et pour celui des cadres.

### III. Analyse

A. *Première question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR s'applique au déficit de liquidation du régime des salariés?*

#### (1) Introduction

[117] Le principal point considéré en l'espèce est l'application ou l'inapplication de la fiducie réputée du par. 57(4) de la LRR au déficit de liquidation, dont l'al. 75(1)(b) prévoit le paiement.

[118] La fiducie réputée du par. 57(4) vise les « cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ». Pour qu'il y ait fiducie réputée, le régime de retraite doit donc être liquidé et les sommes en question doivent remplir trois conditions. Il doit s'agir de (1) « cotisations de l'employeur », (2) « qui sont accumulées à la date de liquidation », (3) « mais qui ne sont pas encore dues ». Il y a déficit de liquidation « [lorsqu']un régime de retraite est liquidé »



for the executive plan, because that plan had not been wound up at the relevant date. What follows, therefore, is relevant only to the salaried plan.

[119] The wind-up deficiency payments are “employer contributions” which are “not yet due” as of the date of wind up within the meaning of the *PBA*. The main issue before us, therefore, boils down to the narrow interpretative question of whether the wind-up deficiency described in s. 75(1)(b) is “accrued to the date of the wind up”.

[120] Campbell J. at first instance found that it was not, while the Court of Appeal reached the opposite conclusion. In essence, the Court of Appeal reasoned that the deemed trust in s. 57(4) “applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75”, that is, to “all amounts owed by the employer on the wind-up of its pension plan”: para. 101.

[121] I respectfully disagree with the Court of Appeal’s conclusion for three main reasons. First, the most plausible grammatical and ordinary sense of the words “accrued to the date of the wind up” is that the amounts referred to are precisely ascertained immediately before the effective date of the plan’s wind up. The wind up deficiency only arises upon wind up and it is neither ascertained nor ascertainable on the date fixed for wind up. Second, the broader statutory context reinforces this view: the language of the deemed trusts in s. 57(3) and (4) is virtually exactly repeated in s. 75(1)(a), suggesting that both deemed trusts refer to the liability on wind up referred to in s. 75(1)(a) and not to the further and distinct wind-up deficiency liability created under s. 75(1)(b). Finally, the legislative evolution and history of these provisions show, in my view, that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in a statutory deemed trust.

(par. 75(1)). Je conviens avec mes collègues qu’il ne peut y avoir de fiducie réputée au bénéfice du régime des cadres, car celui-ci n’avait pas encore été liquidé à la date considérée. Par conséquent, les motifs qui suivent ne valent que pour le régime des salariés.

[119] Les versements effectués pour combler le déficit de liquidation constituent des « cotisations de l’employeur [ . . . ] qui ne sont pas encore dues » au moment de la liquidation au sens de la *LRR*. Il s’agit donc essentiellement d’interpréter une disposition de la loi et de déterminer seulement si le déficit de liquidation décrit à l’al. 75(1)(b) est « accumul[é] à la date de la liquidation ».

[120] En première instance, le juge Campbell conclut qu’il ne l’est pas, alors que la Cour d’appel arrive à la conclusion contraire. La Cour d’appel estime essentiellement que la fiducie réputée du par. 57(4) [TRADUCTION] « vise toutes les cotisations de l’employeur qui sont exigibles suivant l’art. 75 », à savoir « toute somme due par l’employeur à la liquidation de son régime de retraite » (par. 101).

[121] Sauf le respect qui lui est dû, je suis en désaccord avec la Cour d’appel pour trois raisons principales. Premièrement, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l’expression « accumulées à la date de la liquidation » renvoie aux sommes déterminées de façon précise immédiatement avant la date de prise d’effet de la liquidation du régime. Le déficit de liquidation n’est constaté qu’à l’issue de la liquidation, et il n’est ni déterminé ni déterminable à la date de liquidation prévue. Deuxièmement, le contexte législatif général me conforte dans ce point de vue. Le texte des par. 57(3) et (4) qui dispose qu’il y a fiducie réputée est repris presque en tous points à l’al. 75(1)(a), ce qui permet de conclure que, dans les deux cas de fiducie réputée, le législateur renvoie à l’obligation qui existe à la liquidation suivant l’al. 75(1)(a) et non à celle, supplémentaire et distincte, qui est liée au déficit de liquidation et qui découle de l’al. 75(1)(b). Enfin, il appert à mon sens de l’évolution et de l’historique de ces dispositions que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet d’une fiducie réputée d’origine législative.

[122] Before turning to the precise interpretative issue, it will be helpful to provide some context about the employer's wind-up obligations and the deemed trust provisions that are the subject of this dispute.

(2) Employer Obligations on Wind Up

[123] A "wind up" means that the plan is terminated and the plan assets are distributed: see *PBA*, s. 1(1), definition of "wind up". The employer's liability on wind-up consists of two main components. The first is provided for in s. 75(1)(a) and includes "an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund". This liability applies to contributions that were due as at the wind-up date but does *not* include payments required by s. 75(1)(b) that arise as a result of the wind up: A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), at pp. 541-42. This second liability is known as the wind-up deficiency amount. The employer must pay all additional sums to the extent that the assets of the pension fund are insufficient to cover the value of all immediately vested and accelerated benefits and grow-in benefits: Kaplan, at p. 542. Without going into detail, there are certain statutory benefits that may arise only on wind up, such as certain benefit enhancements and the potential for acceleration of pension entitlements. Thus, wind up will usually result in additional employer liabilities over and above those arising from the obligation to pay all benefits provided for in the plan itself: see, e.g., ss. 73-74; Kaplan, at p. 542. As the Court of Appeal concluded, the payments provided for under s. 75(1)(a) are those which the employer had to make while the plan was ongoing, while s. 75(1)(b) refers to the employer's obligation to make up for any wind-up deficiency: paras. 90-91.

[124] For convenience, the provision as it then stood is set out here.

75. (1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

[122] Avant d'interpréter le libellé en cause, il vaut la peine de situer dans leur contexte les obligations de l'employeur en cas de liquidation, ainsi que les dispositions sur la fiducie réputée qui font l'objet du présent litige.

(2) Les obligations de l'employeur à la liquidation

[123] La « liquidation » s'entend de la cessation d'un régime et de la répartition de son actif (voir la définition de « liquidation » au par. 1(1) de la *LRR*). L'obligation de l'employeur comporte alors deux volets principaux. Premièrement, suivant l'al. 75(1)a), son obligation correspond au versement d'« un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite ». Sont visées les cotisations dues à la date de la liquidation, mais *non* les paiements exigés à l'al. 75(1)b) par suite de la liquidation (A. N. Kaplan, *Pension Law* (2006), p. 541-542). La seconde obligation vise le déficit de liquidation. L'employeur est tenu de verser toute somme supplémentaire requise du fait que la valeur de l'actif du régime de retraite est inférieure à celle de la totalité des droits à pension acquis de manière immédiate, accélérée ou réputée (Kaplan, p. 542). Sans entrer dans le détail, certains droits d'origine législative ne naissent qu'en cas de liquidation, tels certains enrichissements des prestations et la possibilité d'accélérer l'acquisition du droit à pension. La liquidation fait donc à l'employeur d'autres obligations en sus de celle de verser toutes les prestations prévues par le régime lui-même (voir, p. ex., art. 73-74; Kaplan, p. 542). Ainsi que le conclut la Cour d'appel, les paiements visés à l'al. 75(1)a) sont ceux que l'employeur devait verser pendant l'application du régime, tandis que l'al. 75(1)b) renvoie à son obligation de combler tout déficit de liquidation (par. 90-91).

[124] Pour faciliter sa consultation, voici le libellé qui s'appliquait au moment considéré :

75. (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- |  |   |
|--|---|
| <p>(a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; <u>and</u></p> <p>(b) an amount equal to the amount by which,</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,</p> | <p>a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;</p> <p>b) d'autre part, un montant égal au montant dont :</p> <p style="padding-left: 20px;">(i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,</p> <p style="padding-left: 20px;">(iii) la valeur des prestations accumulées [en anglais, « <i>accrued</i> »] à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,</p> |
|--|---|

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

[125] While a wind up is effective as of a fixed date, a wind up is nonetheless best thought of not simply as a moment or a single event, but as a process. It begins by a triggering event and continues until all of the plan assets have been distributed. To oversimplify somewhat, the wind-up process involves the following components.

[125] Bien que la liquidation prenne effet à une date déterminée, il s'agit d'un processus, et non d'un moment ou d'une étape en particulier. Un événement la déclenche et elle se poursuit jusqu'à la répartition de la totalité de l'actif du régime. Au risque de trop simplifier, voici quelles sont les étapes du processus de liquidation.

[126] The assets and liabilities of the plan as of the wind-up date must be determined. As noted earlier, the precise extent of the liability, while *fixed as of that date*, will not be ascertained or ascertainable *on that date*. The extent of the liability may depend on choices open to plan beneficiaries under the plan and on the exercise by them of certain statutory rights beyond the options that would otherwise have been available under the plan itself. The plan members must be notified of the wind-up and have their entitlements and options set out for them and given an opportunity to make their choices. The plan administrator must file a wind-up report which includes a statement of the plan's assets and liabilities, the benefits payable under the

[126] L'actif et le passif du régime existant à la date de la liquidation doivent être établis. Rappelons que la valeur exacte du passif, bien que *circonscrite à cette date*, n'est ni déterminée ni déterminable *cette date-là*. La valeur du passif peut dépendre des choix qui s'offrent aux bénéficiaires dans le cadre du régime, ainsi que de l'exercice par ces derniers de certains droits légaux et de la levée des options que prévoit le régime. Les participants du régime doivent être avisés de la liquidation, ainsi que de leurs droits et de leurs options, et ils doivent avoir la possibilité d'effectuer leurs choix. L'administrateur du régime doit déposer un rapport de liquidation qui fait état de l'actif et du passif du régime, des prestations payables en application du régime et du

terms of the plan, and the method of allocating and distributing the assets including the priorities for the payment of benefits: *PBA*, s. 70(1), and R.R.O. 1990, Reg. 909, s. 29 (the “*PBA Regulations*”).

[127] Benefits to members may take the form of “cash refunds, immediate or deferred annuities, transfers to registered retirement saving plans, . . . . In principle, the value of these benefits is the present value of the benefits accrued to the date of plan termination”: *The Mercer Pension Manual* (loose-leaf), vol. 1, at p. 10-41. That present value is an actuarial calculation performed on the basis of various assumptions including assumptions about investment return, mortality and so forth.

[128] If, when the assets and liabilities are calculated, the assets are insufficient to satisfy the liabilities, the employer (i.e. the plan sponsor) must make up for any wind-up deficiency: *PBA*, s. 75(1)(b). An employer can elect to space these payments out over the course of five years: *PBA Regulations*, s. 31(2). Because these payments are based on the extent to which there is a deficit between assets in the pension plan and the benefits owed to beneficiaries, their amount varies with the market and other assumed elements of the calculation over the course of the permitted five years.

[129] To take the salaried plan as an example, at the time of wind-up, all regular current service contributions had been made: C.A. reasons, at para. 33. The wind-up deficiency was initially estimated to be \$1,655,200. Indalex made special wind-up payments of \$709,013 in 2007 and \$875,313 in 2008, but as of December 31, 2008, the wind-up deficiency was \$1,795,600 — i.e. higher than it had been two years before, notwithstanding that payments of roughly \$1.6 million had been made: C.A. reasons, at para. 32. Indalex made another payment of \$601,000 in April 2009: C.A. reasons, at para. 32.

mode d’attribution et de répartition de l’actif, y compris les priorités de paiement des prestations (*LRR*, par. 70(1), et R.R.O. 1990, règl. 909, art. 29 (le « règlement de la *LRR* »)).

[127] Les prestations versées aux participants peuvent revêtir la forme de [TRADUCTION] « remboursements en espèces, de rentes immédiates ou différées, de transferts dans un régime enregistré d’épargne-retraite, [. . .]. La valeur de ces prestations correspond en principe à la valeur actuelle des prestations accumulées à la date de cessation du régime » (*The Mercer Pension Manual* (feuilles mobiles), vol. 1, p. 10-41). La valeur actuelle est obtenue au moyen d’un calcul actuariel qui tient compte de différentes hypothèses, notamment quant au rendement et à l’espérance de vie.

[128] Lorsque, après avoir calculé l’actif et le passif, le premier est inférieur au second, l’employeur (à savoir le promoteur du régime) comble le déficit de liquidation (*LRR*, al. 75(1)b)). Il peut étaler les versements sur une période de cinq ans (règlement de la *LRR*, par. 31(2)). Puisque le montant de ces versements tient à la différence entre l’actif du régime de retraite et les prestations dues aux bénéficiaires, il varie en fonction du marché et d’autres variables considérées dans le calcul sur la période autorisée de cinq ans.

[129] Dans le cas du régime des salariés, par exemple, toutes les cotisations normales pour service courant avaient été versées au moment de la liquidation (motifs de la C.A., par. 33). Le déficit de liquidation a été estimé au départ à 1 655 200 \$. Indalex a effectué des paiements spéciaux de 709 013 \$ en 2007, puis de 875 313 \$ en 2008. Or, le 31 décembre 2008, le déficit de liquidation s’établissait à 1 795 600 \$, de sorte qu’il s’était accru au cours des deux ans écoulés, malgré les quelque 1,6 million de dollars versés (motifs de la C.A., par. 32). Indalex a versé en sus 601 000 \$ en avril 2009 (motifs de la C.A., par. 32).

(3) The Deemed Trust Provisions

[130] The *PBA* contains provisions whose purpose is to exempt money owing to a pension plan, and which is held or owing by the employer, from being seized or attached by the employer's other creditors: Kaplan, at p. 395. This is accomplished by creating a "deemed trust" with respect to certain pension contributions such that these amounts are held by the employer in trust for the employees or pension beneficiaries.

[131] There are two deemed trusts that we must examine here, one relating to employer contributions that are *due but have not been paid* and another relating to employer contributions *accrued but not due*. This second deemed trust is the one in issue here, but it is important to understand how the two fit together.

[132] The deemed trust relating to employer contributions "due and not paid" is found in s. 57(3). The *PBA* and *PBA* Regulations contain many provisions relating to contributions required by employers, the due dates for which are specified. Briefly, the required contributions are these.

[133] When a pension is ongoing, employers need to make regular current service cost contributions. These are made monthly, within 30 days after the month to which they relate: *PBA* Regulations, s. 4(4)3. There are also special payments, which relate to deficiencies between a pension plan's assets and liabilities. There are "going-concern" deficiencies and "solvency" deficiencies, the distinction between which is unimportant for the purposes of these appeals. A plan administrator must regularly file actuarial reports, which may disclose deficiencies: *PBA* Regulations, s. 14. Where there is a going-concern deficiency the employer must make equal monthly payments over a 15-year period to rectify it: *PBA* Regulations, s. 5(1)(b). Where there is a solvency deficiency, the employer must make equal monthly payments over a five-year period to rectify it: *PBA* Regulations,

(3) Les dispositions relatives à la fiducie réputée

[130] La *LRR* renferme des dispositions visant à soustraire à la saisie par les autres créanciers de l'employeur les sommes dues à un régime de retraite que détient ou que doit l'employeur (Kaplan, p. 395). Ainsi, certaines cotisations au régime de retraite sont dont « réputées » détenues « en fiducie » par l'employeur pour le compte des employés ou des bénéficiaires du régime de retraite.

[131] Deux fiducies réputées doivent être examinées en l'espèce, l'une visant les cotisations de l'employeur qui sont *dues, mais impayées*, l'autre les cotisations de l'employeur qui sont *accumulées, mais qui ne sont pas dues*. Cette seconde fiducie réputée est celle qui nous intéresse dans le présent pourvoi, mais il importe de comprendre la complémentarité des deux fiducies réputées.

[132] La fiducie dont sont réputées faire l'objet les cotisations de l'employeur qui sont « dues et impayées » est créée au par. 57(3). La *LRR* et le règlement de la *LRR* renferment de nombreuses dispositions sur les cotisations de l'employeur et le moment de leur exigibilité. Voici quelles sont, en résumé, les cotisations exigées.

[133] Pendant la durée du régime de retraite, l'employeur verse chaque mois les cotisations normales pour service courant dans les 30 jours qui suivent le mois pour lequel elles sont exigibles (règlement de la *LRR*, par. 4(4)3). Des paiements spéciaux sont également effectués pour combler un déficit entre l'actif et le passif du régime. Il peut y avoir « déficit à long terme » et « déficit de solvabilité », mais la distinction entre les deux n'importe pas pour les besoins des présents pourvois. L'administrateur du régime dépose périodiquement un rapport actuariel, lequel est susceptible de révéler un déficit (règlement de la *LRR*, art. 14). Pour combler un déficit à long terme, l'employeur effectue des versements mensuels égaux sur une période de 15 ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)b)). Dans le cas d'un déficit de solvabilité, l'employeur effectue des versements

s. 5(1)(e). Once these regular or special payments become due but have not been paid, they are subject to the s. 57(3) deemed trust.

[134] I turn next to the s. 57(4) deemed trust, which gives rise to the question before us. The subsection provides that “[w]here a pension plan is wound up . . . , an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations”.

[135] When a pension plan is wound up there will be an interrupted monthly payment period, which is sometimes referred to as the stub period. During this stub period regular and special liabilities will have accrued but not yet become due. Section 58(1) provides that money that an employer is required to pay “accrued on a daily basis”. Because the amounts referred to in s. 57(4) are not yet due, they are not covered by the s. 57(3) deemed trust, which applies only to payments that are *due*. The two provisions, then, operate in tandem to create a trust over an employer’s unfulfilled obligations, which are “due and not paid” as well as those which have “accrued to the date of the wind up but [are] not yet due”.

#### (4) The Interpretative Approach

[136] The issue we confront is one of statutory interpretation and the well-settled approach is 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”: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26. Taking this approach it is clear to me that the

mensuels égaux pendant cinq ans (règlement de la *LRR*, al. 5(1)e)). Dès que ces versements normaux ou spéciaux sont dus, mais impayés, ils sont réputés faire l’objet de la fiducie créée au par. 57(3).

[134] Je passe maintenant à la fiducie réputée du par. 57(4), celle sur laquelle nous sommes appelés à nous prononcer en l’espèce. Suivant cette disposition, « [s]i un régime de retraite est liquidé [. . .], l’employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements ».

[135] Lorsqu’un régime de retraite est liquidé, il y a interruption des versements mensuels (intervalle appelé parfois « période tampon »). Au cours de cette période, des dettes ordinaires ou spéciales ont été contractées sans qu’elles soient immédiatement payables. Le paragraphe 58(1) dispose que l’argent qu’un employeur est tenu de verser « s’accumule sur une base quotidienne ». Puisque les sommes mentionnées au par. 57(4) ne sont pas encore dues, elles ne font pas l’objet de la fiducie dont l’existence est réputée au par. 57(3), laquelle ne vise que les paiements qui sont *dus*. Les deux dispositions s’appliquent donc de concert pour créer une fiducie à l’égard des obligations non exécutées de l’employeur qui sont « dues et impayées », ainsi qu’à l’égard des obligations qui ont pour objet des cotisations « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ».

#### (4) La méthode d’interprétation

[136] Nous sommes aux prises avec l’interprétation de dispositions législatives et, suivant le principe bien établi, [TRADUCTION] « il faut lire les termes d’une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur » (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26). Dès lors, il ne fait aucun

sponsor's obligation to pay a wind-up deficiency is not covered by the statutory deemed trust provided for in s. 57(4) of the *PBA*. In my view, the deficiency neither "accrued", nor did it arise within the period referred to by the words "to the date of the wind up".

- (a) *Grammatical and Ordinary Sense of the Words "Accrued" and "to the Date of the Wind Up"*

[137] The Court of Appeal failed to take sufficient account of the ordinary and grammatical meaning of the text of the provisions. It held that "the deemed trust in s. 57(4) applies to all employer contributions that are required to be made pursuant to s. 75": para. 101 (emphasis added). However, the plain words of the section show that this conclusion is erroneous. Section 75(1)(a) refers to liability for employer contributions that "are due . . . and that have not been paid". These amounts are thus *not* included in the s. 57(4) deemed trust, because it addresses only amounts that have "accrued to the date of the wind up but [are] not yet due". Amounts "due" are covered by the s. 57(3) deemed trust and not, as the Court of Appeal concluded by the deemed trust created by s. 57(4). The Court of Appeal therefore erred in finding, in effect, that amounts which "are due" could be included in a deemed trust covering amounts "not yet due".

[138] In my view, the most plausible grammatical and ordinary sense of the phrase "accrued to the date of the wind up" in s. 57(4) is that it refers to the sums that are ascertained immediately before the effective wind-up date of the plan.

[139] In the context of s. 57(4), the grammatical and ordinary sense of the term "accrued" is that the amount of the obligation is "fully constituted" and "ascertained" although it may not yet be payable. The amount of the wind-up deficiency is not fully constituted or ascertained (or even ascertainable) before or even on the date fixed for wind up and therefore cannot fall under s. 57(4).

doute que l'obligation du promoteur de combler un déficit de liquidation échappe à la fiducie réputée du par. 57(4) de la *LRR*. À mon avis, le déficit n'est pas « accumulé » [« *accrued* », en anglais] et n'est pas survenu pendant la période à laquelle renvoie l'expression « à la date de la liquidation ».

- a) *Le sens ordinaire et grammatical des termes « accumulées » [« *accrued* », en anglais] et « à la date de la liquidation »*

[137] La Cour d'appel ne tient pas suffisamment compte du sens ordinaire et grammatical du libellé des dispositions en cause. Elle conclut que [TRADUCTION] « la fiducie réputée du par. 57(4) vise toutes les cotisations que l'employeur est tenu de verser suivant l'art. 75 » (par. 101 (je souligne)). Or, il ressort du libellé explicite de cette dernière disposition qu'il s'agit d'une conclusion erronée. L'alinéa 75(1)a établit l'obligation de l'employeur à l'égard des paiements qui « sont dus [. . .] et qui n'ont pas été versés ». Ces paiements *ne* font donc *pas* l'objet de la fiducie réputée du par. 57(4), car celle-ci ne vise que les cotisations qui sont « accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les cotisations « dues » sont réputées détenues en fiducie suivant le par. 57(3), et non le par. 57(4) comme le conclut la Cour d'appel. Cette dernière estime en effet à tort que les cotisations qui « sont dues » peuvent être réputées détenues en fiducie comme celles qui « ne sont pas encore dues ».

[138] À mon avis, suivant son sens ordinaire et grammatical le plus plausible, l'expression « accumulées à la date de la liquidation » employée au par. 57(4) renvoie aux sommes déterminées immédiatement avant la date de prise d'effet de la liquidation du régime.

[139] Dans le contexte du par. 57(4), le sens ordinaire et grammatical d'« accumulées » veut que l'obligation soit « entièrement constituée » et que son montant soit « déterminé », même si elle peut ne pas être encore payable. Le déficit de liquidation n'est pas entièrement constitué ni son montant déterminé (ou déterminable) avant la date prévue pour la liquidation, ou le jour même, et ne peut donc pas être visé au par. 57(4).

[140] Of course, the meaning of the word “accrued” may vary with context. In general, when the term “accrued” is used in relation to legal rights, its common meaning is that the right has become fully constituted even though the monetary implications of its enforcement are not yet known or knowable. Thus, we speak of the “accrual” of a cause of action in tort when all of the elements of the cause of action come into existence, even though the extent of the damage may well not be known or knowable at that time: see, e.g., *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53. However, when the term is used in relation to a sum of money, it will generally refer to an amount that is at the present time either quantified or exactly quantifiable but which may or may not be due.

[141] In some contexts, a liability is said to accrue when it becomes due. An accrued liability is said to be “properly chargeable” or “owing on a given day” or “completely constituted”: see, e.g., *Black’s Law Dictionary* (9th ed. 2009), at p. 997, “accrued liability”; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4th ed. 2011), at p. 13, “accrued liability”; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario v. Albright* (1922), 64 S.C.R. 306, at p. 312.

[142] In other contexts, an amount which has accrued may not yet be due. For example, we speak of “accrued interest” meaning a precise, quantified amount of interest that has been earned but may not yet be payable. The term “accrual” is used in the same way in “accrual accounting”. In accrual method accounting, “transactions that give rise to revenue or costs are recognized in the accounts when they are earned and incurred respectively”: B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation: The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), at p. 44. Revenue is earned when the recipient “substantially completes performance of everything he or she is required to do as long as the amount due is ascertainable and there is no uncertainty about its collection”: P. W. Hogg, J. E. Magee and J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7th ed. 2010), at s. 6.5(b); see

[140] Certes, le sens du terme « accumulées » [et plus encore celui de son équivalent anglais « *accrued* »] peut varier selon le contexte. En général, lorsque ce terme est employé de pair avec des droits légaux, son sens courant veut que le droit soit entièrement constitué, même si les répercussions financières de son exécution ne sont pas encore connues et ne peuvent l’être. Ainsi, en responsabilité délictuelle, on parle d’accumulation (au sens d’acquisition ou de naissance) de la cause d’action lorsque tous ses éléments sont réunis, même lorsque l’étendue du préjudice n’est pas encore connue ou ne peut l’être (voir, p. ex., *Ryan c. Moore*, 2005 CSC 38, [2005] 2 R.C.S. 53). Toutefois, lorsque le terme qualifie une somme, il renvoie généralement à un élément dont la valeur est actuellement mesurée ou mesurable, mais qui peut ou non être dû.

[141] Dans certains contextes, il y a accumulation [en anglais, « *accrual* »] lorsque l’obligation vient à échéance. On dit du passif accumulé qu’il est [TRADUCTION] « dûment imputable » ou « exigible à une date prévue », ou encore, « entièrement constitué » (voir, p. ex., la définition d’« *accrued liability* » [passif accumulé] dans le *Black’s Law Dictionary* (9<sup>e</sup> éd. 2009), p. 997; D. A. Dukelow, *The Dictionary of Canadian Law* (4<sup>e</sup> éd. 2011), p. 13; *Hydro-Electric Power Commission of Ontario c. Albright* (1922), 64 R.C.S. 306, p. 312).

[142] Dans d’autres cas, la somme qui s’est accumulée [en anglais, « *accrued* »] peut ne pas être encore exigible. Par exemple, on parle d’« intérêts accumulés » [« *accrued interest* »] au sens du montant précis des intérêts qui sont courus, mais qui ne sont pas encore exigibles. En anglais, *accrual* est utilisé dans le même sens dans l’expression « *accrual accounting* » (en français, « comptabilité d’exercice »). Suivant cette méthode, les [TRADUCTION] « opérations qui génèrent des revenus ou occasionnent des dépenses sont comptabilisées lorsque les revenus sont gagnés ou que les dépenses sont engagées » (B. J. Arnold, *Timing and Income Taxation : The Principles of Income Measurement for Tax Purposes* (1983), p. 44). Le revenu est gagné lorsque le bénéficiaire [TRADUCTION] « a essentiellement accompli tout ce qu’il devait accomplir, à condition que la somme



also Canadian Institute of Chartered Accountants, *CICA Handbook — Accounting*, Part II, s. 1000, at paras. 41-44. In this context, the amount must be ascertained at the time of accrual.

[143] The *Hydro-Electric Power Commission* case offers a helpful definition of the word “accrued” in this sense. On a sale of shares, the vendor undertook to provide on completion “a sum estimated by him to be equal to sinking fund payments [on the bonds and debentures] which shall have accrued but shall not be due at the time for completion”: p. 344 (emphasis added). The bonds and debentures required the company to pay on July 1 of each year a fixed sum for each electrical horsepower sold and paid for during the preceding calendar year. A dispute arose as to what amounts were payable in this respect on completion. Duff J. held that in this context accrued meant “completely constituted”, referring to this as a “well recognized usage”: p. 312. He went on:

Where . . . a lump sum is made payable on a specified date and where, having regard to the purposes of the payment or to the terms of the instrument, this sum must be considered to be made up of an accumulation of sums in respect of which the right to receive payment is completely constituted before the date fixed for payment, then it is quite within the settled usage of lawyers to describe each of such accumulated parts as a sum accrued or accrued due before the date of payment. [p. 316]

Thus, at every point at which a liability to pay a fixed sum arose under the terms of the contract, that liability accrued. It was fully constituted even though not yet due because the obligation to make the payment was in the future. In reaching this conclusion, Duff J. noted that the bonds and debentures used the word “accrued” in contrast to

due puisse être déterminée et que sa perception ne fasse l’objet d’aucune incertitude » (P. W. Hogg, J. E. Magee et J. Li, *Principles of Canadian Income Tax Law* (7<sup>e</sup> éd. 2010), al. 6.5b); voir également le manuel de l’Institut canadien des comptables agréés, *Manuel de l’ICCA — Comptabilité*, partie II, ch. 1000, par. 41-44). La somme en cause doit alors être déterminée au moment où le droit de la toucher est acquis [« *accrued* »].

[143] Dans l’arrêt *Hydro-Electric Power Commission*, la Cour, qui se prononçait uniquement sur le terme anglais « *accrued* », opine opportunément que ce terme se définit ainsi. Lors de la vente d’actions, le vendeur s’était engagé à remettre, une fois l’opération conclue, [TRADUCTION] « une somme équivalant selon lui aux sommes versées au fonds d’amortissement [des obligations et des débetures] qui sont alors accumulées [*accrued*], mais qui ne sont pas exigibles » (p. 344 (je souligne)). Suivant les conditions des obligations et des débetures, la société était tenue de payer, le 1<sup>er</sup> juillet de chaque année, un montant déterminé pour chacun des chevaux-vapeur électriques vendus et payés au cours de l’année civile précédente. Le litige portait sur le montant des sommes payables à ce titre une fois la vente conclue. Le juge Duff statue que, dans ce contexte, et selon un [TRADUCTION] « usage largement reconnu », le mot « *accrued* » renvoie au droit ou à l’obligation « entièrement constitué » (p. 312). Il ajoute :

[TRADUCTION] Lorsqu’une somme forfaitaire doit être versée à une date déterminée et que, vu l’objet du paiement ou les clauses du contrat, la somme en question doit être considérée comme résultant de l’accumulation de sommes pour lesquelles le droit au paiement est entièrement constitué avant la date de paiement convenue, il est tout à fait conforme à l’usage des avocats qui consiste à voir dans chacun de ces éléments accumulés une somme « *accrued* » ou devenue exigible avant la date du paiement. [p. 316]

Par conséquent, chaque fois que naissait, suivant le contrat, l’obligation de verser une somme précise, le droit à l’exécution de cette obligation était acquis (ou « *accrued* »). Le droit était entièrement constitué, même s’il n’y avait pas encore exigibilité, car l’obligation d’effectuer le versement naissait ultérieurement. Pour arriver à cette conclusion, le

“due” and that this strengthened the interpretation of “accrued” as an obligation fully constituted but not yet payable. Similarly in s. 57(4), the word “accrued” is used in contrast to the word “due”.

[144] Given my understanding of the ordinary meaning of the word “accrued”, I must respectfully disagree with my colleague, Justice Deschamps’ position that the wind-up deficiency can be said to have “accrued” to the date of wind up. In her view, “[s]ince the employees cease to accumulate entitlements when the plan is wound up, the entitlements that are used to calculate the contributions have all been accumulated before the wind-up date” (para. 34) and “no new liabilities accrue at the time of or after the wind up” (para. 36). My colleague maintains that “[t]he fact that the precise amount of the contribution is not determined as of the time of the wind up does not make it a contingent contribution that cannot have accrued for accounting purposes” (para. 37, referring to *Canadian Pacific Ltd. v. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] I cannot agree that no new liability accrues on or after the wind up. As discussed in more detail earlier, the wind-up deficiency in s. 75(1)(b) is made up of the difference between the plan’s assets and liabilities calculated as of the date of wind up. On wind up, the *PBA* accords statutory entitlements and protections to employees that would not otherwise be available: Kaplan, at p. 532. Wind up therefore gives rise to new liabilities. In particular, on wind up, and only on wind up, plan beneficiaries are entitled, under s. 74, to make elections regarding the payment of their benefits. The plan’s liabilities cannot be determined until those elections are made. Contrary to what my colleague Justice Deschamps suggests, the extent of the wind-up deficiency depends on employee rights that arise only upon wind up and with respect to which employees make elections only after wind up.

juge Duff fait remarquer que le terme « *accrued* » (par opposition à « *due* ») est employé dans les obligations et les débetures, ce qui confirme l’interprétation selon laquelle « *accrued* » renvoie à une obligation entièrement constituée, mais dont l’exécution n’est pas encore exigible. De même, au par. 57(4), le terme « accumulées » [« *accrued* »] est utilisé par opposition à « dues ».

[144] Selon ce que j’estime être le sens ordinaire du mot « accumulé » (en anglais, « *accrued* ») et sauf le respect que je porte à la juge Deschamps, je ne crois pas que l’on puisse considérer que le déficit de liquidation était « accumulé » à la date de la liquidation. De l’avis de ma collègue, « [p]uisque les employés cessent d’accumuler des droits lorsque le régime est liquidé, les droits qui servent au calcul des cotisations ont tous été accumulés avant la date de la liquidation » (par. 34) et « aucun passif ne s’accumule pendant ni après la liquidation » (par. 36). Pour elle, « [l]e fait que le montant précis des cotisations n’est pas établi au moment de la liquidation ne confère pas aux cotisations un caractère éventuel qui ferait en sorte qu’elles ne seraient pas accumulées d’un point de vue comptable » (par. 37, citant *Canadian Pacific Ltd. c. M.N.R.* (1998), 41 O.R. (3d) 606 (C.A.)).

[145] Je ne saurais convenir qu’aucune obligation ne s’accumule pendant ou après la liquidation. Comme je le précise précédemment, le déficit de liquidation s’entend à l’al. 75(1)(b) de la différence entre l’actif du régime et son passif calculé à la date de la liquidation. En cas de liquidation, la *LRR* confère aux employés des droits et des garanties dont ils ne bénéficieraient pas en d’autres circonstances (Kaplan, p. 532). La liquidation impose donc des obligations nouvelles à l’employeur. Plus particulièrement, en cas de liquidation, et seulement dans ce cas, l’art. 74 permet aux bénéficiaires de faire des choix quant au paiement de leurs prestations. Le passif du régime ne peut être établi avant ces choix. Contrairement à ce que laisse entendre ma collègue la juge Deschamps, le montant du déficit de liquidation dépend de droits qui ne prennent naissance qu’à la liquidation et à l’égard desquels les employés ne font des choix qu’après la liquidation.

[146] Moreover, the wind-up deficiency will vary after wind up because the amount of money necessary to provide for the payment of the plan sponsor's liabilities will vary with the market. Section 31 of the *PBA* Regulations allows s. 75 payments to be spaced out over the course of five years. As we have seen, the amount of the wind-up deficiency will fluctuate over this period (I set out earlier how this amount in fact fluctuated markedly in the case of the salaried plan in issue here). Thus, while estimates are periodically made and reported after the wind up to determine how much the employer needs to pay, the precise amount of the wind-up deficiency is not ascertained or ascertainable on the date of the wind up.

[147] I turn next to the ordinary and grammatical sense of the words "to the date of the wind up" in s. 57(4). In my view, these words indicate that only those contributions that accrue before the date of wind up, and not those amounts the liability for which arises only on the day of wind up — that is, the wind-up deficiency — are included.

[148] Where the legislature intends to include the date of wind up, it has used suitable language to effect that purpose. For example, the English version of a provision amending the *PBA* in 2010 (c. 24, s. 21(2)), s. 68(2)(c), indicates which trade unions are entitled to notice of the wind up:

68. . . .

(2) If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,

. . . .

- (c) each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up, represented the members, former members or retired members of the pension plan;

[146] En outre, le déficit de liquidation diffère après la liquidation puisque la somme à verser pour acquitter les obligations du promoteur du régime dépend du marché. L'article 31 du règlement de la *LRR* permet de répartir sur cinq ans les versements exigés à l'art. 75. Rappelons que le montant du déficit de liquidation fluctuera au cours de cette période (j'ai déjà fait état de la manière dont il a considérablement varié dans le cas du régime des salariés visé en l'espèce). C'est pourquoi, malgré les estimations effectuées périodiquement après la liquidation pour déterminer le montant que l'employeur doit verser, le montant du déficit de liquidation n'est ni déterminé ni déterminable à la date de la liquidation.

[147] J'examine maintenant le sens ordinaire et grammatical des mots « à la date de la liquidation » (en anglais, « *to the date of the wind up* ») employés au par. 57(4). À mon avis, cette expression fait en sorte que seules sont visées les cotisations accumulées avant la date de la liquidation, et non les sommes qui font l'objet d'une obligation qui ne prend naissance que le jour de la liquidation (en anglais, « *on the date of the wind up* ») et qui correspondent au déficit de liquidation.

[148] Si l'intention du législateur avait été d'englober la date de la liquidation, il aurait employé le libellé voulu. Par exemple, l'al. 68(2)c) de la *LRR*, modifié en 2010 (ch. 24, par. 21(2)), précise dans sa version anglaise quels syndicats doivent recevoir avis de la liquidation :

68. . . .

(2) *If the employer or the administrator, as the case may be, intends to wind up the pension plan, the administrator shall give written notice of the intended wind up to,*

. . . .

- (c) *each trade union that represents members of the pension plan or that, on the date of the wind up [à la date de la liquidation], represented the members, former members or retired members of the pension plan;*

In contrast to the phrase “to the date of wind up”, “on the date of wind up” clearly includes the date of wind up. (The French version does not indicate a different intention.) Similarly, s. 70(6), which formed part of the *PBA* until 2012 (rep. S.O. 2010, c. 9, s. 52(5)), read as follows:

**70. . . .**

(6) On the partial wind up of a pension plan, members, former members and other persons entitled to benefits under the pension plan shall have rights and benefits that are not less than the rights and benefits they would have on a full wind up of the pension plan on the effective date of the partial wind up.

The words “on the effective date of the partial wind up” indicate that the members are entitled to those benefits from the date of the partial wind up, in the sense that members can claim their benefits beginning on the date of the wind up itself. This is how the legislature expresses itself when it wants to speak of a period of time including a specific date. By comparison, “to the date of the wind up” is devoid of language that would include the actual date of wind up. This conclusion is further supported by the structure of the *PBA* and its legislative history and evolution, to which I will turn shortly.

[149] To sum up with respect to the ordinary and grammatical meaning of the phrase “accrued to the date of the wind up”, the most plausible ordinary and grammatical meaning is that such amounts are fully constituted and precisely ascertained immediately before the date fixed as the date of wind up. Thus, according to the ordinary and grammatical meaning of the words, the wind-up deficiency obligation set out in s. 75(1)(b) has not “accrued to the date of the wind up” as required by s. 57(4). Moreover, the liability for the wind-up deficiency arises where a pension plan is wound up (s. 75(1)(b)) and so it cannot be a liability that “accrued to the date of the wind up” (s. 57(4)).

Contrairement à la formule « *to the date of wind up* », l’expression « *on the date of wind up* » englobe clairement la date de la liquidation. (La version française ne se prête pas à une autre interprétation.) De même, le par. 70(6), qui figurait dans la *LRR* jusqu’en 2012 (abr. L.O. 2010, ch. 9, par. 52(5)), énonce ce qui suit :

**70. . . .**

(6) À la liquidation partielle d’un régime de retraite, les participants, les anciens participants et les autres personnes qui ont droit à des prestations en vertu du régime de retraite ont des droits et prestations qui ne sont pas inférieurs aux droits et prestations qu’ils auraient à la liquidation totale du régime de retraite à la date de prise d’effet de la liquidation partielle [on the effective date of the partial wind up].

Il appert de l’expression anglaise « *on the effective date of the partial wind up* » que les participants ont droit aux prestations à compter de la date de la liquidation partielle, c’est-à-dire qu’ils peuvent les réclamer à compter de la liquidation elle-même. Le législateur s’exprime ainsi lorsqu’il veut qu’une période englobe une date précise. À l’opposé, lorsqu’il dit en anglais « *to the date of the wind up* » (en français, « à la date de la liquidation »), il n’entend pas englober la date où survient la liquidation. Cette conclusion prend en outre appui sur l’architecture de la *LRR*, ainsi que sur son évolution et son histoire. J’y reviendrai brièvement.

[149] Bref, le sens ordinaire et grammatical le plus plausible d’« accumulées à la date [*to the date*] de la liquidation » veut que soient visées les sommes entièrement constituées et déterminées immédiatement avant la date prévue de liquidation. Ainsi, l’obligation liée au déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)(b) n’est donc pas « accumul[é] à la date [*to the date*] de la liquidation » comme l’exige le par. 57(4). De plus, comme cette obligation naît lorsque le régime de retraite est liquidé (al. 75(1)(b)), son objet ne peut donc pas être « accumul[é] à la date de la liquidation » (par. 57(4)).

(b) *The Scheme of the Act*

[150] As discussed earlier, s. 57 establishes deemed trusts over funds which must be contributed to a pension plan, including the one in s. 57(4), which is at issue here. It is helpful to consider these deemed trusts in the context of the obligations to pay funds which give rise to them. Specifically, the relationship between the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4), on one hand, and s. 75(1), which sets out liabilities on wind up on the other. According to my colleague Justice Deschamps, s. 75(1) “elegantly parallels the wind-up deemed trust provision” (para. 42) such that the deemed trusts must include the wind-up deficiency. I disagree. In my view, the deemed trusts parallel only s. 75(1)(a), which does not relate to the wind-up deficiency. The correspondence between the deemed trusts and s. 75(1)(a), and the absence of any such correspondence with s. 75(1)(b), makes it clear that the wind-up deficiency is not covered by the deemed trust provisions.

[151] I would recall here the difference between the deemed trusts created by s. 57(3) and (4). While a plan is ongoing, there may be payments which the employer is required to, but has failed to make. The s. 57(3) trust applies to these payments because they are “due and not paid”. When a plan is wound up, however, there will be payments that are outstanding in the sense that they are fully constituted, but not yet due. This occurs with respect to the so-called stub period referred to earlier. During this stub period, regular and special liabilities will accrue on a daily basis, as provided for in s. 58(1), but may not be due at the time of wind up. While s. 57(3) cannot apply to these payments because they are not yet due, the deemed trust under s. 57(4) applies to these payments because liability for them has “accrued to the date of the wind up” and they are “not yet due”.

[152] The important point is how these two deemed trust provisions relate to the wind-up liabilities as described in ss. 75(1)(a) and 75(1)(b).

b) *Le régime de la Loi*

[150] Je le répète, l’art. 57 dispose que les sommes dues à un régime de retraite sont réputées détenues en fiducie. La disposition applicable en l’espèce est le par. 57(4). Il est utile de se pencher sur ces fiducies réputées en liaison avec les obligations de versement qui les font naître. Plus précisément, il s’agit de considérer la relation entre, d’une part, les fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) et, d’autre part, le par. 75(1), qui prescrit certains versements à la liquidation. Selon ma collègue la juge Deschamps, le libellé du par. 75(1) « fait élégamment écho à celui qui crée la fiducie réputée à la liquidation » (par. 42), de sorte que la fiducie réputée doit englober le déficit de liquidation. Je ne suis pas d’accord. À mon avis, la fiducie réputée ne fait écho qu’à l’al. 75(1)a), lequel ne porte pas sur le déficit de liquidation. Il ressort de la correspondance existant entre les fiducies créées et l’al. 75(1)a), et de l’absence d’une telle correspondance avec l’al. 75(1)b) que le déficit de liquidation ne fait pas l’objet d’une fiducie réputée.

[151] Je rappelle la différence entre les fiducies réputées des par. 57(3) et (4). Pendant la durée du régime, l’employeur peut omettre d’effectuer les versements auxquels il est tenu. La fiducie créée au par. 57(3) vise ces versements, car il s’agit de sommes « dues et impayées ». Cependant, lorsque le régime est liquidé, des versements demeurent en suspens en ce sens que le droit y afférent est entièrement constitué, mais que les sommes en cause ne sont pas encore dues. La situation se présente pendant la période tampon mentionnée précédemment où les paiements normaux et spéciaux s’accumulent chaque jour conformément au par. 58(1), mais peuvent ne pas être dus au moment de la liquidation. Bien que le par. 57(3) ne puisse s’appliquer à ces paiements parce qu’ils ne sont pas encore dus, la fiducie créée au par. 57(4) les englobe, car l’obligation s’y rapportant est « accumulé[e] à la date de la liquidation », mais les sommes en question ne sont « pas encore dues ».

[152] L’élément important réside dans le rapport entre ces deux dispositions créant une fiducie et les versements exigés aux al. 75(1)a) et 75(1)b) en cas

The two paragraphs refer to sums of money that are different in kind: while s. 75(1)(a) refers to liabilities that accrue before wind up and that are created elsewhere in the Act, s. 75(1)(b) creates a completely new liability that comes into existence only once the plan is wound up. There is no dispute, as I understand it, that these two paragraphs refer to different liabilities and that it is the liability described in s. 75(1)(b) that is the wind-up deficiency in issue here. The parties do not dispute that s. 75(1)(a) does *not* include wind-up deficiency payments.

[153] It is striking how closely the text of s. 75(1)(a) — which does not relate to the wind-up deficiency — tracks the language of the deemed trust provisions in s. 57(3) and (4). As noted, s. 57(3) deals with “employer contributions due and not paid”, while s. 57(4) deals with “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”. Section 75(1)(a) includes both of these types of employer contributions. It refers to “payments that . . . are due . . . and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(3)) or that have “accrued and that have not been paid” (i.e. subject to the deemed trust under s. 57(4) to the extent that these payments accrued to the date of wind up). This very close tracking of the language between s. 57(3) and (4) on the one hand and s. 75(1)(a) on the other, and the absence of any correspondence between the language of these deemed trust provisions with s. 75(1)(b), suggests that the s. 57(3) and (4) deemed trusts refer to the liability described in s. 75(1)(a) and not to the wind-up deficiency created by s. 75(1)(b). It is difficult to understand why, if the intention had been for s. 57(4) to capture the wind-up deficiency liability under s. 75(1)(b), the legislature would have so closely tracked the language of s. 75(1)(a) alone in creating the deemed trusts. Thus, in my respectful view, the elegant parallel to which my colleague, Justice Deschamps refers exists only between the deemed trust and s. 75(1)(a), and not between the deemed trust and the wind-up deficiency.

de liquidation. Ces deux alinéas visent des sommes de nature différente. L’alinéa 75(1)a renvoie au passif accumulé avant la liquidation et qui résulte de l’application d’autres dispositions de la Loi, alors que l’al. 75(1)b crée un passif entièrement nouveau qui naît seulement une fois le régime liquidé. Nul ne conteste, pour autant que je sache, que les deux alinéas renvoient à des passifs différents et que le déficit de liquidation visé en l’espèce correspond à l’obligation prévue à l’al. 75(1)b. Les parties ne contestent pas que l’al. 75(1)a *ne vise pas* les paiements visant à combler le déficit de liquidation.

[153] Il est frappant de constater à quel point le libellé de l’al. 75(1)a — qui ne porte pas sur le déficit de liquidation — s’apparente à celui des par. 57(3) et (4), qui créent des fiducies. Le paragraphe 57(3) vise les « cotisations de l’employeur qui sont dues et impayées », alors que le par. 57(4) a pour objet les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues ». Les deux types de cotisations de l’employeur entrent dans le champ d’application de l’al. 75(1)a, lequel renvoie aux « paiements qui [. . .] sont dus [. . .] et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(3)) ou qui sont « accumulés, et qui n’ont pas été versés » (qui sont donc réputés détenus en fiducie suivant le par. 57(4), dans la mesure où ils sont accumulés à la date de la liquidation). La grande ressemblance du libellé des par. 57(3) et (4), d’une part, et du texte de l’al. 75(1)a, d’autre part, et l’absence de toute correspondance entre le libellé de ces dispositions créant une fiducie et le texte de l’al. 75(1)b donnent à penser que l’objet des fiducies dont l’existence est réputée aux par. 57(3) et (4) s’entend de l’obligation faite à l’al. 75(1)a, et non du déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b. On comprend difficilement que le législateur, s’il a voulu que l’obligation de combler le déficit de liquidation visé à l’al. 75(1)b bénéficie de l’application du par. 57(4), ait repris le seul libellé de l’al. 75(1)a pour créer les fiducies. En toute déférence, si comme le dit ma collègue la juge Deschamps, des libellés se font élégamment écho, ce sont ceux de la fiducie réputée et de l’al. 75(1)a, et non ceux de la fiducie réputée et du déficit de liquidation.

[154] I conclude that the scheme of the *PBA* reinforces my conclusion that the ordinary grammatical sense of the words in s. 57(4) does not extend to the wind-up deficiency provided for in s. 75(1)(b).

(c) *Legislative History and Evolution*

[155] Legislative history and evolution may form an important part of the overall context within which a provision should be interpreted. Legislative evolution refers to the various formulations of the provision while legislative history refers to evidence about the provision's conception, preparation and enactment: see, e.g., *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, at para. 43.

[156] Both the legislative evolution and history of the *PBA* show that it was never the legislature's intention to include the wind-up deficiency in the deemed trust. The evolution and history of the *PBA* are rather intricate and sometimes difficult to follow so I will review them briefly here before delving into a more detailed analysis.

[157] The deemed trust was first introduced into the *PBA* in 1973. At that time, it covered employee contributions held by the employer and employer contributions that were due but not paid. In 1980, the *PBA* was amended so that the deemed trust was expanded to include employer contributions whether they were due or not. Also, new provisions were added allowing for employee elections and requiring additional payments by the employer where a plan was wound up. The 1980 amendments gave rise to confusion on two fronts: first, it was unclear whether the payments that were required on wind up were subject to the deemed trust; second, it was unclear whether a lien over some employer contributions covered the same amount as the deemed trust. In 1983, both these points were clarified. The sections were reworded and rearranged to make it clear that the wind-up deficiency was distinct from the amounts covered by the deemed trust, and that the lien and the

[154] L'architecture de la *LRR* me conforte dans l'opinion que le sens ordinaire et grammatical des termes qui y sont employés n'emporte pas l'application du par. 57(4) au déficit de liquidation visé à l'al. 75(1)(b).

c) *L'évolution et l'historique législatifs*

[155] L'évolution et l'historique législatifs peuvent constituer un élément important du contexte global dans lequel une disposition législative doit être interprétée. L'évolution législative s'entend des diverses formulations successives du texte de loi, alors que l'historique législatif s'entend des éléments touchant à sa conception, à son élaboration et à son adoption (voir, p. ex., *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471, par. 43).

[156] Il appert tant de l'évolution de la *LRR* que de son historique que le législateur n'a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l'objet de la fiducie réputée. L'évolution et l'historique de la *LRR* étant plutôt complexes et parfois difficiles à suivre, je les examine brièvement avant de me livrer à une analyse plus approfondie.

[157] La fiducie réputée a fait son apparition dans la *LRR* en 1973. À cette époque, elle visait les cotisations des salariés que détenait l'employeur et les cotisations de l'employeur qui étaient dues, mais impayées. En 1980, la *LRR* a été modifiée de sorte que la fiducie réputée englobe toutes les cotisations de l'employeur, qu'elles soient dues ou non. En outre, de nouvelles dispositions permettaient aux salariés de faire des choix et exigeaient des versements supplémentaires de l'employeur lorsque le régime était liquidé. La réforme de 1980 a créé de l'incertitude sous deux rapports. Premièrement, on se demandait si les versements requis à la liquidation faisaient l'objet de la fiducie réputée et, deuxièmement, si certaines cotisations de l'employeur faisaient l'objet d'un privilège à raison du montant visé par la fiducie réputée. En 1983, ces deux points ont été clarifiés. Les articles ont été remaniés et leur libellé reformulé afin de préciser que le déficit de liquidation était distinct des

deemed trust covered the same amount. A statement by the responsible Minister in 1982 confirms that *the deemed trusts were never intended to cover the wind-up deficiency*.

[158] My colleague, Justice Deschamps maintains that this history suggests an evolution in the intention of the legislature from protecting “only the service contributions that were due . . . to all amounts due and accrued upon wind up” (para. 42). I respectfully disagree. In my view, the history and evolution of the *PBA* leading up to and including 1983 show that the legislature never intended to include the wind-up deficiency in the deemed trust. Moreover, legislative evolution after 1983 confirms that this intention did not change.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113

[159] So far as I can determine, statutory deemed trusts were first introduced into the *PBA* by *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113, s. 6. Those amendments created deemed trusts over two amounts: employee pension contributions received by employers (s. 23a(1), similar to the deemed trust in the current s. 57(1)) and employer contributions that had fallen due under the plan (s. 23a(3), similar to the current s. 57(3) deemed trust for employer contributions “due and not paid”). The full text of these provisions and those referred to below, up to the current version of the 1990 Act, are found in the Appendix.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80

[160] Ontario undertook significant pension reform leading to *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, c. 80; see Kaplan, at pp. 54-56. I will concentrate on the deemed trust provisions and how they related to the liabilities on

sommes réputées détenues en fiducie, et que le privilège et la fiducie réputée portaient sur un même montant. En 1982, le ministre responsable a confirmé que *la fiducie réputée n’a jamais été censée s’appliquer au déficit de liquidation*.

[158] Pour ma collègue la juge Deschamps, cet historique reflèterait l’évolution de l’intention du législateur que la protection couvre d’abord « uniquement les cotisations dues [puis s’étende à tous] les montants dus ou accumulés à la liquidation » (par. 42). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d’accord. À mon avis, l’historique et l’évolution de la *LRR* jusqu’en 1983 inclusivement montrent que le législateur n’a jamais voulu que le déficit de liquidation fasse l’objet de la fiducie réputée. Qui plus est, il appert de l’évolution de la *LLR* postérieure à 1983 que cette intention demeure inchangée.

- (i) *The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113

[159] Aussi loin que je puisse remonter, la fiducie réputée a vu le jour dans la *LRR* par suite de l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113, art. 6. L’existence d’une fiducie a été réputée à l’égard, d’une part, des cotisations des salariés au régime de retraite touchées par les employeurs (par. 23a(1), ce qui s’apparente à la fiducie prévue au par. 57(1) actuel) et, d’autre part, des cotisations de l’employeur devenues exigibles aux termes du régime (par. 23a(3), ce qui s’apparente aux cotisations de l’employeur « qui sont dues et impayées » et qui sont réputées détenues en fiducie en application du par. 57(3) actuel). Le texte intégral de ces dispositions et de celles mentionnées ci-après, jusqu’à la version actuelle datant de 1990, figure en annexe.

- (ii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80

[160] L’Ontario a entrepris une réforme majeure des régimes de retraite qui a débouché sur l’adoption de la *Pension Benefits Amendment Act, 1980*, S.O. 1980, ch. 80 (voir Kaplan, p. 54-56). Je m’attacherai aux dispositions sur la fiducie réputée et à



wind up and, for ease of reference, I will refer to the sections as they were renumbered in the 1980 consolidation: R.S.O. 1980, c. 373. The 1980 legislation expanded the deemed trust relating to employer contributions. Although far from clear, the new provisions appear to have created a deemed trust and lien over the employer contributions whether otherwise payable or not and calculated as if the plan had been wound up on the relevant date.

[161] It was unclear after the reforms of 1980 whether the deemed trust applied to all employer contributions that arose on wind up. According to s. 23(4), on any given date, the trust extended to an amount to be determined “as if the plan had been wound up on that date”. However, the provisions of the 1980 version of the Act did not explicitly state what such a calculation would include. Under s. 21(2) of the 1980 statute, the employer was obligated to pay on wind up “all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency . . . , up to the date of such termination or winding up”. Under s. 32, however, the employer had to make a payment on wind up that was to be “[i]n addition” to that due under s. 21(2). Whether the legislature intended that the trust should cover this latter payment was left unclear.

[162] It was also unclear whether the lien applied to a different amount than was subject to the deemed trust. According to s. 23(3), “the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not”. This comes in the middle of two portions of the provision which explicitly refer to the deemed trust, but it is not clear whether the legislature intended to refer to the same amount throughout the provision.

leur interaction avec le passif issu de la liquidation. Pour faciliter la consultation, je renvoie aux dispositions selon leur nouvelle numérotation datant de la refonte de 1980 (R.S.O. 1980, ch. 373). La loi de 1980 a accru la portée de la fiducie réputée quant aux cotisations de l’employeur. Même si elles ne sont pas du tout claires, les nouvelles dispositions semblent faire en sorte que les cotisations de l’employeur, qu’elles soient exigibles ou non, dont le montant est établi comme si le régime avait été liquidé à la date considérée, fassent l’objet d’une fiducie réputée et d’un privilège.

[161] Après la réforme de 1980, l’incertitude persistait quant à savoir si la fiducie réputée visait toutes les cotisations exigibles de l’employeur une fois le régime liquidé. Suivant le par. 23(4), était détenu en fiducie, à une date donnée, un montant devant être déterminé [TRADUCTION] « comme si le régime avait été liquidé à cette date ». Or, les dispositions de 1980 ne précisaient pas expressément les éléments à inclure dans ce calcul. Aux termes du par. 21(2) de la loi de 1980, à la liquidation, l’employeur était tenu de verser « les sommes dont le versement aurait été par ailleurs requis pour satisfaire aux critères de solvabilité [. . .] jusqu’à la date de la cessation ou de la liquidation du régime ». L’article 32 disposait cependant que, à la liquidation, l’employeur effectuait un versement « [e]n plus » de celui exigé au par. 21(2). Restait à savoir si l’intention du législateur était que ce dernier paiement soit détenu en fiducie.

[162] Il n’était pas clair non plus que l’objet du privilège était le même que celui de la fiducie réputée. Suivant le par. 23(3), [TRADUCTION] « les participants ont un privilège sur l’actif de l’employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de comptes, qu’il y soit consigné ou non ». Ce passage figure entre deux parties de la disposition qui renvoient expressément à la fiducie réputée, mais l’intention du législateur demeure incertaine quant à savoir si c’est le même montant qui est visé chaque fois.

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, c. 2

[163] The 1983 amendments substantially clarified the scope of the deemed trust and lien for employer contributions. They make clear that neither the deemed trust nor the lien applied to the wind-up deficiency; the responsible Minister confirmed that this was the intention of the amendments.

[164] The new provision was amended by s. 3 of the 1983 amendments and is found in s. 23(4) which provided:

23. . . .

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
  - (i) the current service cost, and
  - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

Section 21(2)(a) provides that on wind up, the employers must pay an amount equal to *the current service cost and the special payments* that “have accrued to and including the date of the termination winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date”; the provision adds that these amounts shall be deemed to accrue on a daily basis. These provisions make it clear that the s. 23(4) deemed trust applies only to the special payments and current service costs that have accrued, on a daily basis, up to and including

(iii) *The Pension Benefits Amendment Act, 1983*, S.O. 1983, ch. 2

[163] Les modifications de 1983 ont considérablement précisé la portée de la fiducie réputée et du privilège et elles ont circonscrit les cotisations de l’employeur qui en faisaient l’objet. Il en ressort que ni la fiducie réputée ni le privilège n’ont pour objet le déficit de liquidation; le ministre responsable a confirmé que telle était l’intention du législateur en apportant les modifications.

[164] La nouvelle disposition a été modifiée par l’art. 3 de la loi de 1983 pour devenir le par. 23(4), lequel disposait dès lors ce qui suit :

[TRADUCTION]

23. . . .

(4) L’employeur qui, dans le cadre d’un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- (a) de toutes les sommes que l’employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
  - (i) le coût du service courant et
  - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n’ont pas été versés;

- (b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l’employeur est tenu de payer en vertu de l’alinéa 21 (2) a).

Suivant l’alinéa 21(2)a), l’employeur est tenu, lors de la liquidation, de verser un montant égal au *coût du service courant et aux paiements spéciaux* qui [TRADUCTION] « sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus ». La disposition prévoit en outre que ces postes sont réputés s’accumuler sur une base quotidienne. Il est donc clair, suivant le par. 23(4), que seuls sont détenus en fiducie les paiements spéciaux et le coût

the date of wind up. The deemed trust clearly does not extend to the wind-up deficiency.

[165] The provision referring to the additional payments required on wind up also makes clear that those payments are not within the scope of the deemed trust. These additional liabilities were described by s. 32, a provision very similar to s. 75(1)(b). These amounts are first, the amount guaranteed by the Guarantee Fund and, second, the value of pension benefits vested under the plan that exceed the value of the assets of the plan. Section 32(2) specifies that these amounts *are* “in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2)” (which are the payments comparable to the current s. 75(1)(a) payments) and that *only the latter* fall within the deemed trust. The inevitable conclusion is that, in 1983, the wind-up deficiency was not included in the scope of the deemed trust.

[166] The 1983 amendments also clarified the scope of the lien. They indicated that the scope of the lien was identical to the scope of the deemed trust. Section 23(5) specified that the lien extended only to the amounts that were deemed to be held in trust under s. 23(4) (i.e. the *current service costs and special payments that had accrued to and including the date of the wind up but are not yet due*).

[167] This makes two things clear: that the lien covers the same amounts as the deemed trust, and that neither covers the wind-up deficiency.

[168] A brief, but significant piece of legislative history seems to me to dispel any possible doubt. In speaking at first reading of the 1983 amendments, the Minister responsible, the Honourable Robert Elgie said this:

The first group of today’s amendments makes up the housekeeping changes needed for us to do what we set out to do in late 1980; that is, to guarantee pension benefits following the windup of a defined pension

du service courant qui sont accumulés, sur une base quotidienne, jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise. Le déficit de liquidation ne fait manifestement pas l’objet de la fiducie réputée.

[165] La disposition relative au versement supplémentaire exigé à la liquidation établit aussi clairement que ce versement n’est pas réputé détenu en fiducie. Le montant de ce versement supplémentaire est précisé à l’art. 32, dont le libellé est très semblable à celui de l’al. 75(1)b). Il s’agit premièrement de la somme garantie par le Fonds de garantie et, deuxièmement, de l’excédent des prestations de retraite acquises en vertu du régime sur l’actif du régime. Le paragraphe 32(2) dispose que le versement exigé de l’employeur *s’ajoute* à celui exigé au par. 21(2) (lequel s’apparente à celui que vise l’actuel al. 75(1)a) et donc que *seul ce dernier* est réputé détenu en fiducie. Force est de conclure que, en 1983, le déficit de liquidation échappait à la fiducie réputée.

[166] Les modifications de 1983 ont également clarifié la portée du privilège en précisant qu’elle était identique à celle de la fiducie réputée. Le paragraphe 23(5) précisait que le privilège ne valait que pour les sommes réputées détenues en fiducie suivant le par. 23(4) (à savoir le *coût du service courant et les paiements spéciaux accumulés à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui ne sont pas encore dus*).

[167] Deux choses sont donc claires. L’objet du privilège et de la fiducie réputée est le même et il exclut le déficit de liquidation.

[168] L’historique législatif renferme un passage bref mais important qui me paraît dissiper tout doute éventuel à cet égard. Lors de la première lecture du projet de modification de 1983, le ministre responsable, l’honorable Robert Elgie, a déclaré ce qui suit :

[TRADUCTION] La première série de modifications examinée aujourd’hui apporte les changements administratifs nécessaires pour atteindre l’objectif que nous avons fixé vers la fin de 1980,

benefit plan. These amendments will clarify the ways in which we can attain that goal.

In Bill 214 [i.e. the 1980 amendments] the employees were given a lien on the employer's assets for employee contributions to a pension plan collected by the employer, as well as accrued employer contributions. . . .

Unfortunately, this protection has resulted in different legal interpretations on the extent of the lien. An argument has been advanced that the amount of the lien includes an employer's potential future liability on the windup of a pension plan. This was never intended and is not necessary to provide the required protection. The amendment to section 23 clarifies the intent of Bill 214. [Emphasis added.]

(Ontario (Hansard), No. 99, 2nd Sess., 32nd Parl., July 7, 1982, p. 3568)

The 1983 amendments made the scope of the lien correspond precisely to the scope of the deemed trust over the employer's accrued contributions. It is thus clear from this statement that it was never the legislative intention that either should apply to "an employer's potential future liability" on wind up (i.e. the wind-up deficiency). In 1983, there is therefore, in my view, virtually irrefutable evidence of legislative intent to do exactly the opposite of what the Court of Appeal held in this case had been done.

[169] Subsequent legislative evolution shows no change in this legislative intent. In fact, subsequent amendments demonstrate a clear legislative intent to exclude from the deemed trust employer liabilities that arise only upon wind up of the plan.

(iv) *Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35*

[170] Amendments to the *PBA* in 1987 resulted in it being substantially in its current form. With those amendments, the extent of the deemed trusts was further clarified. The provision in the 1983

à savoir garantir les prestations de retraite après la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées. Ces modifications préciseront les moyens grâce auxquels cet objectif pourra être atteint.

Dans le projet de loi 214 [la réforme de 1980], les employés bénéficiaient d'un privilège sur l'actif de l'employeur à l'égard des cotisations versées au régime de retraite et perçues par l'employeur, ainsi que des cotisations de l'employeur accumulées. . . .

Malheureusement, la portée du privilège fait l'objet de différentes interprétations juridiques. On a fait valoir que le montant protégé grâce au privilège comprenait toute somme éventuelle due par l'employeur à la liquidation du régime, ce qui n'a jamais été voulu par le législateur et n'était pas nécessaire pour assurer la protection souhaitée. La modification apportée à l'article 23 précise l'intention qui sous-tend le projet de loi 214. [Je souligne.]

(Ontario (Hansard), n° 99, 2<sup>e</sup> sess., 32<sup>e</sup> lég., 7 juillet 1982, p. 3568)

Les modifications de 1983 ont fait en sorte que la portée du privilège corresponde exactement à celle de la fiducie réputée en ce qui a trait aux cotisations accumulées de l'employeur. Il ressort donc de l'extrait qui précède que le législateur n'a jamais voulu que la fiducie réputée ou le privilège s'appliquent à « toute somme éventuelle due par l'employeur » lors de la liquidation (à savoir, le déficit de liquidation). À mon sens, il est donc pour ainsi dire établi que, en 1983, le législateur entendait accomplir précisément le contraire de ce qui, selon la Cour d'appel, aurait résulté de ces modifications.

[169] L'évolution législative ultérieure montre que l'intention du législateur n'a pas changé. En fait, les modifications subséquentes révèlent clairement son intention d'exclure de la fiducie réputée les obligations de l'employeur qui naissent seulement lors de la liquidation du régime.

(iv) *Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35*

[170] Les modifications apportées à la *LRR* en 1987 l'ont essentiellement fait évoluer jusqu'à sa version actuelle. Elles ont précisé davantage la portée des fiducies réputées. Dans la Loi de 1983,

version of the Act combined within a single subsection a deemed trust for employer contributions that were due and not paid (s. 23(4)(a)) and employer contributions that had accrued to and including the date of wind up but which were not yet due (s. 23(4)(b), referring to s. 21(2)(a)). In the 1987 amendments, these two trusts were each given their own subsection and their scope was further clarified. Moreover, after the 1987 revision, one no longer had to refer to a separate provision (formerly s. 21(2)(a)) to determine the scope of the trust covering payments that were accrued but not yet due. Thus, while the substance of the provisions did not change in 1987, their form was simplified.

[171] The new s. 58(3) (which is exactly the same as the current s. 57(3)) replaced the former s. 23(4)(a). This created a trust for employer contributions due and not paid. Section 58(4) (which is exactly the same as s. 57(4) as it stood at the time) replaced the former s. 23(4)(b) and part of s. 21(2)(a) and created a trust that arises on wind up and covers “employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due”.

[172] The 1987 amendment also shows that the legislature adverted to the difference between “to the date of the wind up” and “to and including” the date of wind up and chose the former. This is reflected in a small but significant change in the wording of the relevant provisions. The former provision, s. 23(4)(b), by referring to s. 21(2)(a) captured current service costs and special payments that “have accrued to and including the date of the termination or winding up.” The new version in s. 58(4) deletes the words “and including”, putting the section in its present form. This deletion, to my way of thinking, reinforces the legislative intent to *exclude* from the deemed trust liabilities that arise only *on* the date of wind up. Respectfully, the legislative record does not support Deschamps J.’s view that there was a legislative evolution towards a more expanded deemed trust. Quite the opposite.

un même paragraphe créait une fiducie réputée pour les cotisations de l’employeur qui étaient dues mais impayées (al. 23(4)a)) et une autre pour les cotisations de l’employeur qui étaient accumulées jusqu’à la date de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui n’étaient pas encore dues (al. 23(4)b), qui renvoyait à l’al. 21(2)a)). Dès 1987, les deux fiducies ont fait l’objet de paragraphes distincts et leur portée a été davantage circonscrite. En outre, après la réforme de 1987, il n’était plus nécessaire de renvoyer à une autre disposition (l’ancien al. 21(2)a)) pour déterminer la portée de la fiducie créée pour les paiements accumulés, mais non encore dus. Par conséquent, si le fond des dispositions n’a pas été modifié en 1987, leur forme a été simplifiée.

[171] Le nouveau par. 58(3) (identique au par. 57(3) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)a), lequel créait une fiducie pour les cotisations de l’employeur dues mais impayées. Le paragraphe 58(4) (identique au par. 57(4) actuel) a remplacé l’ancien al. 23(4)b) et, en partie, l’al. 21(2)a), et dispose que, dès la liquidation, les « cotisations de l’employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues » sont détenues en fiducie.

[172] La modification de 1987 montre également que le législateur était conscient de la différence entre « à la date de la liquidation » et « à la date [de la liquidation], celle-ci comprise » et qu’il a choisi la première formule. C’est ce qui appert d’un changement léger, mais important, apporté au libellé des dispositions en cause. L’ancienne disposition, l’al. 23(4)b), par son renvoi à l’al. 21(2)a), englobait le coût du service courant et les paiements spéciaux [TRADUCTION] « accumulés à la date de cessation ou de liquidation, celle-ci comprise ». Dans la nouvelle disposition, le par. 58(4), les mots « celle-ci comprise » sont supprimés pour donner le libellé actuel. À mon sens, cette suppression appuie l’intention du législateur d’*exclure* du champ d’application de la fiducie réputée les obligations qui naissent seulement à la date même de la liquidation. En toute déférence, l’historique législatif n’étaye pas le point de vue de ma collègue la juge Deschamps selon lequel il y aurait eu, au fil de l’évolution législative, accroissement de la portée de la fiducie réputée. C’est plutôt le contraire.

[173] To sum up, I draw the following conclusions from this review of the legislative evolution and history. The legislation differentiates between two types of employer liability relevant to this case. The first is the contributions required to cover current service costs and any other payments that are either due or have accrued on a daily basis up to the relevant time. These are the payments referred to in the current s. 75(1)(a), that is, payments due or accrued but not paid. The second relates to additional contributions required when a plan is wound up which I have referred to as the wind-up deficiency. These payments are addressed in s. 75(1)(b). The legislative history and evolution show that the deemed trusts under s. 57(3) and (4) were intended to apply only to the former amounts and that it was never the intention that there should be a deemed trust or a lien with respect to an employer's potential future liabilities that arise once the plan is wound up.

(d) *The Purpose of the Legislation*

[174] Excluding the wind-up deficiency from the deemed trust is consistent with the broader purposes of the legislation. Pension legislation aims at important protective purposes. These protective purposes, however, are not pursued at all costs and are clearly intended to be balanced with other important interests within the context of a carefully calibrated scheme: *Monsanto Canada Inc. v. Ontario (Superintendent of Financial Services)*, 2004 SCC 54, [2004] 3 S.C.R. 152, at paras. 13-14.

[175] In this instance, the legislature has created trusts over contributions that were due or accrued to the date of the wind up in order to protect, to some degree, the rights of pension plan beneficiaries and employees from the claims of the employer's other creditors. However, there is also good reason to think that the legislature had in mind other competing objectives in not extending the deemed trust to the wind-up deficiency.

[173] En résumé, voici ce que je conclus de l'évolution et de l'historique législatifs. La loi établit une distinction entre deux types d'obligation de l'employeur qui sont pertinents en l'espèce. Il y a d'une part les cotisations requises pour acquitter le coût du service courant et d'autres paiements qui sont dus ou qui sont accumulés sur une base quotidienne jusqu'à la date considérée. Il s'agit des paiements prévus à l'actuel al. 75(1)a), à savoir les paiements qui sont dus ou accumulés, mais qui n'ont pas été versés. Et d'autre part, il y a les cotisations supplémentaires exigées lorsque le régime est liquidé (ou, comme j'y renvoie précédemment, le déficit de liquidation). Ces paiements font l'objet de l'al. 75(1)b). Il appert de l'évolution et de l'historique législatifs que les fiducies réputées des par. 57(3) et (4) devaient seulement englober les cotisations du premier type et que le législateur n'a jamais voulu que les obligations ultérieures de l'employeur qui naissent une fois le régime liquidé fassent l'objet d'une fiducie réputée ou d'un privilège.

d) *L'objet de la loi*

[174] L'exclusion du déficit de liquidation de la fiducie réputée est conforme aux objectifs généraux de la loi. Les dispositions sur les régimes de retraite ont une importante vocation de protection. Or, le législateur n'entend pas atteindre son objectif de protection à n'importe quel prix, son intention étant clairement de le mettre en balance avec d'autres intérêts importants dans le cadre d'un régime soigneusement conçu (*Monsanto Canada Inc. c. Ontario (Surintendant des services financiers)*, 2004 CSC 54, [2004] 3 R.C.S. 152, par. 13-14).

[175] Dans le cas qui nous intéresse, le législateur a créé des fiducies à l'égard des cotisations qui sont dues ou accumulées à la date de la liquidation afin de protéger, dans une certaine mesure, les droits des bénéficiaires d'un régime de retraite et ceux des employés contre les réclamations des autres créanciers de l'employeur. Or, il y a de bonnes raisons de penser que c'est en raison d'autres objectifs concurrents que le législateur s'est abstenu d'accroître la portée de la fiducie réputée et d'y inclure le déficit de liquidation.

[176] First, if there were to be a deemed trust over all employer liabilities that arise when a plan is wound up, much simpler and clearer words could readily be found to achieve that objective.

[177] Second, extending the deemed trust protections to the wind-up deficiency might well be viewed as counter-productive in the greater scheme of things. A deemed trust of that nature might give rise to considerable uncertainty on the part of other creditors and potential lenders. This uncertainty might not only complicate creditors' rights, but it might also affect the availability of funds from lenders. The wind-up liability is potentially large and, while the business is ongoing, the extent of the liability is unknown and unknowable for up to five years. Its amount may, as the facts of this case disclose, fluctuate dramatically during this time. A liability of this nature could make it very difficult to assess the creditworthiness of a borrower and make an appropriate apportionment of payment among creditors extremely difficult.

[178] While I agree that the protection of pension plans is an important objective, it is not for this Court to decide the extent to which that objective will be pursued and at what cost to other interests. In her conclusion, Justice Deschamps notes that although the protection of pension plans is a worthy objective, courts should not use the law of equity to re-arrange the priorities that Parliament has established under the *CCAA*. This is a matter of policy where courts must defer to legislatures (reasons of Justice Deschamps, at para. 82). In my view, my colleague's comments on this point are equally applicable to the policy decisions reflected in the text of the *PBA*. The decision as to the level of protection that should be provided to pension beneficiaries is one to be left to the Ontario legislature. Faced with the language in the *PBA*, I would be slow to infer that the broader protective purpose, with all its potential disadvantages, was intended.

[176] Premièrement, si le législateur avait voulu créer une fiducie applicable à la totalité des obligations de l'employeur qui découlent de la liquidation d'un régime, il lui aurait été aisé de s'exprimer beaucoup plus simplement et clairement.

[177] Deuxièmement, si on considère la situation avec un certain recul, il pourrait fort bien être néfaste de protéger le déficit de liquidation au moyen de la fiducie réputée. Il pourrait en effet en résulter une grande incertitude pour les autres créanciers et prêteurs éventuels, une incertitude qui pourrait non seulement compliquer l'exercice des droits des créanciers, mais aussi compromettre l'accès d'une entreprise en difficulté aux fonds des prêteurs. L'ampleur des obligations à la liquidation peut être considérable et, lorsque l'entreprise demeure en exploitation, on ne peut savoir quelle sera cette ampleur sur une période de cinq ans. Le quantum de ces obligations peut, comme le montrent les faits de la présente espèce, fluctuer radicalement pendant cet intervalle. De telles obligations peuvent rendre très difficile l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur et plus difficile encore la juste répartition des paiements entre les créanciers.

[178] Je conviens certes que la protection des régimes de retraite constitue un objectif important, mais il n'appartient pas à la Cour de décider de la mesure dans laquelle cet objectif sera poursuivi ou d'autres intérêts en souffriront. Dans sa conclusion, la juge Deschamps souligne que même si la protection des régimes de retraite constitue un objectif valable, les tribunaux ne doivent pas recourir à l'équité pour modifier les priorités du législateur qui sous-tendent la *LACC*. Il s'agit d'une question de politique générale, et les tribunaux doivent déférer à la décision du législateur (motifs de la juge Deschamps, par. 82). À mon avis, les propos de ma collègue sur ce point valent également pour les décisions de politique générale qui sous-tendent le texte de la *LRR*. Il appartient à l'Assemblée législative de l'Ontario de décider du degré de protection qu'il convient d'accorder aux bénéficiaires d'un régime de retraite. Au vu du

In short, the interpretation I would adopt is consistent with a balanced approach to protection of benefits which the legislature intended.

[179] For these reasons, I am of the respectful view that the Court of Appeal erred in finding that the s. 57(4) deemed trust applied to the wind-up deficiency.

B. *Second Issue: Did the Court of Appeal Err in Finding That Indalex Breached the Fiduciary Duties it Owed to the Pension Beneficiaries as the Plans' Administrator and in Imposing a Constructive Trust as a Remedy?*

(1) Introduction

[180] The Court of Appeal found that during the CCAA proceedings Indalex breached its fiduciary obligations as administrator of the pension plans: para. 116. As a remedy, it imposed a remedial constructive trust over the reserve fund, effectively giving the plan beneficiaries recovery of 100 cents on the dollar in priority to all other creditors, including creditors entitled to the super priority ordered by the CCAA court.

[181] The breaches identified by the Court of Appeal fall into three categories. First, Indalex breached the prohibition against a fiduciary being in a position of conflict of interest because its interests in dealing with its insolvency conflicted with its duties as plan administrator to act in the best interests of the plans' members and beneficiaries: para. 142. According to the Court of Appeal, the simple fact that Indalex found itself in this position of conflict of interest was, of itself, a breach of its fiduciary duty as plan administrator. Second, Indalex breached its fiduciary duty by applying, without notice to the plans' beneficiaries, for CCAA protection: para. 139. Third, Indalex

libellé de la *LRR*, j'hésite à inférer que le législateur a voulu conférer une vaste protection avec tous les inconvénients que cela pouvait comporter. En somme, l'interprétation que je préconise s'accorde avec l'approche équilibrée du législateur dans la protection du droit à des prestations.

[179] C'est pourquoi j'estime que la Cour d'appel a tort de conclure que la fiducie réputée du par. 57(4) vise le déficit de liquidation.

B. *Deuxième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure qu'Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires envers les bénéficiaires en tant qu'administrateur des régimes de retraite et d'imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation?*

(1) Introduction

[180] La Cour d'appel conclut que, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes de retraite (par. 116). En guise de réparation, elle impose une fiducie par interprétation à l'égard du fonds de réserve et permet ainsi aux bénéficiaires des régimes de retraite de recouvrer l'intégralité de leur créance de préférence à tous les autres créanciers, notamment ceux auxquels le tribunal a accordé une superpriorité sous le régime de la *LACC*.

[181] Les manquements relevés par la Cour d'appel sont de trois ordres. D'abord, Indalex n'a pas respecté l'interdiction faite au fiduciaire de se trouver en conflit d'intérêts car, dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC*, ses intérêts d'entreprise insolvable s'opposaient à son obligation d'administrateur d'agir au mieux des intérêts des participants et des bénéficiaires des régimes (par. 142). Selon la Cour d'appel, ce conflit d'intérêts constituait à lui seul un manquement d'Indalex à ses obligations fiduciaires d'administrateur des régimes. Deuxièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en demandant, sans en informer au préalable les



breached its fiduciary duty by seeking and/or obtaining various relief in the CCAA proceedings including the “super priority” in favour of the DIP lenders, approval of the sale of the business knowing that no payment would be made to the underfunded plans over the statutory deemed trusts and seeking to be put into bankruptcy with the intention of defeating the deemed trust claims: para. 139. As a remedy for these breaches of fiduciary duty the court imposed a constructive trust.

[182] In my view, the Court of Appeal took much too expansive a view of the fiduciary duties owed by Indalex as plan administrator and found breaches where there were none. As I see it, the only breach of fiduciary duty committed by Indalex occurred when, upon insolvency, Indalex’s corporate interests were in obvious conflict with its fiduciary duty as plan administrator to ensure that all contributions were made to the plans when due. The breach was not in failing to avoid this conflict — the conflict itself was unavoidable. Its breach was in failing to address the conflict to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to have representation in the CCAA proceedings as if there were independent plan administrators. I also conclude that a remedial constructive trust is not available as a remedy for this breach.

[183] This part of the appeals requires us to answer two questions which I will address in turn:

- (i) What fiduciary duties did Indalex have in its role as plan administrator and did it breach them?
- (ii) If so, was imposition of a constructive trust an appropriate remedy?

bénéficiaires des régimes, la protection offerte par la LACC (par. 139). Troisièmement, Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires en sollicitant puis en obtenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC, dont la « super-priorité » de la créance des prêteurs DE, l’approbation de la vente de l’entreprise alors qu’elle savait que nul versement ne serait fait aux régimes sous-capitalisés en sus des sommes protégées par les fiducies réputées d’origine législative, et en demandant sa mise en faillite dans l’intention de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée (par. 139). En guise de réparation de ces manquements à l’obligation fiduciaire, la cour a imposé une fiducie par interprétation.

[182] À mon sens, la Cour d’appel confère une portée excessive aux obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes et elle relève des manquements qui n’en sont pas. Indalex a seulement manqué à son obligation fiduciaire lorsque, une fois devenue insolvable, ses intérêts sont clairement entrés en conflit avec son obligation fiduciaire d’administrateur d’assurer le versement aux régimes de toutes les cotisations devenues exigibles. Son manquement réside dans l’omission non pas d’éviter ce conflit, qui était en soi inévitable, mais de pallier le problème en veillant à ce que les bénéficiaires des régimes puissent être représentés dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. Je conclus également que la fiducie par interprétation ne saurait être accordée à titre de réparation pour ce manquement.

[183] Ce volet des pourvois commande de répondre à deux questions que j’examine successivement :

- (i) Quelles étaient les obligations fiduciaires d’Indalex en tant qu’administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?
- (ii) Dans l’affirmative, l’imposition d’une fiducie par interprétation constituait-elle une réparation appropriée?

(2) What Fiduciary Duties Did Indalex Have in its Role as Plan Administrator and Did it Breach Those Duties?

(a) *Legal Principles*

[184] The appellants do not dispute that Indalex, in its role of administrator of the plans, had fiduciary duties to the members of the plan and that when it is acting in that role it can only act in the interests of the plans' beneficiaries. It is not necessary for present purposes to decide whether a pension plan administrator is a *per se* or *ad hoc* fiduciary, although it must surely be rare that a pension plan administrator would not have fiduciary duties in carrying out that role: *Burke v. Hudson's Bay Co.*, 2010 SCC 34, [2010] 2 S.C.R. 273, at para. 41, aff'g 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, at para. 55.

[185] However, the conclusion that Indalex as plan administrator had fiduciary duties to the plan beneficiaries is the beginning, not the end of the inquiry. This is because fiduciary duties do not exist at large, but arise from and relate to the specific legal interests at stake: *Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at para. 31. As La Forest J. put it in *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574:

The obligation imposed [on a fiduciary] may vary in its specific substance depending on the relationship . . . . [N]ot every legal claim arising out of a relationship with fiduciary incidents will give rise to a claim for breach of fiduciary duty. . . .

It is only in relation to breaches of the specific obligations imposed because the relationship is one characterized as fiduciary that a claim for breach of fiduciary duty can be founded. . . . [Emphasis added; pp. 646-47.]

[186] The nature and scope of the fiduciary duty must, therefore, be assessed in the legal framework governing the relationship out of which the

(2) Quelles étaient les obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes de retraite, et y a-t-il eu manquement à ces obligations?

a) *Principes juridiques*

[184] Les appelants ne contestent pas que, en tant qu'administrateur des régimes de retraite, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les participants et que, à ce titre, elle ne pouvait agir que dans l'intérêt des bénéficiaires des régimes. Point n'est besoin, aux fins du pourvoi, de déterminer si l'administrateur d'un régime de retraite est fiduciaire en soi ou *ad hoc*, bien qu'il soit assurément rare qu'un tel administrateur n'ait pas d'obligations fiduciaires dans l'exercice de cette fonction (*Burke c. Cie de la Baie d'Hudson*, 2010 CSC 34, [2010] 2 R.C.S. 273, par. 41, conf. 2008 ONCA 394, 67 C.C.P.B. 1, par. 55).

[185] Or, la conclusion portant que, à titre d'administrateur des régimes, Indalex avait des obligations fiduciaires envers les bénéficiaires marque le début de l'examen, et non sa fin, car les obligations fiduciaires n'existent pas en général, mais découlent des intérêts juridiques qui sont précisément en jeu et s'y rattachent (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 31). Comme l'affirme le juge La Forest dans *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574 :

La nature particulière de cette obligation [du fiduciaire] peut varier selon les rapports concernés [. . .] [C]e ne sont pas tous les droits découlant de rapports présentant des caractéristiques fiduciaires qui justifient une demande pour manquement à une obligation fiduciaire. . .

La prétention qu'il y a manquement à une obligation fiduciaire ne peut se fonder que sur le manquement aux obligations particulières qui découlent des rapports dits fiduciaires. . . [Je souligne; p. 646-647.]

[186] Il convient donc d'apprécier la nature et la portée de l'obligation fiduciaire dans le cadre juridique applicable à la relation dont est issue cette

fiduciary duty arises: see, e.g., *Sharbern Holding Inc. v. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 SCC 23, [2011] 2 S.C.R. 175, at para. 141; *Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at paras. 36-37; *K.L.B. v. British Columbia*, 2003 SCC 51, [2003] 2 S.C.R. 403, at para. 41. So, for example, as a general rule, a fiduciary has a duty of loyalty including the duty to avoid conflicts of interest: see, e.g., *Strother v. 3464920 Canada Inc.*, 2007 SCC 24, [2007] 2 S.C.R. 177, at para. 35; *Lac Minerals*, at pp. 646-47. However, this general rule may have to be modified in light of the legal framework within which a particular fiduciary duty must be exercised. In my respectful view, this is such a case.

(b) *The Legal Framework of Indalex's Dual Role as a Plan Administrator and Employer*

[187] In order to define the nature and scope of Indalex's role and fiduciary obligations as a plan administrator, we must examine the legal framework within which the administrator functions. This framework is established primarily by the plan documents and the relevant provisions of the *PBA*. It is to these sources, first and foremost, that we look in order to shape the specific fiduciary duties owed in this context.

[188] Turning first to the plan documents, I take the salaried plan as an example. Under it, the company is appointed the plan administrator: art. 13.01. The term "Company" is defined to mean Indalex Limited and any reference in the plan to actions taken or discretion to be exercised by the Company means Indalex acting through the board of directors or any person authorized by the board for the purposes of the plan: art. 2.09. Article 13.01 provides that the "Management Committee of the Board of Directors of the Company will appoint a Pension and Benefits Committee to act on behalf of the Company in its capacity as administrator of the Plan. The Pension and Benefits Committee will decide conclusively all matters relating to the operation, interpretation and application of the Plan".

obligation (voir, p. ex., *Sharbern Holding Inc. c. Vancouver Airport Centre Ltd.*, 2011 CSC 23, [2011] 2 R.C.S. 175, par. 141; *Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 36-37; *K.L.B. c. Colombie-Britannique*, 2003 CSC 51, [2003] 2 R.C.S. 403, par. 41). À titre d'exemple, la règle générale veut que le fiduciaire ait un devoir de loyauté doublé d'une obligation d'éviter tout conflit d'intérêts (voir, p. ex., *Strother c. 3464920 Canada Inc.*, 2007 CSC 24, [2007] 2 R.C.S. 177, par. 35; *Lac Minerals*, p. 646-647). Toutefois, il peut se révéler nécessaire d'adapter cette règle générale au cadre juridique dans lequel doit être exercée une obligation fiduciaire en particulier. Tel est, à mon humble avis, le cas en l'espèce.

b) *Le cadre juridique de la double fonction d'Indalex à titre d'administrateur de régime et d'employeur*

[187] Pour déterminer la nature et la portée de la fonction et des obligations fiduciaires d'Indalex en tant qu'administrateur des régimes, nous devons considérer le cadre juridique dans lequel évolue l'administrateur. Ce cadre juridique découle principalement des documents constitutifs des régimes de retraite et des dispositions pertinentes de la *LRR*, des sources qui doivent être examinées avant toutes autres pour déterminer les obligations fiduciaires spécifiques qui incombent à l'administrateur dans ce contexte.

[188] En ce qui concerne d'abord les documents constitutifs des régimes de retraite, considérons ceux relatifs au régime des salariés. Ils confient à la société l'administration du régime (art. 13.01). Le terme « société » s'entend d'Indalex Limited, et toute mention par le régime d'une mesure prise ou d'un pouvoir discrétionnaire exercé par la société suppose qu'Indalex agit par l'entremise du conseil d'administration ou d'une personne autorisée par celui-ci aux fins du régime (art. 2.09). Suivant l'art. 13.01, le [TRANSCRIPTION] « comité de gestion du conseil d'administration de la société nomme un comité de retraite et de prestations pour agir au nom de la société dans l'exercice de sa fonction d'administrateur du régime. Le comité de retraite et de prestations se prononce de manière définitive

Thus, the Pension and Benefits Committee is to act on behalf of the company and by virtue of art. 2.09 its acts are considered those of the company. Article 13.02 sets out the duties of the Pension and Benefits Committee which include the “performance of all administrative functions not performed by the Funding Agent, the Actuary or any group annuity contract issuer”: art. 13.02(1).

[189] The plan administrator also has statutory powers and duties by virtue of the *PBA*. Section 22 lists the general duties of plan administrators, three of which are particularly relevant to these appeals:

22. (1) [Care, diligence and skill] The administrator of a pension plan shall exercise the care, diligence and skill in the administration and investment of the pension fund that a person of ordinary prudence would exercise in dealing with the property of another person.

(2) [Special knowledge and skill] The administrator of a pension plan shall use in the administration of the pension plan and in the administration and investment of the pension fund all relevant knowledge and skill that the administrator possesses or, by reason of the administrator’s profession, business or calling, ought to possess.

(4) [Conflict of interest] An administrator or, if the administrator is a pension committee or a board of trustees, a member of the committee or board that is the administrator of a pension plan shall not knowingly permit the administrator’s interest to conflict with the administrator’s duties and powers in respect of the pension fund.

[190] Not surprisingly, the powers and duties conferred on the administrator by the legislation are administrative in nature. For the most part they pertain to the internal management of the pension fund and to the relationship among the pension administrator, the beneficiaries, and the Superintendent of Financial Services (“Superintendent”). The list includes: applying

sur toute question relative au fonctionnement, à l’interprétation et à l’application du régime ». Le comité de retraite et de prestations a donc pour mandat d’agir pour le compte de la société et, suivant l’art. 2.09, ses actes sont assimilés à ceux de la société. L’article 13.02 énonce les fonctions du comité, dont l’exercice de toute fonction administrative qui ne relève pas du gestionnaire de la caisse, de l’actuaire ou de l’émetteur de tout contrat de rente collective (par. 13.02(1)).

[189] La *LRR* attribue également pouvoirs et obligations à l’administrateur d’un régime. L’article 22 énumère les obligations générales faites à l’administrateur, dont trois importent particulièrement dans les présents pourvois :

22. (1) [Soin, diligence et compétence] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite le soin, la diligence et la compétence qu’une personne d’une prudence normale exercerait relativement à la gestion des biens d’autrui.

(2) [Connaissances et compétences particulières] L’administrateur d’un régime de retraite apporte à l’administration du régime de retraite et à l’administration et au placement des fonds de la caisse de retraite toutes les connaissances et compétences pertinentes que l’administrateur possède ou devrait posséder en raison de sa profession, de ses affaires ou de sa vocation.

(4) [Conflit d’intérêts] L’administrateur, ou si l’administrateur est un comité de retraite ou un conseil de fiduciaires, un membre du comité ou du conseil qui est l’administrateur du régime de retraite ne permet pas sciemment que son intérêt entre en conflit avec ses attributions à l’égard du régime de retraite.

[190] Il n’est pas étonnant que les pouvoirs et les obligations légaux de l’administrateur soient de nature administrative. La plupart ont trait à la gestion interne de la caisse de retraite et à la relation entre l’administrateur du régime de retraite, les bénéficiaires et le surintendant des services financiers (le « surintendant »). Mentionnons la demande au surintendant d’enregistrer le régime ou de le

to the Superintendent for registration of the plan and any amendments to it as well as filing annual information returns: ss. 9, 12 and 20 of the *PBA*; providing beneficiaries and eligible potential beneficiaries with information and documents: s. 10(1)12 and 25; ensuring that the plan is administered in accordance with the *PBA* and its regulations and plan documents: s. 19; notifying beneficiaries of proposed amendments to the plan that would reduce benefits: s. 26; paying commuted value for pensions: s. 42; and filing wind-up reports if the plan is terminated: s. 70.

[191] Of special relevance for this case are two additional provisions. Under s. 56, the administrator has a duty to ensure that pension payments are made when due and to notify the Superintendent if they are not and, under s. 59, the administrator has the authority to commence court proceedings when pension payments are not made.

[192] The fiduciary duties that employer-administrators owe to plan beneficiaries relate to the statutory and other tasks described above; these are the “specific legal interests” with respect to which the employer-administrator’s fiduciary duties attach.

[193] Another important aspect of the legal context for Indalex’s fiduciary duties as a plan administrator is that it was acting in the dual role of an employer-administrator. This dual role is expressly permitted under s. 8(1)(a) of the *PBA*, but this provision creates a situation where a single entity potentially owes two sets of fiduciary duties (one to the corporation and the other to the plan members).

[194] This was the case for Indalex. As an employer-administrator, Indalex acted through its board of directors and so it was that body which owed fiduciary duties to the plan members. The board of directors also owed a fiduciary duty to the company to act in its best interests: *Canada Business Corporations Act*, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 122(1)(a); *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*,

modifier, et le dépôt de la déclaration annuelle (art. 9, 12 et 20 de la *LRR*), la transmission aux bénéficiaires et aux bénéficiaires éventuels admissibles de renseignements et de documents (par. 10(1)12 et art. 25), l’observation de la *LRR* et de son règlement d’application, ainsi que des documents constitutifs du régime (art. 19), l’envoi aux bénéficiaires d’un avis relatif à une modification projetée qui réduirait les prestations (art. 26), le paiement de la valeur de rachat d’une pension différée (art. 42) et le dépôt d’un rapport de liquidation advenant la cessation du régime (art. 70).

[191] Deux autres dispositions importent particulièrement en l’espèce. L’article 56 dispose que l’administrateur a l’obligation de veiller à ce que les cotisations soient versées à la date d’exigibilité et d’en informer le surintendant lorsqu’elles ne l’ont pas été; l’art. 59 habilite l’administrateur à engager une instance judiciaire en cas de défaut de paiement.

[192] Les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur envers les bénéficiaires d’un régime ont trait aux attributions légales et autres susmentionnées; il s’agit des « intérêts juridiques particuliers » auxquels se rattachent les obligations fiduciaires de l’employeur-administrateur.

[193] Un autre aspect important du contexte juridique dans lequel s’inscrivent les obligations fiduciaires d’Indalex à titre d’administrateur des régimes tient à sa double fonction d’employeur et d’administrateur. L’alinéa 8(1)a) de la *LRR* autorise expressément ce double rôle, mais il crée une situation où une même entité peut devoir s’acquitter de deux ensembles distincts d’obligations fiduciaires (les unes envers la société, les autres envers les participants du régime de retraite).

[194] Telle était la situation d’Indalex. À titre d’employeur-administrateur, Indalex agissait par l’entremise de son conseil d’administration, de sorte que ce dernier avait des obligations fiduciaires envers les participants des régimes. Le conseil d’administration avait également l’obligation fiduciaire d’agir au mieux des intérêts de la société (*Loi canadienne sur les sociétés par actions*, L.R.C.

2008 SCC 69, [2008] 3 S.C.R. 560, at para. 36. In deciding what is in the best interests of the corporation, a board may look to the interests of shareholders, employees, creditors and others. But where those interests are not aligned or may conflict, it is for the directors, acting lawfully and through the exercise of business judgment, to decide what is in the overall best interests of the corporation. Thus, the board of Indalex, as an employer-administrator, could not always act exclusively in the interests of the plan beneficiaries; it also owed duties to Indalex as a corporation.

(c) *Breaches of Fiduciary Duty*

[195] Against the background of these legal principles, I turn to consider the Court of Appeal's findings in relation to Indalex's breach of its fiduciary duties as administrator of the plans. As noted, they fall into three categories: being in a conflict of interest position; taking steps to reduce pension obligations in the CCAA proceedings; and seeking bankruptcy status.

(i) Conflict of Interest

[196] The questions here are first what constitutes a conflict of interest or duty between Indalex as business decision-maker and Indalex as plan administrator and what must be done when a conflict arises?

[197] The Court of Appeal in effect concluded that a conflict of interest arises whenever Indalex makes business decisions that have "the potential to affect the Plans beneficiaries' rights" (para. 132) and that whenever such a conflict of interest arose, the employer-administrator was immediately in breach of its fiduciary duties to the plan members. Respectfully, this position puts the matter far too broadly. It cannot be the case that a conflict

1985, ch. C-44, al. 122(1)a); *BCE Inc. c. Détenteurs de débentures de 1976*, 2008 CSC 69, [2008] 3 R.C.S. 560, par. 36). Pour déterminer ce qui est au mieux des intérêts de l'entreprise, le conseil d'administration peut considérer les intérêts des actionnaires, des employés, des créanciers et d'autres personnes. Or, lorsque ces intérêts ne sont pas concordants ou peuvent entrer en conflit, il appartient aux administrateurs, dans le respect de la loi et dans l'exercice de son appréciation commerciale, de déterminer ce qui sert au mieux les intérêts de la société. Par conséquent, le conseil d'administration d'Indalex, en tant qu'employeur-administrateur, ne pouvait pas toujours agir dans le seul intérêt des bénéficiaires des régimes, mais devait aussi s'acquitter de ses obligations envers la société Indalex.

c) *Manquements à l'obligation fiduciaire*

[195] Au vu de ces principes juridiques, j'examine les conclusions de la Cour d'appel concernant les manquements d'Indalex à ses obligations fiduciaires à titre d'administrateur des régimes. Je le répète, ces manquements sont de trois ordres : l'existence du conflit d'intérêts, les mesures prises dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC pour réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et la demande présentée en vue de faire faillite.

(i) Conflit d'intérêts

[196] Il faut d'abord se demander en quoi consiste, dans le cas d'Indalex, un conflit d'intérêts ou d'obligations entre sa fonction de décideur commercial et celle d'administrateur de régime, et quelles mesures elle doit alors prendre?

[197] La Cour d'appel conclut en fait qu'il y a un conflit d'intérêts dès qu'Indalex prend une décision de nature commerciale [TRANSCRIPTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132) et qu'il y a alors un manquement immédiat de l'employeur-administrateur à ses obligations fiduciaires envers les participants des régimes de retraite. En toute déférence, il s'agit d'une interprétation beaucoup

arises simply because the employer, exercising its management powers in the best interests of the corporation, does something that has the potential to affect the plan beneficiaries.

[198] This conclusion flows inevitably from the statutory context. The existence of apparent conflicts that are inherent in the two roles being performed by the same party cannot be a breach of fiduciary duty because those conflicts are specifically authorized by the statute which permits one party to play both roles. As noted earlier, the *PBA* specifically permits employers to act as plan administrators (s. 8(1)(a)). Moreover, the broader business interests of the employer corporation and the interests of pension beneficiaries in getting the promised benefits are almost always at least potentially in conflict. Every important business decision has the potential to put at risk the solvency of the corporation and therefore its ability to live up to its pension obligations. The employer, within the limits set out in the plan documents and the legislation generally, has the authority to amend the plan unilaterally and even to terminate it. These steps may well not serve the best interests of plan beneficiaries.

[199] Similarly, the simple existence of the sort of conflicts of interest identified by the Court of Appeal — those inherent in the employer's exercise of business judgment — cannot of themselves be a breach of the administrator's fiduciary duty. Once again, that conclusion is inconsistent with the statutory scheme that expressly permits an employer to act as plan administrator.

[200] How, then, should we identify conflicts of interest in this context?

[201] In *R. v. Neil*, 2002 SCC 70, [2002] 3 S.C.R. 631, Binnie J. referred to the *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), at § 121, to explain when a conflict of interest occurs in the

trop extensive. On ne saurait dire qu'il y a conflit d'intérêts uniquement parce que l'employeur, dans l'exercice de son pouvoir de gérer la société au mieux des intérêts de celle-ci, prend une mesure susceptible d'avoir une incidence sur les bénéficiaires des régimes.

[198] Telle est la conclusion qui découle nécessairement du contexte législatif. L'existence de conflits apparents qui sont inhérents à la double fonction exercée par une même personne ne peut constituer un manquement à l'obligation fiduciaire, car ces conflits sont expressément autorisés par la loi, laquelle permet à une personne d'exercer les deux fonctions. Rappelons que la *LRR* permet expressément à l'employeur d'administrer un régime (al. 8(1)a)). En outre, les intérêts commerciaux de la société-employeur en général et les intérêts des bénéficiaires d'un régime de retraite liés à l'obtention des prestations promises risquent presque toujours d'entrer en conflit. Toute décision commerciale importante est susceptible de nuire à la solvabilité de la société et, partant, à sa capacité de respecter ses obligations à l'égard du régime. Sous réserve des limites prévues par les documents constitutifs du régime de retraite et de la loi en général, l'employeur peut modifier unilatéralement le régime, voire y mettre fin, des mesures qui peuvent fort bien ne pas cadrer avec les intérêts des bénéficiaires du régime.

[199] De même, les conflits d'intérêts relevés par la Cour d'appel — ceux inhérents à l'appréciation commerciale de l'employeur — ne peuvent emporter à eux seuls le manquement à l'obligation fiduciaire de l'administrateur. Là encore, c'est ce qui appert du régime législatif, qui permet expressément à l'employeur d'administrer un régime.

[200] Comment devons-nous donc déterminer s'il y a conflit d'intérêts dans ce contexte?

[201] Dans *R. c. Neil*, 2002 CSC 70, [2002] 3 R.C.S. 631, le juge Binnie renvoie au *Restatement Third, The Law Governing Lawyers* (2000), § 121, pour expliquer à quelles conditions il y a conflit

context of the lawyer-client relationship: para. 31. In my view, the same general principle, adapted to the circumstances, applies with respect to employer-administrators. Thus, a situation of conflict of interest occurs when there is a substantial risk that the employer-administrator's representation of the plan beneficiaries would be materially and adversely affected by the employer-administrator's duties to the corporation. I would recall here, however, that the employer-administrator's obligation to represent the plan beneficiaries extends only to those tasks and duties that I have described above.

[202] In light of the foregoing, I am of the view that the Court of Appeal erred when it found, in effect, that a conflict of interest arose whenever Indalex was making decisions that "had the potential to affect the Plans beneficiaries' rights": para. 132. The Court of Appeal expressed both the potential for conflict of interest or duty and the fiduciary duty of the plan administrator much too broadly.

(ii) Steps in the CCAA Proceedings to Reduce Pension Obligations and Notice of Them

[203] The Court of Appeal found that Indalex breached its fiduciary duty simply by commencing CCAA proceedings knowing that the plans were underfunded and by failing to give the plan beneficiaries notice of the proceedings: para. 139. As I understand the court's reasons, the decision to commence CCAA proceedings was solely the responsibility of the corporation and not part of the administration of the pension plan: para. 131. The difficulty which the Court of Appeal saw arose from the potential of the CCAA proceedings to result in a reduction of the corporation's pension obligations to the prejudice of the beneficiaries: paras. 131-32.

[204] I respectfully disagree. Like Justice Deschamps, I find that seeking an initial order protecting the corporation from actions by its creditors did not, on its own, give rise to any conflict of interest or duty on the part of Indalex (reasons of Justice Deschamps, at para. 72).

d'intérêts dans le cadre de la relation entre l'avocat et son client (par. 31). À mon avis, le même principe général, adapté aux circonstances, vaut pour l'employeur-administrateur. Il y a donc conflit d'intérêts lorsqu'il existe un risque important que les obligations de l'employeur-administrateur envers la société nuisent de façon appréciable à la défense des intérêts des bénéficiaires d'un régime. Je rappelle cependant que l'obligation de l'employeur-administrateur de représenter les bénéficiaires d'un régime ne s'entend que des attributions et des fonctions énoncées précédemment.

[202] J'estime dès lors que la Cour d'appel a tort de conclure qu'il y avait conflit d'intérêts aussitôt qu'Indalex prenait une décision [TRADUCTION] « susceptible d'avoir une incidence sur les droits des bénéficiaires des régimes » (par. 132). Elle interprète de manière beaucoup trop extensive la notion de conflit éventuel d'intérêts ou d'obligations et celle d'obligation fiduciaire de l'administrateur d'un régime.

(ii) Mesures prises par Indalex dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC afin de réduire ses obligations vis-à-vis des régimes de retraite et avis de ces mesures

[203] Pour la Cour d'appel, Indalex a manqué à son obligation fiduciaire du seul fait qu'elle a engagé une procédure en application de la LACC tout en sachant que les régimes étaient sous-capitalisés, et ce, sans en informer au préalable les bénéficiaires des régimes (par. 139). Si j'interprète bien ses motifs, la décision d'entreprendre cette démarche relevait uniquement de l'administration de la société, et non de l'administration des régimes de retraite (par. 131). La difficulté résidait selon elle dans le risque que la procédure réduise les obligations de la société vis-à-vis des régimes de retraite au détriment des bénéficiaires (par. 131-132).

[204] En toute déférence, je ne suis pas d'accord. Comme ma collègue la juge Deschamps, j'estime que, à elle-seule, la mesure initiale visant à protéger la société contre ses créanciers ne plaçait pas Indalex en situation de conflit d'intérêts ou d'obligations (motifs de la juge Deschamps, par. 72).



[205] First, it is important to remember that the purpose of CCAA proceedings is not to disadvantage creditors but rather to try to provide a constructive solution for all stakeholders when a company has become insolvent. As my colleague, Deschamps J. observed in *Century Services*, at para. 15:

... the purpose of the CCAA ... is to permit the debtor to continue to carry on business and, where possible, avoid the social and economic costs of liquidating its assets.

In the same decision, at para. 59, Deschamps J. also quoted with approval the following passage from the reasons of Doherty J.A. in *Elan Corp. v. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, at para. 57 (dissenting):

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.

For this reason, I would be very reluctant to find that, simply by virtue of embarking on CCAA proceedings, an employer-administrator breaches its duties to plan members.

[206] Second, the facts of this case do not support the contention that the interests of the plan beneficiaries and the employer were in conflict with respect to the decision to seek CCAA protection. It cannot seriously be suggested that some other course would have protected more fully the rights of the plan beneficiaries. The Court of Appeal did not suggest an alternative to seeking CCAA protection from creditors, nor did any of the parties. Indalex was in serious financial difficulty and its options were limited: either make a proposal to its creditors (under the CCAA or under the BIA), or go bankrupt. Moreover, the plan administrator's duty and authority do not extend to ensuring the solvency of the corporation and an independent administrator could not reasonably expect to be

[205] Premièrement, il importe de rappeler que la procédure de la LACC n'a pas pour objet de défavoriser les créanciers, mais bien de trouver une solution à l'insolvabilité d'une société qui soit constructive pour tous les intéressés. Comme le fait remarquer ma collègue la juge Deschamps dans *Century Services*, au par. 15 :

... la LACC [...] 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.

Dans le même arrêt (par. 59), elle cite également en l'approuvant l'extrait suivant des motifs du juge Doherty, dissident, dans *Elan Corp. c. Comiskey* (1990), 41 O.A.C. 282, par. 57 :

[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'initiati[ve] des créanciers, pendant que des efforts sont déployés, sous la surveillance du tribunal, en vue de réorganiser la situation financière de la compagnie débitrice.

C'est pourquoi j'incline très peu à conclure que l'employeur-administrateur manque à ses obligations envers les participants des régimes de retraite du seul fait qu'il engage une procédure sur le fondement de la LACC.

[206] Deuxièmement, les faits de la présente affaire n'appuient pas la prétention selon laquelle les intérêts de l'employeur s'opposaient à ceux des bénéficiaires des régimes quant à la décision de se prévaloir ou non de la protection de la LACC. On ne saurait sérieusement soutenir qu'une autre mesure aurait protégé davantage les droits des bénéficiaires des régimes. Ni la Cour d'appel ni les parties n'avancent quelque autre solution qui eût été préférable à la protection contre les créanciers demandée sous le régime de la LACC. Indalex éprouvait de graves difficultés financières et ses options étaient limitées : elle pouvait présenter une proposition à ses créanciers (suivant la LACC ou la LFI) ou faire faillite. Qui plus est, les attributions de l'administrateur des régimes

consulted about the plan sponsor's decision to seek CCAA protection. Finally, the application for CCAA proceedings did not reduce pension obligations other than to temporarily relieve the corporation of making special payments and it was the only step with any prospect of the pension funds obtaining from the insolvent corporation the money that would become due. There was thus no conflict of duty or interest between the administrator and the employer when protective action was taken for the purpose of preserving the *status quo* for the benefit of all stakeholders.

[207] The Court of Appeal also found that it was a breach of fiduciary duty not to give the plan beneficiaries notice of the initial application for CCAA protection. Again, here, I must join Deschamps J. in disagreeing with the Court of Appeal's conclusion. Section 11(1) of the CCAA, as it stood at the time of the proceedings, provided that parties could commence CCAA proceedings without giving notice to interested persons:

**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.

[208] This provision was renumbered but not substantially changed when the Act was amended in September of 2009 (S.C. 2005, c. 47, s. 128, in force Sept. 18, 2009, SI/2009-68). Although it is not appropriate in every case, CCAA courts have discretion to make initial orders on an *ex parte* basis. This may be an appropriate — even necessary — step in order to prevent “creditors from moving to realize on their claims, essentially a ‘stampede to the assets’ once creditors learn of the debtor’s financial distress”: J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement*

n’englobaient pas le fait d’assurer la solvabilité de la société, et un administrateur indépendant n’aurait pu raisonnablement s’attendre à être consulté relativement à la décision du promoteur des régimes de se prévaloir de la protection de la LACC. Enfin, la demande présentée sur le fondement de la LACC n’a pas réduit les obligations de l’employeur vis-à-vis des régimes de retraite, si ce n’est temporairement quant à l’obligation d’effectuer des paiements spéciaux, et c’était la seule mesure susceptible de permettre aux régimes de retraite d’obtenir de la société insolvable les sommes qui leur étaient dues. L’administrateur-employeur ne s’est donc pas trouvé en conflit d’intérêts ou d’obligations lorsqu’il a demandé protection afin de demeurer en exploitation au bénéfice de tous les intéressés.

[207] La Cour d’appel conclut en outre que la société a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de donner aux bénéficiaires des régimes un avis de sa demande initiale de protection sous le régime de la LACC. Je me range encore une fois à l’opinion de ma collègue la juge Deschamps, qui exprime son désaccord avec cette conclusion. Dans sa version en vigueur au moment de la procédure, le par. 11(1) de la LACC disposait qu’une partie pouvait engager une procédure sous le régime de la LACC sans en donner avis aux intéressés :

**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.

[208] Malgré la nouvelle numérotation issue des modifications apportées à la Loi en septembre 2009 (L.C. 2005, ch. 47, art. 128, entrée en vigueur le 18 septembre 2009, TR/2009-68), la disposition est foncièrement demeurée la même. Le tribunal saisi en vertu de la LACC dispose du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. L’exercice de ce pouvoir n’est pas toujours indiqué, mais il peut l’être, voire se révéler nécessaire, afin d’empêcher [TRADUCTION] « les créanciers de réaliser leurs créances en se ruant littéralement sur l’actif dès qu’ils sont informés des difficultés

*Act* (2007), at p. 55 (“*Rescue!*”); see also *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, at para. 7. The respondents did not challenge Morawetz J.’s decision to exercise his discretion to make an *ex parte* order in this case.

[209] This is not to say, however, that *ex parte* initial orders will always be required or acceptable. Without attempting to be exhaustive or to express any final view on these issues, I simply note that there have been at least three ways in which courts have mitigated the possible negative effect on creditors of making orders without notice to potentially affected parties. First, courts have been reluctant to grant *ex parte* orders where the situation of the debtor company is not urgent. In *Rescue!*, Janis P. Sarra explains that courts are increasingly expecting applicants to have given notice before applying for a stay under the CCAA: p. 55. An example is *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, a case in which Butler J. held that “[i]nitial applications in CCAA proceedings should not be brought without notice merely because it is an application under that Act. The material before the court must be sufficient to indicate an emergent situation”: para. 27. Second, courts have included “come-back” clauses in their initial orders so that parties could return to court at a later date to seek to set aside some or all of the order: *Rescue!*, at p. 55. Note that such a clause was included in the initial order by Morawetz J.: para. 46. Finally, courts have limited their initial orders to the issues that need to be resolved immediately and have left other issues to be resolved after all interested parties have been given notice. Thus, in *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, Morawetz J. limited the initial CCAA order so that priorities were only granted over the party that had been given notice. The discussion of suspending special payments or granting creditors priority over pension beneficiaries was left to a later date, after the parties that would be affected had been given notice. A similar approach was taken in the case of *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). In his initial CCAA order, Gascon J. put off the decision regarding the

financières du débiteur » (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55 (« *Rescue!* »); voir également *Algoma Steel Inc., Re* (2001), 25 C.B.R. (4th) 194, par. 7). Les intimés ne contestent pas l’exercice par le juge Morawetz de son pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance *ex parte* en l’espèce.

[209] Il ne s’ensuit cependant pas qu’il est toujours nécessaire ou acceptable de rendre une ordonnance initiale *ex parte*. Sans prétendre à l’exhaustivité ni vouloir trancher définitivement la question, je fais simplement remarquer l’existence d’au moins trois cas de figure où les tribunaux atténuent l’effet négatif que pourrait avoir sur les créanciers l’ordonnance rendue sans préavis aux parties susceptibles d’être touchées. Premièrement, lorsque la situation de la société débitrice n’est pas urgente, les tribunaux se montrent réticents à accorder une ordonnance *ex parte*. Dans *Rescue!*, Janis P. Sarra explique que les tribunaux s’attendent de plus en plus à ce que, avant de solliciter une suspension sous le régime de la LACC, la demanderesse informe les intéressés au préalable de son intention (p. 55). Par exemple, dans *Marine Drive Properties Ltd., Re*, 2009 BCSC 145, 52 C.B.R. (5th) 47, le juge Butler opine que, [TRADUCTION] « [d]ans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC, une demande initiale ne saurait être présentée sans préavis pour le seul motif que cette loi s’applique. Les éléments présentés doivent permettre au tribunal de conclure à l’existence d’une situation d’urgence » (par. 27). Deuxièmement, dans l’ordonnance initiale, les tribunaux précisent que les parties peuvent présenter une nouvelle demande afin d’obtenir l’annulation de l’ordonnance en tout ou en partie (*Rescue!*, p. 55). Soulignons que l’ordonnance initiale du juge Morawetz confère cette faculté (par. 46). Enfin, les tribunaux ne rendent une ordonnance initiale qu’à l’égard des questions qui doivent être tranchées sans délai et ils diffèrent le règlement des autres jusqu’à ce que tous les intéressés aient reçu avis de la demande. Ainsi, dans *Timminco Ltd., Re*, 2012 ONSC 506, 85 C.B.R. (5th) 169, le juge Morawetz circonscrit l’ordonnance initiale rendue en application de la LACC de telle sorte qu’une priorité n’est accordée qu’aux parties auxquelles un avis de la demande a été

suspension of past service contributions or special payments to the pension plans in question until the parties likely to be affected could be advised of the applicant's request: para. 7.

[210] Failure to give notice of the initial CCAA proceedings was not a breach of fiduciary duty in this case. Indalex's decision to act as an employer-administrator cannot give the plan beneficiaries any greater benefit than they would have if their plan was managed by a third party administrator. Had there been a third party administrator in this case, Indalex would not have been under an obligation to tell the administrator that it was planning to enter CCAA proceedings. The respondents are asking this Court to give the advantage of Indalex's knowledge as employer to Indalex as the plan administrator in circumstances where the employer would have been unlikely to disclose the information itself. I am not prepared to blur the line between employers and administrators in this way.

[211] I conclude that Indalex did not breach its fiduciary duty by commencing CCAA proceedings or by not giving notice to the plan beneficiaries of its intention to seek the initial CCAA order.

[212] I turn next to the Court of Appeal's conclusion that seeking and obtaining the DIP orders without notice to the plan beneficiaries and seeking and obtaining the sale approval order constituted breaches of fiduciary duty.

donné. La décision de suspendre ou non les paiements spéciaux ou d'octroyer ou non aux créanciers une priorité sur les bénéficiaires des régimes de retraite est reportée à une date ultérieure, soit jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées aient été avisées. Le tribunal adopte une démarche apparentée dans l'affaire *AbitibiBowater inc. (Arrangement relatif à)*, 2009 QCCS 6459 (CanLII). Dans son ordonnance initiale fondée sur la LACC, le juge Gascon reporte la décision de suspendre ou non le versement des cotisations pour service antérieur ou des paiements spéciaux aux régimes de retraite en cause jusqu'à ce que les parties susceptibles d'être touchées reçoivent avis de la demande (par. 7).

[210] En l'espèce, l'omission de donner avis de la demande initiale présentée sur le fondement de la LACC ne constituait pas un manquement à l'obligation fiduciaire. La décision d'Indalex d'agir à titre d'employeur-administrateur ne peut conférer aux bénéficiaires des régimes plus d'avantages que si l'administration de leurs régimes avait été confiée à un tiers indépendant. Dans ce dernier cas, Indalex n'aurait pas été tenue de révéler à ce tiers son intention d'engager une procédure sous le régime de la LACC. Les intimés demandent à notre Cour d'attribuer à Indalex, l'administrateur, l'avantage que détient Indalex, l'employeur, grâce à sa connaissance de certaines données, dans des circonstances où l'employeur n'aurait vraisemblablement pas communiqué ces données. Je ne suis pas disposé à brouiller ainsi la distinction entre la fonction d'employeur et celle d'administrateur.

[211] Je conclus qu'Indalex n'a pas manqué à son obligation fiduciaire en engageant la procédure fondée sur la LACC ou en omettant d'informer les bénéficiaires des régimes de son intention d'obtenir une ordonnance initiale fondée sur la LACC.

[212] Je me penche maintenant sur la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la demande et l'obtention des ordonnances DE sans préavis aux bénéficiaires des régimes, ainsi que la demande et l'obtention de l'approbation de la vente constituaient des manquements à l'obligation fiduciaire.

[213] To begin, I agree with the Court of Appeal that “just because the initial decision to commence CCAA proceedings is solely a corporate one . . . does not mean that all subsequent decisions made during the proceedings are also solely corporate ones”: para. 132. It was at this point that Indalex’s interests as a corporation came into conflict with its duties as a pension plan administrator.

[214] The DIP orders could easily have the effect of making it impossible for Indalex to satisfy its funding obligations to the plan beneficiaries. When Indalex, through the exercise of business judgment, sought CCAA orders that would or might have this effect, it was in conflict with its duty as plan administrator to ensure that all contributions were paid when due.

[215] I do not think, however, that the simple existence of this conflict of interest and duty, on its own, was a breach of fiduciary duty in these circumstances. As discussed earlier, the *PBA* expressly permits an employer to be a pension administrator and the statutory provisions about conflict of interest must be understood and applied in light of that fact. Moreover, an independent plan administrator would have no decision-making role with respect to the conduct of CCAA proceedings. So in my view, the difficulty that arose here was not the existence of the conflict itself, but Indalex’s failure to take steps so that the plan beneficiaries would have the opportunity to have their interests protected in the CCAA proceedings as if the plans were administered by an independent administrator. In short, the difficulty was not the existence of the conflict, but the failure to address it.

[216] Despite Indalex’s failure to address its conflict of interest, the plan beneficiaries, through their own efforts, were represented at subsequent steps in the CCAA proceedings. The effect of Indalex’s

[213] D’abord, je conviens avec la Cour d’appel que [TRADUCTION] « même si la décision initiale d’engager une procédure sous le régime de la *LACC* est de nature strictement commerciale [. . .], toutes les décisions ultérieures prises pendant l’instance ne le sont pas pour autant » (par. 132). C’est à cette étape que les intérêts commerciaux d’Indalex sont entrés en conflit avec ses obligations d’administrateur des régimes de retraite.

[214] Les ordonnances DE auraient fort bien pu faire en sorte qu’Indalex ne puisse plus s’acquitter de ses obligations de capitalisation vis-à-vis des bénéficiaires des régimes. Lorsque, à l’issue de son appréciation commerciale et sur le fondement de la *LACC*, Indalex a sollicité des ordonnances qui auraient eu ou auraient pu avoir une telle conséquence, elle était en conflit avec son obligation d’administrateur des régimes de veiller au versement de toutes les cotisations dès leur exigibilité.

[215] Je ne crois cependant pas que la seule existence de ce conflit d’intérêts et d’obligations constituait en soi un manquement à l’obligation fiduciaire dans les circonstances. Je le rappelle, la *LRR* autorise expressément l’employeur à administrer un régime, et les dispositions législatives relatives au conflit d’intérêts doivent être interprétées et appliquées en conséquence. En outre, un administrateur indépendant n’aurait eu aucun rôle décisionnel à jouer dans le déroulement de la procédure fondée sur la *LACC*. À mon sens, la difficulté résidait en l’espèce non pas dans l’existence du conflit, mais bien dans l’omission d’Indalex de prendre quelque mesure afin que les bénéficiaires des régimes aient la possibilité de veiller à la protection de leurs intérêts dans le cadre de la procédure fondée sur la *LACC* comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant. En résumé, le manquement ne tenait pas à l’existence du conflit, mais plutôt à l’omission de prendre les mesures qu’elle commandait.

[216] Malgré l’omission d’Indalex de pallier le conflit d’intérêts, les bénéficiaires des régimes ont eux-mêmes pris des mesures pour être représentés aux étapes ultérieures de l’instance fondée sur la

breach was therefore mitigated, a point which I will discuss in greater detail when I turn to the issue of the constructive trust.

[217] Nevertheless, for the purposes of providing some guidance for future CCAA proceedings, I take this opportunity to briefly address what an employer-administrator can do to respond to these sorts of conflicts. First and foremost, an employer-administrator who finds itself in a conflict must bring the conflict to the attention of the CCAA judge. It is not enough to include the beneficiaries in the list of creditors; the judge must be made aware that the debtor, as an administrator of the plan is, or may be, in a conflict of interest.

[218] Given their expertise and their knowledge of particular cases, CCAA judges are well placed to decide how best to ensure that the interests of the plan beneficiaries are fully represented in the context of “real-time” litigation under the CCAA. Knowing of the conflict, a CCAA judge might consider it appropriate to appoint an independent administrator or independent counsel as *amicus curiae* on terms appropriate to the particular case. Indeed, there have been cases in which representative counsel have been appointed to represent tort claimants, clients, pensioners and non-unionized employees in CCAA proceedings on terms determined by the judge: *Rescue!*, at p. 278; see, e.g., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (Ont. S.C.J.). In other circumstances, a CCAA judge might find that it is feasible to give notice directly to the pension beneficiaries. In my view, notice, though desirable, may not always be feasible and decisions on such matters should be left to the judicial discretion of the CCAA judge. Alternatively, the judge might consider limiting draws on the DIP facility until notice can be given to the beneficiaries: *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. Ct. J. (Gen. Div.)), at para. 24. Ultimately, the appropriate response or combination of responses should be left to the discretion of the CCAA judge in a particular case.

*LACC*. Les conséquences du manquement d’Indalex ont ainsi été atténuées; je reviendrai plus en détail sur ce point au moment de me pencher sur la fiducie par interprétation.

[217] Néanmoins, aux fins du bon déroulement de toute procédure susceptible d’être engagée ultérieurement en application de la *LACC*, je saisis l’occasion d’offrir des repères en examinant brièvement les mesures que l’employeur-administrateur pourrait prendre pour pallier un tel conflit. Avant toute chose, l’employeur-administrateur qui se trouve en situation de conflit doit en informer le juge saisi sur le fondement de la *LACC*. Il ne suffit pas d’inscrire les bénéficiaires sur la liste des créanciers; le juge doit être informé que le débiteur, en sa qualité d’administrateur de régime, est en conflit d’intérêts ou susceptible de l’être.

[218] Étant donné son expertise et ses connaissances dans ce domaine, le juge saisi en vertu de la *LACC* est bien placé pour déterminer la meilleure façon de faire en sorte que les bénéficiaires d’un régime soient dûment représentés au moment même où se déroule la procédure fondée sur la *LACC*. Informé de l’existence du conflit, le juge peut juger opportun de nommer, aux conditions qui lui paraissent indiquées, un administrateur ou un avocat indépendant à titre d’*amicus curiae*. Il est en effet arrivé qu’un juge nomme un avocat — et détermine les conditions de son mandat — pour représenter dans une instance fondée sur la *LACC* des personnes ayant intenté une action en responsabilité délictuelle, des clients, des pensionnés et des employés non syndiqués (*Rescue!*, p. 278; voir, p. ex., *First Leaside Wealth Management Inc. (Re)*, 2012 ONSC 1299 (CanLII); *Nortel Networks Corp., Re* (2009), 75 C.C.P.B. 206 (C.S.J. Ont.)). Dans d’autres cas, le juge peut estimer qu’il est possible de donner avis aux bénéficiaires du régime sans recourir à quelque intermédiaire. À mon sens, la transmission d’un avis, même si elle est souhaitable, peut ne pas toujours être réaliste, et la décision s’y rapportant devrait relever du pouvoir discrétionnaire du juge. En revanche, le juge peut décider de limiter les prélèvements sur le financement DE jusqu’à ce que les bénéficiaires aient reçu un avis (*Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont.

The point, as well expressed by the Court of Appeal, is that the insolvent corporation which is also a pension plan administrator cannot “simply ignore its obligations as the Plans’ administrator once it decided to seek CCAA protection”: para. 132.

[219] I conclude that the Court of Appeal erred in finding that Indalex breached its fiduciary duties as plan administrator by taking the various steps it did in the CCAA proceedings. However, I agree with the Court of Appeal that it breached its fiduciary duty by failing to take steps to ensure that the plan beneficiaries had the opportunity to be as fully represented in those proceedings as if there had been an independent plan administrator.

(iii) The Bankruptcy Motion

[220] Indalex also applied to lift the CCAA stay so that it could file an assignment into bankruptcy. As Campbell J. put it, this was done “to ensure the priority regime [it] urged as the basis for resisting the deemed trust”: para. 52. The Court of Appeal concluded that this was a breach of Indalex’s fiduciary duties because the motion was brought “with the intention of defeating the deemed trust claims and ensuring that the Reserve Fund was transferred to [the U.S. debtors]”: para. 139. I respectfully disagree.

[221] It was certainly open to Indalex as an employer to bring a motion to voluntarily enter into bankruptcy. A pension plan administrator has no responsibility or authority in relation to that step. The problem here is not that the motion was brought, but that Indalex failed to meaningfully address the conflict between its corporate interests and its duties as plan administrator.

(Div. gén.)), par. 24). En définitive, il appartient au juge d’exercer son pouvoir discrétionnaire et d’arrêter la ou les mesures appropriées. Comme l’exprime bien la Cour d’appel, ce qu’il faut se rappeler c’est que l’entreprise insolvable qui est également administrateur de régime ne peut [TRADUCTION] « simplement ignorer les obligations qui lui incombent en tant qu’administrateur des régimes une fois qu’elle a décidé de se prévaloir de la protection de la LACC » (par. 132).

[219] J’estime que la Cour d’appel conclut à tort qu’Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires d’administrateur des régimes en prenant diverses mesures dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC. Je conviens cependant avec elle qu’Indalex a manqué à son obligation fiduciaire en omettant de faire ce qu’il fallait pour que les bénéficiaires des régimes puissent être dûment représentés dans le cadre de cette procédure comme si l’administrateur des régimes avait été indépendant.

(iii) La motion présentée en vue de faire faillite

[220] Indalex a aussi demandé la levée de la suspension accordée sur le fondement de la LACC afin qu’elle puisse faire cession de ses biens. Comme le dit le juge Campbell, cette démarche [TRADUCTION] « visait à donner effet à l’ordre de priorité qu’Indalex faisait valoir à l’encontre de la fiducie réputée » (par. 52). La Cour d’appel conclut qu’il s’agit d’un manquement aux obligations fiduciaires d’Indalex, car la motion a été présentée [TRADUCTION] « afin de faire échec aux prétentions relatives à la fiducie réputée et d’obtenir le transfert du fonds de réserve aux [débitrices américaines] » (par. 139). En toute déférence, je ne suis pas d’accord.

[221] Il était certainement loisible à Indalex, l’employeur, de présenter une motion en vue de faire cession volontaire de ses biens. L’administrateur d’un régime de retraite n’a ni obligation, ni pouvoir à cet égard. Le problème en l’espèce tient non pas à la présentation de la motion, mais plutôt à ce qu’Indalex a omis de s’attaquer véritablement au problème du conflit entre ses intérêts commerciaux et ses obligations d’administrateur des régimes.

[222] To sum up, I conclude that Indalex did not breach any fiduciary duty by undertaking CCAA proceedings or seeking the relief that it did. The breach arose from Indalex's failure to ensure that its pension plan beneficiaries had the opportunity to have their interests effectively represented in the insolvency proceedings, particularly when Indalex sought the DIP financing approval, the sale approval and the motion for bankruptcy.

(3) Was Imposing a Constructive Trust Appropriate in This Case?

[223] The next issue is whether a remedial constructive trust is, as the Court of Appeal concluded, an appropriate remedy in response to the breach of fiduciary duty.

[224] The Court of Appeal exercised its discretion to impose a constructive trust and its exercise of this discretion is entitled to deference. Only if the discretion has been exercised on the basis of an erroneous principle should the order be overturned on appeal: *Donkin v. Bugoy*, [1985] 2 S.C.R. 85, cited in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 54, by Sopinka J. (dissenting, but not on this point). In my respectful view, the Court of Appeal's erroneous conclusions about the scope of a plan administrator's fiduciary duties require us to examine the constructive trust issue anew. Moreover, the Court of Appeal, in my respectful opinion, erred in principle in finding that the asset in this case resulted from the breach of fiduciary duty such that it would be unjust for the party in breach to retain it.

[225] As noted earlier, the Court of Appeal imposed a constructive trust in favour of the plan beneficiaries with respect to funds retained in the reserve fund equal to the total amount of the wind-up deficiency for both plans. In other words, upon insolvency of Indalex, the plan beneficiaries received 100 cents on the dollar as a result of a judicially imposed trust taking priority over

[222] En résumé, j'estime qu'Indalex n'a pas manqué à une obligation fiduciaire lorsqu'elle a engagé la procédure fondée sur la LACC ou demandé la mesure en cause. Il y a eu manquement parce qu'Indalex n'a pas fait en sorte que les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite soient effectivement défendus dans le cadre de la procédure liée à son insolvabilité, en particulier lorsqu'elle a demandé l'approbation du financement DE et de la vente, puis présenté une motion en vue de faire faillite.

(3) Convenait-il en l'espèce d'imposer une fiducie par interprétation?

[223] La question qui se pose ensuite est celle de savoir si, comme le conclut la Cour d'appel, l'imposition d'une fiducie par interprétation constitue une réparation adéquate du manquement à l'obligation fiduciaire.

[224] La Cour d'appel exerce son pouvoir discrétionnaire d'imposer une fiducie par interprétation, et cet exercice commande la déférence. Une telle mesure ne peut être infirmée en appel que si l'exercice du pouvoir discrétionnaire s'appuie sur un principe erroné (*Donkin c. Bugoy*, [1985] 2 R.C.S. 85, cité dans *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54, le juge Sopinka (dissident, mais pas sur ce point)). En toute déférence, les conclusions erronées de la Cour d'appel sur la portée des obligations fiduciaires de l'administrateur du régime nous obligent à revoir les conditions de l'imposition d'une fiducie par interprétation. Qui plus est, la Cour d'appel commet selon moi une erreur de principe lorsqu'elle conclut que l'actif convoité résulte du manquement à l'obligation fiduciaire, de sorte qu'il serait injuste que la partie fautive se l'approprie.

[225] Comme je le mentionne précédemment, la Cour d'appel statue que le fonds de réserve fait l'objet d'une fiducie par interprétation à l'intention des bénéficiaires des régimes à raison d'un montant égal au déficit de liquidation global des deux régimes. En d'autres termes, une fois Indalex devenue insolvable, les bénéficiaires des régimes avaient droit au paiement de l'intégralité de leurs créances



secured creditors, and indeed over other unsecured creditors, assuming there was no deemed trust for the executive plan.

[226] I have explained earlier why I take a different view than did the Court of Appeal of Indalex's breach of fiduciary duty. In light of what I conclude was the breach which could give rise to a remedy, my view is that the constructive trust cannot properly be imposed in this case and the Court of Appeal erred in principle in exercising its discretion to impose this remedy.

[227] I part company with the Court of Appeal with respect to several aspects of its constructive trust analysis; it is far from clear to me that any of the conditions for imposing a constructive trust were present here. However, I will only address one of them in detail. As I will explain, a remedial constructive trust for a breach of fiduciary duty is only appropriate if the wrongdoer's acts give rise to an identifiable asset which it would be unjust for the wrongdoer (or sometimes a third party) to retain. In my view, Indalex's failure to meaningfully address conflicts of interest that arose during the CCAA proceedings did not result in any such asset.

[228] As the Court of Appeal recognized, the governing authority concerning the remedial constructive trust outside the domain of unjust enrichment is *Soulos*. In *Soulos*, McLachlin J. (as she then was) wrote that a constructive trust may be an appropriate remedy for breach of fiduciary duty: paras. 19-45. She laid out four requirements that should generally be satisfied before a constructive trust will be imposed: para. 45. Although, in *Soulos*, McLachlin J. was careful to indicate that these are conditions that "generally" must be present, all parties in this case accept that these four conditions must be present before a remedial constructive trust may be ordered for

grâce à l'imposition judiciaire d'une fiducie prenant rang avant les créances garanties, ainsi que les créances chirographaires, à supposer que le régime des cadres n'ait bénéficié d'aucune fiducie réputée.

[226] J'expose précédemment les raisons pour lesquelles je diffère d'opinion avec la Cour d'appel en ce qui concerne le manquement à l'obligation fiduciaire d'Indalex. Vu mes conclusions sur la nature du manquement susceptible de donner droit à réparation, je crois que la fiducie par interprétation ne saurait être imposée en l'espèce et que la Cour d'appel commet une erreur de principe en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'accorder cette réparation.

[227] Je suis en désaccord avec la Cour d'appel sur plusieurs points au sujet de la fiducie par interprétation; il ne me paraît pas du tout évident que l'une ou l'autre des conditions auxquelles une telle fiducie peut être imposée est remplie en l'espèce. Je n'examine cependant en détail que l'un de ces points. Comme je l'explique ci-après, l'imposition d'une fiducie par interprétation par suite d'un manquement à une obligation fiduciaire ne constitue une réparation appropriée que si un actif déterminable résulte des actes de l'auteur du manquement et qu'il serait injuste que ce dernier ou, parfois, un tiers, conserve cet actif. Or, selon moi, un tel actif n'a pas résulté de l'omission d'Indalex de pallier véritablement les conflits d'intérêts auxquels donnait lieu la procédure fondée sur la LACC.

[228] La Cour d'appel reconnaît que, sauf lorsqu'il est question d'enrichissement sans cause, l'arrêt *Soulos* s'applique en matière de fiducie par interprétation imposée en guise de réparation. Aux paragraphes 19-45 de cet arrêt, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) écrit qu'une fiducie par interprétation peut constituer une réparation appropriée du manquement à l'obligation fiduciaire. Au paragraphe 45, elle énonce quatre conditions qui doivent généralement être réunies pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée. Même si, dans *Soulos*, la juge McLachlin précise bien qu'il s'agit de conditions qui doivent « généralement » être réunies, toutes les parties au

breach of fiduciary duty. The four conditions are these:

- (1) The defendant must have been under an equitable obligation, that is, an obligation of the type that courts of equity have enforced, in relation to the activities giving rise to the assets in his hands;
- (2) The assets in the hands of the defendant must be shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his equitable obligation to the plaintiff;
- (3) The plaintiff must show a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendant remain faithful to their duties and;
- (4) There must be no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case; e.g., the interests of intervening creditors must be protected. [para. 45]

[229] My concern is with respect to the second requirement, that is, whether the breach resulted in an asset in the hands of Indalex. A constructive trust arises when the law imposes upon a party an obligation to hold specific property for another: D. W. M. Waters, M. R. Gillen and L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3rd ed. 2005), at p. 454 (“*Waters*”). The purpose of imposing a constructive trust as a remedy for a breach of duty or unjust enrichment is to prevent parties “from retaining property which in ‘good conscience’ they should not be permitted to retain”: *Soulos*, at para. 17. It follows, therefore, that while the remedial constructive trust may be appropriate in a variety of situations, the wrongdoer’s conduct toward the plaintiff must generally have given rise to assets in the hands of the wrongdoer (or of a third party in some situations) which cannot in justice and good conscience be retained. That cannot be said here.

pourvoi conviennent qu’elles doivent toutes être respectées pour que le tribunal puisse imposer une fiducie par interprétation à titre de réparation par suite d’un manquement à une obligation fiduciaire. Ces quatre conditions sont les suivantes :

- (1) le défendeur doit avoir été assujéti à une obligation en *equity*, c’est-à-dire une obligation du type de celles dont les tribunaux d’*equity* ont assuré le respect, relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens [ou de l’actif];
- (2) il faut démontrer que la possession des biens [ou de l’actif] par le défendeur résulte des actes qu’il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l’obligation que l’*equity* lui imposait à l’égard du demandeur;
- (3) le demandeur doit établir qu’il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d’autres personnes comme le défendeur s’acquittent de leurs obligations;
- (4) il ne doit pas exister de facteurs qui rendraient injuste l’imposition d’une fiducie par interprétation eu égard à l’ensemble des circonstances de l’affaire; par exemple, les intérêts des créanciers intervenants doivent être protégés. [par. 45]

[229] Je doute que la deuxième condition — la possession des biens (ou de l’actif) par Indalex résultant du manquement à ses obligations — soit remplie. Il y a fiducie par interprétation lorsque la loi impose à une personne de détenir un bien précis pour autrui (D. W. M. Waters, M. R. Gillen et L. D. Smith, *Waters' Law of Trusts in Canada* (3<sup>e</sup> éd. 2005), p. 454 (« *Waters* »)). Lorsqu’une telle réparation est accordée par suite d’un manquement à une obligation ou d’un enrichissement sans cause, elle vise à « empêcher [les personnes] de conserver des biens qu’en toute “conscience” elles ne devraient pas être autorisées à garder » (*Soulos*, par. 17). Il s’ensuit donc que la fiducie par interprétation peut certes constituer une réparation convenable dans divers cas, mais que la possession de biens doit généralement résulter des actes de la partie fautive (parfois, d’un tiers) vis-à-vis du demandeur, cette partie ou ce tiers fautif ne pouvant alors en toute justice et conscience garder les biens. Ce n’est pas le cas en l’espèce.

[230] The Court of Appeal held that this second condition was present because “[t]he assets [i.e. the reserve fund monies] are directly connected to the process in which Indalex committed its breaches of fiduciary obligation”: para. 204. Respectfully, this conclusion is based on incorrect legal principles. To satisfy this second condition, it must be shown that the breach *resulted in* the assets being in Indalex’s hands, not simply, as the Court of Appeal thought, that there was a “connection” between the assets and “the process” in which Indalex breached its fiduciary duty. Recall that in *Soulos* itself, *the defendant’s acquisition of the disputed property was a direct result of his breach of his duty of loyalty* to the plaintiff: para. 48. This is not our case. As the Court observed, in the context of an unjust enrichment claim in *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at p. 995:

. . . for a constructive trust to arise, the plaintiff must establish a direct link to the property which is the subject of the trust by reason of the plaintiff’s contribution.

[231] While cases of breach of fiduciary duty are different in important ways from cases of unjust enrichment, La Forest J. (with Lamer J. concurring on this point) applied a similar standard for proprietary relief in *Lac Minerals*, a case in which wrongdoing was the basis for the constructive trust: p. 678, quoted in *Waters*, at p. 471. His comments demonstrate the high standard to be met in order for a constructive trust to be awarded:

The constructive trust awards a right in property, but that right can only arise once a right to relief has been established. In the vast majority of cases a constructive trust will not be the appropriate remedy. . . . [A] constructive trust should only be awarded if there is reason to grant to the plaintiff the additional rights that flow from recognition of a right of property. [p. 678]

[232] The relevant breach in this case was the failure of Indalex to meaningfully address the conflicts of interest that arose in the course of the

[230] La Cour d’appel conclut que cette deuxième condition est respectée car [TRADUCTION] « [I]’actif [les sommes constituant le fonds de réserve] est directement lié à la procédure dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à son obligation fiduciaire » (par. 204). À mon humble avis, cette conclusion s’appuie sur des principes de droit erronés. Pour satisfaire à la deuxième condition, il faut démontrer que la possession de l’actif par Indalex *résulte* du manquement à son obligation, et non seulement, comme le croit la Cour d’appel, qu’il y a un « lien » entre l’actif et la « procédure » dans le cadre de laquelle Indalex a manqué à ses obligations fiduciaires. Rappelons que, dans *Soulos*, *l’acquisition par le défendeur de l’immeuble en cause était la conséquence directe du manquement à son devoir de loyauté* envers le demandeur (par. 48). Telle n’est pas la situation en l’espèce. Comme le dit notre Cour dans l’arrêt *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, p. 995, dans le contexte d’une allégation d’enrichissement sans cause,

pour qu’il y ait fiducie par interprétation, le demandeur doit établir qu’il a, du fait de sa contribution, un lien direct avec le bien qui se trouve grevé d’une fiducie.

[231] Même si le manquement à l’obligation fiduciaire diffère grandement de l’enrichissement sans cause, dans l’arrêt *Lac Minerals*, le juge La Forest (avec l’accord du juge Lamer sur ce point) applique un critère semblable à une réparation liée au droit de propriété. Dans cette affaire, la fiducie par interprétation faisait suite à un acte fautif (p. 678, cité dans *Waters*, p. 471). Les remarques du juge La Forest confirment le caractère strict de la norme applicable à l’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation :

La fiducie par interprétation confère un droit de propriété, mais ce droit ne peut exister que si un droit à une réparation a déjà été établi. Dans la grande majorité des cas, la fiducie par interprétation ne sera pas la réparation appropriée. [ . . . ] [I] n’y a lieu de conférer une fiducie par interprétation qu’en présence d’un motif pour accorder au demandeur les droits supplémentaires découlant de la reconnaissance d’un droit de propriété. [p. 678]

[232] Le manquement intervenu en l’espèce consiste dans l’omission d’Indalex de pallier véritablement les conflits d’intérêts qu’a fait naître la

CCAA proceedings. (The breach that arose with respect to the bankruptcy motion is irrelevant because that motion was not addressed and therefore could not have given rise to the assets.) The “assets” in issue here are the funds in the reserve fund which were retained from the proceeds of the sale of Indalex as a going concern. Indalex’s breach in this case did not give rise to the funds which were retained by the Monitor in the reserve fund.

[233] Where does the respondents’ claim of a procedural breach take them? Taking their position at its highest, it would be that the DIP approval proceedings and the sale would not have been approved. This position, however, is fatally flawed. Turning first to the DIP approval, there is no evidence to support the view that, had Indalex addressed its conflict in the DIP approval process, the DIP financing would have been rejected or granted on different terms. The CCAA judge, being fully aware of the pension situation, ruled that the DIP financing was “required”, that there was “no other alternative available to the Applicants for a going concern solution”, and that “the benefit to stakeholders and creditors of the DIP Financing outweighs any potential prejudice to unsecured creditors that may arise as a result of the granting of super-priority secured financing”: endorsement of Morawetz J., April 8, 2009, at paras. 6 and 9. In effect, the respondents are claiming funds which arose only because of the process to which they now object. Taking into account that there was an absence of any evidence that more favourable financing terms were available, that the judge’s decision was made with full knowledge of the plan beneficiaries’ claims, and that he found that the DIP financing was necessary, the respondents’ contention is not only speculative, it also directly contradicts the conclusions of the CCAA judge.

[234] Turning next to the sale approval and the approval of the distribution of the assets, it is clear that the plan beneficiaries had independent representation but that this did not change the result.

procédure fondée la LACC. (Le manquement qui aurait découlé de la motion présentée en vue de faire faillite n’a pas à être considéré puisque la motion n’a été examinée et ne peut donc pas avoir permis l’entrée en possession de l’actif.) L’actif en cause correspond au fonds de réserve constitué par prélèvement sur le produit de la vente de l’entreprise en exploitation d’Indalex. Ce manquement d’Indalex n’est pas à l’origine des fonds que le contrôleur a conservés en constituant le fonds de réserve.

[233] Quelle peut être l’issue de l’allégation des intimés selon laquelle il y a eu manquement aux exigences de procédure? Suivant la plus favorable, ni le financement DE ni la vente n’auraient été approuvés. Or, cette thèse est irrémédiablement viciée. Premièrement, en ce qui concerne la procédure d’approbation du financement DE, aucun élément de preuve n’établit que si Indalex avait pallié ses conflits dans le cadre de cette procédure, le financement aurait été refusé ou autorisé à d’autres conditions. Parfaitement informé de la situation des régimes de retraite, le juge saisi sur le fondement de la LACC estime que le financement DE [TRADUCTION] « s’impose », que « les requérantes ne disposent d’aucune autre solution permettant la continuité de l’exploitation » et que « les avantages du financement DE pour les intéressés et les créanciers l’emportent sur tout préjudice que pourrait causer aux créanciers non garantis l’octroi d’un financement garanti par une superpriorité » (motifs du juge Morawetz, 8 avril 2009, par. 6 et 9). En fait, les intimés réclament des fonds qui ont été obtenus uniquement grâce à la procédure qu’ils contestent aujourd’hui. Vu l’absence d’éléments de preuve voulant que des modalités de financement plus avantageuses aient pu être obtenues, et comme le juge est bien conscient de l’existence des réclamations des bénéficiaires des régimes et qu’il conclut que le financement DE s’impose, la prétention des intimés est non seulement conjecturale, mais va aussi directement à l’encontre des conclusions du juge.

[234] En ce qui concerne l’approbation de la vente et de la répartition de l’actif, il est clair que les bénéficiaires des régimes ont été représentés de manière indépendante, mais que cette mesure n’a

Although, perhaps with little thanks to Indalex, the interests of both plans were fully and ably represented before Campbell J. at the sale approval and interim distribution motions in July of 2009.

[235] The executive plan retirees, through able counsel, objected to the sale on the basis that the liquidation values set out in the Monitor's seventh report would provide greater return for unsecured creditors. The motions judge dismissed this objection "on the basis that there was no clear evidence to support the proposition and in any event the transaction as approved did preserve value for suppliers, customers and preserve approximately 950 jobs": trial reasons of Campbell J., at para. 13 (emphasis added). Both the executive plan retirees and the USW, which represented some members of the salaried plan, objected to the proposed distribution of the sale proceeds. In response to this objection, it was agreed that those objections would be heard promptly and that the Monitor would retain sufficient funds to satisfy the pensioners' claims if they were upheld: trial reasons of Campbell J., at paras. 14-16.

[236] There is no evidence to support the contention that Indalex's breach of its fiduciary duty as pension administrator resulted in the assets retained in the reserve fund. I therefore conclude that the Court of Appeal erred in law in finding that the second condition for imposing a constructive trust — i.e. that the assets in the defendant's hands must be shown to have resulted from the defendant's breaches of duty to the plaintiff — had been established.

[237] I would add only two further comments with respect to the constructive trust. A major concern of the Court of Appeal was that unless a constructive trust were imposed, the reserve funds would end up in the hands of other Indalex entities which were not operating at arm's length from Indalex. The U.S. debtors claimed the reserve fund

rien changé au résultat. En juillet 2009, devant le juge Campbell, pendant toute l'audition des motions visant l'approbation de la vente et la répartition provisoire du produit de la vente, les intérêts des deux régimes ont bel et bien été défendus, même si Indalex n'y a peut-être pas été pour grand-chose.

[235] Par l'entremise d'un avocat compétent, les retraités du régime des cadres se sont opposés à la vente en arguant que, selon le septième rapport du contrôleur, les valeurs de liquidation permettaient aux créanciers chirographaires de recouvrer plus d'argent. Le juge saisi des motions a rejeté leur opposition [TRADUCTION] « au motif qu'aucun élément de preuve n'appuyait clairement cette prétention et que, de toute façon, l'opération approuvée garantissait la valeur de l'actif pour les fournisseurs et les clients, et préservait environ 950 emplois » (motifs du juge Campbell en première instance, par. 13 (je souligne)). Les retraités du régime des cadres et le Syndicat, qui représentait certains participants du régime des salariés, a contesté la répartition projetée du produit de la vente. Il a dès lors été convenu que le juge entendrait leurs arguments au plus tôt et que le contrôleur conserverait des fonds suffisants pour donner suite aux prétentions des retraités dans le cas où il y serait fait droit (motifs du juge Campbell en première instance, par. 14-16).

[236] Aucun élément de preuve n'appuie la prétention que l'actif constituant le fonds de réserve découle du manquement d'Indalex à son obligation fiduciaire en tant qu'administrateur de régime. Je suis donc d'avis que la Cour d'appel a tort de conclure que la deuxième condition à remplir pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée — démontrer que la possession des biens par le défendeur résulte des manquements à ses obligations envers le demandeur — a été remplie.

[237] Voici deux autres remarques au sujet de la fiducie par interprétation. L'une des préoccupations principales de la Cour d'appel est que, à défaut d'une telle fiducie par interprétation, le fonds de réserve se retrouve en la possession de sociétés ayant un lien de dépendance avec Indalex. Les débitrices américaines ont réclamé l'octroi du fonds

because it had paid on its guarantee of the DIP loans and thereby stepped into the shoes of the DIP lender with respect to priority. Sun Indalex claims in the U.S. bankruptcy proceedings as a secured creditor of the U.S. debtors. The Court of Appeal put its concern this way: “To permit Sun Indalex to recover on behalf of [the U.S. debtors] would be to effectively permit the party who breached its fiduciary obligations to take the benefit of those breaches, to the detriment of those to whom the fiduciary obligations were owed”: para. 199.

[238] There are two difficulties with this approach, in my respectful view. The U.S. debtors paid real money to honour their guarantees. Moreover, unless there is a legal basis for ignoring the separate corporate personality of separate corporate entities, those separate corporate existences must be respected. Neither the parties nor the Court of Appeal advanced such a reason.

[239] Finally, I would note that imposing a constructive trust was wholly disproportionate to Indalex’s breach of fiduciary duty. Its breach — the failure to meaningfully address the conflicts of interest that arose during the CCAA process — had no adverse impact on the plan beneficiaries in the sale approval process which gave rise to the “asset” in issue. Their interests were fully represented and carefully considered before the sale was approved and the funds distributed. The sale was nonetheless judged to be in the best interests of the corporation, all things considered. In my respectful view, imposing a \$6.75 million penalty on the other creditors as a remedial response to this breach is so grossly disproportionate to the breach as to be unreasonable.

[240] A judicially ordered constructive trust, imposed long after the fact, is a remedy that tends to destabilize the certainty which is essential for

de réserve en faisant valoir les sommes versées en exécution de leur garantie des prêts DE et qu’elles étaient par conséquent subrogées aux droits des créanciers DE et bénéficiaient de la priorité accordée à ces derniers. Sun Indalex a présenté une réclamation dans le cadre de la procédure de faillite intentée aux É.-U. à titre de créancier garanti des débitrices américaines. La Cour d’appel formule sa réticence comme suit : [TRADUCTION] « Permettre à Sun Indalex de recouvrer des sommes pour le compte [des débitrices américaines] équivaldrait à autoriser le débiteur d’obligations fiduciaires à tirer profit de manquements à celles-ci, et ce, au détriment des créanciers de ces obligations » (par. 199).

[238] À mon humble avis, cette approche comporte deux failles. Les débitrices américaines ont dû véritablement déboursier de l’argent pour honorer leurs garanties. De plus, à moins qu’un fondement juridique permette de faire abstraction de la personnalité morale distincte de chacune des entreprises, leur existence distincte doit être respectée. Ni les parties ni la Cour d’appel n’ont avancé un tel fondement.

[239] Enfin, il convient de signaler que l’imposition d’une fiducie par interprétation est une mesure totalement disproportionnée au manquement d’Indalex à son obligation fiduciaire. Ce manquement — l’omission de pallier véritablement les conflits d’intérêts nés à l’occasion de la procédure fondée sur la LACC — n’a pas eu d’incidence défavorable sur les bénéficiaires des régimes par suite de la procédure d’approbation de la vente dont a résulté la possession des « biens » en cause. Les intérêts des régimes ont été dûment défendus avant que la vente ne soit approuvée et les fonds répartis. Tout compte fait, le tribunal a néanmoins estimé que la vente était dans le meilleur intérêt de l’entreprise. À mon humble avis, priver les autres créanciers de 6,75 millions de dollars pour réparer ce manquement est disproportionné au point d’être déraisonnable.

[240] L’imposition judiciaire d’une fiducie par interprétation longtemps après les faits à titre de réparation risque de nuire à la certitude qui est

commercial affairs and which is particularly important in financing a workout for an insolvent corporation. To impose a constructive trust in response to a breach of fiduciary duty to ensure for the plan beneficiaries some procedural protections that they in fact took advantage of in any case is an unjust response in all of the circumstances.

[241] I conclude that a constructive trust is not an appropriate remedy in this case and that the Court of Appeal erred in principle by imposing it.

*C. Third Issue: Did the Court of Appeal Err in Concluding That the Super Priority Granted in the CCAA Proceedings Did Not Have Priority by Virtue of the Doctrine of Federal Paramourty?*

[242] Although I disagree with my colleague Justice Deschamps with respect to the scope of the s. 57(4) deemed trust, I agree that if there was a deemed trust in this case, it would be superseded by the DIP loan because of the operation of the doctrine of federal paramourty: paras. 48-60.

*D. Fourth Issue: Did the Court of Appeal Err in its Cost Endorsement Respecting the USW?*

(1) Introduction

[243] The disposition of costs in the Court of Appeal was somewhat complex. Although the costs appeal relates only to the costs of the USW, it is necessary in order to understand their position to set out the costs order below in full.

[244] With respect to the costs of the appeal to the Court of Appeal, no order was made for or against the Monitor due to its prior agreement with the former executives and the USW. However, the court ordered that the former executives and the USW, as successful parties, were each entitled to

essentielle à l'activité commerciale et qui est particulièrement importante lorsqu'il s'agit de financer le sauvetage d'une entreprise insolvable. Imposer une fiducie par interprétation par suite du manquement à l'obligation fiduciaire de veiller à ce que les bénéficiaires des régimes de retraite jouissent de garanties procédurales, alors qu'ils en ont bénéficié dans les faits, se révèle inéquitable au vu de l'ensemble des circonstances.

[241] Je conclus que la fiducie par interprétation ne constitue pas une réparation appropriée en l'espèce et que la Cour d'appel a tort, sur le plan des principes, de l'imposer.

*C. Troisième question en litige : La Cour d'appel a-t-elle tort de conclure que la superpriorité accordée dans le cadre de la procédure fondée sur la LACC ne confère pas de préséance par application de la prépondérance fédérale?*

[242] Bien que je ne sois pas d'accord avec ma collègue la juge Deschamps en ce qui concerne la portée de la fiducie réputée du par. 57(4), je conviens que si une fiducie est réputée exister en l'espèce, la créance DE prend rang avant elle en application de la doctrine de la prépondérance fédérale (par. 48-60).

*D. Quatrième question en litige : La décision de la Cour d'appel sur les dépens du Syndicat est-elle entachée d'une erreur?*

(1) Introduction

[243] L'adjudication des dépens en Cour d'appel s'est révélée assez complexe. Bien que le volet du présent pourvoi relatif aux dépens ne vise que ceux adjugés au Syndicat, il convient de revoir en détail l'ordonnance du tribunal inférieur sur les dépens afin de bien saisir les prétentions de cette partie.

[244] Pour ce qui concerne les dépens en Cour d'appel, il n'y a pas d'adjudication favorable ou défavorable au contrôleur étant donné l'entente préalable conclue avec les anciens cadres et le Syndicat. La Cour d'appel ordonne toutefois que les anciens cadres et le Syndicat, qui ont gain de

costs on a partial indemnity basis fixed at \$40,000 inclusive of taxes and disbursements from Sun Indalex and the U.S. Trustee, payable jointly and severally: costs endorsement, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, at para. 7.

[245] Morneau Shepell Ltd., the Superintendent, and the former executives reached an agreement with respect to legal fees and disbursements and the Court of Appeal approved that agreement. The former executives received full indemnity legal fees and disbursements in the amount of \$269,913.78 to be paid from the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan. In other words, the costs would not be borne by the other three members of the executive plan who did not participate in the proceedings: C.A. costs endorsement, at para. 2. The costs of the appeal payable by Sun Indalex and the U.S. Trustee were to be paid into the fund of the executive plan and allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan.

[246] USW sought an order for payment of its costs from the fund of the salaried plan. However, the Court of Appeal declined to make such an order because the USW was in a "materially different position" than that of the former executives: costs endorsement, at para. 3. The latter were beneficiaries to the pension fund (14 of the 17 members of the plan), and they consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who had not consented would not be affected by the payment. In contrast, the USW was the bargaining agent (not the beneficiary) for only 7 of the 169 beneficiaries of the salaried plan, none of whom was given notice of, or consented to, the payment of legal costs from the salaried plan. Moreover, the USW sought and seeks an order that its costs be paid out of the fund. This request is significantly different than the order made in favour of the former executives. The former executives explicitly ensured that their choice to pursue the litigation would not put at risk the pension benefits of those members who did not retain counsel even though of course those members would benefit in the

cause, se voient adjuger sur la base de l'indemnisation partielle des dépens de 40 000 \$, frais et débours compris, payables solidairement par Sun Indalex et le syndic américain (décision relative aux dépens, 2011 ONCA 578, 81 C.B.R. (5th) 165, par. 7).

[245] Le surintendant, Morneau Shepell Ltd., et les anciens cadres ont conclu une entente en ce qui concerne les honoraires et les débours, et la Cour d'appel l'a approuvée. Les anciens cadres ont obtenu, sur la base d'une indemnisation complète, la somme de 269 913,78 \$ pour les honoraires et les débours, payable par prélèvement sur la caisse de retraite des cadres correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres, puis répartie entre ces derniers selon leurs droits respectifs à pension aux termes du régime. En d'autres termes, les dépens ne devaient pas être supportés par les trois membres du régime des cadres qui n'ont pas pris part à l'instance (décision de la C.A. relative aux dépens, par. 2). Les dépens de l'appel payables par Sun Indalex et le syndic américain devaient être versés à la caisse du régime des cadres puis répartis entre les 14 anciens cadres selon leurs droits à pension suivant leur régime.

[246] Le Syndicat a demandé le paiement de ses dépens à partir de la caisse du régime des salariés. La Cour d'appel a cependant rejeté la demande au motif que le Syndicat se trouvait dans une [TRADUCTION] « situation fondamentalement différente » de celle des anciens cadres (décision relative aux dépens, par. 3). Ces derniers étaient bénéficiaires de la caisse de retraite (14 des 17 participants au régime), ils avaient consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations et ceux qui n'avaient pas consenti à ce prélèvement n'étaient pas tenus à ce paiement. En revanche, le Syndicat était l'agent négociateur (et non le bénéficiaire) de seulement 7 des 169 participants du régime des salariés, dont aucun n'avait été avisé du paiement des frais de justice par prélèvement sur leur régime, ou y avait consenti. En outre, le Syndicat a demandé et demande toujours que ses dépens soient payés à partir de la caisse de retraite, ce qui diffère sensiblement de l'ordonnance rendue en faveur des anciens cadres. Ces derniers ont expressément fait en sorte que leur décision d'engager l'instance



event the litigation was successful. The USW is not proposing to insulate the 162 members whom it does not represent from the risk of litigation; it seeks an order requiring all members to share the risk of the litigation even though it represents only 7 of the 169. The proposition advanced by the USW was thus materially different from that advanced on behalf of the executive plan and approved by the court.

(2) Standard of Review

[247] In *Nolan v. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 SCC 39, [2009] 2 S.C.R. 678, Rothstein J. held that “costs awards are quintessentially discretionary”: para. 126. Discretionary costs decisions should only be set aside on appeal if the court below “has made an error in principle or if the costs award is plainly wrong”: *Hamilton v. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 SCC 9, [2004] 1 S.C.R. 303, at para. 27.

(3) Analysis

[248] I do not see any basis to interfere with the Court of Appeal’s costs endorsement in this case. In my view, the USW’s submissions are largely based on an inaccurate reading of the Court of Appeal’s costs endorsement. Contrary to what the USW submits, the Court of Appeal did *not* require the consent of plan beneficiaries as a prerequisite to ordering payment of costs from the fund. Nor is it correct to suggest that the costs endorsement would “restrict recovery of beneficiary costs to instances when there is a surplus in the pension trust fund” or “preclude financing of beneficiary action when a fund is in deficit”: USW factum, at paras. 71 and 76. Nor would I read the Court of Appeal’s brief costs endorsement as laying down a rule that a union representing pension beneficiaries cannot recover costs from the fund because the union itself is not a beneficiary.

ne compromette pas les prestations de retraite des participants qui n’avaient pas retenu les services d’un avocat, même s’ils auraient évidemment tiré avantage d’un dénouement favorable au régime des cadres. Le Syndicat n’entend pas mettre les 162 participants qu’il ne représente pas à l’abri du risque lié à la poursuite. Il demande que tous les participants partagent ce risque même s’ils ne représentent que 7 d’entre eux. La démarche du Syndicat était donc substantiellement différente de celle des anciens cadres et que la cour a approuvée.

(2) Norme de contrôle

[247] Dans *Nolan c. Kerry (Canada) Inc.*, 2009 CSC 39, [2009] 2 R.C.S. 678, le juge Rothstein statue que « l’adjudication des dépens est un exemple typique d’une décision discrétionnaire » (par. 126). L’attribution discrétionnaire de dépens ne doit donc être annulée en appel que si le tribunal inférieur « a commis une erreur de principe ou si cette attribution est nettement erronée » (*Hamilton c. Open Window Bakery Ltd.*, 2004 CSC 9, [2004] 1 R.C.S. 303, par. 27).

(3) Analyse

[248] Je ne vois en l’espèce aucune raison de revenir sur la décision de la Cour d’appel quant aux dépens. À mon avis, les prétentions du Syndicat reposent en grande partie sur une interprétation erronée de la décision de la Cour d’appel à cet égard. Contrairement à ce que fait valoir le Syndicat, la Cour d’appel *ne* tient *pas* le consentement des bénéficiaires du régime pour une condition préalable au paiement des dépens à partir de la caisse de retraite. Il est aussi erroné de laisser entendre que la décision relative aux dépens fait en sorte que [TRADUCTION] « les bénéficiaires ne peuvent être indemnisés des dépens que lorsqu’il existe un surplus dans la caisse de retraite en fiducie » ou qu’ils ne peuvent « financer l’exercice d’un recours lorsque la caisse est déficitaire » (mémoire du Syndicat, par. 71 et 76). Je ne considère pas non plus que, dans sa brève décision, la Cour d’appel établit la règle qu’un syndicat représentant les bénéficiaires d’une caisse de retraite ne peut être indemnisé de ses dépens par la caisse de retraite parce qu’il n’est pas lui-même bénéficiaire.

[249] The premise of the USW's appeal appears to be that it was entitled to costs because it met what it refers to in its submissions as the Costs Payment Test and that if the executive plan members got their costs out of their pension fund, the union should get its costs out of the salaried employees' pension fund. Respectfully, I do not accept the validity of either premise.

[250] The decision whether to award costs from the pension fund remains a discretionary matter. In *Nolan*, Rothstein J. surveyed the various factors that courts have taken into account when deciding whether to award a litigant its costs out of a pension trust. The first broad inquiry considered in *Nolan* was into whether the litigation concerned the due administration of the trust. In connection with this inquiry, courts have considered the following factors: (1) whether the litigation was primarily about the construction of the plan documents; (2) whether it clarified a problematic area of the law; (3) whether it was the only means of clarifying the parties' rights; (4) whether the claim alleged maladministration; and (5) whether the litigation had no effect on other beneficiaries of the trust fund: *Nolan*, at para. 126.

[251] The second broad inquiry discussed in *Nolan* was whether the litigation was ultimately adversarial: para. 127. The following factors have been considered: (1) whether the litigation included allegations by an unsuccessful party of a breach of fiduciary duty; (2) whether the litigation only benefited a class of members and would impose costs on other members if successful; and (3) whether the litigation had any merit.

[252] I do not think that it is correct to elevate these two inquiries (which constitute the Costs Payment Test articulated by the USW) to a test for entitlement to costs in the pension context. The factors set out in *Nolan* and other cases cited therein are best understood as highly relevant

[249] La thèse du Syndicat paraît avoir pour prémisses le droit qu'il aurait au paiement des dépens parce qu'il satisfait au critère qu'il formule à cet égard dans son mémoire et, puisque les participants du régime des cadres ont obtenu le paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, le droit du Syndicat au paiement de ses dépens par prélèvement sur la caisse de retraite des salariés. J'estime néanmoins que ces prémisses ne sont pas valables.

[250] La décision d'ordonner le paiement de dépens à partir d'une caisse de retraite demeure discrétionnaire. Dans *Nolan*, le juge Rothstein considère les différentes questions que se posent les tribunaux pour décider d'adjuger ou non à une partie des dépens qui seront payés par prélèvement sur une fiducie de retraite. Dans *Nolan*, la première considération générale était celle de savoir si l'objet du litige est la bonne administration de la fiducie. Pour se prononcer, les tribunaux se sont posé les questions suivantes : (1) le litige concerne-t-il essentiellement l'interprétation des documents constitutifs du régime; (2) vise-t-il à clarifier un aspect problématique du droit applicable; (3) constitue-t-il le seul moyen de préciser les droits des parties; (4) la mauvaise administration est-elle alléguée; (5) y a-t-il absence d'incidence sur les autres bénéficiaires de la fiducie? (*Nolan*, par. 126).

[251] La deuxième considération générale examinée au par. 127 de l'arrêt *Nolan* est celle de savoir si le litige a été de nature contradictoire, ce qui soulève les questions suivantes : (1) la partie déboutée alléguait-elle le manquement à l'obligation fiduciaire; (2) le litige ne servait-il que les intérêts d'une catégorie de participants, et si les demandeurs avaient eu gain de cause, des dépens auraient-ils été imposés à d'autres participants; (3) le litige avait-il quelque fondement?

[252] Je ne crois pas qu'il convienne de faire des deux considérations retenues dans *Nolan* (lesquelles constituent le critère applicable au paiement des dépens que formule le Syndicat) le critère qui permet de déterminer le droit à l'adjudication des dépens dans le contexte des régimes de retraite.

considerations guiding the exercise of judicial discretion with respect to costs.

[253] The litigation undertaken here raised novel points of law with all of the uncertainty and risk inherent in such an undertaking. The Court of Appeal in essence decided that the USW, representing only 7 of 169 members of the plan, should not without consultation be able to in effect impose the risks of that litigation on all of the plan members, the vast majority of whom were not union members. Whatever arguments might be raised against the Court of Appeal's decision in light of the success of the litigation and the sharing by all plan members of the benefits, the failure of the litigation seems to me to leave no basis to impose the cost consequences of taking that risk on all of the plan members of an already underfunded plan.

[254] The second premise of the USW appeal appears to be that if the executive plan members have their costs paid out of the fund, so too should the salaried plan members. Respectfully, however, this is not an accurate statement of the order made with respect to the executive plan.

[255] The Court of Appeal's order with respect to the executive plan meant that only the pension fund attributable to those members of the plan who actually supported the litigation — the vast majority I would add — would contribute to the costs of the litigation even though all members of the plan would benefit in the case of success. As the Court of Appeal noted:

The individual represented Retirees, who comprise 14 of 17 members of the Executive Plan, have consented to the payment of costs from their individual benefit entitlements. Those who have not consented will not be affected by the payment. [Costs endorsement, at para. 3]

Il est préférable de voir dans les facteurs énoncés dans *Nolan* — et dans la jurisprudence qui y est citée — des considérations de grande importance qui orientent les tribunaux dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire en matière de dépens.

[253] Comme l'instance engagée en l'espèce portait sur des points de droit nouveaux, son issue était incertaine et les demandeurs couraient le risque d'être déboutés. La Cour d'appel opine essentiellement que le Syndicat, qui représentait seulement 7 des 169 participants du régime, ne devait pas être en mesure, dans les faits, d'imposer à tous les participants du régime, dont la plupart n'étaient pas membres du Syndicat, les risques inhérents au litige sans les consulter. Quels que puissent être les arguments invoqués à l'encontre de la décision de la Cour d'appel à la lumière de l'issue favorable du recours et du partage par tous les participants du régime des gains obtenus, l'échec du recours ne saurait justifier que tous les participants d'un régime déjà sous-capitalisé subissent les conséquences pécuniaires du risque couru.

[254] Suivant la seconde prémisse de la prétention du Syndicat, si les participants du régime des cadres obtiennent paiement de leurs dépens à partir de leur caisse de retraite, les participants du régime des salariés devraient l'obtenir également. Or, telle n'est pas la teneur exacte de l'ordonnance de la Cour d'appel relative au régime des cadres.

[255] Suivant cette ordonnance, seule la partie de la caisse de retraite attribuable aux participants qui ont pris part au recours — la grande majorité d'entre eux, faut-il le préciser — contribue au paiement des dépens même si tous les participants du régime tirent avantage du dénouement favorable. La Cour d'appel signale d'ailleurs ce qui suit :

[TRADUCTION] Les retraités représentés par avocat, soit 14 des 17 participants du régime des cadres, ont consenti au paiement des dépens à partir de leurs droits respectifs à des prestations, et ceux qui n'ont pas consenti à ce prélèvement ne seront pas tenus au paiement. [Décision relative aux dépens, par. 3]

[256] The Court of Appeal therefore approved an agreement as to costs which did not put at further risk the pension funds available to satisfy the pension entitlements of those who did not support the litigation. Thus, the Court of Appeal did not apply what the USW refers to as the Costs Payment Test to the executive plan because the costs order was the product of agreement and did not order payment of costs out of the fund as a whole.

[257] In the case of the USW request, there was no such agreement and no such limitation of risk to the supporters of the litigation.

[258] I see no error in principle in the Court of Appeal's refusal to order the USW costs to be paid out of the pension fund, particularly in light of the disposition of the appeal to this Court. I would dismiss the USW costs appeal but without costs.

#### IV. Disposition

[259] I would allow the Sun Indalex, FTI Consulting and George L. Miller appeals and, except as noted below, I would set aside the orders of the Ontario Court of Appeal and restore the February 18, 2010 orders of Campbell J.

[260] With respect to costs, I would set aside the Court of Appeal's orders with respect to the costs of the appeals before that court and order that all parties bear their own costs in the Court of Appeal and in this Court.

[261] I would not disturb paras. 9 and 10 of the order of the Court of Appeal in the former executives' appeal so that the full indemnity legal fees and disbursements of the former executives in the amount of \$269,913.78 shall be paid from the fund of the executive plan attributable to each of the 14 former executives' accrued pension benefits, and

[256] La Cour d'appel approuve donc un accord sur les dépens qui n'expose pas à un risque supplémentaire les fonds constituant les caisses de retraite et devant permettre le versement des prestations auxquelles ont droit ceux qui n'appuient pas l'exercice du recours. Par conséquent, elle n'applique pas au régime des cadres le critère qui, selon le Syndicat, vaudrait pour le paiement des dépens, car l'ordonnance relative aux dépens découle d'un accord et elle ne prévoit pas le paiement des dépens par prélèvement sur la caisse de retraite dans sa globalité.

[257] S'agissant de la demande du Syndicat, nul accord n'est intervenu au même effet, et ce n'était pas seulement les participants derrière le recours qui s'exposaient au risque lié à l'issue de celui-ci.

[258] Je ne vois aucune erreur de principe dans le refus de la Cour d'appel d'ordonner que les dépens du Syndicat soient payés à partir de la caisse de retraite, étant donné surtout l'issue du pourvoi devant notre Cour. Je suis d'avis de rejeter sans frais le pourvoi du Syndicat relatif aux dépens.

#### IV. Dispositif

[259] Je suis d'avis d'accueillir les pourvois de Sun Indalex, de FTI Consulting et de George L. Miller, d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel de l'Ontario et de rétablir celles rendues par le juge Campbell le 18 février 2010, sauf dans la mesure précisée ci-après.

[260] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis d'annuler les ordonnances de la Cour d'appel sur les dépens afférents aux appels interjetés devant elle et d'ordonner que chacune des parties paie ses propres dépens devant la Cour d'appel et devant notre Cour.

[261] Je suis d'avis de ne pas modifier les par. 9 et 10 de l'ordonnance de la Cour d'appel rendue concernant l'appel des anciens cadres, de sorte que les débours et honoraires de ces derniers, établis sur la base de l'indemnisation complète, qui totalisent 269 913,78 \$, soient payés par prélèvement sur la partie de la caisse de retraite du régime des cadres

specifically such amounts shall be allocated among the 14 former executives in relation to their pension entitlement from the executive plan and will not be borne by the other three members of the executive plan.

[262] I would dismiss the USW costs appeal, but without costs.

The reasons of LeBel and Abella JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting) —

### I. Introduction

[263] The members of two pension plans set up by Indalex Limited (“Indalex”) stand to lose half or more of their pension benefits as a consequence of the insolvency of their employer and of the arrangement approved by the Ontario Superior Court of Justice under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 (“*CCAA*”). The Court of Appeal for Ontario found that the members were entitled to a remedy. For different and partly conflicting reasons, my colleagues Justices Deschamps and Cromwell would hold that no remedy is available to them. With all due respect for their opinions, I would conclude, like the Court of Appeal, that the remedy of a constructive trust is open to them and should be imposed in the circumstances of this case, for the following reasons.

[264] I do not intend to summarize the facts of this case, which were outlined by my colleagues. I will address these facts as needed in the course of my reasons. Before moving to my areas of disagreement with my colleagues, I will briefly indicate where and to what extent I agree with them on the relevant legal issues.

[265] Like my colleagues, I conclude that no deemed trust could arise under s. 57(4) of the *Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8 (“*PBA*”), in the case of the Executive Plan because this plan had not been wound up when the *CCAA*

correspondant aux prestations de retraite accumulées respectivement par les 14 anciens cadres; plus particulièrement, les dépens seront répartis entre les 14 anciens cadres en fonction de leurs droits respectifs à pension aux termes du régime et ne seront pas supportés par les trois autres participants.

[262] Je suis d’avis de rejeter sans frais le pourvoi interjeté par le Syndicat relativement aux dépens.

Version française des motifs des juges LeBel et Abella rendus par

LE JUGE LEBEL (dissident) —

### I. Introduction

[263] Les participants à deux régimes de retraite établis par Indalex Limited (« Indalex ») risquent de perdre au moins la moitié de leurs prestations de retraite du fait de l’insolvabilité de leur employeur et de l’arrangement homologué par la Cour supérieure de justice de l’Ontario en application de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36 (« *LACC* »). La Cour d’appel de l’Ontario a jugé que ces participants avaient droit à une réparation. Mes collègues, les juges Deschamps et Cromwell, arrivent à la conclusion contraire, pour des motifs différents et en partie contradictoires. Avec égard pour leur opinion, et à l’instar de la Cour d’appel, je suis d’avis que la fiducie par interprétation peut s’appliquer en l’espèce et devrait être imposée, pour les motifs qui suivent.

[264] Je ne résumerai pas les faits de l’affaire, mes collègues les ayant déjà exposés. Je m’y reporterai au besoin dans mes motifs. Cependant, avant d’expliquer mes divergences d’opinions avec mes collègues, j’indiquerai brièvement les questions de droit sur lesquelles je souscris, en totalité ou en partie, à leurs motifs.

[265] À l’instar de mes collègues, je conclus que le régime des cadres ne pouvait être protégé par aucune fiducie réputée résultant de l’application du par. 57(4) de la *Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8 (« *LRR* »), puisque ce régime

proceedings were initiated. In the case of the Salaried Employees Plan, I agree with Deschamps J. that a deemed trust arises in respect of the wind-up deficiency. But, like her, I accept that the debtor-in-possession (“DIP”) super priority prevails by reason of the application of the federal paramountcy doctrine. I also agree that the costs appeal of the United Steelworkers should be dismissed.

[266] But, with respect for the opinions of my colleagues, I take a different view of the nature and extent of the fiduciary duties of an employer who elects to act as administrator of a pension plan governed by the *PBA*. This dual status does not entitle the employer to greater leniency in the determination and exercise of its fiduciary duties or excuse wrongful actions. On the contrary, as we shall see below, I conclude that Indalex not only neglected its obligations towards the beneficiaries, but actually took a course of action that was actively inimical to their interests. The seriousness of these breaches amply justified the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust. To that extent, I propose to uphold the opinion of Gillese J.A. and the judgment of the Court of Appeal (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

## II. The Employer as Administrator of a Pension Plan: Its Fiduciary Duties

[267] Before entering into an analysis of the obligations of an employer as administrator of a pension plan under the *PBA*, it is necessary to consider the position of the beneficiaries. Who are they? At what stage are they in their lives? What are their vulnerabilities? A fiduciary relationship is a relationship, grounded in fact and law, between a vulnerable beneficiary and a fiduciary who holds and may exercise power over the beneficiary in situations recognized by law. Any analysis of such a relationship requires careful consideration of the characteristics of the beneficiary. It ought not stop at the level of a theoretical and detached approach that fails to address how, very concretely,

n’avait pas été liquidé lorsque la procédure fondée sur la *LACC* a été enclenchée. Comme la juge Deschamps, je conclus à l’existence d’une fiducie réputée dans le cas du déficit de liquidation du régime des salariés. Je reconnais toutefois aussi que la priorité de la créance des prêteurs au débiteur-exploitant (« DE ») sur toutes les autres l’emporte, par application du principe de la prépondérance fédérale. Je conviens également qu’il faut rejeter l’appel interjeté par le Syndicat des Métallos sur la question des dépens.

[266] Toutefois, malgré le respect que je porte à mes collègues, je conçois différemment d’eux la nature et la portée des obligations fiduciaires de l’employeur qui choisit d’administrer un régime de retraite régi par la *LRR*. Sa double fonction n’autorise pas l’employeur à faire preuve de laxisme dans la définition et l’exercice de ses obligations fiduciaires, ni ne justifie ses actes répréhensibles. Au contraire, comme je l’expliquerai, j’estime qu’Indalex a non seulement manqué à ses obligations envers les bénéficiaires, mais adopté en fait une démarche qui allait à l’encontre de leurs intérêts. La gravité de ces manquements justifiait amplement la décision de la Cour d’appel d’imposer une fiducie par interprétation. Dans cette mesure, je suis d’avis de confirmer les motifs de la juge Gillese et le jugement de la Cour d’appel (2011 ONCA 265, 104 O.R. (3d) 641).

## II. Les obligations fiduciaires de l’employeur en sa qualité d’administrateur d’un régime de retraite

[267] Avant d’analyser les obligations de l’employeur à titre d’administrateur d’un régime de retraite visé par la *LRR*, il faut examiner la situation des bénéficiaires. Qui sont-ils? À quelle période de leur vie en sont-ils? En quoi consistent leurs points vulnérables? Une relation fiduciaire s’entend de la relation factuelle et juridique entre un bénéficiaire vulnérable et un fiduciaire qui détient et peut exercer un pouvoir sur le bénéficiaire dans les situations prévues par la loi. L’analyse d’une telle relation nécessite un examen attentif des caractéristiques du bénéficiaire. Il ne faut pas s’en tenir à une perspective théorique et détachée, en négligeant de voir, très concrètement, comment la

this relationship works or can be twisted, perverted or abused, as was the situation in this case.

[268] The beneficiaries were in a very vulnerable position relative to Indalex. They did not enjoy the protection that the existence of an independent administrator might have given them. They had no say and no input in the management of the plans. The information about the plans and their situation came from Indalex in its dual role as employer and manager of the plans. Their particular vulnerability arose from their relationship with Indalex, acting both as their employer and as the administrator of their retirement plans. Their vulnerability was substantially a consequence of that specific relationship (*Galambos v. Perez*, 2009 SCC 48, [2009] 3 S.C.R. 247, at para. 68, *per* Cromwell J.). The nature of this relationship had very practical consequences on their interests. For example, as Gillese J.A. noted in her reasons (at para. 40) the consequences of the decisions made in the course of management of the plan and during the CCAA proceedings signify that the members of the Executive Plan stand to lose one-half to two-thirds of their retirement benefits, unless additional money is somehow paid into the plan. These losses of benefits are, in all probability, permanent in the case of the beneficiaries who have already retired or who are close to retirement. They deeply affect their lives and expectations. For most of them, what is lost is lost for good. No arrangement will allow them to get a start on a new life. We should not view the situation of the beneficiaries as regrettable but unavoidable collateral damage arising out of the ebbs and tides of the economy. In my view, the law should give the members some protection, as the Court of Appeal intended when it imposed a constructive trust.

[269] Indalex was in a conflict of interest from the moment it started to contemplate putting itself under the protection of the CCAA and proposing an arrangement to its creditors. From the corporate perspective, one could hardly find fault with such a decision. It was a business decision. But the trouble is that at the same time, Indalex was a

relation fonctionne et comment il est possible de la fausser, de la faire dévier ou d'en abuser, comme ce fut le cas en l'espèce.

[268] Les bénéficiaires se trouvaient dans une position de grande vulnérabilité par rapport à Indalex. Ils ne jouissaient pas de la protection que l'existence d'un administrateur indépendant aurait pu leur assurer. Ils n'avaient pas la possibilité de donner leur avis ni de participer aux décisions à l'égard de la gestion des régimes. Toute l'information sur les régimes et sur leur situation leur provenait d'Indalex, à titre à la fois d'employeur et d'administrateur. Leur vulnérabilité particulière découlait essentiellement de leur relation avec Indalex, qui assumait cette double fonction (*Galambos c. Perez*, 2009 CSC 48, [2009] 3 R.C.S. 247, par. 68, le juge Cromwell). La nature de cette relation a entraîné des conséquences très concrètes sur leurs intérêts. Par exemple, comme le signale la juge Gillese dans ses motifs (par. 40), les décisions prises au fil de la gestion du régime des cadres et pendant la procédure fondée sur la LACC risquent de faire perdre aux participants entre la moitié et les deux tiers de leurs prestations, à moins d'une injection de fonds. Dans le cas des bénéficiaires retraités ou en fin de carrière, il s'agit probablement de pertes permanentes. Leur vie et leurs attentes s'en trouvent profondément affectées. Pour la plupart d'entre eux, ces pertes sont irrémédiables; aucun arrangement ne leur permettra d'entamer une nouvelle étape de leur vie. Nous ne devons pas considérer la situation des bénéficiaires comme une conséquence indirecte regrettable, mais inévitable, des fluctuations de l'économie. À mon avis, la loi devrait offrir une certaine protection aux bénéficiaires, et c'est ce que la Cour d'appel a tenté de faire en imposant la fiducie par interprétation.

[269] Indalex se trouvait en situation de conflit d'intérêts dès qu'elle a envisagé de demander la protection de la LACC et de proposer un arrangement à ses créanciers. Du point de vue de l'entreprise, on ne pourrait guère trouver à redire à cette décision. Il s'agissait d'une décision d'affaires. Cependant, Indalex jouait en même temps le rôle de fiduciaire à

fiduciary in relation to the members and retirees of its pension plans. The “two hats” analogy offers no defence to Indalex. It could not switch off the fiduciary relationship at will when it conflicted with its business obligations or decisions. Throughout the arrangement process and until it was replaced by an independent administrator (Morneau Shepell Ltd.) it remained a fiduciary.

[270] It is true that the *PBA* allows an employer to act as an administrator of a pension plan in Ontario. In such cases, the legislature accepts that conflicts of interest may arise. But, in my opinion, nothing in the *PBA* allows that the employer *qua* administrator will be held to a lower standard or will be subject to duties and obligations that are less stringent than those of an independent administrator. The employer remains a fiduciary under the statute and at common law (*PBA*, s. 22(4)). The employer is under no obligation to assume the burdens of administering the pension plans that it has agreed to set up or that are the legacy of previous decisions. However, if it decides to do so, a fiduciary relationship is created with the expectation that the employer will be able to avoid or resolve the conflicts of interest that might arise. If this proves to be impossible, the employer is still “seized” with fiduciary duties, and cannot ignore them out of hand.

[271] Once Indalex had considered the *CCAA* process and decided to proceed in that manner, it should have been obvious that such a move would trigger conflicts of interest with the beneficiaries of the pension plans and that these conflicts would become untenable, as per the terms of s. 22(4) of the *PBA*. Given the nature of its obligations as administrator and fiduciary, it was impossible to wear the “two hats”. Indalex had to discharge its corporate duties, but at the same time it had to address its fiduciary obligations to the members and beneficiaries of the plans. I do not fault it for applying under the *CCAA*, but rather for not relinquishing its position as administrator of the plans at the time of the application. It even retained

l’égard des participants aux régimes et des retraités, et c’est là où le bât blesse. L’analogie avec les « deux chapeaux » ne constitue pas un moyen de défense pour Indalex. Elle ne pouvait pas mettre la relation fiduciaire de côté à sa guise lorsque cette relation entrainait en conflit avec ses obligations ou ses décisions d’affaires. Tout au long de la procédure intentée sous le régime de la *LACC* et jusqu’à la nomination d’un administrateur indépendant (Morneau Shepell Ltd.) qui s’est substitué à elle, elle demeurait une fiduciaire.

[270] Certes, la *LRR* autorise un employeur à agir à titre d’administrateur d’un régime de retraite en Ontario. Le législateur admet dans ces cas la possibilité d’un conflit d’intérêts. Néanmoins, à mon avis, rien dans la *LRR* ne permet de conclure que l’employeur, en sa qualité d’administrateur, serait assujéti à une norme moindre ou assumerait des fonctions et des obligations moins strictes qu’un administrateur indépendant. Il demeure un fiduciaire aux termes de la loi et en common law (*LRR*, par. 22(4)). L’employeur n’est pas tenu d’assumer le fardeau de l’administration des régimes de retraite qu’il a convenu d’établir ou qui sont le fruit de décisions antérieures. Par contre, s’il choisit de l’assumer, une relation fiduciaire prend naissance et l’on s’attend à ce que l’employeur soit capable d’éviter ou de régler les conflits d’intérêts susceptibles d’intervenir. Lorsque cela se révèle impossible, l’employeur demeure soumis à ses obligations fiduciaires et ne peut s’en débarrasser sommairement.

[271] Dès qu’Indalex a envisagé la possibilité d’engager une procédure fondée sur la *LACC* et a opté pour cette solution, il aurait dû lui paraître évident que sa décision engendrerait des conflits avec les intérêts des bénéficiaires des régimes de retraite, en contravention au par. 22(4) de la *LRR*, et que la situation deviendrait insoutenable. Compte tenu de la nature des obligations qui lui incombaient à titre d’administrateur et de fiduciaire, Indalex ne pouvait plus coiffer « deux chapeaux ». Indalex avait le devoir de protéger les intérêts de la société, mais elle devait aussi s’acquitter de ses obligations fiduciaires envers les participants et bénéficiaires des régimes. Je ne lui reproche pas d’avoir présenté une demande sous le régime de la



this position once it engaged in the arrangement process. Other conflicts and breaches of fiduciary duties and of fundamental rules of procedural equity in the Superior Court flowed from this first decision. Moreover, Indalex maintained a strongly adversarial attitude towards the interest of the beneficiaries throughout the arrangement process, while it was still, at least in form, the administrator of the plans.

[272] The option given to employers to act as administrators of pension plans under the *PBA* does not constitute a licence to breach the fiduciary duties that flow from this function. It should not be viewed as an invitation for the courts to white-wash the consequences of such breaches. The option is predicated on the ability of the employer-administrator to avoid the conflicts of interests that cause these breaches. An employer deciding to assume the position of administrator cannot claim to be in the same situation as the Crown when it discharges fiduciary obligations towards certain groups in society under the Constitution or the law. For those cases, the Crown assumes those duties because it is obligated to do so by virtue of its role, not because it chooses to do so. In such circumstances, the Crown must often balance conflicting interests and obligations to the broader society in the discharge of those fiduciary duties (*Alberta v. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 SCC 24, [2011] 2 S.C.R. 261, at paras. 37-38). If Indalex found itself in a situation where it had to balance conflicting interests and obligations, as it essentially argues, it could not retain the position of administrator that it had willingly assumed. The solution was not to place its function as administrator and its associated fiduciary duties in abeyance. Rather, it had to abandon this role and diligently transfer its function as manager to an independent administrator.

[273] Indalex could apply for protection under the *CCAA*. But, in so doing, it needed to make arrangements to avoid conflicts of interests. As nothing was done, the members of the plans were

*LACC*, mais plutôt de ne pas avoir alors renoncé à administrer les régimes. Elle a même continué à les administrer pendant la procédure en vue de conclure un arrangement. D'autres conflits d'intérêts et manquements à ses obligations fiduciaires ainsi qu'aux règles fondamentales d'équité procédurale devant la Cour supérieure ont découlé de cette décision initiale. Qui plus est, Indalex a conservé tout au long de cette procédure une attitude fortement contraire aux intérêts des bénéficiaires, malgré le fait qu'elle administrait toujours les régimes, à tout le moins théoriquement.

[272] Si la *LRR* offre à l'employeur le choix d'agir à titre d'administrateur d'un régime de retraite, elle ne l'autorise pas à manquer aux obligations fiduciaires qui découlent de cette fonction et il ne faudrait pas conclure qu'elle invite les tribunaux à escamoter les conséquences de tels manquements. Cette faculté de choisir présuppose la capacité de l'employeur-administrateur d'éviter les conflits d'intérêts qui entraînent de tels manquements. L'employeur qui choisit d'agir à titre d'administrateur ne saurait prétendre se trouver dans la même situation que l'État qui s'acquitte des obligations fiduciaires que lui impose la Constitution ou la loi à l'égard de certains groupes de la société. Ces obligations incombent à l'État, non pas par choix, mais en raison de son rôle. Dans ces circonstances, l'État est souvent appelé à concilier des intérêts opposés avec ses obligations envers la société en général (*Alberta c. Elder Advocates of Alberta Society*, 2011 CSC 24, [2011] 2 R.C.S. 261, par. 37-38) en s'acquittant de ses obligations fiduciaires. Si Indalex devait concilier des intérêts et des obligations contradictoires, comme elle le prétend, elle ne pouvait pas conserver la fonction d'administrateur qu'elle avait assumée de son plein gré. La solution consistait non pas à mettre en veilleuse sa fonction d'administrateur avec les obligations fiduciaires en découlant, mais à y renoncer et à la transférer avec diligence à un administrateur indépendant.

[273] Il était loisible à Indalex de demander la protection de la *LACC*. Toutefois, il lui fallait dans ce cas prendre des mesures pour éviter les conflits d'intérêts. Son inaction a forcé les

left to play catch up as best they could when the process that put in place the DIP financing and its super priority was initiated. The process had been launched in such a way that it took significant time before the beneficiaries could effectively participate in the process. In practice, the United Steelworkers union, which represented only a small group of the members of the Salaried Employees Plan, acted for them after the start of the procedures. The members of the Executive Plan hired counsel who appeared for them. But, throughout, there were problems with notices, delays and the ability to participate in the process. Indeed, during the CCAA proceedings, the Monitor and Indalex seemed to have been more concerned about keeping the members of the plans out of the process rather than ensuring that their voices could be heard. Two paragraphs of the submissions to this Court by Morneau Shepell Ltd., the subsequently appointed administrator of the plan, aptly sums up the behaviour of Indalex and the Monitor towards the beneficiaries, whose representations were always deemed to be either premature or late:

When counsel for the Retirees again appeared at a motion to approve the bidding procedure, his objections were considered premature:

In my view, the issues raised by the retirees do not have any impact on the Bidding Procedures. The issues can be raised by the retirees on any application to approve a transaction — but that is for another day.

Only when counsel appeared at the sale approval motion, as directed by the motions judge, were the concerns of the pension plan beneficiaries heard. At that time, the Appellants complain, the beneficiaries were too late and their motion constituted a collateral attack on the original DIP Order. However, it cannot be the case that stakeholder groups are too early, until they are too late. [R.F., at paras. 54-55]

[274] I must also mention the failed attempt to assign Indalex in bankruptcy once the sale of its

participants aux régimes à se débrouiller de leur mieux pour rattraper le train en marche une fois que le processus de financement DE assorti d'une priorité sur toutes les autres créances avait été mis en branle. Compte tenu de la manière dont ce processus a été engagé, un délai considérable s'est écoulé avant que les bénéficiaires puissent y participer réellement. Dans les faits, le Syndicat des Métallos, qui ne représentait qu'un petit nombre de bénéficiaires du régime des salariés, a agi en leur nom après le début du processus. Pour leur part, les participants au régime des cadres ont retenu les services d'un avocat. Cependant, du début à la fin, ils se sont heurtés à des difficultés concernant les avis, les délais et leur capacité de participer au processus. En effet, tout au long de la procédure intentée sous le régime de la LACC, le contrôleur et Indalex semblent s'être souciés davantage d'écarter les participants aux régimes que de veiller à ce qu'ils puissent être entendus. Le passage suivant des arguments présentés devant notre Cour par Morneau Shepell Ltd., l'administrateur ultérieur du régime, résume bien la conduite d'Indalex et du contrôleur à l'égard des bénéficiaires, dont les observations ne semblaient jamais tomber à point :

[TRADUCTION] Lorsque l'avocat représentant les retraités a comparu à nouveau à l'audience sur la motion en approbation du processus de vente par soumission, ses objections ont été considérées comme prématurées :

À mon avis, les questions soulevées par les retraités n'ont aucune incidence sur le processus de vente par soumission. Les retraités pourront soulever ces questions lorsqu'une motion en homologation d'une opération sera présentée — ce qui n'est pas le cas maintenant.

Ce n'est que lorsque l'avocat a comparu relativement à la motion en homologation de la vente, conformément aux directives du juge des requêtes, que les préoccupations des bénéficiaires du régime de retraite ont finalement été entendues. À ce moment-là, selon les appellants, l'intervention des bénéficiaires arrivait trop tard et constituait une contestation indirecte de l'ordonnance DE initiale. Or, il ne peut pas être toujours soit trop tôt soit trop tard pour les groupes intéressés. [m.i., par. 54-55]

[274] Je ne saurais passer sous silence la tentative ratée d'Indalex de faire cession de ses biens

business had been approved. One of the purposes of this action was essentially to harm the interests of the members of the plans. At the time, Indalex was still wearing its two hats, at least from a legal perspective. But its duties as a fiduciary were clearly not at the forefront of its concerns. There were constant conflicts of interest throughout the process. Indalex did not attempt to resolve them; it brushed them aside. In so acting, it breached its duties as a fiduciary and its statutory obligations under s. 22(4) *PBA*.

### III. Procedural Fairness in CCAA Proceedings

[275] The manner in which this matter was conducted in the Superior Court was, at least partially, the result of Indalex disregarding its fiduciary duties. The procedural issues that arose in that court did not assist in mitigating the consequences of these breaches. It is true that, in the end, the beneficiaries obtained, or were given, some information pertaining to the proceedings and that counsel appeared on their behalf at various stages of the proceedings. However, the basic problem is that the proceedings were not conducted according to the spirit and principles of the Canadian system of civil justice.

[276] I accept that those procedures are often urgent. The situation of a debtor requires quick and efficient action. The turtle-like pace of some civil litigation would not meet the needs of the application of the *CCAA*. However, the conduct of proceedings under this statute is not solely an administrative process. It is also a judicial process conducted according to the tenets of the adversarial system. The fundamentals of such a system must not be ignored. All interested parties are entitled to a fair procedure that allows their voices to be raised and heard. It is not an answer to these concerns to say that nothing else could be done, that no other solution would have been better, that, in substance, hearing the members would have been a waste of time. In all branches of procedure whether in administrative law, criminal law or civil action, the rights to be informed and to be heard in some

en faillite après l'homologation de la vente de l'entreprise. Cette manoeuvre visait entre autres à nuire aux intérêts des participants aux régimes. À l'époque, Indalex cumulait toujours ses deux fonctions, du moins sur le plan juridique. Cependant, ses obligations fiduciaires ne se trouvaient de toute évidence pas au centre de ses préoccupations. Les conflits d'intérêts se sont multipliés au cours de la procédure. Au lieu d'essayer de les régler, Indalex les a balayés du revers de la main. Elle a ainsi manqué à ses obligations fiduciaires et aux prescriptions du par. 22(4) de la *LRR*.

### III. L'équité procédurale dans une procédure intentée sous le régime de la LACC

[275] La manière dont l'instance s'est déroulée devant la Cour supérieure résultait, du moins en partie, du non-respect par Indalex de ses obligations fiduciaires. Les points de procédure soulevés devant la cour n'ont pas permis d'atténuer les conséquences de ces manquements. Certes, les bénéficiaires ont finalement obtenu ou reçu certains renseignements concernant la procédure et ils ont pu être représentés par un avocat à diverses étapes, mais l'esprit et les principes du système canadien de justice civile n'ont pas été respectés, et c'est là le problème fondamental.

[276] Je reconnais que, souvent, le temps presse dans ce genre de procédure. La situation d'un débiteur nécessite la prise de mesures rapides et efficaces. Un litige qui s'éternise, comme certaines actions civiles, ne saurait convenir pour l'application de la *LACC*. Toutefois, la procédure prévue par cette loi n'est pas de nature purement administrative. Il s'agit également d'un processus judiciaire, assujéti à ce titre aux principes du système contradictoire. Les règles fondamentales de ce système ne sauraient être bafouées. Toutes les parties intéressées ont droit à une procédure équitable qui leur permet d'exprimer leur point de vue et d'être entendues. Il ne suffit pas à cet égard de répondre que rien d'autre ne pouvait être tenté, qu'il n'existait pas de solution meilleure ou, essentiellement, qu'entendre les participants aurait constitué une perte de temps. Dans toute procédure,

way remain fundamental principles of justice. Those principles retain their place in the CCAA, as some authors and judges have emphasized (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), at pp. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at para. 5, *per* Farley J.). This was not done in this case, as my colleagues admit, while they downplay the consequences of these procedural flaws and breaches.

#### IV. Imposing a Constructive Trust

[277] In this context, I see no error in the decision of the Court of Appeal to impose a constructive trust (paras. 200-207). It was a fair decision that met the requirements of justice, under the principles set out by our Court in *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, and in *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217. The remedy of a constructive trust was justified in order to correct the wrong caused by Indalex (*Soulos*, at para. 36, *per* McLachlin J. (as she then was)). The facts of the situation met the four conditions that generally justify the imposition of a constructive trust (*Soulos*, at para. 45), as determined by Justice Gillese in her reasons, at paras. 203-4: (1) the defendant was under an equitable obligation in relation to the activities giving rise to the assets in his or her hands; (2) the assets in the hands of the defendant were shown to have resulted from deemed or actual agency activities of the defendant in breach of his or her equitable obligation to the plaintiff; (3) the plaintiff has shown a legitimate reason for seeking a proprietary remedy, either personal or related to the need to ensure that others like the defendants remain faithful to their duties; and (4) there are no factors which would render imposition of a constructive trust unjust in all the circumstances of the case, such as the protection of the interests of intervening creditors.

que ce soit en droit administratif, pénal ou civil, le droit d'être informé et celui d'être entendu d'une manière ou d'une autre demeurent des principes fondamentaux de la justice. Ils demeurent applicables sous le régime de la LACC, comme le font remarquer certains auteurs et juges (J. P. Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act* (2007), p. 55-56; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 7 C.B.R. (4th) 293 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 5 (le juge Farley). Ces principes n'ont pas été respectés en l'espèce, et mes collègues le reconnaissent, mais minimisent les conséquences de tels manquements et vices de procédure.

#### IV. Imposition d'une fiducie par interprétation

[277] Dans les circonstances, la décision de la Cour d'appel d'imposer une fiducie par interprétation ne me paraît pas erronée (par. 200-207). Il s'agit d'une décision équitable conforme aux exigences de la justice, selon les principes énoncés par notre Cour dans les arrêts *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, et *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217. Pareille réparation pour le tort causé par Indalex est fondée (*Soulos*, par. 36, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Les faits de l'espèce respectent les quatre conditions qui justifient généralement l'imposition d'une fiducie par interprétation (*Soulos*, par. 45), comme le constate la juge Gillese aux par. 203-204 de ses motifs : (1) le défendeur était assujéti à une obligation en equity relativement aux actes qui ont conduit à la possession des biens; (2) il a été démontré que la possession des biens par le défendeur résultait des actes qu'il a ou est réputé avoir accomplis à titre de mandataire, en violation de l'obligation que l'equity lui imposait à l'égard du demandeur; (3) le demandeur a établi qu'il a un motif légitime de solliciter une réparation fondée sur la propriété, soit personnel soit lié à la nécessité de veiller à ce que d'autres personnes comme le défendeur s'acquittent de leurs obligations; (4) il n'existe pas de facteurs qui rendraient injuste l'imposition d'une fiducie par interprétation eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, comme la protection des intérêts des créanciers intervenants.

[278] In crafting such a remedy, the Court of Appeal was relying on the inherent powers of the courts to craft equitable remedies, not only in respect of procedural issues, but also of substantive questions. Section 9 of the CCAA is broadly drafted and does not deprive courts of their power to fill in gaps in the law when this is necessary in order to grant justice to the parties (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 pp. 78-79).

[279] The imposition of the trust did not disregard the different corporate personalities of Indalex and Indalex U.S. It properly acknowledged the close relationship between the two companies, the second in effect controlling the first. This relationship could and needed to be taken into consideration in order to determine whether a constructive trust was a proper remedy.

[280] For these reasons, I would uphold the imposition of a constructive trust and I would dismiss the appeal with costs to the respondents.

## APPENDIX

*The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, c. 113

6. The said Act is amended by adding thereto the following sections:

23a.—(1) Any sum received by an employer from an employee pursuant to an arrangement for the payment of such sum by the employer into a pension plan as the employee’s contribution thereto shall be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same after his receipt thereof into the pension plan as the employee’s contribution thereto and the employer shall not appropriate or convert any part thereof to his own use or to any use not authorized by the trust.

[278] En imposant pareille réparation, la Cour d’appel a exercé la compétence inhérente des tribunaux de concevoir une réparation en equity en réponse non seulement à une question de procédure, mais également à une question de fond. L’article 9 de la LACC est formulé en termes généraux et n’a pas pour effet de priver le tribunal du pouvoir de combler au besoin les lacunes du droit pour rendre justice aux parties (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. 78-79).

[279] En imposant la fiducie, la Cour n’a pas négligé le fait qu’Indalex et Indalex É.-U. constituent des personnes morales distinctes. Elle a tenu compte à juste titre de leurs rapports étroits, la seconde contrôlant dans les faits la première. Il était possible, voire nécessaire, de prendre ces rapports en compte pour déterminer si la fiducie par interprétation constituait une réparation adéquate en l’espèce.

[280] Pour les motifs qui précèdent, je suis d’avis de confirmer la fiducie par interprétation et de rejeter l’appel avec dépens en faveur des intimés.

## ANNEXE

*The Pension Benefits Amendment Act, 1973*, S.O. 1973, ch. 113

[TRADUCTION]

6. La même loi est modifiée par l’adjonction de ce qui suit :

23a.—(1) Toute somme qu’un employeur reçoit d’un employé conformément à une entente relative à son versement par l’employeur à titre de cotisation salariale est réputée détenue en fiducie par l’employeur en vue de son versement, après qu’il l’a reçue, au régime de retraite à titre de cotisation salariale, et l’employeur ne peut s’en approprier quelque partie ni la transformer à son usage personnel ou à un autre usage non autorisé par la fiducie.

(2) For the purposes of subsection 1, any sum withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be a sum received by the employer from the employee.

(3) Any sum required to be paid into a pension plan by an employer as the employer's contribution to the plan shall, when due under the plan, be deemed to be held by the employer in trust for payment of the same into the plan in accordance with the plan and this Act and the regulations as the employer's contribution and the employer shall not appropriate or convert any part of the amount required to be paid to the fund to his own use or to any use not authorized by the terms of the pension plan.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, c. 373

**21. . . .**

(2) Upon the termination or winding up of a pension plan filed for registration as required by section 17, the employer is liable to pay all amounts that would otherwise have been required to be paid to meet the tests for solvency prescribed by the regulations, up to the date of such termination or winding up, to the insurer, administrator or trustee of the pension plan.

**23.—(1)** Where a sum is received by an employer from an employee under an arrangement for the payment of the sum by the employer into a pension plan as the employee's contribution thereto, the employer shall be deemed to hold the sum in trust for the employee until the sum is paid into the pension plan whether or not the sum has in fact been kept separate and apart by the employer and the employee has a lien upon the assets of the employer for such amount that in the ordinary course of business would be entered in books of account whether so entered or not.

(3) Where an employer is required to make contributions to a pension plan, he shall be deemed to hold in trust for the members of the plan an amount calculated in accordance with subsection (4), whether or not,

(2) Pour les besoins du paragraphe 1, la somme qu'un employeur prélève sur une somme payable à l'employé, notamment par retenue salariale, est réputée constituer une somme que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) Toute somme qu'un employeur doit verser à un régime de retraite à titre de cotisation patronale et qui est exigible aux termes du régime est réputée détenue en fiducie par l'employeur en vue de son versement au régime de retraite conformément à celui-ci, à la présente loi et au règlement, et l'employeur ne peut s'approprier ni transformer à son usage personnel ou à tout autre usage non autorisé par le régime quelque partie du montant qui doit être versé à la caisse.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1980, ch. 373

[TRANSDUCTION]

**21. . . .**

(2) À la cessation ou à la liquidation d'un régime de retraite déposé en vue de son agrément en vertu de l'article 17, l'employeur est tenu de verser à l'assureur, à l'administrateur ou au fiduciaire du régime de retraite les sommes dont le versement aurait été par ailleurs exigible pour satisfaire aux critères de solvabilité, et ce, jusqu'à la date de la cessation ou de la liquidation du régime.

**23.—(1)** L'employeur qui reçoit une somme d'un employé conformément à une entente relative à son versement par l'employeur à un régime de retraite à titre de cotisation salariale est réputé la détenir en fiducie jusqu'à son versement au régime de retraite, et ce, qu'il l'ait conservée séparément ou non, et l'employé a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans les livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à un régime de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants au régime une somme dont le montant est calculé conformément au paragraphe (4), et ce,

- (a) the employer contributions are payable into the plan under the terms of the plan or this Act; or
- (b) the amount has been kept separate and apart by the employer,

and the members have a lien upon the assets of the employer in such amount that in the ordinary course of business would be entered into the books of account whether so entered or not.

(4) For the purpose of determining the amount deemed to be held in trust under subsection (3) on a specific date, the calculation shall be made as if the plan had been wound up on that date.

**32.** In addition to any amounts the employer is liable to pay under subsection 21 (2), where a defined benefit pension plan is terminated or wound up or the plan is amended so that it is no longer a defined benefit pension plan, the employer is liable to the plan for the difference between,

- (a) the value of the assets of the plan; and
- (b) the value of pension benefits guaranteed under subsection 31 (1) and any other pension benefit vested under the terms of the plan,

and the employer shall make payments to the insurer, trustee or administrator of the pension plan to fund the amount owing in such manner as is prescribed by regulation.

*Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, c. 2*

**2. Subsection 21 (2) of the said Act is repealed and the following substituted therefor:**

(2) Upon the termination or winding up of a registered pension plan, the employer of employees covered by the pension plan shall pay to the administrator, insurer or trustee of the pension plan,

- (a) an amount equal to,

- a) que la cotisation de l'employeur soit payable ou non aux termes du régime ou de la présente Loi et
- b) que l'employeur l'ait conservée séparément ou non,

et les participants ont un privilège sur l'actif de l'employeur à raison du montant qui, dans le cours normal des affaires, serait consigné dans des livres de compte, qu'il y soit consigné ou non.

(4) Aux fins de déterminer le montant qui est réputé détenu en fiducie en application du paragraphe (3) à une date précise, le calcul est effectué comme si le régime avait été liquidé à cette date.

**32.** En plus des sommes que l'employeur est tenu de payer en application du paragraphe 21 (2), lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite à prestations déterminées ou lorsqu'une modification fait en sorte qu'un régime n'est plus un régime de retraite à prestations déterminées, l'employeur est tenu de combler la différence entre

- a) la valeur de l'actif du régime et
- b) la valeur des prestations de retraite garanties suivant le paragraphe 31 (1) et de toutes autres prestations de retraite auxquelles le droit est acquis aux termes du régime,

et l'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite les sommes ainsi requises de la manière prévue par règlement.

*Pension Benefits Amendment Act, 1983, S.O. 1983, ch. 2*

[TRADUCTION]

**2. Le paragraphe 21 (2) de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :**

(2) Lors de la cessation ou de la liquidation d'un régime de retraite enregistré, l'employeur dont les employés bénéficient du régime verse à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime

- a) une somme dont le montant est égal

- (i) the current service cost, and
- (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that have accrued to and including the date of the termination or winding up but, under the terms of the pension plan or the regulations, are not due on that date; and

- (b) all other payments that, by the terms of the pension plan or the regulations, are due from the employer to the pension plan but have not been paid at the date of the termination or winding up.

(2a) For the purposes of clause (2) (a), the current service cost and special payments shall be deemed to accrue on a daily basis.

**3. Section 23 of the said Act is repealed and the following substituted therefor:**

**23.—(1)** Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension plan as the employee's contribution to the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension plan.

(2) For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from moneys payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

(3) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (1).

(4) An employer who is required by a pension plan to contribute to the pension plan shall be deemed to hold in trust for the members of the pension plan an amount of money equal to the total of,

- (a) all moneys that the employer is required to pay into the pension plan to meet,
  - (i) the current service cost, and
  - (ii) the special payments prescribed by the regulations,

that are due under the pension plan or the regulations and have not been paid into the pension plan; and

- (i) au coût du service courant et
- (ii) aux paiements spéciaux prescrits par règlement,

qui sont accumulés à la date de la cessation ou de la liquidation, celle-ci comprise, mais qui, suivant les conditions du régime et le libellé du règlement, ne sont pas encore dus;

- b) toute autre somme qui, aux termes du régime de retraite ou du règlement, est due par l'employeur au régime de retraite, mais qui n'a pas été versée à la date de la cessation ou de la liquidation.

(2a) Pour les besoins de l'alinéa (2) a), le coût du service courant et les paiements spéciaux sont réputés s'accumuler sur une base quotidienne.

**3. L'article 23 de la même loi est abrogé et remplacé par ce qui suit :**

**23.—(1)** L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à un régime de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent au régime de retraite.

(2) Pour l'application du paragraphe (1), toute retenue à la source ou autre somme prélevée par l'employeur est réputée constituer de l'argent que l'employeur reçoit de l'employé.

(3) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à la somme réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (1).

(4) L'employeur qui, dans le cadre d'un régime de retraite, est tenu de cotiser à ce régime est réputé détenir en fiducie pour le compte des participants du régime une somme égale au total

- a) de toutes les sommes que l'employeur est tenu de verser au régime pour acquitter
  - (i) le coût du service courant et
  - (ii) les paiements spéciaux prescrits par règlement

qui sont dus aux termes du régime ou du règlement, et qui n'ont pas été versés;



(b) where the pension plan is terminated or wound up, any other money that the employer is liable to pay under clause 21 (2) (a).

(5) The administrator or trustee of the pension plan has a lien and charge upon the assets of the employer in an amount equal to the amount that is deemed to be held in trust under subsection (4).

(6) Subsections (1) and (4) apply whether or not the moneys mentioned in those subsections are kept separate and apart from other money.

**8. Sections 32 and 33 of the said Act are repealed and the following substituted therefor:**

**32.—**(1) The employer of employees who are members of a defined benefit pension plan that the employer is bound by or to which the employer is a party and that is partly or wholly wound up shall pay to the administrator, insurer or trustee of the plan an amount of money equal to the amount by which the value of the pension benefits guaranteed by section 31 plus the value of the pension benefits vested under the defined benefit pension plan exceeds the value of the assets of the plan allocated in accordance with the regulations for payment of pension benefits accrued with respect to service in Ontario.

(2) The amount that the employer is required to pay under subsection (1) is in addition to the amounts that the employer is liable to pay under subsection 21 (2).

(3) The employer shall pay the amount required under subsection (1) to the administrator, insurer or trustee of the defined benefit pension plan in the manner prescribed by the regulations.

*Pension Benefits Act, 1987, S.O. 1987, c. 35*

**58.—**(1) Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

b) lors de la cessation ou de la liquidation du régime, toute autre somme que l'employeur est tenu de payer en vertu de l'alinéa 21 (2) a).

(5) L'administrateur ou le fiduciaire du régime de retraite a un privilège sur l'actif de l'employeur à raison d'un montant égal à celui de la somme qui est réputée détenue en fiducie suivant le paragraphe (4).

(6) Les paragraphes (1) et (4) s'appliquent que les sommes mentionnées soient conservées séparément ou non.

**8. Les articles 32 et 33 de la même loi sont abrogés et remplacés par ce qui suit :**

**32.—**(1) L'employeur dont les employés participent à un régime de retraite à prestations déterminées par lequel il est lié ou auquel il est partie et qui fait l'objet d'une liquidation partielle ou totale est tenu de verser à l'administrateur, à l'assureur ou au fiduciaire du régime un montant égal à l'excédent de la valeur des prestations de retraite garanties par l'article 31 et de la valeur des prestations de retraite acquises suivant le régime de retraite à prestations déterminées sur la valeur de l'actif du régime établie conformément au règlement applicable au paiement des prestations de retraite accumulées eu égard aux états de services en Ontario.

(2) Le versement que l'employeur est tenu d'effectuer suivant le paragraphe (1) s'ajoute à celui exigé au paragraphe 21 (2).

(3) L'employeur verse à l'assureur, au fiduciaire ou à l'administrateur du régime de retraite à prestations déterminées, de la manière prescrite par règlement, toute somme dont le versement est exigé au paragraphe (1).

*Loi de 1987 sur les régimes de retraite, L.O. 1987, ch. 35*

**58.** (1) L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

(3) An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

**59.—(1)** Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

**75.—(1)** A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least fifty-five, at the effective date of the wind up of the pension plan in whole or in part, has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
  - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
  - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to

(3) L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

**59. (1)** L'intérêt sur l'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

**75. (1)** En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins cinquante-cinq, à la date de prise d'effet de la liquidation totale ou partielle, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes du régime de retraite, le participant est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la plus antérieure des dates suivantes :
  - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
  - (ii) la date à laquelle le participant aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle le participant

the reduced pension under the pension plan if the pension plan were not wound up and if the member's membership continued to that date.

aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si celui-ci n'était pas liquidé et que l'affiliation du participant avait continué jusqu'à cette date.

**76.**—(1) Where a pension plan is wound up in whole or in part, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and
- (b) an amount equal to the amount by which,
  - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Commission declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
  - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
  - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 40 (3) (50 per cent rule) and section 75,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

*Pension Benefits Act*, R.S.O. 1990, c. P.8

**57.** (1) [Trust property] Where an employer receives money from an employee under an arrangement that the employer will pay the money into a pension fund as the employee's contribution under the pension plan, the employer shall be deemed to hold the money in trust for the employee until the employer pays the money into the pension fund.

(2) [Money withheld] For the purposes of subsection (1), money withheld by an employer, whether by payroll deduction or otherwise, from money payable to an employee shall be deemed to be money received by the employer from the employee.

**76.** (1) Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;
- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
  - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si la Commission déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
  - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
  - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 40 (3) (règle des 50 pour cent),

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

*Loi sur les régimes de retraite*, L.R.O. 1990, ch. P.8

**57.** (1) [Bien en fiducie] L'employeur qui reçoit de l'argent d'un employé en vertu d'un arrangement précisant que l'employeur versera cet argent à une caisse de retraite en tant que cotisation de l'employé aux termes du régime de retraite, est réputé détenir cet argent en fiducie pour l'employé jusqu'à ce que l'employeur verse cet argent à la caisse de retraite.

(2) [Sommes retenues] Pour l'application du paragraphe (1), l'argent retenu des sommes payables à l'employé par l'employeur, que ce soit par retenues salariales ou autrement, est réputé être de l'argent que l'employeur a reçu de l'employé.

(3) [Accrued contributions] An employer who is required to pay contributions to a pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to the employer contributions due and not paid into the pension fund.

(4) [Wind up] Where a pension plan is wound up in whole or in part, an employer who is required to pay contributions to the pension fund shall be deemed to hold in trust for the beneficiaries of the pension plan an amount of money equal to employer contributions accrued to the date of the wind up but not yet due under the plan or regulations.

**58.** (1) [Accrual] Money that an employer is required to pay into a pension fund accrues on a daily basis.

(2) [Interest] Interest on contributions shall be calculated and credited at a rate not less than the prescribed rates and in accordance with prescribed requirements.

**74.** (1) [Activating events] This section applies if a person ceases to be a member of a pension plan on the effective date of one of the following activating events:

1. The wind up of a pension plan, if the effective date of the wind up is on or after April 1, 1987.
2. The employer's termination of the member's employment, if the effective date of the termination is on or after July 1, 2012. However, this paragraph does not apply if the termination occurs in any of the circumstances described in subsection (1.1).
3. The occurrence of such other events as may be prescribed in such circumstances as may be specified by regulation.

(1.1) [Same, termination of employment] Termination of employment is not an activating event if the termination is a result of wilful misconduct, disobedience or wilful neglect of duty by the member that is not trivial and has not been condoned by the employer or if the termination occurs in such other circumstances as may be prescribed.

(3) [Cotisations accumulées] L'employeur qui est tenu de cotiser à une caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont dues et impayées à la caisse de retraite.

(4) [Liquidation] Si un régime de retraite est liquidé en totalité ou en partie, l'employeur qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite est réputé détenir en fiducie pour le compte des bénéficiaires du régime de retraite un montant égal aux cotisations de l'employeur qui sont accumulées à la date de la liquidation, mais qui ne sont pas encore dues aux termes du régime ou des règlements.

**58.** (1) [Accumulation] L'argent qu'un employeur est tenu de verser à une caisse de retraite s'accumule sur une base quotidienne.

(2) [Intérêt] L'intérêt sur les cotisations est calculé et crédité à des taux qui ne sont pas inférieurs aux taux prescrits et conformément aux exigences prescrites.

**74.** (1) [Événements déclencheurs] Le présent article s'applique si une personne cesse d'être un participant à la date de prise d'effet de l'un des événements déclencheurs suivants :

1. La liquidation du régime de retraite, si sa date de prise d'effet tombe le 1<sup>er</sup> avril 1987 ou après cette date.
2. La cessation, par l'employeur, de l'emploi d'un participant, si sa date de prise d'effet tombe le 1<sup>er</sup> juillet 2012 ou après cette date, la présente disposition ne s'appliquant toutefois pas si la cessation se produit dans les circonstances visées au paragraphe (1.1).
3. L'arrivée d'autres événements prescrits dans les circonstances prescrites par règlement.

(1.1) [Idem : cessation d'emploi] La cessation de l'emploi n'est pas un événement déclencheur si elle résulte d'un acte d'inconduite délibérée, d'indiscipline ou de négligence volontaire du participant qui n'est pas frivole et que l'employeur n'a pas toléré, ou qu'elle se produit dans les autres circonstances prescrites.

(1.2) [Exceptions, election by certain pension plans] This section does not apply with respect to a jointly sponsored pension plan or a multi-employer pension plan while an election made under section 74.1 for the plan and its members is in effect.

(1.3) [Benefit] A member in Ontario of a pension plan whose combination of age plus years of continuous employment or membership in the pension plan equals at least 55 on the effective date of the activating event has the right to receive,

- (a) a pension in accordance with the terms of the pension plan, if, under the pension plan, the member is eligible for immediate payment of the pension benefit;
- (b) a pension in accordance with the terms of the pension plan, beginning at the earlier of,
  - (i) the normal retirement date under the pension plan, or
  - (ii) the date on which the member would be entitled to an unreduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date; or
- (c) a reduced pension in the amount payable under the terms of the pension plan beginning on the date on which the member would be entitled to the reduced pension under the pension plan if the activating event had not occurred and if the member's membership continued to that date.

(2) [Part year] In determining the combination of age plus employment or membership, one-twelfth credit shall be given for each month of age and for each month of continuous employment or membership on the effective date of the activating event.

(3) [Member for 10 years] Bridging benefits offered under the pension plan to which a member would be entitled if the activating event had not occurred and if his or her membership were continued shall be included in calculating the pension benefit under subsection (1.3) of a person who has at least 10 years of continuous employment with the employer or has been a member of the pension plan for at least 10 years.

(1.2) [Exceptions : choix fait par certains régimes de retraite] Le présent article ne s'applique pas à l'égard d'un régime de retraite conjoint ou d'un régime de retraite interentreprises tant qu'un choix fait en vertu de l'article 74.1 pour le régime et les participants est en vigueur.

(1.3) [Prestation] En Ontario, un participant à un régime de retraite dont le total de l'âge plus le nombre d'années d'emploi continu ou d'affiliation continue est d'au moins 55, à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur, a droit à l'une des pensions suivantes :

- a) une pension conforme aux conditions du régime de retraite si, aux termes de celui-ci, il est admissible au paiement immédiat d'une prestation de retraite;
- b) une pension conforme aux conditions du régime de retraite, commençant à la première des dates suivantes :
  - (i) la date normale de retraite prévue par le régime de retraite,
  - (ii) la date à laquelle il aurait droit à une pension non réduite aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date;
- c) une pension réduite dont le montant correspond à celui à verser aux termes du régime de retraite commençant à la date à laquelle il aurait droit à la pension réduite en vertu du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que son affiliation avait continué jusqu'à cette date.

(2) [Partie d'année] Pour déterminer le total de l'âge plus l'emploi ou l'affiliation, un crédit d'un douzième est accordé pour chaque mois d'âge et pour chaque mois d'emploi ou d'affiliation continus à la date de prise d'effet de l'événement déclencheur.

(3) [Participant pendant 10 ans] Les prestations de raccordement offertes aux termes du régime de retraite auxquelles un participant aurait droit si l'événement déclencheur ne s'était pas produit et que l'affiliation du participant continuait, sont incluses dans le calcul de la prestation de retraite prévue au paragraphe (1.3) dans le cas d'une personne qui a accumulé au moins 10 années d'emploi continu chez l'employeur ou qui est un participant depuis au moins 10 ans.

(4) [Prorated bridging benefit] For the purposes of subsection (3), if the bridging benefit offered under the pension plan is not related to periods of employment or membership in the pension plan, the bridging benefit shall be prorated by the ratio that the member's actual period of employment bears to the period of employment that the member would have to the earliest date on which the member would be entitled to payment of pension benefits and a full bridging benefit under the pension plan if the activating event had not occurred.

(5) [Notice of termination of employment] Membership in a pension plan that is wound up includes the period of notice of termination of employment required under Part XV of the *Employment Standards Act, 2000*.

(6) [Application of subs. (5)] Subsection (5) does not apply for the purpose of calculating the amount of a pension benefit of a member who is required to make contributions to the pension fund unless the member makes the contributions in respect of the period of notice of termination of employment.

(7) [Consent of employer] For the purposes of this section, where the consent of an employer is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the employer shall be deemed to have given the consent.

(7.1) [Consent of administrator, jointly sponsored pension plans] For the purposes of this section, where the consent of the administrator of a jointly sponsored pension plan is an eligibility requirement for entitlement to receive an ancillary benefit, the administrator shall be deemed to have given the consent.

(8) [Use in calculating pension benefit] A benefit described in clause (1.3) (a), (b) or (c) for which a member has met all eligibility requirements under this section shall be included in calculating the member's pension benefit or the commuted value of the pension benefit.

**75. (1)** [Liability of employer on wind up] Where a pension plan is wound up, the employer shall pay into the pension fund,

- (a) an amount equal to the total of all payments that, under this Act, the regulations and the pension

(4) [Prestation de raccordement distribuée proportionnellement] Pour l'application du paragraphe (3), si la prestation de raccordement offerte aux termes du régime de retraite ne se rapporte pas à des périodes d'emploi ou d'affiliation au régime de retraite, la prestation de raccordement est distribuée selon le rapport qui existe entre la période réelle d'emploi du participant à la période d'emploi que le participant aurait faite à la première date à laquelle le membre aurait droit au paiement de prestations de retraite et d'une pleine prestation de raccordement aux termes du régime de retraite si l'événement déclencheur ne s'était pas produit.

(5) [Avis de licenciement] L'affiliation à un régime de retraite qui est liquidé inclut la période de préavis de licenciement exigé en vertu de la partie XV de la *Loi de 2000 sur les normes d'emploi*.

(6) [Champ d'application du par. (5)] Le paragraphe (5) ne s'applique pas afin de calculer le montant de la prestation de retraite d'un participant qui est tenu de cotiser à la caisse de retraite, à moins que le participant verse les cotisations à l'égard de la période de préavis de licenciement.

(7) [Consentement de l'employeur] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'employeur est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'employeur est réputé avoir donné son consentement.

(7.1) [Consentement de l'administrateur : régimes de retraite conjoints] Pour l'application du présent article, si le consentement de l'administrateur d'un régime de retraite conjoint est une condition d'admissibilité au droit de recevoir une prestation accessoire, l'administrateur est réputé avoir donné son consentement.

(8) [Calcul de la prestation de retraite] La prestation mentionnée à l'alinéa (1.3) a), b) ou c) à l'égard de laquelle un participant a rempli toutes les conditions d'admissibilité prévues au présent article est incluse dans le calcul de la prestation de retraite du participant ou de sa valeur de rachat.

**75. (1)** [Responsabilité de l'employeur à la liquidation] Si un régime de retraite est liquidé, l'employeur verse à la caisse de retraite :

- a) d'une part, un montant égal au total de tous les paiements qui, en vertu de la présente loi, des

plan, are due or that have accrued and that have not been paid into the pension fund; and

- (b) an amount equal to the amount by which,
  - (i) the value of the pension benefits under the pension plan that would be guaranteed by the Guarantee Fund under this Act and the regulations if the Superintendent declares that the Guarantee Fund applies to the pension plan,
  - (ii) the value of the pension benefits accrued with respect to employment in Ontario vested under the pension plan, and
  - (iii) the value of benefits accrued with respect to employment in Ontario resulting from the application of subsection 39 (3) (50 per cent rule) and section 74,

exceed the value of the assets of the pension fund allocated as prescribed for payment of pension benefits accrued with respect to employment in Ontario.

*Appeals of Sun Indalex Finance, George L. Miller and FTI Consulting allowed, LEBEL and ABELLA JJ. dissenting. Appeal of USW dismissed.*

*Solicitors for the appellant Sun Indalex Finance, LLC: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the appellant George L. Miller, the Chapter 7 Trustee of the Bankruptcy Estates of the U.S. Indalex Debtors: Chaitons, Toronto.*

*Solicitors for the appellant FTI Consulting Canada ULC, in its capacity as court-appointed monitor of Indalex Limited, on behalf of Indalex Limited: Stikeman Elliott, Toronto.*

*Solicitors for the appellant/respondent United Steelworkers: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Keith Carruthers, et al.: Koskie Minsky, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Morneau Shepell Ltd. (formerly known as Morneau Sobeco Limited*

règlements et du régime de retraite, sont dus ou accumulés, et qui n'ont pas été versés à la caisse de retraite;

- b) d'autre part, un montant égal au montant dont :
  - (i) la valeur des prestations de retraite aux termes du régime de retraite qui seraient garanties par le Fonds de garantie en vertu de la présente loi et des règlements si le surintendant déclare que le Fonds de garantie s'applique au régime de retraite,
  - (ii) la valeur des prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et acquises aux termes du régime de retraite,
  - (iii) la valeur des prestations accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario et qui résultent de l'application du paragraphe 39 (3) (règle des 50 pour cent) et de l'article 74,

dépassent la valeur de l'actif de la caisse de retraite attribué, comme cela est prescrit, pour le paiement de prestations de retraite accumulées à l'égard de l'emploi en Ontario.

*Pourvois de Sun Indalex Finance, George L. Miller et FTI Consulting accueillis, les juges LEBEL et ABELLA sont dissidents. Pourvoi du Syndicat des Métallos rejeté.*

*Procureurs de l'appelante Sun Indalex Finance, LLC : Goodmans, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant George L. Miller, syndic de faillite des débitrices Indalex É.-U., nommé en vertu du chapitre 7 : Chaitons, Toronto.*

*Procureurs de l'appelante FTI Consulting Canada ULC, en sa qualité de contrôleur d'Indalex Limited désigné par le tribunal, au nom d'Indalex Limited : Stikeman Elliott, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant/intimé le Syndicat des Métallos : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs des intimés Keith Carruthers, et autres : Koskie Minsky, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Morneau Shepell Ltd. (anciennement connue sous le nom de Morneau*

*Partnership): Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Solicitor for the respondent/intervener the Superintendent of Financial Services: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Insolvency Institute of Canada: Thornton Grout Finnigan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Federation of Pensioners: Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: McMillan, Montréal.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Bankers Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*

*Sobeco, société en commandite) : Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre & Cornish, Toronto.*

*Procureur de l'intimé/intervenant le Surintendant des services financiers : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant l'Institut d'insolvabilité du Canada : Thornton Grout Finnigan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fédération canadienne des retraités : Paliare, Roland, Rosenberg, Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : McMillan, Montréal.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association des banquiers canadiens : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.*



2014 ONSC 4018  
Ontario Superior Court of Justice

Indcondo Building Corp. v. Sloan

2014 CarswellOnt 10946, 2014 ONSC 4018, [2014] O.J. No. 3722,  
121 O.R. (3d) 160, 16 C.B.R. (6th) 220, 243 A.C.W.S. (3d) 873

**Indcondo Building Corporation, Plaintiff and Valerie Frances  
Sloan, David Robin Sloan and Cave Hill Properties Ltd., Defendants**

Penny J.

Heard: May 26-30, 2014; June 2-3, 2014

Judgment: July 31, 2014

Docket: CV-08-7587-00CL

Counsel: Trung Nguyen, P. James Zibarras for Plaintiff  
Philip P. Healey for Defendants

***Penny J.:***

**Overview**

1 This is an action to set aside certain transfers of property on the basis that they were undertaken with the intent to defeat, hinder, delay or defraud creditors. The litigation began in 1992 with Indcondo's claim for damages for breach of a contract to purchase its shares in a real estate development company. John Di Paola is the sole shareholder of Indcondo. A judgment was obtained by the plaintiff at an undefended trial against the defendant, Robin Sloan, in 2001. A fraudulent preference action was commenced by the plaintiff in 2002 seeking to set aside the 1992 transfer of Sloan's half interest in his matrimonial home to his wife, Valerie Sloan. In the course of that action, the plaintiff became aware of other transfers of property from Sloan dating back to 1987 and 1988.

2 Sloan declared bankruptcy in 2004 and the plaintiff's fraudulent conveyance action was stayed. The plaintiff filed a proof of claim in Sloan's bankruptcy. Sloan received an absolute discharge in 2005. In April 2006, the plaintiff obtained an *ex parte* order under s. 38 of *The Bankruptcy and Insolvency Act* authorizing it to proceed in its own name with an action to set aside the impugned transfers of property. This action was not commenced until June 2008.

3 The action was dismissed by order of Morawetz J. on a limitations issue. The Court of Appeal reversed Morawetz J.'s order. The action was again dismissed as an abuse of process, on grounds of issue estoppel, by Mesbur J. That order too was reversed by the Court of Appeal. The matter was case managed to trial by D. Brown J. Thus, after 23 years of litigation, a seven-day trial was finally conducted in this matter from May 26 to June 3, 2014.

4 There are four transfers of property by Sloan which are challenged:

- (1) transactions involving the 1987 transfer of property referred to as the "Bowes property" to Cave Hill Properties Limited, a company owned by Valerie;
- (2) transactions involving the transfer of the "Hill 'N' Dale" farm property to Cave Hill in 1987 and 1988;
- (3) transactions involving the transfer of the matrimonial home, 42 Riverside Boulevard to Valerie in 1992; and

(4) a transaction involving the transfer of a Florida condominium to Valerie in 1993.

5 The plaintiff also seeks to pierce the corporate veil in connection with assets owned by Cave Hill. These assets include the properties listed above (apart from 42 Riverside), or proceeds from the sale of these properties, as well as other assets alleged to have originated with Sloan but later been transferred to Cave Hill.

6 Valerie suffered a serious stroke in 1996 and lives in a long-term care facility. Her affairs are managed by Sloan, who holds her power of attorney, and a long-time friend and former colleague of Sloan's, Bruce Pender. Valerie gave brief evidence by affidavit but was not cross-examined at trial.

7 Before turning to the specific transactions in issue, it is necessary to set out, in some detail, the background and circumstances giving rise to these transactions and the litigation.

### **Background**

8 In 1967, Sloan started a business with Frank Stronach called Unimade Industries Limited. In 1974, Unimade was acquired by Magna for Magna shares and Sloan went to work for Magna.

9 From 1974 to 1986, Sloan was a vice president at Magna. During part of this time, he headed up MI Developments, Magna's real estate acquisition arm. While doing so, he came to know Bruce Pender, an accountant who was a fellow Magna employee, and Doug Ford, an in-house lawyer employed by Magna.

10 In 1985, Sloan, Di Paola and several other businessmen formed a private real estate development company called Steeles-Jane Properties Inc. It is common ground that this was a period when the Toronto real estate market was booming. The company was set up as a vehicle to buy property, develop it, and either resell at a profit or lease and refinance, using the proceeds to invest in additional properties.

11 The principals, who were all involved in construction or real estate development in some way, each invested in Steeles-Jane through holding companies. The plaintiff is Di Paola's company. Sloan's company was called Ascania Investments Inc.

12 The shareholders and interests in Steeles-Jane were as follows:

<i>Shareholder</i>	<i>Principal</i>	<i>Number of Shares</i>	<i>%</i>	<i>Date of Share Issuance</i>
Indcondo	John Di Paola	100	10%	June 17, 1985
Rocar Construction Limited	Carlo Rotundo	200	20%	June 17, 1985
Lostrock Corporation	Anton Czapka	200	20%	June 17, 1985
CIFU Safe Investments Limited	Carmen Alfano	150	15%	June 17, 1985
Conleo Holdings Limited	Leo Rinomato	150	15%	June 17, 1985
623742 Ontario Inc. / Ascania Investments Inc.	David Robin Sloan	200	20%	June 17, 1985

13 Carlo Rotundo acted as President and was the most active of the principals in the operations and affairs of the company. Unlike the other shareholders, Di Paola/Indcondo did not invest any money in Steeles-Jane. Di Paola "earned" his shares by providing real estate agent services without commission.

14 The parties entered into a shareholders' agreement in 1985. That agreement restricted the sale of shares by the shareholders. As between shareholders, the shareholders agreement contained a buy/sell, or "shotgun," clause which permitted any shareholder to make an offer to acquire another shareholder's shares. The offeree had the option to accept that offer or acquire the offeror's shares at the offered price.

15 Paragraph 4.03 of the shareholders' agreement dealt with purported transfers of shares to persons who were not existing shareholders. In that case, any purported transfer was deemed to be a grant by the shareholder involved of an option to Steeles-Jane to purchase the shares at a value of 80% of the original purchase price.

16 The shareholders agreement was amended in 1987 to provide that paragraph 4.03 would not apply to any transfer by any of the parties to the agreement if the "purported sale occurred within a period of 90 days after the fifth anniversary date of this agreement and/or every fifth anniversary thereafter." Thus, by June 1990, any Steeles-Jane shareholder had a 90 day window during which it would be entitled to sell its shares to a third-party without penalty under paragraph 4.03.

17 The financial statements of Steeles-Jane show that by the year ended May 31, 1988, Steeles-Jane had accumulated total assets of \$35 million (based on acquisition and carrying costs). Steeles-Jane also had liabilities of \$34 million, largely from mortgages and bank indebtedness. Retained earnings for that year were a little over \$700,000.

18 The Steeles-Jane financial statements show that by the year ended, May 31, 1989, the total assets of Steeles-Jane (again based on acquisition and carrying costs) had grown to over \$70 million and liabilities, again largely in the form of mortgages and banking indebtedness, had grown to over \$66 million, producing retained earnings of some \$3.8 million in that year.

19 It is not contested that the principals of the shareholders were required to give the bank and mortgage lenders personal guarantees as security for the financing of Steeles-Jane's acquisitions and operations.

20 Di Paola's evidence was that from 1987 on he raised with the other principals including Sloan concerns about the direction Steeles-Jane was taking. He was concerned, he said, about the highly leveraged nature of the Steeles-Jane balance sheet and that, if the market turned, they would lose everything. Di Paola said that by the fall of 1988, he advised the other principals that he wanted out and would be exercising his right to sell on the first five-year anniversary.

21 There is little objective support for Di Paola's evidence that he was sounding the alarm as early as 1987. First, Di Paola produced no documentary evidence reflecting or demonstrating his concerns. There is no evidence that he had any discussions with any of the other shareholders about using the buy/sell provisions to buy him out. He called no corroborative evidence from other principals or witnesses. There is no evidence that in 1987 the real estate market was entering a downturn. Sloan does not support the contention that Di Paola raised concerns about the viability of Steeles-Jane at this stage.

22 Apart from the fact that the shareholders' agreement was amended to permit the sale (without penalty) of shares on the fifth anniversary of the formation of Steeles-Jane, there is no evidence of financial concerns being expressed about Steeles-Jane in 1987 or 1988, apart from Di Paola's uncorroborated evidence, which I find is tainted by both his self-interest in placing the date that concerns about Steeles-Jane's financial viability were raised as early as possible and the enormous passage of time since the relevant events.

23 I do, however, accept that by September 1989, the five-year anniversary was on the horizon. The minutes of the shareholders' meeting from that month reflect the fact that Rotundo reminded the shareholders that the corporation's fifth year anniversary would be on May 30, 1990, that any of the shareholders had the right to dispose of their shares without penalty at that time and that, if any shareholder intended to exercise this right, he should make his intentions known so as to provide ample time to perform any necessary valuations. I find that, in or around this period, Di Paola voiced his desire to sell Indcondo's Steeles-Jane shares. Sloan agreed on discovery that, in the period leading up to Di Paola's notice of his desire to sell, he and Di Paolo had "many discussions" about it.

24 A reporting package to shareholders of October 25, 1989 shows established equity in Steeles-Jane at that time of almost \$48 million. No evidence was presented about the basis or background of the calculations shown in this shareholder package. The significant difference from the May 1989 financial statements appears to derive from the use of market values for the properties owned rather than their acquisition cost.

25 The evidence discloses that by April 23, 1990, Di Paola had negotiate a "put/call" agreement providing for the potential buyout of all of Indcondo's Steeles-Jane shares over time at a price of \$50,000 per share (Indcondo held, following a stock split, 100 shares such that the purchase price, if Indcondo chose to exercise all of its put rights, was \$5 million). Based on the schedule agreed to, if Di Paola exercised all of Indcondo's puts under the agreement, the last tranche would be acquired by October 1994.

26 The put/call agreement was between Indconco and Steeles-Jane. It provided, however, in paragraph 3.03, that if Steeles-Jane defaulted by failing to purchase any of its shares from Indcondo when required to do so, the principals of the other shareholders, including Sloan, "shall be jointly and severally obligated to purchase such shares from Indcondo for the [agreed] option price per share" on the closing dates specified in the agreement.

27 At the end of April 1990, Steeles-Jane's rights to purchase the first tranche of Indcondo's Steeles-Jane shares were assigned to CIFU (Alfano) and Conleo (Rinomato). In this way, Alfano and Rinomato would each increase their shareholdings in Steeles-Jane by 5%, such that the remaining five shareholders would each hold 20%.

28 In October 1990, Indcondo gave notice to Steeles-Jane of its intention to exercise its option to sell 10 more shares under the schedule of put options. These shares were also purchased by CIFU and Conleo in November 1990 and January 1991.

29 In March 1991, CIFU (Alfano) and Conleo (Rinomato) provided indemnities to Sloan (and, according to Sloan, the other remaining shareholders), in which they indemnified Sloan against any claims as a result of CIFU and Conleo's agreement to purchase Indcondo's Steeles-Jane shares.

30 In April 1991, Indcondo again gave notice to Steeles-Jane of its intention to exercise its put option to sell 10 more of its shares. CIFU and Conleo failed to purchase Indcondo's shares.

31 According to Di Paola, the reason Steeles-Jane was unable to purchase the shares was that the Toronto property market bubble had burst and that prices had started to drop. The failure of CIFU and Conleo, or Steeles-Jane, to acquire the April, 1991 tranche of Indcondo's shares gave rise to negotiated amendments to the put/call agreement.

32 The First Amendment, dated May 28, 1991, provided that Steeles-Jane or its assignees would acquire one of Indcondo's Steeles-Jane shares per month, commencing May 15, 1991, for the following 10 months. The agreement reiterated that if Steeles-Jane or its assignees failed to close any of the transactions in the First Amendment, that failure would be subject to the joint and several liability of the other principals under paragraph 3.03 of the put/call agreement. The first five shares were purchased from Indcondo by CIFU and Conleo in accordance with the First Amendment. However, on October 15, 1991, Steeles-Jane breached the First Amendment when CIFU and/or Conleo failed to purchase the share designated for purchase on that date.

33 Further, on October 16, 1991, Indcondo gave a third notice to Steeles-Jane of its intention to exercise its put option under the put/call agreement for the sale of the next tranche of its Steeles-Jane shares. Steeles-Jane/CIFU/Conleo failed to purchase Indcondo's 10 shares by the end of October 1991 in breach of the put/call agreement.

34 As result, the parties discussed a second amended agreement. The Second Amendment provided that:

- (a) the five shares that were the subject of the First Amendment would be purchased on certain specified dates;
- (b) the 10 shares that were the subject of Indcondo's October 1991 notice would be purchased on March 14, 1992; and
- (c) if Steeles-Jane, Conleo or CIFU failed to purchase the shares on the prescribed dates, the principals would be required to do so in accordance with paragraph 3.03 of the put/call agreement.

Although the Second Amendment was never signed, it appears that three of the five shares outstanding were purchased in October, November and December 1991 but that, in January 1992, Conleo and CIFU failed to purchase the common share designated for that date, in breach of the Second Amendment, and failed to purchase any additional shares, in further breach of the put/call agreement and the Second Amendment.

35 Di Paola gave evidence that there were further verbal agreements, tied to pending sales of specific properties, under which Indcondo agreed to forbear from enforcement of its rights in exchange for the promise of payment once the pending property sales closed. These agreements were not fulfilled and so, in March 1992, Indcondo finally gave notice to the principals that it required the principals to purchase Indcondo's shares under paragraph 3.03. At that point, the principals were jointly and severally liable to purchase from Indcondo its remaining 69.5 common shares at a price of \$65,847 (the amounts included accumulated interest) per share for a total amount owing of \$4,576,366.50.

36 The principals failed to acquire Indcondo's shares in accordance with paragraph 3.03 of the put/call agreement. Accordingly, on May 21 1992, Indcondo issued a statement of claim against Steeles-Jane and the principals to recover the \$4,476,366.50 of indebtedness.

37 From 1992 to 1996, Di Paola says he was unable to afford counsel and the action languished. In August 1996, however, he was able to retain counsel and the action continued. In September 2001, Indcondo obtained a trial date to commence in December 2001. On the eve of trial, Sloan's lawyer advised that he would not be attending as he had not been retained for the trial. The trial proceeded on an undefended basis against Sloan. Molloy J. granted judgment in the amount of \$8,010,575.30 plus interest at 15% (apparently based on the interest rate payable on amounts due and owing to Indcondo under the put/call agreement).

38 That judgment has never been set aside or appealed from.

39 In the course of seeking to enforce its judgment, Indcondo discovered that Sloan had transferred his half interest in the matrimonial home, 42 Riverside, to Valerie after he had been served with Indcondo's statement of claim. Indcondo commenced an action in August 2002 to set aside the conveyance of Sloan's 50% interest in 42 Riverside as being contrary to the *Fraudulent Conveyances Act*. Apparently, sometime during the course of that proceeding, Indcondo became aware of other alleged transfers of property by Sloan to a corporation owned and controlled by Valerie.

40 What happened next was comprehensively summarized by Mesbur J. in her Endorsement on a motion to dismiss this action, dated August 30, 2011 [2011 CarswellOnt 10288 (Ont. S.C.J. [Commercial List])]. I cannot do better than simply repeat her words:

[4] In January 2004, Mr. Sloan declared personal bankruptcy. As a result of the bankruptcy the First Fraudulent Conveyances Action was stayed. Mr. Sloan listed only two creditors: Indcondo in the amount of \$8.7 million and the Royal Bank of Canada for about \$12 million. Indcondo proved its claim in the bankruptcy. Its principal, Mr. DiPaola, was active in the bankruptcy proceedings, and urged the Trustee to follow up on trying to get the matrimonial home and other properties back into the estate.

[5] Mr. DiPaola requested a meeting of creditors, which was held on March 26, 2004. At the meeting, Mr. DiPaola questioned the bankrupt regarding a number of financial issues, and asked the Trustee what he would be doing about pursuing some of the transactions. Many of the transactions related to events that occurred in the years 1993 to 1996. The Trustee advised that the items raised were "outside the timeframes for challenging transactions pursuant to the *Bankruptcy and Insolvency Act*. More importantly, any action to be pursued by the estate would have to be funded by the creditors as the estate is impecunious."

[6] Mr. DiPaola then advised the meeting he would be requesting an examination of the bankrupt pursuant to Section 161 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*. The minutes of the meeting record that Mr. DiPaola was made aware of his rights under section 38 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to pursue any action not taken up by the estate.

[7] Mr. DiPaola's next action was to write to the office of the Superintendent of bankruptcy, seeking the OSB's cooperation in investigating this file. Although Mr. DiPaola knew of Indcondo's rights under section 38 in March of 2004, he did not take any steps at that time to obtain a section 38 order. He waited until 2006 to do so, and then waited another two years before actually commencing the section 38 Fraudulent Conveyances action itself.

[8] Because Mr. Sloan was a first time bankrupt, he came up for discharge in 2005. The Royal Bank of Canada did not oppose the discharge, but Mr. DiPaola did so on Indcondo's behalf. His notice of intended opposition set out alleged offences under Section 173 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, as well as section 195. The notice goes on to say "The creditor wishes to conduct Section 163 examinations of the following after it had received Section 161, Official Receiver's Report on September 24, 2004."

[9] Mr. Sloan's initial discharge hearing was set for April 5, 2005. Indcondo sought an adjournment in order to examine the bankrupt. Although the discharge hearing was adjourned for that purpose, Indcondo's counsel never conducted an examination. I have no evidence as to why not. The Trustee's report on Mr. Sloan's application for discharge showed nothing improper in the bankrupt's conduct. The Trustee did not oppose the bankrupt's discharge, but noted that a creditor had opposed the discharge. Mr. DiPaola's opposition on Indcondo's behalf was attached to the Trustee's report.

[10] Mr. DiPaola then wrote to the Trustee, and attached to his letter a resolution of the inspector (namely Mr. DiPaola) disapproving the Trustee's report.

[11] The discharge hearing was rescheduled for August 19, 2005. Counsel for the bankrupt sent a letter to Indcondo's counsel by fax and mail a month before the new date. In the letter, she advised Indcondo's counsel of the date and time for the new discharge hearing. Indcondo did not attend, nor did any other opposing creditor. The Registrar granted an absolute discharge. The discharge order recites that no one appeared for the opposing creditor, Indcondo, although properly served. It goes on to recite that "No proof has been made of any facts under Section 173 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*."

[12] Mr. Sloan's lawyer then send a copy of the discharge order to Indcondo's lawyer, Mr. Chapman. In the letter, he says:

As a result of the discharge order, the action [i.e. the First Fraudulent Conveyances Action] should be dismissed. My proposal is that it be dismissed on a without costs basis... If I do not hear from you by the above noted diary date [October 3, 2005] I will presume that you will not consent and proceed to bring a motion... If I am forced to bring such a motion, I will be seeking costs of the action.

[13] Mr. Chapman did not respond. On October 17, 2005 Mr. Sloan's lawyer wrote to him again, and asked for the courtesy of a reply. He suggested Mr. Chapman simply obtain ups instructions to consent.

[14] About 10 days later Mr. Chapman responded, saying "I have asked my client for instructions." He did not, however, ever advise whether he received any instructions, or what those instructions were. As a result, Mr. Sloan's counsel proceeded to schedule a motion to dismiss the First Fraudulent Conveyances Action. Mr. Sloan's lawyer wrote to Mr. Chapman on January 5, 2006 to advise him that since Mr. Chapman had not responded regarding his client's position, a motion to dismiss was scheduled for April 5, 2006. Mr. Chapman was served with the motion materials, but did not appear on the motion, and did not deliver any responding materials to it.

[15] On April 5, 2006 Belobaba J made the requested order. Indcondo did not attend that motion, but the following day counsel for Indcondo attended *ex parte* before the Registrar and obtained an order under Section 38 of the *Bankruptcy and Insolvency Act* to take proceedings to set aside certain reviewable transactions by the bankrupt. Having shown it was a creditor, had requested the Trustee to act in terms of setting aside fraudulent conveyances, and the Trustee having refused to do so, the court made the order. Although Indcondo obtained the s. 38 order

in 2006, it did not begin its action pursuant to the order until 2008. These new proceedings became the Section 38 Fraudulent Conveyances Action, namely, this action.

[16] Some nine months after Belobaba J had dismissed the First Fraudulent Conveyances Action, Indcondo suggested its failure to attend the motion before Belobaba J was due to inadvertence. It sought to set aside the dismissal order on that basis. The motion came on before Low J on October 20, 2006. She dismissed the motion with costs against Indcondo of \$2,500. She found first, there was no inadvertence; Indcondo simply failed to provide its counsel with instructions. Second, Low J held Indcondo had failed to explain its delay in moving to set the order aside.

[17] Once Low J made her order, the First Fraudulent Conveyances Action was definitively dismissed. Indcondo did not appeal Low J's order.

[18] Even though it obtained the Section 38 order, Indcondo waited two years to commence the Section 38 Fraudulent Conveyances Action. In it, it makes identical claims as it had in the First Fraudulent Conveyances Action against the bankrupt, his wife and Cave Hill, the successor to the numbered company which had been the corporate defendant in the First Fraudulent Conveyances Action.

41 As noted above, motions to dismiss this action on limitations grounds, initially granted by Morawetz J., and as an abuse of process, initially granted by Mesbur J., were overturned by the Court of Appeal for Ontario.

42 With that background to set the context, I will now turn to the major issues in dispute.

## **The Impugned Transactions**

### ***1. The Law of Fraudulent Conveyances***

43 The *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1990, c. F-29, provides, in s. 2:

Every conveyance of real property or personal property and every bond, suit, judgment and execution heretofore or hereafter made with intent to defeat, hinder, delay or defraud creditors or others of their just and lawful actions, suits, debts, accounts, damages, penalties or forfeitures are void as against such other persons and their assigns.

44 Thus, in order for this section to apply so as to void a transaction, there must be:

- (a) a "conveyance" of property;
- (b) an "intent" to defeat; and
- (c) a "creditor or other" towards whom that intent is directed,

see *Bank of Nova Scotia v. Holland*, [1979] O.J. No. 1190 (Ont. S.C.) at para. 12.

45 The courts have interpreted the words "or others" broadly to include potential beneficiaries under a guarantee (where demand has not been made) and subsequent creditors. Indeed, courts have found that, in some circumstances, it is not necessary for there to be any creditors at all at the time of a transaction in order to conclude that it was done with the intent to defeat creditors.

46 Galligan J. held in *Bank of Nova Scotia, supra*, that, although the holder of a guarantee upon which no demand has been made may not be a "creditor," the beneficiary of a guarantee is an "other" within the meaning of s. 2 and entitled to the protection of the *Act*. He cited May's *Laws of Fraudulent and Voluntary Conveyances*, 3<sup>rd</sup> ed. at p.2:

The words "creditors and others" are wide enough to include any person who has a legal or equitable right or claim against the grantor or settler by virtue of which he is, or may become, entitled to rank as a creditor of the latter.

47 Is also not necessary for a party, in attempting to impeach a conveyance, to demonstrate that it had an actual debt owing to it at the time of the conveyance. In *Beynon v. Beynon*, [2001] O.J. No. 3653 (Ont. S.C.J.), the court noted that "creditors and others" is broad enough to contemplate a person who, while not a creditor at the time of the conveyance, may become one in the future.

48 If there was an intention to defeat creditors, then it does not matter whether it was to defeat present or future creditors, see *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Boukalis*, 1987 CarswellBC 513 (B.C. C.A.). If an intent to defraud existed at the time of the conveyance, it does not matter that the person attacking it was not a creditor at the time, *IAMGOLD Ltd. v. Rosenfeld*, [1998] O.J. No. 4690 (Ont. Gen. Div.).

49 The *Fraudulent Conveyances Act* was enacted to prevent fraud. It is remedial legislation and must be given as broad an interpretation as its language will reasonably bear. The purpose of the *Act* was expressed by Prof. Dunlop in *Creditor-Debtor Law in Canada*, 2<sup>nd</sup> ed. at p. 598:

The purpose of the Statute of Elizabeth and of the Canadian Acts based on it, as interpreted by the courts, is to strike down all conveyances of property made with the intention of delaying, hindering, or defrauding creditors and others except for conveyances made for good consideration and bona fide to persons not having notice of such fraud. The legislation is couched in very general terms and should be interpreted liberally.

50 Prof. Dunlop also considered the judicial difficulties in establishing fraud by ascertaining the state of mind of the debtor; that is, the dominant motive for effecting the impugned transaction. In the absence of direct evidence of intent, he said, "courts have been ready to rely on the surrounding circumstances as establishing *prima facie* the intent to defraud or delay... the so-called badges of fraud being nothing more than typical and suspicious fact situations which may be enough to enable the court to make a finding."

51 In most cases, a finding concerning the necessary intention to defeat creditors cannot be made except by drawing an inference from the circumstances. If existing creditors are well secured, it may be that one is unlikely to infer that the conveyance was made in order to defeat them. Of course, the time for considering intent is the time of the conveyance, *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Boukalis*, *supra*, at p. 4.

52 The badges of fraud derive from *Twyne's Case, Re* (1601), 76 E.R. 809 (Eng. K.B.). As interpreted by modern courts, the badges of fraud include:

- (d) the donor continued in possession and continued to use the property as his own;
- (e) the transaction was secret;
- (f) the transfer was made in the face of threatened legal proceedings;
- (g) the transfer documents contained false statements as to consideration;
- (h) the consideration is grossly inadequate;
- (i) there is unusual haste in making the transfer;
- (j) some benefit is retained under the settlement by the settlor;
- (k) embarking on a hazardous venture; and
- (l) a close relationship exists between parties to the conveyance.

53 The badges of fraud represent evidentiary rules developed over time which, when considered in all the circumstances, may enable the court to make a finding unless the proponents of the transaction can explain away the suspicious



circumstances. It is clear that the legal or persuasive burden to prove the case remains on the plaintiff throughout the trial. Nevertheless, the plaintiff may raise an inference of fraud sufficient to shift the *evidentiary* burden to the defendant if the plaintiff can establish that the transaction has characteristics which are typically associated with fraudulent intent. Proof of one or more of the badges of fraud will not compel a finding for the plaintiff but it may raise a *prima facie* evidentiary case which it would be prudent for the defendant to rebut.

54 The leading articulation of this burden was set out in *Koop v. Smith* (1915), 51 S.C.R. 554 (S.C.C.), where Duff J. held:

I think the true rule is that suspicious circumstances coupled with [a close] relationship make a case of *res ipsa loquitur* which the tribunal of fact may and will generally treat as a sufficient *prima facie* case, but that it is not strictly in law bound to do so; and that the question of the necessity of corroboration is strictly a question of fact.

55 Kruzick J. put the matter succinctly when he said, in *Beynon, supra*, at paras. 49 and 52:

I am mindful of the fact that I must be very careful to avoid using the badges of fraud doctrine mechanically... fraudulent assignment depends not so much on the tally of "badges" but upon the view of all the facts...

Although the primary burden of proving the case remains with the plaintiff, the existence of one or more of the traditional "badges of fraud" may give rise to an inference of intent to defraud in the absence of an explanation from the defendant. In such circumstances, there is an [evidentiary] onus on the defence to adduce evidence showing an absence of fraudulent intent.

56 The transfer of property to a person in a close relationship is, of course, itself a badge of fraud. In such cases the testimony of the parties as to their subjective intent must be scrutinized with care and suspicion; it is very seldom that such evidence can be safely acted upon as in itself sufficient. In cases involving a transfer to near relatives, as matter of prudence the court should most often require corroborative evidence of the bona fides of the transaction.

57 At the end of the day, however, the court must act on such a preponderance of evidence as to show whether the conclusion the plaintiff seeks to establish is substantially the most probable of the possible views of the facts; mere suspicion is not sufficient, *Clark v. R.* (1921), 61 S.C.R. 608 (S.C.C.), at 616.

58 This raises the question of the standard of proof in fraudulent conveyance actions. Different submissions were made on this issue at the close of trial. The plaintiff says the standard of proof in a fraudulent conveyances action is, like any civil action, on a balance of probabilities. The defendants argue that a higher standard must be met in quasi-criminal cases where allegations of serious misconduct, like fraud, are alleged.

59 The Supreme Court of Canada in *C. (R.) v. McDougall*, [2008] 3 S.C.R. 41 (S.C.C.) put this issue to rest. That case involved a civil action for damages for sexual assault. Although some cases involve more serious consequences by the nature of the allegations made in them, the seriousness of the allegations does not alter the standard of proof in civil cases. The majority held that there is only one standard of proof in all civil cases and that standard is 'proof on a balance of probabilities.'

60 Finally, I should comment on the expert evidence. Both parties filed expert reports from accountants on the transactions in issue and the flow of funds associated with those transactions. Both sides objected to the other expert's evidence, essentially on the grounds that their opinions exceeded their area of expertise and extended into purporting to answer the very question for the court in this case — were these transactions done with fraudulent intent?

61 I allowed the testimony of both experts into evidence, indicating that the objections could be revisited in argument and would go to weight. Both were cross-examined on their reports. In the end, little reference was made to the testimony of the experts in argument.

62 I found the factual presentation and organization of both experts helpful but I also found they both were, in effect, trying to answer the very question that must be addressed by the court in this case. As such, in the end, while I found the methodology helpful in parsing the transactions, I gave their conclusions little if any weight.

## ***2. The Formation of Cave Hill Properties Limited***

63 The evidence is somewhat vague on this issue but sometime in 1987, Sloan decided to cash in his Magna shares (issued at the time of the acquisition by Magna of Unimade), reacquire Unimade from Magna and leave his employment at Magna to run Unimade.

64 Sloan used the proceeds of the sale of his Magna shares, and other funds he had accumulated to that point, to purchase Unimade and to acquire the Hill 'N' Dale property. The manner in which these transactions were structured is controversial. I will begin by explaining how Cave Hill Properties Limited came to be.

65 Sloan incorporated 723938 Ontario Limited (938) in June, 1987. In December 1987, Sloan transferred his shares in 938 to Valerie Sloan and executed a declaration of trust in respect of those shares. Thus, from December 1987 forward, Valerie was the sole shareholder of 938.

66 When Unimade was set up in 1966, it acquired property in Vaughan from which Unimade's business (the supply of structural steel) was run. This was known as the Bowes property. In 1974, Unimade, including the Bowes property, was acquired by Magna. In 1987, 938 acquired the Bowes property from Magna for about \$1.4 million. A vendor takeback mortgage was granted by Magna to 938 for the full amount. The mortgage payments were made by 938 from the proceeds of rents charge to tenants of the Bowes property.

67 938 leased the Bowes property to Unimade at market rates until Unimade ceased operations following the recession in 1991/1992. After that, 938 leased the Bowes property to a third-party and eventually sold it, in 1999, to another third-party for \$2.5 million.

68 In the course of these activities, 938 changed its name to Cave Hill Properties Limited and later, in 1996, amalgamated with other companies owned by Valerie to form the current Cave Hill entity.

69 David Ford was called to the Bar in 1981 and practised corporate commercial, real estate and tax law as an in-house lawyer with Magna throughout the 1980s. While at Magna, he worked closely with Sloan, Bruce Pender and other senior officers of Magna.

70 Ford started providing tax consulting and estate planning advice to Sloan, Valerie and Mr. Pender in the early 1980s. He testified that in about 1987, Sloan told him that, since he accumulated considerable assets, Sloan wanted his family to have their own "nest egg" independent of his assets. Sloan told Ford that the Hill 'N' Dale property, which was acquired in December 1987, could serve the purpose of building that "nest egg." Ford told Sloan that he should enter into a nominee and trustee agreement to confirm that Sloan was holding title to Hill 'N' Dale as a nominee/bare trustee and that the beneficial owner should be a separate legal entity owned by Valerie so that all assets and liabilities would be contained in that entity.

71 Ford testified that in 1988, he became aware of an opportunity to reduce future potential taxable gains on the Hill 'N' Dale property by creating an immediate gain in a tax efficient manner, thereby increasing the cost base and reducing taxable gains from a future potential sale. The transaction required three clean shelf corporations which had been incorporated before Sloan became the registered owner of Hill 'N' Dale. Ford had incorporated three such shelf corporations for Magna on June 4, 1987 which, he knew, were surplus to Magna's needs. As a result, these were sold to Sloan for Magna's cost of incorporation. The companies were 721310 Ontario Inc. (310), 721311 Ontario Inc. (311) and 721312 Ontario Inc. (312). The shares of 311 were transferred to 310 and the shares of 312 were transferred to Valerie, all

on the same day Sloan acquired these corporations in July 1988. The transfers were said to "have effect from" December 1987.

72 Ford's evidence was that the shares of both 310 and 312 were transferred to Valerie. Sloan's evidence, however, was that only shares of 312 were transferred to Valerie. In any event, the only documentation relating to the transfer of shares to Valerie that was produced at trial related to 312, which transfer took place on July 8, 1988.

73 Ford also gave evidence that, about the same time, Sloan entered into a nominee and trust agreement with 311 whereby Sloan remained the registered owner of Hill 'N' Dale as a nominee/bare trustee for 311. Sloan, he testified, could not have been the beneficial owner of Hill 'N' Dale, otherwise Valerie would not have been able to complete the tax transaction that ensued. No such nominee agreement, however, was available or produced at trial.

74 In essence, the 1988 tax transaction involved 311 (as beneficial owner) selling Hill 'N' Dale to 312 at its then fair market value in consideration for a note receivable, thereby creating a gain on the sale. The shares of 311 were then sold by 310 to a British Columbia numbered company which had accumulated tax losses. The net effect was that the British Columbia numbered company amalgamated with 311, thereby acquiring 311's taxable gain from the sale of Hill 'N' Dale. The British Columbia numbered company was able to offset that gain against its accumulated tax losses. These transactions were negotiated and completed for valuable consideration with an arms' length third party represented by counsel at Smith Lyons who, Ford testified, conducted thorough due diligence, including confirming that 311 held *bona fide* beneficial ownership of Hill 'N' Dale when it was sold to 312.

75 As a result of these transactions, 312 owed 310 approximately \$5 million on the purchase of Hill 'N' Dale (represented by a note receivable) and 312's adjusted cost base of the Hill 'N' Dale property was now based on the 1988 purchase price at fair market value. In 1996, 310, 312 and Cave Hill amalgamated forming the "new" Cave Hill. This had the effect, among other things, of eliminating the note receivable owing from 312 to 310.

76 Valerie has remained the sole shareholder of 312 and Cave Hill throughout. Mr. Pender is the manager of Cave Hill's assets and is paid a fee for his services in that regard. Sloan is an officer of Cave Hill but, since his bankruptcy in 2004, has not been a director. Cave Hill's assets are of considerable value and principally consist of an investment portfolio and the Hill 'N' Dale property, which has significant capital value and produces rental income. Distributions from Cave Hill, authorized by Valerie as the sole shareholder, essentially finance Valerie's care and Sloan's personal living expenses, as he has no assets of his own or other means of support.

### **3. The Bowes Property**

77 The plaintiff attacks the transfer of the Bowes property on the following basis. Unimade was acquired from Magna with Sloan's assets. Sloan kept Unimade's shares in his name but put the Bowes property in the name of a holding company, 938, of which Sloan was the sole shareholder at the time. It was only a month later that Sloan transferred the shares of 938 to Valerie. Neither 938 nor Valerie paid any material consideration for the acquisition of the Bowes property.

78 After transferring the Bowes property to 938 and the shares of 938 to his wife, Sloan continued to treat the Bowes property as his own by causing Cave Hill to rent it to Unimade for more than \$10,000 per month. When Unimade went out of business in 1992, Sloan negotiated the rental of the Bowes property to a third-party commercial tenant. In 1999, Sloan negotiated the sale of the Bowes property by Cave Hill for \$2.5 million. The sale proceeds of the Bowes property were used by Cave Hill to purchase securities that form part of Cave Hill's investment portfolio. Sloan continues to derive benefit from these assets through the "largesse" of Valerie.

79 The plaintiff argues that this transfer exhibits several badges of fraud:

- (a) it was made to a close relative;

- (b) it was made without consideration;
- (c) Sloan continue to use, or benefit from, the property post-transfer;
- (d) Sloan had actual or potential liabilities on the date of the transfer; and
- (e) the conveyance forms part of a pattern of conduct which resulted in essentially all of Sloan's assets being transferred to Valerie by the date of Indcondo's judgment for breach of the put/call agreement.

80 The plaintiff argues that these suspicious circumstances raise a *prima facie* evidentiary basis for an inference that the transaction was done with the intent to defeat creditors which the defendants are bound to rebut. Indcondo says the defendants have failed to do so.

81 As in so many cases involving alleged fraudulent conveyances, in this case a finding concerning the necessary intention to defeat creditors cannot be made except by drawing an inference from all of the surrounding circumstances. There is, for example, no explicit fraudulent act in the sense of evidence that a representation was made concerning the ownership of Sloan's assets to a creditor or potential creditor which was not true. As the cases make clear, I must be careful to avoid using the badges of fraud doctrine mechanically. A finding of fraudulent intent to defeat creditors depends not on a tally of "badges" - these are but part of the factual matrix from which inferences may be drawn - but upon an assessment of all the facts bearing on the question of fraudulent intent.

82 Taken alone, the mere fact that Sloan took title to this property in a company, the shares of which he transferred to his wife for no consideration, or even that Sloan now, with the benefit of hindsight, effectively controls the resulting asset due to his wife's stroke, would not be sufficient to conclude that the transfer was made with fraudulent intent.

83 Sloan was a wealthy businessman in 1987. While at Magna, he was extremely well paid. Although the details of his profit on the sale of his Magna shares in 1987 are vague, it is nevertheless clear that he did very well indeed. As well, Sloan was about to fulfill a longtime dream of running his own business, a successful business with which he was already extremely familiar. He was also an investor in an apparently successful real estate development company along with a number of very wealthy friends and acquaintances. If he wanted to establish a nest egg for his wife and children, he was entitled to do so provided it was not with the intent of defeating creditors.

84 Sloan and Valerie's protestations that, in transferring the property to 938 and 938's shares to Valerie, there was no thought of defeating creditors is, of course, of essentially no evidentiary value. This is a case where the testimony of the parties as to their subjective intent must be scrutinized with care and suspicion. As the authorities say, it is very seldom that such evidence can be safely acted upon as in itself sufficient. As matter of prudence, therefore, I should look for corroborative evidence of the *bona fides* of the transaction.

85 The critical issue, in my view, relates to whether there were "creditors or others" toward which a fraudulent intent to defeat was directed. That there were creditors or others in 1987 is, I think, beyond doubt. The real question in analyzing the inference the plaintiff seeks to draw is whether Sloan had any reason to think that, as a result of this impugned transaction, his potential future liabilities would probably exceed his ability to pay. That requires an analysis of Sloan's assets and liabilities, or potential liabilities, at the end of 1987 in the context of what he would reasonably have believed were his prospects at the time.

86 It is necessary to comment on the fact that a good deal of documentation that one would expect to have been produced in this litigation is not available. The plaintiff asks for adverse inferences to be drawn from Sloan's failure to produce, for example, more detailed evidence of his net worth, assets and liabilities, from the 1980s and early 1990s. Sloan's response to these allegations is simple: the plaintiff's claim was not instituted until four or five years after most of the relevant dates and, given the glacial pace of this litigation since 1992, documents have gone missing or were destroyed in the ordinary course.

87 There is much to be said for the defendants' position. It is easy, with the benefit of hindsight, to say that this or that document ought to have been produced. However, the lethargy which seems to have infected the plaintiff's prosecution of its claims could easily have contributed to a false sense of security. The loss of documents is just as prejudicial to the defendants as it is to the plaintiff. While it has made everyone's job more difficult in the context of this trial, I am not willing, in the circumstances of this case, to draw any adverse inferences from Sloan's inability to produce documents which, it is to be assumed, must have existed at the relevant time.

88 While not dispositive, it is relevant that the plaintiff was not a "creditor or other" in December 1987. The put/call agreement did not even exist until April 1990. Sloan owned a successful business, Unimade. It is unknown precisely what its assets and liabilities were in 1987 (apart from the transfer of the Bowes property) but there is no suggestion that its prospects were anything but excellent. Sloan had just sold his Magna shares for a substantial profit. Sloan's investment in Steeles-Jane was doing well. While its acquisitions were almost fully financed, the real estate market was, I find, still booming in 1987.

89 The plaintiff seeks to paint a picture of looming disaster in the 1987 to 1990 period - of a real estate market, and Steeles-Jane in particular, heading for a cliff. This, in my view, is an argument entirely constructed with the benefit of hindsight. While it is true that markets have cycles, downturns, like car accidents, cannot be foreseen. It seems obvious, after the fact, what happened but at the time, it is business as usual.

90 I find that in December 1987, Sloan's existing creditors were well secured. I do not think that Sloan reasonably believed, or ought reasonably to have believed, that giving title to the Bowes property to his wife's corporation would result in his inability to make good on his existing, or contemplated, financial obligations. I am therefore unable, on this evidence, to infer that the conveyance of the Bowes property was made with the intent to defeat Sloan's "creditors or others."

#### ***4. The Hill 'N' Dale Property***

91 The Hill 'N' Dale property was acquired in December 1987 for \$2.17 million. It was sold in April 1989 for \$7.33 million (comprised of \$3.6 million cash and a \$3.73 million vendor takeback mortgage). The cash and mortgage were received by 312. The purchaser eventually defaulted on the mortgage. Cave Hill took foreclosure proceedings, as a result of which Cave Hill re-acquired the Hill 'N' Dale property in November 1994 and continues to own it today.

92 The plaintiff argues that this transfer exhibits similar badges of fraud:

- (a) it was made to a close relative;
- (b) it was made without consideration;
- (c) Sloan continue to use, or benefit from, the property post-transfer;
- (d) Sloan had actual or potential liabilities on the date of the transfer;
- (e) the destruction or disappearance of relevant documents concerning the transaction; and
- (f) the conveyance formed part of a pattern of conduct.

93 A great deal of time was spent at trial and in argument on the series of transactions which took place between December 1987 and the summer of 1988, all focusing on the question of whether Sloan held the Hill 'N' Dale property as bare trustee or not. As of April 1989, however, there is no question that the benefit of Hill 'N' Dale property ownership — that is, the proceeds of sale — was transferred to Cave Hill.

94 What turns on all this is whether the gift of indirect beneficial ownership in the Hill 'N' Dale property to Valerie took place in December 1987 or April 1989. This seems to be viewed by the parties as important because it either places the transfer to Valerie earlier (and therefore further in time from the eventual falling out of the Steeles-Jane shareholders and the alleged real estate market reversal) or later (and, therefore, closer to those events).

95 If, of course, the transfer of sale proceeds to Cave Hill in 1989 was not done with fraudulent intent, then what happened earlier does not matter. However, since this is a case where inferences must be drawn from the surrounding circumstances, I will address both scenarios.

96 The plaintiff argues that the whole trust argument advanced by the defendants is a sham and an afterthought. The details of the trust agreement were not, it says, even pleaded and no mention of the trust's details surfaced until shortly before trial, in the pre-filed evidence of Mr. Ford.

97 The plaintiff points to the lack of any nominee and trust agreement and to many of the "badges" described earlier — the fact that Sloan appears to have dealt with the property as if it were his own, etc.

98 The plaintiff also attacks Mr. Ford's credibility, relying on his long relationship with Sloan, the alleged "back-dating" of documents, the fact that documents surfaced from Mr. Ford's basement at the last minute and his behavior at trial generally. This is a reference to the fact that, following the completion of his testimony at trial, where the lack of documentation was repeatedly pointed out during his cross-examination, Mr. Ford searched an old precedent file in a box in his basement and located some documents relating to the 1988 tax loss transaction described above. He called Mr. Healey and was told to attend in court the next day with the documents so that Mr. Healey could review them. What transpired was a bizarre incident in which Mr. Zibarras chased Mr. Ford, and the documents, to Mr. Ford's car parked on University Avenue in front of the court. At the lunch break, I was required to make a ruling on the street when the documents were being transferred from Mr. Ford's car to the courtroom where they were to be reviewed by both parties.

99 While all of the details of the 1988 tax loss transaction were not pleaded, the essential fact, that Sloan acquired the Hill 'N' Dale property in trust for Valerie and that ownership ended up in 312, a company owned by Valeris, is pleaded. Mr. Ford is not a party and was not examined prior to trial. There is no doubt that documents one would expect to see, such as a nominee and trust agreement executed by Sloan, have not been produced. Mr. Ford testified that there would have been such a document and that it was essential to the transaction that neither Sloan nor Valerie personally held beneficial title to the Hill 'N' Dale property. While it is true that, for tax purposes, who beneficially owned the shares of 310 and 312 was not critical, Ford's evidence was that the fundamental intent in 1987/1988 was that Valerie, through 312/Cave Hill, would have beneficial title to Hill 'N' Dale; it was a secondary purpose to reduce future tax liabilities on a sale of Hill 'N' Dale through the tax loss transaction, the result of which was to boost the adjusted cost base of the Hill 'N' Dale property in Cave Hill's hands.

100 While it is true that the two issues, whether Sloan held title in trust and the tax loss transaction, are not *necessarily* related I find, as a fact, that they *were* related in this case. In other words, the intent of the tax loss transaction was not only to achieve a desirable tax outcome regardless of who held the ultimate beneficial interest in Hill 'N' Dale but a tax benefit for 312, the shares of which were held by Valerie from the date of its acquisition.

101 The plaintiff attacks the 1988 tax transaction on essentially two levels. First, it argues that the tax transaction did not, in fact, confer title on 312. Secondly, the plaintiff argues that even if the tax transaction settled beneficial title in Hill 'N' Dale on 312, it was a sham; that is, a transparent attempt to defeat creditors.

102 I do not think the first argument can be sustained. The plaintiff's main argument on this issue rests on the fact that no nominee/bare trustee agreement has been produced and that 310 shares were not owned by Valerie at the time of the transaction. The agreement of purchase and sale and the bill of sale describe Sloan as the purchaser of Hill 'N' Dale "in trust." Registered title was taken in Sloan's name. The deed and land transfer tax affidavit do not mention any trust. However, within months of the acquisition, Sloan and Ford initiated the tax transaction, the ultimate result of which

was to put beneficial ownership of Hill 'N' Dale into 312. Ford testified that there would have been a nominee and trust agreement. He said it was necessary for the deal that title be transferred to 312, not Sloan.

103 The plaintiff argues that Mr. Ford is not credible. While I agree with the plaintiff's general observation that Mr. Ford is not independent and that he shaded his evidence in an effort to help his old friend, on this point I find Mr. Ford's evidence credible. I say this for several reasons.

104 First, this was the type of deal Mr. Ford was used to doing at Magna. He had experience and expertise in this area. A nominee trust agreement was, he said, a typical and necessary feature of these types of deals. Second, and more importantly, the tax transaction involved a third-party, materially adverse in interest to Sloan and the 300-series companies. The B.C. tax loss corporation was independently represented by Smith Lyons, a law firm also experienced in these types of deals. In order for everyone to get what they bargain for, Sloan could not have been the beneficial owner of Hill 'N' Dale. It is clear, therefore, that if legal title remained with Sloan, it was because beneficial ownership clearly and unambiguously rested first with 310/311 and, post-transaction, with 312.

105 I do not think Mr. Ford intentionally sought to conceal relevant documents. Issues raised during his cross-examination prompted him to search an old precedent file in his basement. He found exhibits 11 and 12. He brought these to court to show Mr. Healey. During that process, plaintiff's counsel got wind of these new documents and aggressively sought access to them. I fault no one for this but Mr. Ford was "spooked" by plaintiff's counsel and took the documents back to his car. His stated purpose in doing so was to enable Mr. Healey to review them in private (and because he had to put more money in his parking meter). My ruling during the trial required the documents to be retrieved and brought into court, where they were reviewed by Mr. Healey and, ultimately, all provided to plaintiff's counsel. They were marked as exhibits in the trial and subject to subsequent cross-examination. The documents show the continuation of what we had seen earlier; Sloan signed documents on behalf of the companies, etc. The new documents, however, are not dispositive of any specific issue in dispute.

106 It is true that all of the documents were not perfectly organized or entirely consistent through the process of acquiring Hill 'N' Dale in 1987, transferring it to 312 in 1988 and selling it in 1989. However, as Hunt J. said in *Royal Bank v. Thiessen*, [1981] M.J. No. 45 (Man. Q.B.) at para. 12, "Financial arrangements between husband and wife are often not documented as thoroughly as they are between people acting at arms' length. This does not mean they are not real or that they should not be accepted as factual, or bona fides."

107 In all of the circumstances, I find that Sloan held legal title to Hill 'N' Dale in trust for Valerie. He was not holding title in trust for himself and there was a known, intended beneficiary in his wife, Valerie. While the exact form of that trust was not determined until several months later, the intention was, I find, that Valerie was to hold the ultimate beneficial interest. The delay in implementing that intent was to enable Mr. Ford to structure the transaction in a way that would reduce exposure to tax on any future sale.

108 The plaintiff's second argument rests on the proposition that, in the course of acquiring the Hill 'N' Dale property, Sloan converted his own asset, i.e. money, into an asset beneficially owned by Valerie, i.e., the Hill 'N' Dale property. This transaction was to a closely related party for no consideration. Sloan's subsequent dealings with the property, including to the present, is said to show that he continued to derive benefit from and, to some extent, control this property. These are suspicious circumstances which warrant careful scrutiny.

109 In my view, as with the Bowes property, the issue of whether there was fraudulent intent to defeat creditors in December 1987 essentially turns on the question of whether Sloan ought reasonably to have understood that conveying Hill 'N' Dale beneficially to Valerie was likely to result in his inability to meet his obligations to others as they fell due.

110 The analysis of this issue is similar to the analysis of the Bowes transaction. I am unable to conclude, on the evidence, that in buying the Hill 'N' Dale property for Valerie, Sloan intended, or reasonably ought to have been concerned, that in doing so he would defeat creditors.

111 Indcondo was not a creditor in December 1987. The put/call agreement would not exist for several years into the future. The banks were clearly creditors of Steeles-Jane and Sloan was bound by personal guarantees to cover Steeles-Jane's indebtedness. However, in 1987 and 1988, there is no evidence that Steeles-Jane was in, or heading for, trouble. There is no evidence that the market was turning or that Sloan was embarking on a new, uniquely risky, venture. There is no evidence that any creditor relied on Hill 'N' Dale specifically as security for Sloan's current or possible future obligations.

112 The plaintiff argues that when you take away the investment portfolio and the Hill 'N' Dale property, there are no assets remaining to satisfy Sloan's creditors. On this basis, the plaintiff argues that Sloan must have intended that these transfers would leave his creditors with nothing. The flaw in this argument, however, is that it is based entirely on hindsight. In fact, in 1987/88 I find, these assets represented a relatively small proportion of what Sloan would reasonably have believed to be his net worth. To all intents and purposes, Sloan was flying high in 1987/88. He cashed in his Magna investment, acquired Unimade for his own and appeared to be heading for substantial profits arising out of Steeles-Jane's real estate development activities. The plaintiff's argument requires assuming that the failure of Steeles-Jane and Unimade were reasonably foreseeable by Sloan in 1987, 1988 and 1989. I do not think the evidence supports that assumption. The acquisition of the Hill 'N' Dale property beneficially for Valerie was, therefore, not done with intent to defeat Sloan's creditors.

113 If I am wrong in the conclusion that Valerie beneficially owned Hill 'N' Dale and, in fact, Sloan remained the beneficial owner of Hill 'N' Dale until it was sold on April 6, 1989, there remains the question whether, when Hill 'N' Dale was sold, the transfer of the proceeds of that sale to 312 (both cash and vendor takeback mortgage) itself represents a fraudulent conveyance.

114 There are three main factors said to have changed between December 1987 when the Hill 'N' Dale property was acquired and April 1989 when it was sold. First, by year-end May 1989, Steeles-Jane's balance sheet had changed. As of May 31, 1989, Steeles-Jane had assets of about \$70 million, including over \$40 million of property held for resale or future development. Steeles-Jane had liabilities of almost \$67 million with retained earnings of some \$3.8 million. The value of Sloan's stake in Steeles-Jane had grown but so had his potential liabilities. April 1989 is only about a year before the put/call agreement was reached, in the period of time Di Poala claims to have been giving dire warnings to the other shareholders of their possible exposure to a downturn and expressing his desire to be cashed out of Steeles-Jane. Finally, 1989 is when Di Poala says the market started to turn.

115 In essence, the plaintiff argues that by April 1989, there were more warning signs and that the potential exposure under Sloan's personal guarantees to the CIBC and the percentage of raw land held by Steeles-Jane (and therefore the more risky part of its real estate portfolio) had grown significantly. Thus, the plaintiff takes the position that by April 1989 Sloan could no longer reasonably have believed that giving his assets to Valerie would not adversely affect his ability to see that his creditors would be paid.

116 As mentioned earlier, the parties take diametrically opposed views of when the market started to turn and when the collapse of the market was reasonably foreseen or foreseeable. The anecdotal evidence of the parties I find entirely unhelpful. Both sides have their self-interested reasons for placing the downturn earlier or later than the other. Neither party called any expert evidence on this issue. In my view, the best evidence of the buoyancy of the Toronto real estate market has to be taken from the objective evidence of third-party transactions involved in this case.

117 The reporting package to shareholders of Steeles-Jane dated October 25, 1989 shows, as indicated earlier, established equity of almost \$48 million, leaving aside budgeted gains on unserviced land. This approach appears to be consistent with the manner in which Indcondo's shares were valued for the purposes of the put/call agreement.

118 In April 1990, a year after the sale of Hill 'N' Dale and the transfer of the proceeds to 312, Indcondo's 10% was agreed to be worth about \$5 million, suggesting an underlying assumed net equity value of Steeles-Jane of \$50 million.



Indcondo is the only shareholder ever to receive a net equity return on its shares in Steeles-Jane. Had the business been in trouble, or on the known brink of trouble, as Di Poala alleges, it is inconceivable to me that all the other shareholders of Steeles-Jane would have agreed in April 1990 to a buy out for Di Poala at a price representing a *net equity value* of Steeles-Jane of \$50 million.

119 Further, this value suggests an assumed net equity value of Sloan's 20% interest in Steeles-Jane of \$20 million. Thus, in April 1990, Sloan would reasonably have believed based on the market values of the underlying assets, that, after all Steeles-Jane's lenders had been paid, his interest in Steeles-Jane would still have had very substantial value indeed.

120 In addition, in 1988, post-purchase of Hill 'N' Dale, Sloan and Ford thought it worth paying a substantial fee of some \$133,000 to structure a transaction the entire purpose of which was to realize current gains against a future sale. This suggests an anticipation that the value would continue to grow. And, in fact, it did grow - the April 1989 sale of the Hill 'N' Dale property to HTB (an arms' length transaction) resulted in a gain of over \$5 million over the 1987 purchase price.

121 The put/call agreement was not signed until April 1990. The initial scheduled transaction posed no problem for Alfano and Rinomato, the intended purchasers of Indcondo's Steeles-Jane shares. Indcondo's October 1990 put also resulted in the scheduled purchases by Alfano and Rinomato, albeit some portion of payment for which was later than originally contemplated.

122 It was not until November 1990 that Alfano and Rinomato gave indemnities to Sloan and not until April 1991 that Alfano and Rinomato defaulted on their scheduled purchases of Indcondo's Steeles-Jane shares. It was not until March 1992 that Indcondo served notice of its intention to require Sloan to purchase all of Indcondo's Steeles-Jane shares and only in April 1992 that Indcondo commenced an action to enforce this obligation (an action in respect of which it did essentially nothing for four years).

123 Another factor worthy of consideration in the analysis of this issue is the timing of Di Poala's release from his own personal guarantees of Steeles-Jane's indebtedness to its lenders. As noted in the put/call agreement, Indcondo and Di Poala had provided guarantees to various mortgagees in the amount of \$22.8 million and to CIBC for \$5.5 million (10% of \$55 million). As of April 6, 1990, there was approximately \$37.2 million of indebtedness owed to the CIBC (10% of which was \$3.72 million).

124 Under the put/call agreement, Steeles-Jane agreed to use its best efforts to obtain releases for Indcondo and Di Poala from their guarantees to the lenders and indemnified Indcondo and Di Poala in respect of all guarantees given by them.

125 The evidence was that sometime after April 6, 1990, Di Paola and Indcondo were, in fact, released by the lenders from the obligations under their guarantees. There was no evidence provided about the specific timing or circumstances of obtaining these releases. However, it seems to me inconceivable that, if there had been any hint of Steeles-Jane's financial difficulty or possible inability to discharge its debts to the financial institutions, the release of Indcondo and Di Poala's guarantees could have been obtained in any circumstances.

126 Accordingly, the only possible inference from the lender's conduct in agreeing to release Indcondo and Di Poala from their guarantees is that by, at least April 6, 1990, and most likely for some time after that, Steeles-Jane's creditors were satisfied with Steeles-Jane's balance sheet and unconcerned about the sufficiency of their security for Steeles-Jane's obligations.

127 In my view, on the evidence, the earliest sign of market difficulty can be placed no earlier than November 1990, a year and a half after 312 received the benefit of the proceeds of sale of the Hill 'N' Dale property. At the time of that transfer in April 1989, therefore, Sloan had every reason to believe, reasonably, that the transfer of the benefit of the sale of Hill 'N' Dale to 312/Cave Hill would not impair his ability to make good on his other financial obligations.

128 For these reasons and those previously stated, I do not think Sloan could be said to have had the required intent to defraud creditors in April 1989. I therefore find that, even if Sloan remained the owner of the Hill 'N' Dale property until it was sold in April 1989, the transfer of the proceeds of that sale to 312 was not done with the intent to defraud creditors.

### ***5. The Riverside Property***

129 Sloan and Valerie purchased 42 Riverside as joint tenants in August 1989. Their prior home was also owned in joint tenancy. On July 8, 1992, Sloan conveyed his 50% interest in 42 Riverside to Valerie.

130 The context for this transaction is materially different from those discussed above. By at least early 1991, Alfano and Rinomato defaulted on their obligation to purchase Indcondo's shares in Steeles-Jane. Indcondo served notice of its call on Sloan to acquire its shares in March 1992. When the shares were not purchased, Indcondo issued a statement of claim in May 1992. The details are vague but it is known as well that somewhere between 1990 and 1992, CIBC, the Royal Bank of Canada and the Bank of Nova Scotia began "putting pressure" on Sloan in respect of his personal guarantees. The Royal Bank sued Sloan and apparently obtained judgment for \$12 million in 1993. I find that this "pressure" likely became manifest in late 1991.

131 Sloan had initially transferred his interest in 42 Riverside to Valerie in 1990 for no consideration. He received advice later, however, that the transfer of this interest without consideration was liable to be set aside and so the transfer was reversed. By July 1992, the Bank of Nova Scotia was pressing Sloan for repayment of a \$500,000 line of credit. Mr. Ford's evidence was that he discussed the matter with Sloan and Valerie. Valerie, he said, wanted to help Sloan was unwilling to mortgage 42 Riverside. Mr. Ford recommended pursuing a tax efficient transaction in which Valerie would acquire Sloan's interest in 42 Riverside in exchange for causing Cave Hill to pay off Sloan's Scotiabank indebtedness. Sloan and Valerie followed this advice.

132 Sloan and Valerie obtained an appraisal of 42 Riverside, valuing the property at \$1,050,000. Cave Hill raised \$500,000 by agreeing with HTB, the purchaser of the Hill 'N' Dale property, in exchange for a reduction of its vendor takeback mortgage to HTB of \$900,000, to a prepayment on the mortgage of \$500,000. This money was used to pay off Sloan's obligation to Scotiabank. The remaining \$25,000 was paid to Sloan in cash. Title to Sloan's interest in 42 Riverside, therefore, passed to Valerie in exchange for consideration of half the appraised value, \$525,000.

133 The plaintiff attacks the transfer of Sloan's interest in the matrimonial home on the basis that:

- (a) the transfer was made to a non-arms' length person;
- (b) consideration was inadequate or nonexistent;
- (c) the debtor continued in possession of the property after the conveyance;
- (d) there were actual and potential liabilities facing the transferor at the time of the transfer; and
- (e) the transfer forms part of a pattern of conduct.

134 The defendants seek to justify this transaction on the basis that the defendants had a continuing intention to transfer Sloan's interest to Valerie since 1990 (that is, from before the market collapse) and on the basis that the transaction was done for valuable consideration.

135 I do not think the fact that an earlier attempt, perhaps in more favourable circumstances, to transfer Sloan's interest in 42 Riverside to Valerie can save the transaction from attack. The law is clear that the time for evaluating fraudulent intent is at the time of the impugned transaction. Thus, hindsight does enter into the analysis.

136 Sloan knew by July 1992 that he was in significant financial jeopardy, not only to the Bank of Nova Scotia but to Steeles-Jane's lenders, Unimade's lenders and, potentially, to Indcondo as well. He also knew that at least some of his other assets had been given to Valerie. In the circumstances, I can come to no other conclusion but that Sloan knew, or ought to have known, that the transfer of his interest in 42 Riverside to Valerie in 1992 would be likely to have a material adverse impact on his ability to pay his creditors. Indeed, in the circumstances, I find that this was the very reason the transaction was done.

137 This leaves the issue of consideration. The defendants say that Valerie, through her company, 312, paid valuable consideration to Sloan in the form of satisfaction of Sloan's obligation to the Bank of Nova Scotia. They argue that consideration cures all, rendering valid what would otherwise be an attack-able transaction. The plaintiff argues that there was no consideration at all or that, if there was any consideration, it was grossly inadequate. The plaintiff first argues that the assets of 312 were, in fact, Sloan's assets, such that Sloan simply paid himself funds for the reduction of the Scotiabank indebtedness. In the alternative, the plaintiff argues that, since 312 was itself on the hook to Scotiabank as guarantor of Sloan's indebtedness, the payment of \$500,000 to the Bank of Nova Scotia was not consideration paid to Sloan for his half interest in 42 Riverside but, rather, a payment to reduce indebtedness of its own which 312 already had. The remaining consideration paid, \$25,000 in cash, was grossly inadequate given the evidence of a valuation of the property at \$1,050,000. Finally, the plaintiff argues that even with consideration, the 1992 transfer of Sloan's interest in 42 Riverside to Valerie constitutes, in the circumstances, a fraud on his creditors.

138 I am not persuaded by the plaintiff's first argument. For the reasons outlined earlier, I find that Valerie was the sole owner of 312 and, therefore, had the ultimate financial benefit of 312's assets. If Valerie wanted to spend 312's money bailing out Sloan from his personal financial difficulties, that was her prerogative. I accept that, absent the issue of fraudulent intent to defeat creditors, the deal as proposed by Mr. Ford was a valid one.

139 I agree, however, with the plaintiff's second and third arguments. On February 27, 1990, 312 executed an unlimited guarantee of Sloan's obligations to the Bank of Nova Scotia. The evidence is that Sloan was being pressed by the Bank of Nova Scotia in 1992 for payment of Sloan's obligations to the bank. While Valerie seeks to characterize 312's payment of \$500,000 to the bank as consideration for Sloan's interest in the matrimonial home, in reality the payment was necessary to avoid 312's own liability under its guarantee. That payment, therefore, in the circumstances cannot be considered valid consideration for Sloan's half interest in 42 Riverside. The remaining aspect of the payment, \$25,000, was grossly inadequate.

140 Even if 312's payment in respect of Sloan's obligation to Scotiabank could have been considered valid consideration for the transfer of Sloan's interest in the matrimonial home, in the circumstances that existed by mid-1992, I would have found the transaction invalid in any event.

141 This is because even where the court determines that there is good and valuable consideration, it may still find that the conveyance was fraudulent if:

- (a) it was not done in good faith; and
- (b) it was made to a person with knowledge of the debtor's intent to defraud.

142 Section 3 of the *Fraudulent Conveyances Act* provides that good consideration is a defence to a fraudulent conveyance action *provided that* the conveyance was done "in good faith to persons not having at the time of the conveyance to the person notice or knowledge of" the fraudulent intent. Given the close relationship Sloan enjoyed with Valerie, emphasized repeatedly throughout his evidence, and the extent of the business dealings in which Valerie was already engaged with the family unit's assets, it is inconceivable that Valerie was not aware of Sloan's financial problems by July 1992. I find that Valerie must have known that the chief purpose of the transfer of Sloan's interest in 42 Riverside was to protect their home against execution by Sloan's creditors.

143 For these reasons, I find that the transfer of Sloan's interest in 42 Riverside to Valerie in July 1992 was done with the intent to defeat Sloan's creditors and must, on this basis, be set aside.

#### **6. The Florida Condominium**

144 Sloan purchased a Florida condominium in 1981 in his own name and using his own money. In 1993, Sloan conveyed 50% of his interest in this property to Valerie for no consideration. In April 1994, the condominium was sold for \$275,000. The proceeds of sale went to Valerie personally or to Cave Hill. The explanation for this transfer at trial was simply that Valerie asked Sloan to do it this way.

145 In my view, the same analysis applying to 42 Riverside applies to the Florida condominium. The condominium was clearly Sloan's asset. The transfer of a half interest to Valerie in 1993 and the transfer of the entire proceeds of sale to Cave Hill (or Valerie) in 1994 were done at time when Sloan had been sued, not only by the plaintiff but by the Royal Bank of Canada as well. The badges of fraud in this case overwhelmingly point to fraudulent intent. The defendants have not overcome their evidentiary, or tactical, burden of providing a plausible explanation justifying the validity of this transfer.

146 For these reasons, the transfer of the proceeds of sale, in the amount of \$275,000, to Cave Hill must be set aside. There being no evidence of the amount of any encumbrance on this property, the full amount of the proceeds must be considered available for Sloan's creditors.

#### **The Evidence of Tony Di Poala**

147 The plaintiff's only other witness besides John Di Poala was his brother, Tony Di Poala. Tony gave evidence about a conversation he had with Sloan in September 1991, in which the subject of the plaintiff's pending action came up. During the conversation, Sloan is alleged to have said that he was taking steps to make himself judgment-proof, as were the other shareholders, and that this was what businessmen do when faced with threatened litigation.

148 I do not find this evidence to be especially probative or compelling. First, as John Di Poala's brother, Tony has an obvious "stake" in these proceedings; he is not an entirely independent witness. Second, this evidence involves events that happened 23 years ago. For this reason, I do not find either the specific content or the specific timing of the conversation particularly reliable. Most importantly, however, even if I were to accept Tony's evidence, it does little more than tend to corroborate conclusions I have already reached based on other, more objective evidence. The conversation, on Tony's own evidence, took place in the fall of 1991. The Bowes and Hill 'N' Dale property transactions had already taken place. At best, therefore, Tony's evidence is relevant to the transfers of 42 Riverside and the Florida condominium, which I have already found, on the basis of other evidence, were invalid as having been undertaken with the intent to defeat Sloan's creditors. For these reasons, I have placed little weight on Tony's evidence.

#### **Piercing the Corporate Veil**

149 The plaintiff also argues that, in addition to the specific transactions attacked under s. 3 of the *Fraudulent Conveyances Act*, it is entitled to trace all of Sloan's assets to Cave Hill in order to satisfy its judgment. The plaintiff claims, in the circumstances of this case, that it is entitled to pierce the corporate veil.

150 In essence, the plaintiff argues that Cave Hill has, since 1988, operated as little more than Sloan's personal bank account. Put simply, the plaintiff says that Sloan's name is all over Cave Hill's transactions since its formulation as 938 and 312. It was Sloan who, in reality, was the directing mind of Cave Hill's activities. All of Cave Hill's assets came from Sloan for no consideration. Yet now that Sloan is insolvent, these assets have been removed from the reach of Sloan's creditors. Even Sloan's consulting income in the 1990s was deposited into Cave Hill's account for no consideration. The assets of Cave Hill continue to provide the cash for money transfers to Sloan and Valerie's joint bank account, which funds all of not only Valerie's but Sloan's ongoing living expenses. Sloan does not even need, the plaintiff says, to go through the charade of having Valerie (as sole Cave Hill shareholder) authorize these transfers because, at least since

Valerie's stroke, Sloan has held her power of attorney for property and Sloan's old friend, Mr. Pender, is the business manager of Cave Hill. Cave Hill is, argues the plaintiff, a flagrant abuse of the corporate form.

151 I take the definitive, and most current, formulation of the principles underlying when the corporate veil may be pierced from the decision of Sharpe J. (as he then was) in *Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.*, 1996 CarswellOnt 1699 (Ont. Gen. Div.) at paras. 22 and 23:

...the courts will disregard the separate legal personality of a corporate entity where it is completely dominated and controlled and being used as a shield for fraudulent or improper conduct. The first element, "complete control", requires more than ownership. It must be shown that there is complete domination and that the subsidiary company does not, in fact, function independently...

The second element relates to the nature of the conduct: is there "conduct akin to fraud that would otherwise unjustly deprive claimants of their rights?"

152 Sharpe J. relied on the prior decision of the Ontario Court of Appeal in *Gregorio v. Intrans-Corp.* (1994), 18 O.R. (3d) 527 (Ont. C.A.), a decision of Laskin J.A., at p. 536:

Generally, a subsidiary, even a wholly-owned subsidiary, will not be found to be the alter ego of its parent unless the subsidiary is under the complete control of the parent and is nothing more than a conduit used by the parent to avoid liability. The alter ego principle is applied to prevent conduct akin to fraud that would otherwise unjustly deprive claimants of their rights.

153 An appeal from the decision of Sharpe J. was dismissed by the Court of Appeal in a brief endorsement at 1997 CarswellOnt 3496 (Ont. C.A.). See also *642947 Ontario Ltd. v. Fleischer*, [2001] O.J. No. 4771 (Ont. C.A.) at para. 68.

154 In my view, the corporate veil argument adds nothing to the analysis of the situation here. The corporate veil argument cannot succeed separate and apart from the issue of fraudulent conveyances.

155 I say this because, while I would be prepared to accept that Sloan sufficiently dominated the affairs of Cave Hill to meet the first part of the test, the basis for the alleged fraudulent conduct which has deprived the claimant of its rights under the second part of the test is the same conduct on which the plaintiff relies to set aside the impugned transfers as fraudulent conveyances of property dealt with earlier in these Reasons. Thus, the corporate veil argument adds nothing and has no effect apart from the specific transactions which are under attack and which have been dealt with on their own merits.

156 For this reason, I dismiss the plaintiff's claims relating to piercing the corporate veil.

### **The Defence of Laches**

157 Laches is an equitable doctrine, akin to estoppel, founded on the principle that one is obliged to assert legal rights in a timely way or risk losing them. Laches is a form of equitable limitation period. Two factors dominate the consideration of this doctrine:

- (1) delay and its circumstances; and
- (2) prejudice resulting from that delay.

158 In *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221 (Ontario P.C.), at 239 -240 the principle was stated as follows:

...[it] is not an arbitrary or technical doctrine... Two circumstances, always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy.

159 The Supreme Court of Canada discussed these critical factors in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6 (S.C.C.), at pp. 77-78:

What is immediately obvious from all of the authorities is that mere delay is insufficient to trigger laches... Rather, the doctrine considers whether the delay of the plaintiff constitutes acquiescence or results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable. Ultimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties, as is the case with any equitable doctrine.

160 In this case, the defendants argue that the plaintiff's action should be dismissed on the basis of laches. The defendants argue that there has been inordinate delay (now 23 years) and prejudice resulting from that delay. The prejudice, it is said, is the presumed prejudice of fading memories over time and the loss or destruction of relevant documents.

161 In respect of the delay, the defendants rely, among other things, on the conclusions of Mesbur J. in her ruling of August 30, 2011 in this case when she said:

When I look at all the facts of this case and its tortured history, I can come to no other conclusion than that it is an abuse of the court's process. I cannot see how Indcondo can purport to pursue the identical claims yet again, particularly in light of its inordinate delay.

162 I note, however, that central to Mesbur J.'s conclusion in this ruling was the finding that the plaintiff's action was an abuse process — a conclusion founded on the further conclusion that the plaintiff's claim was precluded by the principle of issue estoppel. That central finding on issue estoppel was, however, reversed by the Court of Appeal, which found that, because in *this* case the plaintiff stood in the shoes of the Trustee, it was not seeking to re-litigate earlier, dismissed claims which had been advanced by the plaintiff in its own capacity.

163 Nevertheless, I would be prepared to conclude that the plaintiff has been guilty of inordinate delay in the prosecution of its claims, whether or not those claims are asserted on its own behalf or standing in the shoes of the Trustee. This finding alone, however, as noted above, is insufficient to support a claim of laches. The defendants must also prove circumstances, such as irredeemable prejudice, which show that the continued prosecution of this action is unreasonable. The defendants have failed to do so in this case.

164 In my view, the prejudice relied on — fading memories and loss of documents — lacks sufficient specificity. While the plaintiff is unquestionably guilty of delay, all parties must take some responsibility for aspects of the more than 23 years which has elapsed since the relevant events. More importantly, while Sloan makes the generic claim that documents were lost or destroyed in the usual and ordinary course of business, there is no evidence of specific documents being destroyed at specific stages of the proceeding as a result of the plaintiff's delay. The relevant property transfers took place between 1987 and 1989. Sloan was first notified of claims in early 1992. Sloan has failed to give any content to the generic complaint that documents that would have been helpful to him were lost or destroyed before that point in time. Since then, while there have been long periods of inactivity on the plaintiff's part, only a fool would have jettisoned important documents with litigation hanging over his head. The fact that Mr. Ford (while not a party nevertheless a friend of Sloan's) produced documents at the eleventh hour also casts some doubt on the rigor with which Sloan fulfilled his document production obligations. While I am sympathetic to the defendants' plea that adverse inferences ought not to be drawn from the loss or destruction of relevant document in the circumstances of this case, the evidence does not rise to the level of proof of acquiescence or actual, material prejudice sufficient to support a claim of laches. For these reasons, the defendants' argument for the dismissal of this action on the basis of laches is dismissed.

### **CPL Motion**

165 The defendants had a pending motion before this court to set aside an *ex parte* order for a certificate of pending litigation based on alleged incomplete disclosure by the plaintiff. This motion, it seems, was overtaken by other events including the two motions to dismiss the action, and the two trips to the Court of Appeal, and the case management order of D. Brown J., which suspended all motions and reserved this issue to trial.

166 The *ex parte* motion was for an interlocutory order, the sole purpose of which was to prevent the dissipation of assets in dispute pending the trial of this action. There has now been, of course, a full hearing on the merits of the plaintiff's claims and, subject to rights of appeal, a final determination of those claims. In my view, therefore, the issue of the sufficiency of the evidence on the plaintiff's *ex parte* motion for a CPL is now moot. I therefore find it unnecessary to rule on the defendants' motion to set aside the CPLs. Any CPL affecting Hill 'N' Dale must and shall be discharged. Any CPL affecting 42 Riverside has been superceded by my judgment.

167 Should there be an appeal, any further motions to preserve assets pending appeal will have to be brought on fresh evidence which would include the evidence adduced at trial.

### **Costs**

168 Any party seeking its costs shall do so by filing a written submission, not to exceed five typed, double-spaced pages, together with a Bill of Costs and supporting documents, within 21 days of the release of these Reasons. Anyone wishing to respond to such a request shall do so by filing a written response, subject to the same page limit, within a further 14 days.

*Action allowed in part.*

2015 ONCA 752  
Ontario Court of Appeal

Indcondo Building Corp. v. Sloan

2015 CarswellOnt 16689, 2015 ONCA 752, 259 A.C.W.S. (3d) 691, 31 C.B.R. (6th) 110

**Indcondo Building Corporation, Plaintiff/Appellant/Respondent in  
Cross-Appeal and Valerie Francis Sloan, David Robin Sloan and Cave  
Hill Properties Ltd., Defendants/Respondents/Appellant in Cross-Appeal**

G.R. Strathy C.J.O., E.E. Gillese, R.A. Blair JJ.A.

Heard: October 19, 2015  
Judgment: November 5, 2015  
Docket: CA C59303

Proceedings: affirming *Indcondo Building Corp. v. Sloan* (2014), 2014 ONSC 4018, 121 O.R. (3d) 160, 16 C.B.R. (6th) 220, 2014 CarswellOnt 10946, Penny J. (Ont. S.C.J.)

Counsel: Trung Nguyen, for Appellant  
Philip Healey, for Respondents

***Per curiam:***

- 1 Following oral argument, we dismissed the appeal and cross-appeal with reasons to follow. These are those reasons.
- 2 The appellant sought to set aside four transfers of property pursuant to the *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1990, c. F-29, in order to satisfy a judgment it obtained against the respondents in 2001. The action was twice dismissed prior to trial, first on a limitations issue and second as an abuse of process. Both orders were reversed by this court and the matter went to trial.
- 3 Success was divided. The trial judge found that the respondent Sloan's conveyances in 1987 and 1988 to his wife and her company were not made with intent to defraud his creditors. He found, however, that transfers of the matrimonial home and a Florida property between 1992 and 1994 were made for that purpose, and set them aside.
- 4 The trial judge's analysis hinged primarily on his determination of when Sloan knew he was in financial trouble. He found the conveyances in 1987 and 1988 occurred at a time when Sloan could not reasonably have known that they would impair his ability to discharge his financial obligations. By 1992, however, his circumstances had changed. He knew that he was in significant financial jeopardy. The circumstances surrounding those transactions pointed to a fraudulent intent.
- 5 The trial judge also dismissed the appellant's claim to pierce the corporate veil of the wife's company and dismissed the respondents' defence that the action should be dismissed on the basis of the doctrine of laches.
- 6 The appeal and cross-appeal impugn the trial judge's findings of fact. This was a case in which the documentary and testimonial evidence suffered from some infirmities due to the passage of time. The trial judge was in the best position to consider and weigh all that evidence, recognizing the challenges faced by both parties. His findings were based on inferences he drew from the evidence, and from the lack of evidence, and on his assessment of the credibility of the witnesses. They are supported by that evidence. We are not persuaded that the trial judge made a palpable and overriding error in any of his factual findings.



7 In attacking the 1987 and 1988 conveyances, the appellant says the trial judge should have found the trust arrangements were a "sham", relying on *Duca Financial Services Credit Union Ltd. v. Bozzo*, 2011 ONCA 455, 68 E.T.R. (3d) 1 (Ont. C.A.). It says that on the trial judge's findings, Sloan maintained control of his wife's company, and this is inconsistent with having parted with the beneficial interest in the properties.

8 We do not accept this submission. Although the *Duca* case was not brought to the attention of the trial judge, he addressed the argument that the transactions were shams and found otherwise. Indeed, in both cases, based on Sloan's evidence and that of his lawyer, the trial judge found that the appellant had failed to establish that the conveyances were made with fraudulent intent. The trial judge recognized that the documentation was not as complete as it might have been, but observed this did not mean the transaction was lacking in good faith.

9 Applying the principles from *Transamerica Life Insurance Co. of Canada v. Canada Life Assurance Co.* (1996), 28 O.R. (3d) 423 (Ont. Gen. Div.), at pp. 433-34, affirmed by [1997] O.J. No. 3754 (Ont. C.A.), the trial judge concluded that the corporate veil argument could not succeed separate and apart from the issue of the fraudulent conveyances. He was willing to accept that Sloan dominated the affairs of his wife's company to bring it under his complete control. He noted, however, that the second part of the test — "conduct akin to fraud that would otherwise unjustly deprive claimants of their rights" — had not been met. The conduct upon which the appellant relied was the same conduct it relied upon to set aside the transactions as fraudulent conveyances. Thus, the corporate veil argument did not add anything to its attacks of the specific transactions, which he had already dismissed on their merits.

10 Turning to the cross-appeal, the trial judge found that Sloan's circumstances were markedly different by 1992. The appellant had started an action against Sloan and three banks were putting pressure on him. It was in these circumstances that Sloan transferred his interest in the matrimonial home to his wife in 1992 and his half interest in their Florida condo to her in 1993. On the matrimonial home, the trial judge found that Sloan knew the transfer would materially impact his ability to pay his creditors. That was the very reason he made the transfer, and his wife knew that was the reason it was done.

11 As for the Florida condo, the trial judge found that the badges of fraud pointed overwhelmingly to a fraudulent intent and the respondents had not overcome their evidentiary burden of establishing the validity of the transfer.

12 The trial judge was then entitled to determine that the entire proceeds of sale were available to Sloan's creditors, as the respondents produced no evidence to show the property was encumbered.

13 On the cross-appeal, the respondents also say the trial judge erred in not giving effect to the defence of laches.

14 We see no merit to this submission. As the trial judge noted, laches is an equitable doctrine. The party relying on the defence must establish both delay and prejudice resulting from the delay. The trial judge indicated that he would be prepared to find the appellant had been guilty of inordinate delay in the prosecution of the claims. He found, however, that the defendants had not established actual prejudice as a result of the delay.

15 Having presided at the trial, the trial judge was in the best position to determine whether the respondents' defence was prejudiced by the 23-year delay in bringing the matter to trial. The respondents essentially ask us to re-assess the circumstances and to make our own findings as to prejudice. We are not prepared to do so. Nor are we prepared to interfere with the trial judge's exercise of his discretion.

16 The respondents also submit on the cross-appeal that the trial judge erred in failing to give effect to s. 5(1) of the *Assignments and Preferences Act*, R.S.O. 1990, c. A.33, which, the respondents claim, "exempts any payment of money to a creditor provided it was made in satisfaction of a pre-existing debt, whether the payment was intended to prefer the creditor or not." This submission does not reflect the actual words of the section, which contains no reference to a "pre-existing debt." Nor does it take into account the concluding words of the sub-section:

... that is made in good faith in consideration of a present actual payment in money, or by way of security for a present actual advance of money, or that is made in consideration of a present actual sale or delivery of goods or other property where the money paid or the goods or other property sold or delivered bear a fair and reasonable relative value to the consideration therefor.

17 The wording of the provision suggests that it does *not* refer to payments for *pre-existing* debts but rather to *present* payments, advances, sales or deliveries.

18 We do not, however, find it necessary to resolve the issue. This provision was not pleaded and the submission was not made to the trial judge. We are not satisfied that we have all the facts necessary to address the issue and that it can be addressed without causing unfairness to the appellant: *767269 Ontario Ltd. v. Ontario Energy Savings L.P.*, 2008 ONCA 350 (Ont. C.A.), at para. 3; *Kaiman v. Graham*, 2009 ONCA 77, 245 O.A.C. 130 (Ont. C.A.), at para. 18.

19 Both parties sought to introduce fresh evidence on the appeal. In a case of this vintage, a party's claim to have discovered new evidence is viewed with some scepticism. We are not satisfied that the evidence could not have been obtained by due diligence before trial. Whether we apply the *Palmer* test (*R. v. Palmer* (1979), [1980] 1 S.C.R. 759 (S.C.C.)), or the *Sengmueller* test (*Sengmueller v. Sengmueller* (1994), 17 O.R. (3d) 208 (Ont. C.A.)), the fresh evidence is not admissible. See *Korea Data Systems Co. v. Chiang*, 2009 ONCA 3 (Ont. C.A.) at paras. 72-78.

20 For these reasons, the motions to admit fresh evidence are dismissed. The appeal and cross-appeal are dismissed. As success is divided, there will be no order as to costs.

*Appeal dismissed; cross-appeal dismissed.*

2015 ONSC 1781  
Ontario Superior Court of Justice

Juhasz (Trustee of) v. Cordeiro

2015 CarswellOnt 4744, 2015 ONSC 1781, [2015] O.J. No. 1654, 24 C.B.R. (6th) 69, 252 A.C.W.S. (3d) 400

**Pollard and Associates Inc., Trustee in Bankruptcy for the Estate of Agnes Juhasz, Applicant and Rui Cordeiro and Agnes Juhasz, Respondents**

H. Wilton-Siegel J.

Heard: November 25, 2014

Judgment: March 18, 2015

Docket: CV-14-10692-00CL

Counsel: Michael Hackl for Applicant  
Sean N. Zeitz for Respondent, Rui Cordeiro

***H. Wilton-Siegel J.:***

1 On this application, Pollard & Associates Inc. (the "Trustee"), the trustee in bankruptcy of Agnes Juhasz ("Juhasz"), seeks a declaration that a transfer of her interest in a property known municipally as 131 Ulster Street in the City of Toronto (the "Property") is void under s. 96 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the "BIA"). In the alternative, the Trustee seeks an order that Rui Cordeiro ("Cordeiro"), the transferee, pay the difference between the value of Juhasz's interest in the Property and the value of the consideration received by Juhasz on the transfer.

**Procedural Matter**

2 This proceeding was commenced as an application by the Trustee. The Trustee initially argued that the application should be converted into an action for purposes of a trial. However, after further consideration, the Trustee took the position that the facts were not in dispute, as did Cordeiro, with the result that the application proceeded.

3 While the factual background to this proceeding is largely not in dispute, the Court is, however, required to make certain findings of fact that are central to the issues on this application based on inferences from the factual context. The Court has considered the possibility of requiring a trial of these issues in a manner analogous to the limited trial envisaged by the current Rule 20 of the *Rules of Civil Procedure* and as contemplated by the principles in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7 (S.C.C.).

4 Apart from one issue addressed below, however, I have rejected this approach for two reasons. First, the parties seek a determination on this application rather than the additional expense of a trial. Second, the parties have already made full disclosure and conducted extensive discoveries of Juhasz and Cordeiro. There is, therefore, no suggestion that there is material evidence that would be available to the court if a trial were ordered.

5 Accordingly, the Court has proceeded to address this application on the basis of the principles applicable to a summary judgment, as informed by the principles articulated by Karakatsanis J. in *Hryniak*.

**Background**

6 Cordeiro and Juhasz were business partners who acquired two properties for renovation, development and resale in 2010 and 2011, having had a business relationship for several years. Juhasz was a real estate agent who sourced the

properties and attended to the financial administration of the properties. Cordeiro was a contractor who was responsible for the work done on the properties.

### ***The Property and the Adjacent Property***

7 On November 5, 2010, Cordeiro and Juhasz purchased the Property as equal tenants in common for a purchase price of \$670,000. They intended to renovate and re-sell the Property, with each of them contributing one-half of the capital costs and expenses of the Property. In July 2011, Cordeiro and Juhasz acquired the adjacent property at 129 Ulster Street (the "Adjacent Property") on the same basis and for the same purpose, although in this case Juhasz acquired her interest together with her two sons. The Property and the Adjacent Property were semi-detached rental apartment buildings. The Property had four units and one illegal unit in the basement; the Adjacent Property had five apartments.

8 For a number of years, however, Juhasz had failed to report substantial business income for income tax purposes, which was derived from buying and selling real estate with Cordeiro. The Canada Revenue Agency ("CRA") advised Juhasz in the spring of 2011 that it was conducting an audit of her income. Subsequently, in 2012, the CRA assessed Juhasz for over \$2.7 million in unpaid income tax, interest and penalties.

9 In the summer of 2012, Juhasz advised Cordeiro that she was having financial difficulties. At that time, she proposed to transfer her interest in the Property to her two sons. For this purpose, Juhasz engaged an appraiser, Ian G. McLean ("McLean"), to conduct appraisals of the Property and the Adjacent Property. McLean provided a report dated August 10, 2012 (the "McLean Report"), which is described below.

10 While the McLean Report was being prepared, Cordeiro advised Juhasz that he was not agreeable to the transfer of Juhasz's interest in the Property to her sons as they were no more able to bear Juhasz's share of the renovation and financing expenses than Juhasz. He proposed that she could take over the project failing which he would do so. However, they took no further action with respect to the Property at that time. Instead, they concentrated on completing the renovations of the Adjacent Property.

11 In November 2012, Juhasz and Cordeiro listed the Adjacent Property for sale at \$2.3 million. In January 2013, they entered into an agreement to sell the Adjacent Property for \$2,025,000, which transaction closed on May 5, 2013.

12 On or about March 6, 2013, Juhasz and Cordeiro attended at the office of a lawyer and executed separate documentation authorizing and directing the lawyer to register a transfer of Juhasz's 50% interest in the Property to Cordeiro.

13 A deed of transfer transferring Juhasz's undivided 50% interest in the Property to Cordeiro was registered by the lawyer on March 6, 2014 (the "Transfer"). The consideration reflected in the deed of transfer was \$368,942.74, which it is agreed represents one-half of the amount outstanding at that time under two mortgages on the Property for which both Juhasz and Cordeiro were jointly and severally liable. Cordeiro and Juhasz say that Cordeiro assumed Juhasz's obligations in respect of these mortgages effective as of the Transfer. This alleged consideration implies a value of the Property of \$737,885.48

14 Cordeiro explains the six-month delay in effecting the Transfer after obtaining the McLean Report as reflecting their joint concentration on the completion of the renovations of the Adjacent Property and its re-sale, together with a lack of appreciation of the significance of delaying the Transfer.

15 Subsequently, Cordeiro renovated the Property after obtaining possession of the occupied units and a minor variance to legalize the basement unit. The renovations were commenced in April 2013. It is not clear whether the renovations have now been completed.

16 Cordeiro produced an unaudited statement reflecting renovation costs totalling \$508,261.71 plus related professional fees of \$7,784.58. However, he can only produce invoices for \$212,561.71 of the construction work, of

which approximately one-half represents his own invoice, without any supporting documentation, for the value that he estimates for his own work on the Property. He also says \$295,000 was paid to sub-contractors and trades in cash and there are therefore no invoices available to evidence these payments.

17 During his cross-examination in July 2014, Cordeiro testified that he had entered into an agreement for the sale of the Property for \$1.8 million. However, it appears this transaction did not close. While Cordeiro suggests that the transaction failed to complete as a result of the commencement of these proceedings, this explanation cannot be verified on the record before the Court.

#### ***The Bankruptcy Proceedings of Juhasz***

18 Earlier, on January 23, 2013, the National Bank of Canada ("NBC") issued a statement of claim seeking payment of approximately \$49,000, being the amount owing under a line of credit that it had extended to Juhasz which went into default in August 2012. Juhasz was aware of the NBC action from mid-February 2013. The statement of claim was served on Juhasz during March 2013, apparently shortly after the Transfer. Juhasz filed a statement of defence in the NBC action in April 2013. NBC subsequently obtained summary judgment against Juhasz on October 1, 2013.

19 On February 27, 2014, NBC commenced an application for bankruptcy order against Juhasz. On April 1, 2014, Juhasz was adjudged bankrupt and the Trustee was appointed the executor of her estate.

#### ***Evidence Regarding the Value of the Property***

20 The McLean Report appraised the Property and the Adjacent Property as of July 27, 2012. The McLean Report appraised the Adjacent Property on an "as is" basis at \$950,000, based primarily on a capitalization of income approach. The Adjacent Property was undergoing a total renovation and was unoccupied at the time of the appraisal. In reaching that conclusion, the McLean Report concluded that the value of the Adjacent Property on a completed basis was \$1,183,000, based on a capitalization of income approach.

21 The McLean Report appraised the Property at \$720,000, based on a direct comparison approach, for which McLean considered the Adjacent Property to be the best comparator. No renovations had been commenced on the Property, which was described as being in a state of disrepair, and was appraised as a shell. At that time, three units of the Property had been gutted by the previous owner and Juhasz and Cordeiro were seeking to evict a tenant from one of the two remaining units. To obtain a value for the Property, the McLean Report adjusted the value of the Adjacent Property downward to reflect vacant possession and a superior location of the Adjacent Property. The McLean Report also looked at the previous arm's length sale price of the Property, as increased by the average price increase of 10.67% in the greater Toronto area since the date of such sale.

22 In support of its position, the Trustee obtained a "consulting report" of Lebow Hicks Appraisal Inc. dated September 26, 2014 (the "Consulting Report"). The Consulting Report is expressly stated not to be an appraisal of the Property. The Consulting Report addressed only the estimated change in the value of the Property between November 5, 2010, when Juhasz and Cordeiro purchased the Property, and March 6, 2013, the date of the Transfer. The Consulting Report estimated the change in value based on two factors: (1) changes to typical rental income levels and expected capitalization rates during the relevant period; and (2) changes to the risk profile of the Property. The Consulting Report concluded that these factors yielded an increase in the value of the Property from \$670,000 to \$900,000 as of the date of the Transfer.

23 In a review report dated October 30, 2014 (the "Review Report"), McLean criticized the Consulting Report for its assumptions that the Property was an investment property and that the estimated change should therefore be derived based on a rental income model. The Review Report instead proceeded on the basis of the average increase in the price of single family dwellings over the relevant period as calculated according to two separate indices. When averaged, this price change yielded an increase in the value of the Property to \$790,935.

#### **Applicable Law**

24 This application seeks a declaration under s. 96 of the BIA which reads as follows:

(1) On application by the trustee, a court may declare that a transfer at undervalue is void as against, or, in Quebec, may not be set up against, the trustee — or order that a party to the transfer or any other person who is privy to the transfer, or all of those persons, pay to the estate the difference between the value of the consideration received by the debtor and the value of the consideration given by the debtor — if

(a) the party was dealing at arm's length with the debtor and

(i) the transfer occurred during the period that begins on the day that is one year before the date of the initial bankruptcy event and that ends on the date of the bankruptcy,

(ii) the debtor was insolvent at the time of the transfer or was rendered insolvent by it, and

(iii) the debtor intended to defraud, defeat or delay a creditor; or

(b) the party was not dealing at arm's length with the debtor and

(i) the transfer occurred during the period that begins on the day that is one year before the date of the initial bankruptcy event and ends on the date of the bankruptcy, or

(ii) the transfer occurred during the period that begins on the day that is five years before the date of the initial bankruptcy event and ends on the day before the day on which the period referred to in subparagraph (i) begins and

(A) the debtor was insolvent at the time of the transfer or was rendered insolvent by it, or

(B) the debtor intended to defraud, defeat or delay a creditor.

(2) In making the application referred to in this section, the trustee shall state what, in the trustee's opinion, was the fair market value of the property or services and what, in the trustee's opinion, was the value of the actual consideration given or received by the debtor, and the values on which the court makes any finding under this section are, in the absence of evidence to the contrary, the values stated by the trustee.

25 For this purpose, the following provisions of s. 4 of the BIA address the requirements for establishing an arm's length relationship:

(2) For the purposes of this Act, persons are related to each other and are "related persons" if they are

(a) individuals connected by blood relationship, marriage, common-law partnership or adoption; ...

(4) It is a question of fact whether persons not related to one another were at a particular time dealing with each other at arm's length.

26 In addition, the following definition of "transfer at undervalue" in s. 2 of the BIA is relevant for present purposes:

"transfer at undervalue" means a disposition of property or provision of services for which no consideration is received by the debtor or for which the consideration received by the debtor is conspicuously less than the fair market value of the consideration given by the debtor;

### **Issues on the Application**

27 It is not disputed that the initial bankruptcy event occurred on February 27, 2014, when NBC filed its application to petition Juhasz into bankruptcy, and that she was adjudged bankrupt on April 1, 2014. Accordingly, the Transfer,

which occurred on March 6, 2013, falls within the period contemplated by paragraphs 96(1)(a)(i) and 96(1)(b)(i), which runs from February 27, 2013 to April 1, 2014.

28 Cordeiro acknowledges, and in any event, it is clear that Juhasz was insolvent on March 6, 2013. Juhasz acknowledges that her liabilities to CRA alone amounted to over \$2.7 million at that date and that her liabilities exceeded her assets.

29 I propose therefore to consider the following remaining issues pertaining to the application of s. 96 to the Transfer in the following manner. First, I will address a preliminary issue — whether Juhasz and Cordeiro believed, or were willfully blind to the possibility, that the Property had a value in excess of the amount reflected in the Transfer. I will then address the following requirements of a claim under s. 96 of the BIA in order:

1. Were Juhasz and Cordeiro dealing at arm's length at the time of the Transfer?
2. Did Juhasz intend to defraud, defeat or delay a creditor in effecting the Transfer? and
3. Was the Transfer a "transfer at undervalue"?

### ***Preliminary Determination***

30 A central issue in this proceeding is whether Juhasz and Cordeiro considered that there was any equity in the Property i.e. any value over and above the outstanding amount under the mortgages against the Property totalling \$737,885.48 at the time of the Transfer. I find that they knew that there was a reasonable likelihood, or were willfully blind to the likelihood that, there was such value for the following reasons.

31 Juhasz and Cordeiro were experienced business people. As such, they would have been keenly aware of the value of the Property as renovated. In particular, they would have been aware that the implied value of the Property had increased substantially over the appraised value in the McLean Report as a result of the sale of the Adjacent Property. I note that McLean expressed the same opinion on his cross-examination.

32 The McLean Report appraised the Adjacent Property, which was in the course of renovation, at \$950,000 on an "as is" basis and at \$1,183,000 on a completed basis. It sold six months later for \$2,025,000. Even taking into consideration the remaining costs of the renovation, this sale transaction necessarily implied a substantially higher value for the Property both as a renovation property and in a completed state than would have been assumed in July 2012. Juhasz and Cordeiro would also have been aware that this increase in the value of the Adjacent Property over its appraised value was due to their ability to rent the renovated units at rates that exceeded the rental rates provided by Juhasz to McLean and assumed in the McLean Report.

33 In addition, as Juhasz was insolvent and therefore incapable of satisfying her one-half of the mortgage obligations, Cordeiro would have known that he would be fully liable for any deficiency in the value of the Property. He would not have assumed this additional risk unless he was satisfied that renovation of the Property was financeable and would result in a value that exceeded the aggregate of the mortgage financing and the renovation financing required to renovate the Property. Such a scenario implies that the value of the Property at the date of the Transfer at least equalled the outstanding amount under the mortgages.

34 However, Cordeiro would not have taken sole ownership of the Property by the Transfer if he did not also believe that there was a reasonable profit to be made from renovation of the Property. By definition, there must therefore have been sufficient value in the development potential, i.e. the right to renovate the Property, that Cordeiro was prepared to take an assignment of Juhasz's interest and spend his time renovating it. If he had believed there was no such value, or even negligible value, the opportunity would not have justified his time and the risk associated with any renovation in a potentially volatile market. His best course of action would have been to cut his losses by selling the Property with Juhasz, which he chose not to do.

35 While Juhasz did not take advantage of Cordeiro's offer to let her purchase his half-interest, the evidence indicates this was because she lacked the funds, not that she believed there was no development potential in the Property. Given her financial position, there would have been no reason to contemplate assigning the Property to her sons if she did not believe that she had any equity in the Property. In other words, the evidence suggests that Juhasz shared the same view of the value of the Property as Cordeiro.

36 Lastly, I am not persuaded that Cordeiro and Juhasz failed to obtain a new appraisal because they believed that the appraisal in the McLean Report remained valid. For the reasons stated above, they would have known that there was a real likelihood that the Property was worth more than McLean's appraisal of \$720,000. They could have updated the McLean Report. However, that would have delayed the Transfer at a time when the parties appear to have wanted to move quickly in response to NBC's actions in attempting to serve its statement of claim in its action against Juhasz. Critically, they did ask McLean to do an update but he wasn't able to do it "because of time restriction". Given the sale price of the Adjacent Property, I think they also knew that an updated appraisal would have increased the valuation and, therefore, among other things, the land transfer tax payable on the Transfer, which Cordeiro was to bear. Because these considerations are at least as likely explanations for their failure to obtain a new valuation, I do not think that the failure of Juhasz and Cordeiro to obtain an updated appraisal in March 2013 is evidence of an honest belief on their part that the value of the Property had not risen since July 2012.

37 In short, I conclude on the evidence that Juhasz and Cordeiro knew that there was a reasonable likelihood that, or were wilfully blind to the likelihood that, the value of the Property exceeded the amount of the consideration for the Transfer expressed in the deed of transfer. They chose not to obtain an updated appraisal from McLean because they considered that it was a higher priority to effect the Transfer. Accordingly, they were prepared to take the risk that the Transfer might be challenged at some time in the future in order to complete the Transfer as quickly as possible in view of the likelihood of bankruptcy proceedings involving Juhasz given the NBC action as well as the CRA reassessment.

***Were the Parties at Arm's Length?***

38 The Trustee concedes that Juhasz and Cordeiro are not "related" for purposes of the presumption of a non-arm's length relationship in s. 4(5) of the BIA. In particular, there is no evidence that Juhasz and Cordeiro were in a common-law partnership. Accordingly, s. 4(4) of the BIA governs the issue of whether the parties dealt at arm's length on the date of the Transfer. It is therefore a question of fact whether or not these parties were at arm's length at the time of the Transfer.

39 The Trustee submits that Juhasz and Cordeiro were not acting at arm's length based on a number of factors, including that they were effectively partners dealing with partnership property and that they used the same lawyer for the Transfer. The Trustee also says that the parties intended that Juhasz would continue to provide the financial administration for the Property while under renovation, although there is no evidence that she actually did so. Cordeiro submits that the mere existence of a business relationship is not sufficient to establish a non-arm's length relationship.

40 There is little guidance in the BIA regarding the factors to be considered in addressing whether, as a matter of fact, parties were or were not at arm's length at the date of a transfer of property. The Trustee suggests that the Court should have regard to certain criteria identified by Rothstein J. in *McLarty v. R.*, [2008] 2 S.C.R. 79 (S.C.C.) at para. 62 in the context of income tax legislation, as well as to statements in Income Tax Folio S1-F5-C1 (the "IT Folio"). The latter refers, in particular, to the "common mind" principle, in which parties act in concert in respect of a transaction of material interest, and the absence of separate economic interests in respect of parties acting in their separate interests. It also refers to a key factor being "whether there are separate economic interests which reflect ordinary commercial dealing between parties acting in their separate interests".

41 Section 96 is directed at transfers by insolvent persons for a consideration that is materially or significantly less than the fair market value of the property. In this context, the concept of a non-arm's length relationship is one in which there



is no incentive for the transferor to maximize the consideration for the property being transferred in negotiations with the transferee. It addresses situations in which the economic self-interest of the transferor is, or is likely to be, displaced by other non-economic considerations that result in the consideration for the transfer failing to reflect the fair market value of the transferred property.

42 While I do not think that the existence of a partnership or joint venture relationship is sufficient on its own to establish a non-arm's length status, I consider that the absence of any economic interest of a transferor at the point of termination of a business relationship, together with evidence of accommodation of the wishes of the transferee, can support a finding that there was a non-arm's length relationship.

43 In the present circumstances, Juhasz accommodated Cordeiro's wish not to have to deal with third party creditors through a trustee in bankruptcy, i.e. to have a trustee in bankruptcy become his "partner" with respect to the Property. For her part, given the extent of her liabilities, any economic interest in the Property resided, in substance, with Juhasz's creditors. These circumstances appear to fall squarely within the circumstances envisaged in the IT Folio. Juhasz was in a position to accommodate Cordeiro's wishes with respect to the Property because she did not have a sufficient separate economic interest in the Transfer to engage in ordinary commercial dealings in the form of a negotiation with Cordeiro in which each party acted in his or her separate economic interest. Rather, the parties appear to have acted in concert to ensure control in Cordeiro's hands without separate economic interests coming into play.

44 I think the presence of these factors is sufficient, on a balance of probabilities, to establish that parties were not acting at arm's length in respect of the Transfer.

***Did Juhasz Intend to Defraud, Defeat or Delay a Creditor?***

45 Given the foregoing determination, it is not necessary to address whether Juhasz intended to defraud, defeat or delay a creditor as the circumstances in this proceeding are described by the provisions of paragraph (b) of s. 96(1) of the BIA. I have addressed this issue, however, in case I have erred in reaching the conclusion that Juhasz and Cordeiro were not dealing at arm's length.

46 The effect of the Transfer was to put any equity in Juhasz's interest in the Property beyond the reach of her creditors who, according to the record before the Court were primarily NBC and the CRA (disregarding a third creditor whose debt is secured against Juhasz's former residence but may not be fully secured). As such, the effect of the Transfer was clearly to defeat her creditors. The issue is whether Juhasz intended this effect.

47 The Trustee points to the following "badges of fraud" in the present circumstances: (1) Juhasz had few remaining assets after the Transfer; (2) Juhasz and Cordeiro were business partners; (3) Juhasz had significant liabilities and was being pursued by NBC which was trying to serve its statement of claim on her; (4) Juhasz knew she was insolvent at the time of the Transfer; (5) Juhasz and Cordeiro relied on an appraised value in the McLean Report, which they knew was outdated; (6) Juhasz received no consideration for the Transfer beyond Cordeiro's assumption of her share of the mortgage liabilities; and (7) Juhasz admitted subsequently transferring her residence into the name of her son in order to try to defeat her creditors.

48 The Trustee says that these considerations establish an intent to defeat Juhasz's creditors. Alternatively, the Trustee argues that such evidence raises a presumption of such intent that places the onus on Cordeiro to explain away the circumstantial evidence of fraudulent intent, which the Trustee argues Cordeiro has failed to do.

49 Cordeiro says that the evidence indicates that he and Juhasz intended to effect the Transfer properly rather than defeat Juhasz's creditors. He points to the use of the McLean Report appraisal of the Property, the declaration and payment of land transfer tax on the Transfer, the use of a lawyer, the presence of consideration for the Transfer, and the absence of any concealment. Cordeiro's explanation for the delay in effecting the Transfer from July 2012 to March 2013 has been set out above.

50 Juhasz denies any intention to defeat her creditors in effecting the Transfer. However there are a number of difficulties with Juhasz's credibility. First, Juhasz appears to have had an initial intention of "bankruptcy-proofing" her interest in the Property by transferring her interest to her sons. Second, Juhasz subsequently transferred her interest in her Clarksburg farm residence to her son for the same purpose. Third, Juhasz concealed substantial business income from the CRA, which ultimately resulted in a very large reassessment against her. In these circumstances, I do not think the Court can give any credence to Juhasz's expression of her intention in transferring the Property.

51 Juhasz originally intended to transfer her interest in the Property to her sons with a view to retaining her equity in the Property beyond the reach of her creditors. However, ultimately, Juhasz transferred her interest in the Property to Cordeiro who was not one of her creditors. In this regard, I acknowledge that Cordeiro could be regarded as a contingent creditor by virtue of their joint and several liability on the mortgages. However, it follows from their own position — that the consideration for the Transfer was the assumption of that liability — that the Property had a value at least equal to the amount secured by the mortgages and, therefore, that there was no significant possibility of a deficiency claim by Cordeiro against Juhasz in respect of such liability. While it is possible that there was an understanding between Juhasz and Cordeiro regarding an entitlement of Juhasz to a portion of any profits realized, there is no evidence of any such agreement before the Court. Accordingly, Juhasz's intention must be analyzed in the context of an absolute transfer of her interest to a third party. In this context, the following considerations are relevant.

52 First, Cordeiro testified that his reason for requiring a transfer was that he was concerned that a trustee in bankruptcy would not be prepared to finance Juhasz's share of the financing and renovation expenses of the Property. While his concern may have been well-founded, Cordeiro would have been able to acquire the Trustee's interest in the Property at fair market value. In any event, the issue for the Court is not Cordeiro's intention but Juhasz's intention.

53 Second, Juhasz's original intention was clearly to defeat her creditors by transferring her interest in the Property to her sons. For the reasons set out above, I have concluded that Juhasz believed there was a reasonable likelihood that, or was wilfully blind to the likelihood that, there was equity in the Property even taking into account the amount outstanding under the mortgages securing the Property. As mentioned, her intention to transfer her interest in the Property to her sons makes no sense unless she believed that there was equity in her interest in the Property. The issue becomes, therefore, whether her intention changed in agreeing to transfer her interest to Cordeiro.

54 Third, the relevant wording in s. 96 is to the effect that "the debtor intended to defraud, defeat or delay a creditor." Of significance, it is not that "the intention of the debtor was to defraud, defeat or delay a creditor." If it were the latter, I think an applicant would be required to establish that the principal intention of the debtor was to defeat his or her creditors. However, the wording of s. 96 does not require such a determination. Instead, I think it requires only that an applicant establish that one of the debtor's motives or intentions was to defraud, defeat or delay a creditor.

55 Fourth, it is probable that the timing of the Transfer was prompted by Juhasz's impending bankruptcy proceedings, given NBC's concurrent actions in issuing and attempting to serve the statement of claim in its action on top of the ongoing audit of the CRA. In addition to the timing of the Transfer relative to these events, the perception of an urgent need to address the Transfer is also evidenced by the decision of Juhasz and Cordeiro to effect the Transfer without obtaining an updated appraisal from McLean, who apparently required more time than was acceptable to Juhasz and Cordeiro.

56 Fifth, Juhasz was well aware at the time of her Transfer that she was insolvent and that bankruptcy proceedings were likely, as she had very substantial liabilities and no assets. She had two principal creditors — NBC and the CRA, setting aside a third creditor who was at least partially secured against her residence. There is no evidence that she ever sought to reach an accommodation with these creditors by making available the assets that she had at her disposal or to make a proposal to her creditors generally using her remaining assets including the proceeds of sale of her interest in the Property. Instead, the proceeds of the sale of her interest in the Adjacent Property were applied to repay loans to family members. Subsequently, she also attempted to transfer her Clarksburg residence to her son. These factors suggest

a consistent course of action directed toward preventing her assets from being used to satisfy her obligations to the CRA and NBC, to the extent possible, in a bankruptcy proceeding or otherwise.

57 Sixth, it is important to note that there was no formal agreement between Cordeiro and Juhasz regarding the Property and, in particular, no obligation on the part of Juhasz to transfer her interest in the Property to Cordeiro if she became financially unable to bear her share of the renovation expenses. She was free to retain her interest in the Property for the benefit of her creditors.

58 Lastly, given the determination that Juhasz had knowledge that there was a reasonable likelihood that there was equity in her interest in the Property, she would also have been aware that any such value would be assigned to her trustee in bankruptcy in the eventual bankruptcy proceedings. She therefore had a choice between giving such equity to Cordeiro or retaining it for the benefit of all of her creditors in the bankruptcy. Alternatively, if she had intended to ensure that her creditors received the value of her interest in the Property, she could have ensured that result by basing the consideration for the Transfer on an updated appraisal from McLean. As mentioned, the reason for not doing so — a need for haste in view of NBC's actions — suggests that her priority was to complete the Transfer as quickly as possible rather than to effect a Transfer that preserved value for her creditors.

59 Given the foregoing, I think the Court can infer that one of Juhasz's intentions in agreeing to the Transfer was to defeat her principal creditors. She chose to transfer the equity in the Property to Cordeiro rather than retain it for the benefit of all creditors in the bankruptcy proceedings that she knew were inevitable. She also chose not to establish a current fair market value for the Property, and therefore for her interest in the Property, in order to have proceeds to pay her principal creditors. In short, the evidence indicates that Juhasz decided that, to the extent there was any equity in the Property, she preferred to have Cordeiro take the benefit of that equity by virtue of their business partnership rather than to have that equity remain available for her creditors.

***Was the Transfer a "transfer at undervalue"?***

60 Based on the foregoing determinations, the Trustee has satisfied the requirements of both paragraphs 96(1)(a) and 96(1)(b). Accordingly, the issue arises as to whether the Transfer was a "transfer at undervalue"? For this purpose, it is necessary to address both: (1) the difference between the value of the consideration received by Juhasz and the value of the consideration given by her on the Transfer; and (2) whether the difference in (1) qualifies the Transfer as a "transaction at undervalue". I will address each issue in turn.

*The Difference Between the Value of the Consideration Received by Juhasz and the Value of the Consideration Given by Juhasz on the Transfer*

61 Section 96 requires a determination by the Court of the difference between the value of the consideration received by Juhasz and the value of the consideration given by her. In this case, the two are intimately related.

62 The Trustee submits that the value of the consideration given by Cordeiro was nil, given Juhasz's insolvency and the amount of her liabilities. The Trustee also bases his submission on the fact that the parties were jointly and severally liable on the mortgages secured against the Property, that the mortgagees did not release Juhasz from her liability, and that Cordeiro did not execute an assumption agreement in favour of Juhasz.

63 Cordeiro argues that the Property remained charged in favour of the mortgagees who were entitled to be satisfied out of the proceeds of sale of the Property. He also says that, notwithstanding the absence of an executed assumption agreement, he agreed to exchange his right of contribution and indemnity against Juhasz for a transfer to him of her interest in the Property.

64 The evidence demonstrates that, even if there was no formal assumption agreement executed by Cordeiro in favour of Juhasz, both of these parties proceeded on the basis that Cordeiro assumed Juhasz's obligation regarding the mortgages on the Transfer. Cordeiro serviced the mortgages after the Transfer until the date of discharge and has paid all

other Property-related expenses since the date of the Transfer. In particular, he has paid all of the renovation expenses. He has also discharged the two mortgages on the Property at the time of the Transfer in favour of alternate financing for which he is solely liable.

65 In analyzing this issue, I accept that, as an unsecured claim, the value of Cordeiro's right of contribution and indemnity was effectively nil, given Juhasz's insolvency and the amount of her liabilities. As such, it is arguable that Cordeiro gave nil consideration for Juhasz's interest in the Property. On the other hand, the determination of the Court regarding the value of the Property weighs in favour of Cordeiro's position that he provided consideration in an amount equal to one-half of the outstanding mortgage obligations at the date of the Transfer.

66 In this case, the issues of the value received by Juhasz and the value given by Juhasz cannot be separated in the manner suggested by the Trustee. Put another way, there must be consistent treatment of Juhasz's share of the mortgage liabilities. Accordingly, the issues of value can be addressed in one of two ways with equal merit: (1) on the basis that Cordeiro gave no consideration and Juhasz assigned her equity in the Property; or (2) on the basis that Cordeiro gave consideration equal to the share of Juhasz's mortgage obligations assumed on the Transfer and Juhasz assigned her gross interest in the Property without taking into consideration her share of the mortgage liabilities.

67 Although the result is the same in either case, I think the second approach is the analytically correct approach, given the determination that the value of the Property exceeded the outstanding mortgage liabilities on the date of the Transfer. On that basis, Juhasz and Cordeiro were each effectively severally liable in respect of 50% of the mortgage liabilities, as each would be entitled to recover any amount paid in excess of such amount by way of a subrogation claim against the other's interest in the Property. Accordingly, the Transfer should be analyzed as a two-part transaction: (1) the assumption by Cordeiro of Juhasz's mortgage liabilities totaling \$368,942.74; and (2) immediately thereafter, a transfer by Juhasz of her interest in the Property at its gross value, that is without any related mortgage liabilities, on the basis that such liabilities were effectively discharged by Cordeiro's agreement to assume them.

*Was the Transfer a "Transaction At Undervalue"?*

68 As set out above, as applied to the present circumstances, a "transfer at undervalue" means a disposition of property for which the consideration received by the debtor is conspicuously less than the fair market value of the consideration given by the debtor. In the present circumstances, based on the analysis in the preceding section, the consideration received by Juhasz has been established to be \$368,942.74. The consideration given by Juhasz is the value of her 50% undivided interest in the Property. Accordingly, the critical question for determining whether the Transfer was a "transaction at undervalue" is the value of the Property at the date of the Transfer.

69 Pursuant to s. 96(2), in making this application, the Trustee is required to state the Trustee's opinion of the fair market value of the Property at the date of the Transfer. The Trustee originally valued the Property at \$1.8 million based on Cordeiro's testimony on cross-examination that he had entered into an agreement for the sale of the Property at that price and his failure to produce evidence of renovation expenses. Clearly, however, extensive renovation of the Property had to have occurred to achieve a sale price of \$1.8 million. As a result of the materials provided by Cordeiro in his responding motion record described above, the Trustee took the position at the hearing that the value of the Property was \$1.4-\$1.5 million. This would imply a value for Juhasz's 50% interest in the Property of \$700 - \$750,000.

70 Cordeiro argues that the Trustee had the onus of proving its estimate of the value of the Property at the date of the Transfer. He says that the Trustee has failed to satisfy this onus and, on this basis, the Court should find the value of the Property to be the amount of the outstanding mortgages. I do not agree that s. 96(2) imposes an onus of proof on the Trustee. Instead, the purpose of s.96(2) is, absent evidence to the contrary, to make a trustee's opinion of value available to a court for purposes of a proceeding under that provision. However, in the present circumstances, I think the evidence from each party is insufficient to establish the value of the Property at the time of the Transfer.

71 Cordeiro relies on the McLean Report. However, it is clearly outdated given the sale price of the Adjacent Property in January 2013. McLean testified in his cross-examination that the sale price of the Adjacent Property would have had a significant impact on the value of the Property even as a shell building.

72 On the other hand, the Trustee's current proposed fair market value of \$1.4-1.5 million is derived by the deduction of estimated renovation costs from a contract selling price of \$1.8 million. This is not a viable method of determining the fair market value of an unrenovated rental property insofar as it totally excludes any consideration of development risks and corresponding profit.

73 Further, the Consulting Report does not provide a basis for a determination of value by the Court. The Trustee did not rely on the Consulting Report in making its submissions at the hearing of this application. In any event, the Consulting Report was not an appraisal of the fair market value of the Property at the date of the Transfer. The Review Report similarly does not address the fair market value of the Property. It is also suspect insofar as it proposes a methodology based on the average increase in single-family residential dwellings, which the Property is not.

74 Although it appears likely that the value of the Property at the date of the Transfer exceeded the value of the outstanding mortgages secured against the Property, the Court is not in a position to make a determination as to the fair market value of the Property at such date based on the evidence before it. It therefore cannot determine by how much the consideration that Juhasz gave on the Transfer exceeded the consideration received by her. It is therefore also not possible on the evidence before it for the Court to determine whether the Transfer constituted a "transaction at undervalue". These are also not issues which the Court can resolve on the basis of an onus of proof.

75 In these circumstances, I think that the philosophy in *Hryniak* requires that the Court order a trial of the issue of the value of the Property at the date of the Transfer.

76 Accordingly, it is ordered that a summary trial be conducted limited to a determination of the value of the Property at the date of the Transfer. After the Court has made such determination, the Court would be in a position to address the issue of whether the Transfer constituted a "transfer at undervalue" and the appropriate remedy, if any, in favour of the Trustee.

*Summary trial ordered, limited to determination of value of property at date of transfer.*

**Douglas Kerr, S. Grace Kerr and James Frederick Durst** *Appellants*

v.

**Danier Leather Inc., Jeffrey Wortsman and Bryan Tatoff** *Respondents*

and

**Ontario Securities Commission** *Intervener*

**INDEXED AS: KERR v. DANIER LEATHER INC.**

**Neutral citation: 2007 SCC 44.**

File No.: 31321.

2007: March 20; 2007: October 12.

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

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

*Commercial law — Securities — Prospectus misrepresentation — Company's prospectus projecting results for fourth quarter — Intra-quarterly results lagged behind projection after prospectus filed and before public offering closed — Intra-quarterly results not disclosed — Whether s. 130(1) of Securities Act requires company to disclose "material facts" arising after prospectus filed — Whether change in company's results amounted to "material change" requiring disclosure — Whether forecast contained implied representation of objective reasonableness — Whether Business Judgment Rule has any application to disclosure requirements of Securities Act — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1, 57(1), 130(1).*

Danier made an initial public offering of its shares through a prospectus. The prospectus contained a forecast that included Danier's projected results for the fourth quarter of the fiscal year. An internal company analysis prepared before its public offering closed showed

**Douglas Kerr, S. Grace Kerr et James Frederick Durst** *Appelants*

c.

**Danier Leather Inc., Jeffrey Wortsman et Bryan Tatoff** *Intimés*

et

**Commission des valeurs mobilières de l'Ontario** *Intervenante*

**RÉPERTORIÉ : KERR c. DANIER LEATHER INC.**

**Référence neutre : 2007 CSC 44.**

N° du greffe : 31321.

2007 : 20 mars; 2007 : 12 octobre.

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

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

*Droit commercial — Valeurs mobilières — Présentation inexacte des faits dans un prospectus — Prospectus d'une société contenant des prévisions de résultats pour le quatrième trimestre — Résultats intratrimetriels se révélant inférieurs aux prévisions après le dépôt du prospectus et avant la clôture de l'appel public à l'épargne — Résultats intratrimetriels non divulgués — L'article 130(1) de la Loi sur les valeurs mobilières oblige-t-il la société à divulguer les « faits importants » survenus après le dépôt du prospectus? — Le changement dans les résultats de la société constituait-il un « changement important » devant être divulgué? — Les prévisions comportaient-elles une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable? — La règle de l'appréciation commerciale s'applique-t-elle aux exigences de divulgation de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1, 57(1), 130(1).*

Danier a lancé un premier appel public à l'épargne par voie de prospectus. Le prospectus renfermait des prévisions, dont les résultats prévus pour le quatrième trimestre de l'exercice de Danier. Une analyse interne de la société, préparée avant la clôture de son appel public

that Danier's fourth quarter results were lagging behind its forecast. Danier did not disclose its intra-quarterly results before closing. The appellants therefore brought a class proceeding for prospectus misrepresentation under s. 130(1) of the Ontario *Securities Act*. The trial judge found Danier liable for statutory misrepresentation. He concluded that the prospectus impliedly represented that the forecast was objectively reasonable, both on the date the prospectus was filed and on the date the public offering closed. The poor fourth quarter results were material facts required by s. 130(1) to be disclosed before closing. The implied representation that the forecast was objectively reasonable, though true on the date the prospectus was filed, was false on the closing date. The Court of Appeal, however, reversed the trial judgment.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The *Securities Act* is remedial legislation and is to be given a broad interpretation. It protects investors from the risks of an unregulated market, and by its assurance of fair dealing and by the promotion of the integrity and efficiency of capital markets it enhances the pool of capital available to entrepreneurs. The Act supplants the "buyer beware" mind set of the common law with compelled disclosure of relevant information. At the same time, in compelling disclosure, the Act recognizes the burden it places on issuers and sets the limits on what is required to be disclosed. When a prospectus is accurate at the time of filing, s. 57(1) of the Act limits the obligation of post-filing disclosure to notice of a "material change", which the Act defines in s. 1 as "a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer". An issuer has no similar express obligation to amend a prospectus or to publicize and file a report for the modification of material facts occurring after a receipt for a prospectus is obtained that do not amount to a "material change" within the meaning of the Act. A "material fact" is defined in the Act more broadly than a "material change" and includes "a fact that significantly affects, or would reasonably be expected to have a significant effect on, the market price or value of . . . securities". A change in intra-quarterly results is not itself a change in the issuer's business, operations or capital and, for that matter, does not necessarily signal that a material change has occurred. Sales often fluctuate (as here) in response to factors that are external to the issuer. The trial judge rightly found that Danier

à l'épargne, a démontré que les résultats du quatrième trimestre de Danier étaient inférieurs à ses prévisions. Danier n'a pas divulgué ses résultats intratrimestriels avant la clôture. Les appelants ont donc intenté un recours collectif pour présentation inexacte des faits dans un prospectus, en application du par. 130(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario. Le juge de première instance a tenu Danier civilement responsable de présentation inexacte des faits au sens de la Loi. Il a conclu que le prospectus déclarait implicitement que les prévisions étaient objectivement raisonnables, à la fois à la date de dépôt du prospectus et à la date de clôture de l'appel public à l'épargne. Les piètres résultats du quatrième trimestre constituaient des faits importants qui, aux termes du par. 130(1), devaient être divulgués avant la clôture. Bien qu'elle ait été vraie à la date de dépôt du prospectus, la déclaration implicite que les prévisions étaient objectivement raisonnables était fautive à la date de clôture. La Cour d'appel a toutefois infirmé le jugement de première instance.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La *Loi sur les valeurs mobilières* est une mesure législative corrective et doit recevoir une interprétation large. Elle protège les investisseurs contre les risques d'un marché non réglementé et, en assurant le caractère équitable des opérations et en favorisant l'intégrité et l'efficacité des marchés financiers, elle accroît la disponibilité de capitaux pour les chefs d'entreprise. Cette loi supprime la mentalité existant en common law selon laquelle « l'acheteur doit prendre garde », en prescrivant la divulgation des renseignements pertinents. Du même coup, elle reconnaît le fardeau que l'obligation de divulguer impose aux émetteurs et établit les limites de ce qui doit être divulgué. Lorsqu'un prospectus est exact au moment de son dépôt, le par. 57(1) de la Loi limite l'obligation de divulguer après le dépôt à un avis de « changement important » qui, à l'art. 1 de la Loi, est défini comme étant « un changement dans [l]es activités commerciales, [l']exploitation ou [le] capital [d'un émetteur], s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur ». L'émetteur n'a aucune obligation expresse similaire de modifier son prospectus ni de diffuser et déposer un rapport faisant état d'un changement de faits importants qui est survenu après que l'on a accusé réception du prospectus, mais qui ne constitue pas un « changement important » au sens de la Loi. La Loi définit l'expression « fait important » de façon plus large que l'expression « changement important », en ce sens qu'elle s'entend « d'un fait qui a un effet significatif sur le cours ou la valeur de [ . . . ] valeurs mobilières ou dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura cet effet ». Un changement dans les résultats intratrimestriels ne constitue pas

experienced no material change. Consequently, no further disclosure was required and there was no breach of s. 57(1). [32] [35] [46] [48]

If an issuer has fully complied with its regulatory obligation under s. 57(1), it would be contrary to the scheme of the Act, and to the intent of the Ontario legislature reflected therein, to find civil liability against an issuer under s. 130(1) for failing to disclose post-filing information that does not amount to a material change. Imposition of civil liability under s. 130(1) for an omission to do what the legislature as a matter of policy has declined to require in s. 57(1) would simply be to substitute the court's view of policy for that adopted by the legislature. The distinction between "material change" and "material fact" is deliberate and policy-based. Of course, if a material change arises during the period of distribution, failure to disclose this change as required by s. 57(1) could support an action under s. 130(1). In the case at bar, however, the trial judge found that the intra-quarterly results did not amount to a material change. [38-39] [43]

The trial judge, having also found the forecast to be objectively reasonable as of the filing date, erred in proceeding to test the objective reasonableness of the forecast at the date of closing, and assessing damages for its perceived deficiencies as of that later date. The forecast did carry an implied representation of objective reasonableness rooted in the language of the prospectus, but this implied representation extended only until the prospectus was filed. [49] [51]

While forecasting is a matter of business judgment, disclosure is a matter of legal obligation. The Business Judgment Rule is a concept well developed in the context of business decisions but should not be used to qualify or undermine the duty of disclosure. The disclosure requirements under the Act are not to be subordinated to the exercise of business judgment. It is for the legislature and the courts, not business management, to set the legal disclosure requirements. The traditional

en soi un changement dans les activités commerciales, l'exploitation ou le capital de l'émetteur et, du reste, n'indique pas nécessairement qu'un changement important s'est produit. Les ventes fluctuent souvent (comme c'est le cas en l'espèce) en raison de facteurs n'ayant rien à voir avec l'émetteur. Le juge de première instance a eu raison de conclure que Danier n'a subi aucun changement important. Par conséquent, aucune divulgation supplémentaire n'était requise et le par. 57(1) n'était pas enfreint. [32] [35] [46] [48]

Si un émetteur s'est conformé pleinement à l'exigence réglementaire du par. 57(1), il serait contraire à l'esprit de la Loi, ainsi qu'à l'intention du législateur ontarien qui en ressort, de tenir cet émetteur civilement responsable en application du par. 130(1) pour avoir omis de divulguer des données ultérieures au dépôt qui ne constituent pas un changement important. Imposer la responsabilité civile prévue au par. 130(1) pour avoir omis de faire ce que le législateur a, pour des raisons de politique générale, refusé d'exiger au par. 57(1) reviendrait simplement à substituer le point de vue de la cour à celui que le législateur a adopté en matière de politique générale. La distinction entre « changement important » et « fait important » est délibérée et fondée sur une politique générale. Naturellement, si un changement important survient pendant la période de placement, l'omission de divulguer ce changement conformément au par. 57(1) pourrait justifier une action fondée sur le par. 130(1). En l'espèce, toutefois, le juge de première instance a conclu que les résultats intra-trimestriels ne constituaient pas un changement important. [38-39] [43]

Après avoir également conclu que les prévisions étaient objectivement raisonnables à la date du dépôt, le juge de première instance a commis une erreur en vérifiant le caractère objectivement raisonnable des prévisions à la date de clôture et en évaluant les dommages-intérêts pour leurs lacunes apparentes à cette date ultérieure. Les prévisions comportaient une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable enracinée dans le libellé du prospectus, mais cette déclaration implicite s'appliquait seulement jusqu'au moment où le prospectus a été déposé. [49] [51]

Bien que les prévisions soient une question d'appréciation commerciale, la divulgation est une question d'obligation légale. La règle de l'appréciation commerciale est une notion bien établie dans le contexte des décisions d'affaires, mais elle ne doit pas servir à atténuer ou à miner l'obligation de divulgation. Les exigences de divulgation de la Loi ne doivent pas être subordonnées à l'appréciation commerciale. Il appartient au législateur et aux tribunaux, et non aux dirigeants d'entreprises,



justifications for the rule are that judges are less expert than managers in making business decisions. Moreover, business decisions often involve choosing from amongst a range of alternatives. In order to maximize returns for shareholders, managers should be free to take reasonable risks without having to worry that their business choices will later be second-guessed by judges. These justifications — based on relative expertise, and on the need to support reasonable risk-taking — do not apply to disclosure decisions. [54-55] [58]

Finally, the appellant D submitted that even if the appeal is unsuccessful no costs should be awarded against him having regard to s. 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*. However, there is no error in principle that would justify intervening in the discretionary costs order made against D by the Court of Appeal. Class actions have become a staple of shareholder litigation. This case is a piece of Bay Street litigation that was well run and well financed on both sides. Success would have reaped substantial rewards for the representative plaintiff and his counsel. The proper interpretation of s. 130(1) of the *Securities Act* has from the outset been the time bomb ticking under this case. The respondents attempted to have this issue determined in their favour on a motion for summary judgment heard in December 2000 but were unsuccessful. The result was a very expensive piece of shareholder litigation. There is no magic in the form of a class action proceeding that should in this case deprive the respondents of their costs. The language of s. 31(1) is permissive. [60] [66] [69]

#### Cases Cited

**Referred to:** *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557; *Shaw v. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1996); *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25; *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68; *Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation*, 519 A.2d 669 (1986); *Gariepy v. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393, aff'd [2004] O.J. No. 5309 (QL); *Moyes v. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770.

d'établir les exigences juridiques en matière de divulgation. Les justifications traditionnelles de la règle veulent que les juges s'y connaissent moins que les directeurs pour prendre des décisions d'affaires. En outre, les décisions d'affaires comportent souvent un choix parmi une gamme de solutions. Pour maximiser le rendement des actions, les directeurs doivent être libres de prendre des risques raisonnables sans craindre que les tribunaux remettent par la suite en question les choix qu'ils ont faits sur le plan commercial. Ces justifications — fondées sur l'expertise relative et sur la nécessité de favoriser la prise de risques raisonnables — ne s'appliquent pas aux décisions en matière de divulgation. [54-55] [58]

Enfin, l'appelant D a fait valoir que, même si le pourvoi est rejeté, il ne devrait pas être condamné aux dépens compte tenu du par. 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Cependant, il n'y a aucune erreur de principe qui puisse justifier à modifier l'ordonnance discrétionnaire relative aux dépens que la Cour d'appel a rendue contre D. Les recours collectifs occupent désormais une place importante dans les litiges d'actionnaires. La présente affaire constitue un litige boursier (Bay Street) qui a été bien géré et bien financé de part et d'autre. Le représentant des demandeurs et son avocat auraient récolté gros s'ils avaient eu gain de cause. L'interprétation correcte du par. 130(1) de la *Loi sur les valeurs mobilières* constitue depuis le début la bombe à retardement qui risque de faire voler en éclats la thèse du représentant des demandeurs. Les intimés ont tenté en vain de faire trancher la question en leur faveur au moyen d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire qui a été entendue en décembre 2000. Il en est résulté un litige d'actionnaires très coûteux. Il n'y a rien de magique dans la forme du recours collectif qui, en l'espèce, devrait priver les intimés de leurs dépens. Le libellé du par. 31(1) est de nature facultative. [60] [66] [69]

#### Jurisprudence

**Arrêts mentionnés :** *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557; *Shaw c. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1996); *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25; *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177; *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68; *Re Anderson, Clayton Shareholders' Litigation*, 519 A.2d 669 (1986); *Gariepy c. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393, conf. par [2004] O.J. No. 5309 (QL); *Moyes c. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770.

**Statutes and Regulations Cited**

- Budget Measures Act (Fall), 2004*, S.O. 2004, c. 31, Sched. 34, s. 6.  
*Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6, s. 31.  
*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131.  
*Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1 “material change”, “material fact”, “misrepresentation”, 3.9, 56, 57, 58, 130, 138.1.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, s. 40.

**Authors Cited**

- Ontario. Ministry of Finance. Five Year Review Committee. *Five Year Review Committee Final Report: Reviewing the Securities Act (Ontario)*. Toronto: Ministry of Finance, 2003.  
 Ontario Securities Commission. OSC Bulletin, vol. 6 #22/83, “Consolidation of Remarks of Peter J. Dey Concerning Disclosure Under the Securities Act Made to Securities Lawyers in Calgary and Toronto on June 7 and 9”, p. 2361, August 5, 1983.  
 Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed., vol. I. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2006).  
 Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report: Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*, 1997.  
 Underwood, Harry, and René Sorell. “Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus” (2006), 43 *Can. Bus. L.J.* 134.  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 1999.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Laskin, Goudge and Blair JJ.A.) (2005), 77 O.R. (3d) 321, 261 D.L.R. (4th) 400, 205 O.A.C. 313, 11 B.L.R. (4th) 1, [2005] O.J. No. 5388 (QL), reversing a judgment of Lederman J. (2004), 46 B.L.R. (3d) 167, 23 C.C.L.T. (3d) 77, [2004] O.J. No. 1916 (QL). Appeal dismissed.

*George S. Glezos, Peter R. Jervis, Karen W. Kiang and Jasmine T. Akbarali*, for the appellants.

*Alan J. Lenczner, Q.C.*, and *Jaan Lilles*, for the respondent Danier Leather Inc.

*Benjamin Zarnett and Jessica Kimmel*, for the respondents Jeffrey Wortsman and Bryan Tatoff.

**Lois et règlements cités**

- Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6, art. 31.  
*Loi de 2004 sur les mesures budgétaires (automne)*, L.O. 2004, ch. 31, ann. 34, art. 6.  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, art. 40.  
*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131.  
*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5, art. 1 « changement important », « fait important », « présentation inexacte des faits », 3.9, 56, 57, 58, 130, 138.1.

**Doctrine citée**

- Ontario. Ministère des Finances. Comité d'étude de cinq ans. *Rapport final du Comité d'étude de cinq ans : Examen de la Loi sur les valeurs mobilières (Ontario)*. Toronto : Ministère des Finances, 2003.  
 Ontario Securities Commission. OSC Bulletin, vol. 6 #22/83, « Consolidation of Remarks of Peter J. Dey Concerning Disclosure Under the Securities Act Made to Securities Lawyers in Calgary and Toronto on June 7 and 9 », p. 2361, August 5, 1983.  
 Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed., vol. I. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 1987 (loose-leaf updated November 2006).  
 Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report : Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance*, 1997.  
 Underwood, Harry, and René Sorell. « Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus » (2006), 43 *Rev. can. dr. comm.* 134.  
 Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 4th ed. Toronto : Canada Law Book, 1999.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Goudge et Blair) (2005), 77 O.R. (3d) 321, 261 D.L.R. (4th) 400, 205 O.A.C. 313, 11 B.L.R. (4th) 1, [2005] O.J. No. 5388 (QL), qui a infirmé un jugement du juge Lederman (2004), 46 B.L.R. (3d) 167, 23 C.C.L.T. (3d) 77, [2004] O.J. No. 1916 (QL). Pourvoi rejeté.

*George S. Glezos, Peter R. Jervis, Karen W. Kiang et Jasmine T. Akbarali*, pour les appelants.

*Alan J. Lenczner, c.r.*, et *Jaan Lilles*, pour l'intimée Danier Leather Inc.

*Benjamin Zarnett et Jessica Kimmel*, pour les intimés Jeffrey Wortsman et Bryan Tatoff.

*Kelley McKinnon and Jane Waechter, for the interveners.*

*Kelley McKinnon et Jane Waechter, pour l'intervenante.*

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu par

BINNIE J. —

LE JUGE BINNIE —

I. Introduction

I. Introduction

1 This appeal raises questions about the continuous disclosure obligations of an issuer seeking to sell its shares to the public by a prospectus governed by the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5. Purchasers under a prospectus are given a statutory right of action if the prospectus or any amendment contains a misrepresentation against the issuer and officers of the issuer who signed the prospectus.

Le présent pourvoi porte sur des questions touchant les obligations de divulgation continue incombant à l'émetteur qui lance un appel public à l'épargne par voie de prospectus régi par la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. S.5. La Loi confère aux acheteurs d'actions offertes par prospectus un droit d'action contre l'émetteur et les dirigeants de l'émetteur ayant signé le prospectus, s'il y a une présentation inexacte des faits dans ce prospectus ou les modifications qui y sont apportées.

2 The genesis of this case was the unseasonably warm weather in the spring of 1998 across central and eastern Canada. It coincided with Danier's first ever offering of its shares to the public. Not surprisingly, hot weather resulted in lower than expected sales of leather garments at Danier's stores and put at risk achievement of the end of year (June 27) sales forecast contained in its prospectus. When Danier management analysed the intra-quarterly results as of May 16, 1998, it concluded that the year-end forecast could and would still be met. The trial judge found that this assessment was made in good faith. The Initial Public Offering ("IPO") closed on May 20, 1998, about half-way through the fourth quarter of the company's 1998 fiscal year.

La présente affaire a pris naissance en raison du temps exceptionnellement doux que le centre et l'est du Canada ont connu au printemps 1998. Cette période a coïncidé avec le premier appel public à l'épargne jamais lancé par Danier. Comme on pouvait s'y attendre, le temps chaud a causé un ralentissement des ventes de vêtements en cuir escomptés dans les magasins Danier et a compromis la réalisation des prévisions de ventes en fin d'exercice (le 27 juin) dont faisait état le prospectus. Lorsqu'elle a analysé les résultats intratrimestriels en date du 16 mai 1998, la direction de Danier a jugé que les prévisions de fin d'exercice pouvaient toujours être réalisées et seraient réalisées. Le juge de première instance a conclu que ce jugement avait été porté de bonne foi. La clôture du premier appel public à l'épargne (« PAPE ») a eu lieu le 20 mai 1998, vers la moitié du quatrième trimestre de l'exercice 1998 de la société.

3 The trial judge held that even though management honestly believed the year-end forecast would be met, its belief became objectively unreasonable in a narrow window of time during the course of the distribution when it became aware of a shortfall in

Selon le juge de première instance, même si la direction croyait sincèrement que les prévisions de fin d'exercice se réaliseraient, cette croyance était devenue objectivement déraisonnable pendant un bref moment, durant le placement, lorsqu'elle a pris

expected sales, and at that point the company had a duty to disclose this downturn before closing. Even though the issuer did substantially achieve the forecasted sales on June 27, as management had predicted, its lapse of judgment in failing to amend the prospectus with updated sales information (intra-quarterly results) prior to the closing constituted, he held, actionable misrepresentation.

However, the trial judge also found that the issuer had complied with all of the regulatory requirements of Part XV (ss. 56 to 58) of the Act governing the contents of its prospectus. In essence, the legal question is whether a compliant issuer can be held civilly liable for statutory misrepresentation for failing to update its prospectus with information that comes to light during the period of distribution (i.e., after the prospectus was filed on May 6, 1998 but prior to closing) to correct a statement that was correct when made but which has become misleading. More succinctly, is compliance with the regulatory demands of ss. 56 to 58 a shield against an action for statutory misrepresentation under s. 130(1)?

The Court of Appeal answered this question in the affirmative, holding that the trial judge had misinterpreted the disclosure requirements of the *Securities Act*. In my view, the Court of Appeal is correct. Although disclosure lies at the heart of an effective securities regime, the extent of the disclosure is a matter of legislative policy. Balancing the needs of the investor community against the burden imposed on issuers, the Ontario legislature adopted a policy governing the continuous disclosure requirements of an issuer that drew the line at “material change” in the “business, operations or capital of the issuer” (s. 1). The trial judge found that the temporary slump in sales implicated none of these things. Given that finding, and given the trial judge’s further finding that Danier’s prospectus did *not* contain a misrepresentation on the date

connaissance d’un ralentissement dans les ventes escomptées, et la société était alors tenue de divulguer ce ralentissement avant la clôture. Bien que l’émetteur ait en grande partie réalisé ses prévisions de ventes le 27 juin, comme l’avait prédit la direction, l’erreur de jugement qu’il a commise en omettant de modifier le prospectus et de mettre à jour les données sur les ventes (résultats intratrimestriels) avant la clôture constituait, de l’avis du juge de première instance, une présentation inexacte des faits donnant ouverture à action.

Toutefois, le juge de première instance a aussi conclu que l’émetteur avait satisfait à toutes les exigences réglementaires de la partie XV (art. 56 à 58) de la Loi régissant le contenu de son prospectus. Essentiellement, la question de droit est de savoir si l’émetteur qui s’est conformé à ces exigences peut être tenu civilement responsable de présentation inexacte des faits au sens de la Loi pour avoir omis d’insérer dans son prospectus les données apparues au cours de la période de placement — c’est-à-dire après le dépôt du prospectus, le 6 mai 1998, mais avant la clôture — de manière à rectifier une déclaration qui était exacte au moment où elle a été faite, mais qui est devenue par la suite trompeuse. Bref, le respect des exigences réglementaires des art. 56 à 58 constitue-t-il une protection contre une action pour présentation inexacte des faits fondée sur le par. 130(1)?

La Cour d’appel a répondu à cette question par l’affirmative, jugeant que le juge de première instance avait mal interprété les exigences de divulgation de la *Loi sur les valeurs mobilières*. À mon avis, la Cour d’appel avait raison. Bien que la divulgation soit la clé d’un régime efficace de réglementation des valeurs mobilières, l’étendue de cette divulgation est une question de politique législative. En mettant en équilibre les besoins du milieu des investisseurs et le fardeau incombant aux émetteurs, le législateur ontarien a adopté une politique imposant à l’émetteur l’obligation continue de divulguer tout « changement important » dans « ses activités commerciales, son exploitation ou son capital » (art. 1). Le juge de première instance a conclu que le ralentissement temporaire des ventes ne constituait rien de tel. Vu cette conclusion, et compte tenu

4

5

of filing (May 6), the class action was rightly dismissed.

## II. Overview

6 The warm days of spring are not a blessing for everyone, it seems. As temperatures rise, the sales of leather clothing can lag even in otherwise prospering leather goods retail stores. The downturn in sales may simply reflect the weather and indicate nothing negative about the strength of the underlying business, as turned out to be the case here. Nevertheless, about two weeks *after* closing, the respondents did issue a revised forecast indicating that Danier would fall short of the sales and net income figures in the original forecast. Danier's share price dropped by about 22 percent. It took until August 2000 for the shares to get back to their issue price. By then, Danier's business had grown substantially.

7 A number of purchasers had sold their new shares soon after the announcement and lost money. The appellants then initiated a class action against the respondents for failure to disclose material information, i.e., the disappointing intra-quarterly results. They argued that the prospectus contained a misrepresentation on the closing date (May 20), because even though the year-end sales forecast was reasonable on the filing date (May 6), lagging sales thereafter rendered it misleading to management's knowledge at the date of closing. The respondents, they argued, "omi[tted] to state a material fact [i.e., lagging sales] that is . . . necessary to make a statement [i.e., the sales forecast in the prospectus] not misleading in the light of the circumstances in which it was made", and this constituted an actionable misrepresentation within the meaning of ss. 1 and 130 of the Act.

de l'autre conclusion du juge de première instance selon laquelle le prospectus de Danier *ne* comportait *aucune* présentation inexacte des faits à la date du dépôt (le 6 mai), le recours collectif a été rejeté à juste titre.

## II. Aperçu

Il semble que la douceur printanière ne fait pas le bonheur de tous. À mesure que la température monte, les ventes de vêtements en cuir peuvent accuser un retard même dans les magasins d'articles en cuir par ailleurs prospères. Le ralentissement des ventes peut être dû simplement au temps, sans indiquer quoi que ce soit de négatif au sujet de la solidité de l'entreprise qui le subit, comme cela a été le cas en l'espèce. Environ deux semaines *après* la clôture, les intimés ont néanmoins publié de nouvelles prévisions indiquant que Danier ne réaliserait pas les ventes et le revenu net prévus initialement. Le prix de l'action de Danier a alors chuté d'environ 22 pour 100 et n'est revenu à son niveau initial qu'en août 2000. L'entreprise de Danier avait alors connu une croissance importante.

Un certain nombre d'acheteurs avaient vendu leurs nouvelles actions peu de temps après l'annonce et avaient perdu de l'argent. Les appelants ont alors intenté un recours collectif contre les intimés pour omission de divulguer des renseignements importants, c'est-à-dire les résultats intratrimestriels décevants. Ils ont soutenu que le prospectus présentait des faits de façon inexacte à la date de clôture (le 20 mai) parce que, même si les prévisions de ventes en fin d'exercice étaient raisonnables à la date du dépôt (le 6 mai), le retard survenu par la suite dans les ventes les rendait trompeuses à la date de clôture, et ce, à la connaissance de la direction. Selon les appelants, les intimés auraient [TRADUCTION] « omi[s] de relater un fait important (c'est-à-dire le retard dans les ventes) dont la déclaration est [. . .] nécessaire pour que la déclaration (c'est-à-dire les prévisions de ventes dans le prospectus) ne soit pas trompeuse eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite », ce qui constituait une présentation inexacte des faits donnant ouverture à action au sens des art. 1 et 130 de la Loi.

The respondents reply, in essence, that they fully complied with their regulatory obligations. The legislature cannot have intended to punish under s. 130(1) what it has permitted under s. 57(1). Moreover, they say a sales forecast is not a “fact” but reflects the opinions of management, and such opinions when held in good faith (as here) are protected by the Business Judgment Rule. The issues were thus joined.

### III. Facts

Danier designs, manufactures and sells leather clothing and accessories. In 1998, it had 55 retail stores in various cities across Canada and operated two manufacturing plants. At the relevant time, the respondent Jeffrey Wortsman was a director and the President and Chief Executive Officer of Danier. The respondent Bryan Tatoff was its Chief Financial Officer and Secretary.

In 1997, Danier decided to go public. In preparation for its IPO, Danier filed with the Ontario Securities Commission (“O.S.C.”), three preliminary prospectuses, each of which contained a forecast. The forecast in the April 6 preliminary prospectus was dated April 2, 1998, and was included, unchanged, in the (final) prospectus, which was received by the O.S.C. on May 6, 1998 (herein “prospectus forecast”).

The prospectus forecast is at the centre of this litigation. Danier’s 1998 fiscal year ran from June 29, 1997 to June 27, 1998. The prospectus forecast included the company’s actual results for the first three quarters, as well as projected results for the fourth quarter (which ran from March 29 to June 27) and projected final results for the 1998 fiscal year. Pursuant to *National Policy 48*, adopted by Canadian securities regulators, this forecast was also accompanied by standard cautionary language advising investors that “[a]ctual results achieved during the forecast period will vary from the forecast results and such variations may be material. There is no guarantee that such forecast will be achieved in whole or in part” (Final Prospectus, at

Les intimés répondent essentiellement qu’ils ont respecté entièrement leurs obligations réglementaires. Le législateur ne peut avoir eu l’intention de punir, en application du par. 130(1), ce qu’il a autorisé au par. 57(1). De plus, disent-ils, les prévisions de ventes ne constituent pas un « fait », mais reflètent l’opinion de la direction, qui, si elle est formée de bonne foi (comme c’est le cas en l’espèce), est protégée par la règle de l’appréciation commerciale. Contestation a donc été liée.

### III. Faits

Danier conçoit, fabrique et vend des vêtements et articles en cuir. En 1998, elle comptait 55 magasins de détail dans différentes villes canadiennes et exploitait deux usines de confection. À l’époque pertinente, l’intimé Jeffrey Wortsman était administrateur, président et chef de la direction de Danier. L’intimé Bryan Tatoff était chef de la direction des finances et secrétaire de Danier.

En 1997, Danier a décidé de lancer un appel public à l’épargne. En préparant son PAPE, elle a déposé auprès de la Commission des valeurs mobilières de l’Ontario (« CVMO ») trois prospectus provisoires, dont chacun renfermait des prévisions. Les prévisions du prospectus provisoire du 6 avril étaient datées du 2 avril 1998 et ont été incluses intégralement dans le prospectus (définitif) dont la CVMO a accusé réception le 6 mai 1998 (ci-après les « prévisions du prospectus »).

Les prévisions du prospectus sont au cœur du présent litige. L’exercice 1998 de Danier s’étendait du 29 juin 1997 au 27 juin 1998. Les prévisions du prospectus incluaient les résultats réels de la société pour les trois premiers trimestres, ainsi que les résultats prévus pour le quatrième trimestre (qui s’étendait du 29 mars au 27 juin) et les résultats finals prévus pour l’exercice 1998. Conformément à l’*Instruction générale 48* adoptée par les Autorités canadiennes en valeurs mobilières, ces prévisions étaient accompagnées de la mise en garde habituelle informant les investisseurs que « [l]es résultats réels obtenus durant la période prévisionnelle différeront vraisemblablement des résultats prévisionnels et les écarts peuvent être importants. Rien

8

9

10

11

p. 8). The following are the key figures from the prospectus forecast (at p. 27):

**The Forecast Figures Contained in the Prospectus**

	13 Weeks Ending June 27, 1998 (Projected)	Year Ending June 27, 1998 (Projected)
Revenue	\$17,410,000	\$90,280,000
Net Earnings (Loss)	(\$384,000)	\$4,500,000

An increase in revenue of \$5,000,000 was projected for the 1998 fourth quarter over that of the 1997 fourth quarter. There were four more stores than in fiscal year 1997, the square footage of store floor space had expanded and sales per square foot had increased over the previous year.

12 The IPO was a “bought deal”, i.e., fully subscribed by the underwriters, and closed on May 20. Danier sold 6,040,000 subordinated voting shares, priced at \$11.25 per share, for total gross proceeds of \$67,950,000.

13 During the week before closing, Wortsman asked Tatoff to assemble and analyse the financial results for the first half of the fourth quarter. The underwriters had not requested a due diligence review, but Wortsman thought that this “was the prudent course of action to take” (R.R., at p. 39). Tatoff prepared an analysis as of May 16, and Wortsman admitted that he received the results “certainly before closing” (R.R., at p. 41). These results were worse than the results projected in the store budgets (which were the basis of the sales forecast). In particular, as of May 16, Danier’s actual fourth-quarter revenue was 24 percent behind projections. Moreover, the company had as of May 16 posted a fourth-quarter net loss of \$240,000 instead of the

ne garantit que ces prévisions se réaliseront, en tout ou en partie » (prospectus définitif, p. 10). Voici les principaux chiffres tirés des prévisions du prospectus (p. 32) :

**Prévisions contenues dans le prospectus**

	Période de 13 semaines se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)	Exercice se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)
Revenus	17 410 000 \$	90 280 000 \$
Bénéfice (perte) net(te)	(384 000 \$)	4 500 000 \$

Une hausse des revenus de 5 000 000 \$ était prévue pour le quatrième trimestre de 1998, par rapport à ceux du quatrième trimestre de 1997. Il y avait quatre magasins de plus que pendant l’exercice 1997, la superficie des magasins avait augmenté et les ventes au pied carré avaient crû par rapport à l’exercice antérieur.

Le PAPE, clos le 20 mai, était une « convention de prise ferme », c’est-à-dire que les preneurs fermes s’étaient engagés à acheter toutes les actions. Danier a vendu 6 040 000 actions à vote subalterne, au prix de 11,25 \$ l’unité, réalisant ainsi en tout un produit brut de 67 950 000 \$.

Au cours de la semaine ayant précédé la clôture, M. Wortsman a demandé à M. Tatoff de recueillir et d’analyser les résultats financiers de la première moitié du quatrième trimestre. Les preneurs fermes n’avaient demandé aucun contrôle diligent, mais M. Wortsman jugeait que c’était [TRADUCTION] « la chose prudente à faire » (d.i., p. 39). Monsieur Tatoff a préparé une analyse en date du 16 mai, et M. Wortsman a admis avoir reçu les résultats [TRADUCTION] « sûrement avant la clôture » (d.i., p. 41). Ces résultats étaient pires que ceux prévus dans les budgets des magasins (sur lesquels reposaient les prévisions de ventes). Plus particulièrement, dès le 16 mai, le revenu réel de Danier pour le quatrième trimestre était de 24 pour 100 inférieur

projected (as of May 16) fourth-quarter net earnings of \$259,000. Nonetheless, Wortsman and Tatoff testified that, at closing, they still believed that by year end Danier would achieve or exceed the prospectus forecast. As they explained, store budgets are “front-end loaded”. Adjusting for that fact, the gross revenue shortfall as of May 16 was really only about \$700,000, they said, which put the net earnings disappointment in a better light. With two major sales promotions planned for the second half of the fourth quarter, Wortsman and Tatoff thought that Danier would at least make up this shortfall.

However, the trial judge found that Wortsman and Tatoff made no real effort to examine the root causes of the poor sales as of May 16. They turned “a blind eye to the cause[s] of those results” ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, at para. 259), he said. For all they knew, it seems, the causes could have been serious, internal and permanent and not necessarily something external and transitory like the weather. They did not know, and apparently did not choose to find out. That was his criticism.

Immediately after closing, Danier held the first of these planned promotions, its annual Victoria Day Sale, which began on Thursday, May 21. When he checked the results on Monday, May 25, Wortsman discovered that, except in British Columbia, sales were down significantly as compared to the previous year. He testified that these results were “completely unexpected” (R.R., at p. 59). After some investigation, Wortsman concluded that there was no problem with the company’s merchandise, but that the weather across the country, except in British Columbia, had been unusually hot. Higher temperatures (which management did not routinely monitor) meant decreased store traffic and decreased sales. Wortsman at this point became concerned that a hot spell, if prolonged, might jeopardize the company’s ability to achieve the prospectus forecast. He explained this concern

aux prévisions. En outre, la société affichait, en date du 16 mai, une perte nette de 240 000 \$, au lieu du bénéfice net de 259 000 \$ prévu à cette date pour le quatrième trimestre. Néanmoins, MM. Wortsman et Tatoff ont témoigné qu’à la clôture ils croyaient toujours que Danier réaliserait ou excéderait les prévisions du prospectus. Ils ont expliqué que les budgets des magasins sont « dégressifs ». Compte tenu de ce fait, le manque brut à gagner, en date du 16 mai, n’était en réalité que de 700 000 \$ environ, ont-ils déclaré, ce qui faisait paraître les bénéfices nets décevants sous un meilleur jour. Comme deux grandes promotions des ventes étaient prévues pour la seconde moitié du quatrième trimestre, MM. Wortsman et Tatoff estimaient que Danier allait au moins combler ce manque à gagner.

Toutefois, le juge de première instance a conclu que MM. Wortsman et Tatoff ne s’étaient pas vraiment efforcés d’examiner les causes fondamentales du fléchissement des ventes en date du 16 mai. Selon lui, ils ont [TRADUCTION] « fermé les yeux sur l[es] cause[s] de ces résultats » ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, par. 259). Pour eux, semble-t-il, les causes auraient pu être graves, internes et permanentes, et non nécessairement externes et passagères comme le temps. Ils n’en avaient aucune idée et n’ont apparemment pas cherché à le savoir. Telle est la critique qu’il a formulée.

Immédiatement après la clôture, Danier a tenu la première des deux promotions planifiées, soit son solde annuel de la Fête de la Reine, qui a commencé le jeudi 21 mai. Lorsqu’il a vérifié les résultats le lundi 25 mai, M. Wortsman s’est rendu compte que, sauf en Colombie-Britannique, les ventes avaient ralenti considérablement comparativement à l’année précédente. Il a témoigné que ces résultats étaient [TRADUCTION] « totalement inattendus » (d.i., p. 59). Après avoir examiné la situation de plus près, M. Wortsman a conclu que ce n’était pas la marchandise des magasins qui était problématique, mais plutôt le temps qui, partout au pays sauf en Colombie-Britannique, avait été exceptionnellement chaud. Les températures élevées (que la direction ne surveillait pas régulièrement) avaient entraîné une diminution de l’achalandage et des ventes. C’est alors que M. Wortsman a commencé

14

15



to the underwriters and to his lawyers. The lawyers advised Wortsman that it would be prudent to issue a revised forecast because of the risk that the hot weather would continue for the rest of the fourth quarter.

- 16 Accordingly, on June 4, 1998, Danier announced in a press release and a material change report that it had revised downwards its forecast for the 1998 fiscal year. The company advised that, “[d]ue to unseasonably warm weather in most regions of the country with the exception of Vancouver, the company believes that it will fall short of the previous sales and net income forecast” (A.R., at p. 931). The following are the key figures from this revised forecast, which was prepared as of June 2 and approved by the board of directors on June 4:

#### Impact of the Revised June 4 Forecast

	13 Weeks Ending June 27, 1998 (Projected)	Year Ending June 27, 1998 (Projected)	Difference Between Prospectus Forecast and June 4 Forecast
Revenue	\$12,630,000	\$85,500,000	(\$4,780,000)
Net Earnings (Loss)	(\$1,149,000)	\$3,735,000	(\$765,000)

- 17 The trial judge described the magnitude of the shift that underlay the revised forecast:

The revised forecast differed significantly from the original forecast. The revised expected revenue for the fiscal year was lower by about 5%; revised net income was lower by about 17% and revised EBITDA was lower by about 13%. As for the fourth quarter, revenues

à s’inquiéter de la possibilité que la vague de chaleur, si elle se poursuivait, compromette la capacité de la société de réaliser les prévisions du prospectus. Il a fait part de cette inquiétude aux preneurs fermes et à ses avocats. Les avocats ont affirmé à M. Wortsman qu’il serait prudent de publier des prévisions révisées en raison du risque que le temps chaud persiste jusqu’à la fin du quatrième trimestre.

Le 4 juin 1998, Danier a donc annoncé dans un communiqué de presse et un rapport sur des changements importants qu’elle avait revu à la baisse ses prévisions pour l’exercice 1998. Elle a signalé que, [TRADUCTION] « en raison du temps exceptionnellement doux que connaissent la plupart des régions du pays, à l’exception de Vancouver, la société estime qu’elle ne réalisera pas ses prévisions de ventes et de revenus nets annoncées antérieurement » (d.a., p. 931). On trouvera ci-dessous les principaux chiffres tirés des prévisions révisées qui ont été préparées le 2 juin et approuvées le 4 juin par le conseil d’administration :

#### Effets des prévisions révisées du 4 juin

	Période de 13 semaines se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)	Exercice se terminant le 27 juin 1998 (prévisions)	Écart entre les prévi- sions du prospectus et les prévisions du 4 juin
Revenus	12 630 000 \$	85 500 000 \$	(4 780 000 \$)
Bénéfice (perte) net(te)	(1 149 000 \$)	3 735 000 \$	(765 000 \$)

Le juge de première instance a décrit l’ampleur du changement qui sous-tend les prévisions révisées :

[TRADUCTION] Les prévisions révisées différaient considérablement des prévisions initiales. Les revenus révisés prévus pour l’exercice étaient inférieurs ont diminué d’environ 5 pour 100, le bénéfice net révisé, d’environ 17 pour 100, et le BAIIA révisé, d’environ 13 pour 100.

were now forecast to be about 28% lower than had been expected in the Prospectus; the net loss for the quarter was now expected to be almost three times larger than the original forecast; and EBITDA was now expected to be a loss of approximately \$1 million instead of a positive \$445,000. [para. 16]

The market quickly demonstrated the “materiality” of this information. Prior to June 4, the company’s shares had been trading above their issue price of \$11.25, but the share price dropped immediately upon release of this revised forecast. The trial judge found that the market had fully absorbed the revision (and the share price stabilization activities carried out by the underwriters) by June 10, when the shares closed at \$8.90. The appellant investors concluded that Danier had sat on the bad news to ensure the success of its IPO, and that those who had purchased in ignorance were entitled to compensation.

However, in the remaining weeks of the fourth quarter, Danier’s sales improved significantly. The weather cooled, and the company held a successful 50 percent discount promotion. In the end, the trial judge found that Danier “substantially achieved” the prospectus forecast.

On November 13, 1998, an action for prospectus misrepresentation was commenced under s. 130(1) of the Act, claiming that the results of the May 16 analysis should have been released before the IPO closed. On December 3, 2002, the action was certified as a class proceeding with the “class” defined as:

(a) Those persons in Canada who purchased shares of Danier Leather Inc. in the distribution under its initial public offering which closed on May 20, 1998, and who continued to hold those shares on June 4, 1998, but not including [the defendants and certain persons associated with the defendants].

Quant au quatrième trimestre, les prévisions de revenus étaient désormais d’environ 28 pour 100 inférieures à celles contenues dans le prospectus; la perte nette escomptée était maintenant trois fois plus élevée que dans les prévisions initiales; on s’attendait désormais à ce que le BAIIA constitue une perte approximative de 1 million de dollars, au lieu d’un profit de 445 000 \$. [par. 16]

Le marché a rapidement démontré l’« importance » de ces renseignements. Avant le 4 juin, le cours des actions de la société était supérieur à leur prix d’émission de 11,25 \$ l’unité, mais il a chuté dès la publication des prévisions révisées. Le juge de première instance a estimé que le marché avait complètement absorbé la révision (et les activités de stabilisation du prix de l’action exercées par les preneurs fermes) le 10 juin, alors que le cours de l’action fermait à 8,90 \$. Les investisseurs appelants ont conclu que Danier avait étouffé les mauvaises nouvelles pour assurer le succès de son PAPE et que les personnes qui, sans connaître les circonstances, avaient acheté des actions avaient droit à une indemnité.

Toutefois, au cours des semaines restantes du quatrième trimestre, les ventes de Danier ont augmenté considérablement. Le temps s’est refroidi, et la société a tenu avec succès une promotion rabais de 50 pour 100. En définitive, le juge de première instance a conclu que Danier avait [TRADUCTION] « réalisé dans une large mesure » les prévisions du prospectus.

Le 13 novembre 1998, une action pour présentation inexacte des faits dans un prospectus a été intentée en vertu du par. 130(1) de la Loi. Dans cette action, on alléguait que les résultats de l’analyse du 16 mai auraient dû être publiés avant la clôture du PAPE. Le 3 décembre 2002, l’action a été autorisée comme recours collectif, le « groupe » concerné étant défini ainsi :

[TRADUCTION]

a) les personnes au Canada qui ont acheté des actions de Danier Leather Inc. dans le cadre de son premier appel public à l’épargne clos le 20 mai 1998, et qui les détenaient toujours le 4 juin 1998, à l’exclusion [des défendeurs et de certaines personnes ayant des liens avec les défendeurs].

18

19

20

James Frederick Durst was appointed as the sole representative plaintiff for this class.

James Frederick Durst a été nommé seul représentant du groupe de demandeurs.

IV. Relevant Statutory Provisions

IV. Dispositions législatives pertinentes

21 See Appendix.

Voir l'annexe.

V. Judicial History

V. Historique des procédures judiciaires

A. *Ontario Superior Court of Justice*

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario*

22 The trial judge said that he agreed with Cumming J., who had certified the class action, that "it is the truthfulness of the Forecast as at May 20, 1998, that is relevant to establishing liability under s. 130(1) of the [Act]" ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, at para. 29). The trial lasted 44 days.

Le juge de première instance a dit convenir avec le juge Cumming, qui avait autorisé le recours collectif, que [TRADUCTION] « c'est la véracité des prévisions en date du 20 mai 1998 qui est pertinente pour établir la responsabilité au regard du par. 130(1) de la [Loi] » ((2004), 46 B.L.R. (3d) 167, par. 29). L'audience a duré 44 jours.

23 Lederman J. held that the sales forecast, while not itself a "fact in the sense that actual results are facts" (para. 65), nevertheless includes the following *implied* assertions of fact:

Le juge Lederman a estimé que, même si elles ne constituent pas en soi un [TRADUCTION] « fait en ce sens que les résultats réels sont des faits » (par. 65), les prévisions de ventes comportent néanmoins les affirmations factuelles *implicites* suivantes :

[TRADUCTION]

- i. the forecast represents the forecaster's best judgment of the most probable set of economic conditions and the company's planned course of action . . . ,
- ii. the forecast is sound and reliable in the sense that the forecaster made it with reasonable care and skill . . . , and
- iii. the forecaster generally believes the forecast, the forecaster's belief is reasonable and the forecaster is not aware of any undisclosed facts tending to seriously undermine the accuracy of the forecast . . . .

- i. les prévisions traduisent le meilleur jugement de leur auteur sur la conjoncture économique la plus probable et le plan d'action prévu de la société . . . ,
- ii. les prévisions sont solides et fiables, en ce sens que leur auteur les a faites avec diligence et compétence raisonnables [. . .], et
- iii. l'auteur de prévisions croit généralement en celles-ci, sa croyance est raisonnable et il ne connaît aucun fait non divulgué susceptible de compromettre sérieusement l'exactitude des prévisions . . .

In his view, "a forecast is an untrue statement of material fact if any of the factual assertions implied in the forecast are untrue" (para. 77).

Selon le juge de première instance, [TRADUCTION] « une prévision constitue une présentation inexacte d'un fait important si l'une des affirmations factuelles implicites qu'elle comporte est fausse » (par. 77).

24 As of May 6, the date on which the prospectus was received, Lederman J. found that management had complied with its obligation under s. 56(1) to

Le juge Lederman a conclu qu'à la date où on a accusé réception du prospectus, soit le 6 mai, la direction de la société avait respecté l'obligation

provide “full, true and plain disclosure of all material facts” in the prospectus. None of the implied assertions underpinning the forecast was untrue as of that date. In particular, the appellants had failed to prove that the forecast was not prepared with reasonable care and skill, or that management’s subjective belief in the forecast was objectively unreasonable as of that date.

Lederman J. agreed that the cause of the poor results was the weather, which is not a change in the business, operations or capital of the issuer. Accordingly, the sales results did not amount to a “material change” requiring that an amendment to the prospectus be filed under s. 57(1). Nonetheless, Lederman J. held that s. 130(1) imposed an obligation (independent of ss. 56(1) and 57(1)) to disclose material facts arising during the period of distribution that become necessary to make any of the implied assertions in Danier’s prospectus not misleading as of the closing date, May 20. In this regard, he stated that under s. 130(1) (as this provision read in 1998), liability attached to a misrepresentation “if it was a misrepresentation at the time of purchase”. The time of purchase is typically the date of closing. Thus, even if the prospectus contained no misrepresentation when it was receipted, and no obligation to amend it prior to closing was imposed by Part XV of the Act, there could still be liability for misrepresentation. As Lederman J. wrote, “[i]f a statement is true when made, but subsequent facts make it untrue to the knowledge of the representor, then the subsequent facts must be disclosed” (para. 94).

In this case, Lederman J. found that, because of management’s analysis as of May 16, it knew that not all of the *implied* assertions of fact were true, and this awareness continued until May 20. Though

qui lui incombait, en vertu du par. 56(1), de divulguer « complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents [*material facts*] » dans le prospectus. Aucune des affirmations implicites qui sous-tendaient les prévisions n’était fautive à cette date. Plus particulièrement, les appelants n’avaient pas prouvé que les prévisions n’avaient pas été préparées avec diligence et compétence raisonnables ou que la croyance subjective de la direction en ses prévisions était objectivement déraisonnable à cette date.

Le juge Lederman a convenu que les piètres résultats étaient dus au temps, ce qui ne constitue pas un changement dans les activités commerciales, l’exploitation ou le capital de l’émetteur. En conséquence, les résultats de ventes ne représentaient pas un « changement important » nécessitant le dépôt d’une modification du prospectus conformément au par. 57(1). Le juge Lederman a néanmoins estimé que le par. 130(1) obligeait (indépendamment des par. 56(1) et 57(1)) à divulguer les faits importants (*material facts*) ayant pris naissance durant la période de placement, afin d’éviter que l’une ou l’autre des affirmations implicites des prospectus de Danier ne soit trompeuse à la date de clôture le 20 mai. À ce propos, il a déclaré que, selon le par. 130(1) (tel qu’il était libellé en 1998), la responsabilité était engagée à l’égard d’une présentation inexacte des faits « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l’achat ». Le moment de l’achat correspond généralement à la date de clôture. Donc, même si le prospectus ne renfermait aucune présentation inexacte des faits au moment où on en a accusé réception et que la partie XV de la Loi n’obligeait pas à le modifier avant la clôture, la responsabilité pour présentation inexacte des faits pouvait toujours être engagée. Comme l’a écrit le juge Lederman, [TRADUCTION] « [s]i une déclaration est vraie lorsqu’elle est faite, mais que des faits subséquents la rendent fautive à la connaissance de son auteur, ces faits subséquents doivent alors être divulgués » (par. 94).

En l’espèce, le juge Lederman a conclu que, en raison de son analyse en date du 16 mai, la direction savait que les affirmations de fait *implicites* n’étaient pas toutes vraies, et il en a été ainsi

25

26

he accepted the testimony of Wortsman and Tatoff that at closing they continued to believe that the forecast was achievable, he found that this subjective belief was no longer objectively reasonable:

Given the sheer magnitude of revenue that was required in the last 6 weeks of the quarter if Forecast was to be met, the little time remaining in the quarter, the history of sales in that period and the fact that the cause of the decline could continue, the May 16th Analysis does not provide a reasonable basis for management's optimism. This information should have been disclosed prior to the closing of the IPO. [para. 269]

27 Lederman J. held that the cautionary language in the prospectus did not relieve the defendants of liability, because "no mention is made in the cautions, assumptions or risk factors of the impact that weather may have on Danier's sales" (para. 199). With regard to damages, Lederman J. found that those shareholders who sold their shares after June 10 were entitled to the difference between the IPO price (\$11.25) and the price at closing on June 10 (\$8.90), for a total loss of \$2.35 per share.

28 In a subsequent judgment on costs, Lederman J. awarded partial indemnity costs up to April 25, 2003 (the date of a settlement offer of \$1.50 per share versus the judgment award of \$2.35 per share) and substantial indemnity costs thereafter: (2005), 76 O.R. (3d) 60. Lederman J. also awarded the appellants a cost premium of \$1,000,000.

B. *Ontario Court of Appeal (Laskin, Goudge and Blair J.J.A.)*

29 In a unanimous judgment, the Ontario Court of Appeal reversed the trial judgment on three separate bases: (2005), 77 O.R. (3d) 321. Firstly, the court said that while investors were entitled to assume that as of the filing date (May 6) the prospectus provided "full, true and plain disclosure of

jusqu'au 20 mai. Bien qu'il ait accepté le témoignage de MM. Wortsman et Tatoff selon lequel ils croyaient toujours, à la clôture, que les prévisions étaient réalisables, le juge Lederman a conclu que cette croyance subjective n'était plus objectivement raisonnable :

[TRADUCTION] Compte tenu l'importance même des revenus qui étaient requis durant les six dernières semaines du trimestre pour réaliser les prévisions, du peu de temps qu'il restait avant la fin du trimestre, de l'historique des ventes à cette période et de la possibilité que la cause du ralentissement persiste, l'analyse du 16 mai ne constitue pas une justification raisonnable de l'optimisme de la direction. Ces renseignements auraient dû être divulgués avant la clôture du PAPE. [par. 269]

Le juge Lederman a conclu que la mise en garde du prospectus n'exonérait pas les défendeurs de toute responsabilité parce que [TRADUCTION] « les mises en garde, les hypothèses ou les facteurs de risque ne font aucunement état de l'incidence que le temps peut avoir sur les ventes de Danier » (par. 199). S'agissant des dommages-intérêts, le juge Lederman a conclu que les actionnaires qui avaient vendu leurs actions après le 10 juin avaient droit à la différence entre le prix de l'action lors du PAPE (11,25 \$) et celui au moment de la clôture le 10 juin (8,90 \$), soit une perte totale de 2,35 \$ par action.

Dans un jugement subséquent sur les dépens, le juge Lederman a accordé des dépens d'indemnisation partielle jusqu'au 25 avril 2003 (date d'une offre de règlement de 1,50 \$ par action par opposition à la somme de 2,35 \$ par action accordée dans le jugement) et des dépens d'indemnisation substantielle par la suite : (2005), 76 O.R. (3d) 60. Le juge Lederman a accordé aux appelants une prime additionnelle d'un million de dollars.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Laskin, Goudge et Blair)*

Dans un arrêt unanime, la Cour d'appel de l'Ontario a infirmé le jugement de première instance pour trois motifs distincts : (2005), 77 O.R. (3d) 321. Premièrement, la cour a affirmé que, même si les investisseurs étaient en droit de présumer qu'à la date du dépôt (le 6 mai), le prospectus divulguait

all material facts”, thereafter they were entitled only to notice of material *changes*, and here no material *changes* arose during the period of distribution. The trial judge had misinterpreted the phrase “if it was a misrepresentation at the time of purchase” in s. 130(1). Properly construed it meant only that investors “cannot sue for a misrepresentation in a prospectus that was corrected by an amendment before their purchase or for [a] misrepresentation that may be found in an amendment made after their purchase” (para. 108).

Secondly, the court disagreed with Lederman J.’s finding that the forecast contained an implied representation of objective reasonableness. The court wrote that

in this case there is no evidence — and nothing in the language of the prospectus itself — to suggest that the appellants’ subjective belief that the Forecast was reasonable was shared by reasonable business people or was otherwise being put forward as “objectively reasonable” . . . . [para. 141]

Thirdly, the court held that in any event the forecast *was* objectively reasonable as of May 20, the closing date. The fact that the forecast was substantially achieved, in the court’s view, was at least some evidence of its objective reasonableness as of May 20. Moreover, the court believed that Lederman J. erred by failing to give any deference to the “business judgment” of senior management. On this point, the court wrote:

First, given the trial judge’s finding of an implied statement that the forecast was reasonable, the exercise of determining whether there was a misrepresentation has the concept of a business judgment about reasonableness built into it. A forecast is a quintessential example of the exercise of business judgment. This business judgment must be considered. Secondly, the “reasonableness”

« complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents », ils n’avaient par la suite que le droit d’être avisés des *changements* importants et, en l’espèce, aucun *changement* important n’était survenu durant la période de placement. Le juge de première instance avait mal interprété le passage « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l’achat », au par. 130(1). Interprété correctement, ce passage signifiait simplement que les investisseurs [TRADUCTION] « ne peuvent tenter une action pour présentation inexacte des faits dans un prospectus qui a été rectifié par voie de modification avant leur achat d’actions ou pour présentation inexacte des faits dans une modification apportée après leur achat d’actions » (par. 108).

Deuxièmement, la cour ne partageait pas la conclusion du juge Lederman selon laquelle les prévisions comportaient une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable. Elle a écrit ceci :

[TRADUCTION] [E]n l’espèce, il n’y a aucune preuve — ni rien dans le libellé du prospectus même — qui indique que la croyance subjective des appelants que les prévisions étaient raisonnables était partagée par des gens d’affaires raisonnables ou qu’elles étaient par ailleurs présentées comme étant « objectivement raisonnables ». . . [par. 141]

Troisièmement, la cour a estimé que, de toute façon, les prévisions *étaient* objectivement raisonnables à la date de clôture le 20 mai. Selon la cour, le fait que les prévisions se sont réalisées dans une large mesure constituait tout au moins une preuve qu’elles étaient objectivement raisonnables le 20 mai. De plus, la cour estimait que le juge Lederman avait commis une erreur en ne faisant pas montre de déférence à l’égard de l’« appréciation commerciale » de la haute direction. La cour a déclaré à ce sujet :

[TRADUCTION] Premièrement, compte tenu de la conclusion du juge de première instance à l’existence d’une affirmation implicite que les prévisions étaient raisonnables, la question de savoir s’il y avait présentation inexacte des faits comporte une notion d’appréciation commerciale du caractère raisonnable. Une prévision est un parfait exemple d’appréciation commerciale. Il faut tenir compte de

30

31

that is the centrepiece of the business judgment rule involves a “range of reasonableness”. [para. 157]

Applying the Business Judgment Rule, the court found that Lederman J. had wrongly substituted his own view as to whether the forecast was objectively reasonable as of May 20 for management’s view, and also that Lederman J. had overlooked important pieces of evidence that tended to support management’s view. The court therefore allowed the appeal as to liability, and declined to address the issue of damages. As to costs, the court characterized the litigation as “a commercial dispute between sophisticated commercial actors who are well resourced” ((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, at para. 6), and subsequently refused the representative plaintiff’s request that no costs be awarded against him based on s. 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6. Costs were thus awarded to Danier, Wortsman and Tatoff on a partial indemnity basis.

#### VI. Analysis

32

The *Securities Act* is remedial legislation and is to be given a broad interpretation: *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557. It protects investors from the risks of an unregulated market, and by its assurance of fair dealing and by the promotion of the integrity and efficiency of capital markets it enhances the pool of capital available to entrepreneurs. The Act supplants the “buyer beware” mind set of the common law with compelled disclosure of relevant information. At the same time, in compelling disclosure, the Act recognizes the burden it places on issuers and in Part XV sets the limits on what is required to be disclosed. The problem for the appellants is that when a prospectus is accurate at the time of filing, s. 57(1) of the Act limits the obligation of post-filing disclosure to notice of a “material change”, which the Act defines in s. 1 in relevant part as

l’appréciation commerciale. Deuxièmement, le « caractère raisonnable », qui est au cœur de la règle de l’appréciation commerciale, comporte « divers degrés de caractère raisonnable ». [par. 157]

Appliquant la règle de l’appréciation commerciale, la cour a conclu que le juge Lederman avait eu tort de substituer son propre point de vue à celui de la direction quant à savoir si les prévisions étaient objectivement raisonnables le 20 mai, et qu’il n’avait pas tenu compte d’importants éléments de preuve tendant à étayer le point de vue de la direction. La cour a donc accueilli l’appel en ce qui a trait à la responsabilité et a refusé d’aborder la question des dommages-intérêts. Quant aux dépens, la cour a qualifié le litige de [TRADUCTION] « différend commercial opposant des acteurs commerciaux avertis et bien nantis » ((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, par. 6), et elle a, par la suite, rejeté la requête du représentant des demandeurs voulant qu’il ne soit pas condamné aux dépens en application du par. 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, ch. 6. Des dépens ont donc été accordés à Danier, à M. Wortsman et à M. Tatoff sur la base d’une indemnisation partielle.

#### VI. Analyse

La *Loi sur les valeurs mobilières* est une mesure législative corrective et doit recevoir une interprétation large : *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557. Elle protège les investisseurs contre les risques d’un marché non réglementé et, en assurant le caractère équitable des opérations et en favorisant l’intégrité et l’efficacité des marchés financiers, elle accroît la disponibilité de capitaux pour les chefs d’entreprise. Cette loi supprime la mentalité existant en common law selon laquelle « l’acheteur doit prendre garde », en prescrivant la divulgation des renseignements pertinents. Du même coup, elle reconnaît le fardeau que l’obligation de divulguer impose aux émetteurs et établit, à la partie XV, les limites de ce qui doit être divulgué. Le problème qui se pose pour les appelants est que, lorsqu’un prospectus est exact au moment de son dépôt, le par. 57(1) de la Loi limite l’obligation de divulguer après le dépôt à un avis de « changement important » qui, dans la partie pertinente de l’art. 1 de la Loi, est défini comme étant

a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer . . . ;

An issuer has no similar express obligation to amend a prospectus or to publicize and file a report for the modification of material *facts* occurring after a receipt for a prospectus is obtained. That is where the legislature has drawn the line.

The appellants no longer dispute the trial judge's finding that Danier's prospectus provided "full, true and plain disclosure of all material facts" when it was received on May 6, 1998. However, they cite *Shaw v. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1st Cir. 1996), for the proposition that an issuer should not be allowed to "exploit its informational trading advantage, at the expense of investors, by delaying disclosure of material nonpublic negative news until after completion of the offering" (p. 1204). As to intra-quarterly results, *Shaw* states:

[G]iven that at any point in a quarter, the remainder of the period may not mirror the quarter-to-date, is there a sufficient probability that unexpectedly disastrous quarter-to-date performance will carry forward to the end of the quarter, such that a reasonable investor would likely consider the interim performance important to the overall mix of information available? . . . [T]he question is whether the nondisclosure of interim facts rendered the prospectus materially incomplete. [p. 1210]

The appellants argue that *Shaw's* "materially incomplete" test applies at least to the extent of obliging issuers to correct misinformation, and this duty (grounded in s. 130(1) itself) exists independently of the prospectus disclosure requirements of ss. 56 to 58. The separate and continuing obligation on issuers is to disclose any material facts arising after the date of the prospectus and before closing that make any of the factual assertions implied in

un changement dans [l]es activités commerciales, [l']exploitation ou [le] capital [d'un émetteur], s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur. . .

L'émetteur n'a aucune obligation expresse similaire de modifier son prospectus ni de diffuser et déposer un rapport faisant état d'un changement de *faits* importants survenu après que l'on a accusé réception du prospectus. C'est là que le législateur a fixé la limite.

Les appelants ne contestent plus la conclusion du juge de première instance selon laquelle le prospectus divulguait « complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents » au moment où on en a accusé réception le 6 mai 1998. Ils invoquent toutefois l'arrêt *Shaw c. Digital Equipment Corp.*, 82 F.3d 1194 (1st Cir. 1996), à l'appui de leur argument selon lequel il ne devrait pas être permis à l'émetteur de [TRADUCTION] « tirer profit, aux dépens des investisseurs, de l'avantage commercial dont il jouit sur le plan de l'information en attendant la clôture du placement pour divulguer des nouvelles négatives importantes inconnues du public » (p. 1204). En ce qui concerne les résultats intratrimestriels, la cour affirme ceci dans l'arrêt *Shaw* :

[TRADUCTION] [V]u que, à tout moment au cours d'un trimestre, il se peut que la période restante ne ressemble pas à celle qui vient de s'écouler, existe-t-il une probabilité suffisante que le rendement étonnamment désastreux du trimestre à ce jour persiste jusqu'à la fin du trimestre, de sorte qu'il est probable que l'investisseur raisonnable jugerait important que le rendement dans l'intervalle fasse partie de l'ensemble des renseignements disponibles? [ . . . ] [L]a question est de savoir si la non-divulgarion des faits survenus dans l'intervalle a rendu le prospectus nettement incomplet. [p. 1210]

Les appelants font valoir que le critère du « caractère nettement incomplet » établi dans l'arrêt *Shaw* s'applique au moins au point d'obliger les émetteurs à rectifier les renseignements inexacts, et que cette obligation (fondée sur le par. 130(1) même) existe indépendamment des exigences de divulgation que les art. 56 à 58 prescrivent pour les prospectus. L'obligation distincte et continue qui incombe aux émetteurs consiste à divulguer tout fait important



the forecast untrue. The gist of the appellants' complaint is succinctly summarized in their factum as follows:

. . . Danier management decided not to disclose this [the intra-quarterly] information to Danier's board, counsel, auditors, underwriters, or to the market. Rather, they closed the offering and collected \$67,950,000 in proceeds. Two weeks after closing, [Danier] finally disclosed the information and a revised, substantially lower, forecast for Q4 and FY 1998. The market price of Danier's shares immediately fell. In contrast to the Wortsman Family Trust, which reaped \$27,500,000, Danier's investors lost 22% of their investment. [para. 1]

A. *Did Section 130(1) of the Securities Act Oblige Danier to Disclose Material Facts Arising After its Prospectus was Filed?*

34

The appellants argue that post-filing information falling short of "material change" can nevertheless base an action for prospectus misrepresentation because of the wording, as they interpret it, of s. 130(1) which reads:

**130.—(1)** Where a prospectus together with any amendment to the prospectus contains a misrepresentation, a purchaser who purchases a security offered thereby during the period of distribution or distribution to the public shall be deemed to have relied on such misrepresentation if it was a misrepresentation at the time of purchase and has a right of action for damages against,

- (a) the issuer or a selling security holder on whose behalf the distribution is made;
- . . .
- (e) every person or company who signed the prospectus or the amendment to the prospectus other than the persons or companies included in clauses (a) to (d), . . .

qui survient après la date du prospectus et avant la clôture et qui rend fausse l'une ou l'autre des affirmations factuelles implicites que comportent les prévisions. Les appelantes résumant ainsi l'essentiel de leur plainte dans leur mémoire :

[TRADUCTION] . . . la direction de Danier a décidé de ne pas divulguer ces renseignements [intratrimetriels] au conseil d'administration de Danier, aux avocats, aux vérificateurs, aux preneurs fermes ou au marché. Elle a préféré clore le placement et toucher un produit de 67 950 000 \$. Deux semaines après la clôture, [Danier a] finalement divulgué les renseignements et révisé sérieusement à la baisse les prévisions pour le quatrième trimestre et l'exercice 1998. Le cours de l'action de Danier a chuté immédiatement. À la différence de la fiducie de la famille Wortsman, qui a récolté 27 500 000 \$, les investisseurs de Danier ont perdu 22 pour 100 de leur investissement. [par. 1]

A. *Le paragraphe 130(1) de la Loi sur les valeurs mobilières obligeait-il Danier à divulguer les faits importants survenus après le dépôt du prospectus?*

Les appelants soutiennent que les données ultérieures au dépôt qui ne constituent pas un « changement important » peuvent néanmoins donner ouverture à action pour présentation inexacte des faits dans un prospectus en raison de l'interprétation qu'ils donnent du par. 130(1), qui prévoit ceci :

**130 (1)** En cas de présentation inexacte des faits dans un prospectus et ses modifications, l'acheteur qui achète des valeurs mobilières offertes par ce prospectus au cours de la période de placement ou de placement dans le public est réputé s'être fié à cette présentation inexacte des faits si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat et il peut intenter une action en dommages-intérêts contre les personnes suivantes :

- a) l'émetteur ou le détenteur qui a vendu les valeurs mobilières et au nom de qui le placement est effectué;
- . . .
- e) les personnes ou les compagnies qui ont signé le prospectus ou ses modifications, autres que les personnes ou les compagnies visées aux alinéas a) à d). . .

Was the sales forecast, though found not to be a “material change”, nevertheless a “misrepresentation” as of May 16, 1998? According to s. 1, a “misrepresentation” can occur by

an omission to state a material fact that is . . . necessary to make a statement not misleading in the light of the circumstances in which it was made;

The argument, therefore, is that failure to disclose the intra-quarterly results prior to closing rendered the prospectus forecast “misleading” at the “time of purchase” to the knowledge of the respondents, and therefore actionable under s. 130(1). This is because a “material fact” is defined in the Act more broadly than a “material change” and includes “a fact that significantly affects, or would reasonably be expected to have a significant effect on, the market price or value of . . . securities” (s. 1). The trial judge concluded that the intra-quarterly results constituted a “material fact”.

The appellants further submit that nothing in s. 130(1) suggests any legislative intent to alter the basic common law principle that requires a representation that becomes untrue to the maker’s knowledge to be corrected before it is acted upon (see S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4th ed. 1999), at p. 315). In this vein, the appellants, as did the trial judge, observe that s. 130(1) (as it stood in 1998) deems an investor to have relied on a misrepresentation “if it was a misrepresentation at the time of purchase”. Reference to “the time of purchase”, they say, further indicates that an issuer’s duty to disclose material facts continues until the closing date.

In my opinion, with respect, these submissions are not persuasive. Prospective purchasers were entitled to assume that no material *changes* (as defined in the Act) had occurred to the material facts disclosed in

Bien qu’elles n’aient pas été qualifiées de « changement important », les prévisions de ventes constituaient-elles néanmoins une « présentation inexacte des faits » le 16 mai 1998? Aux termes de l’art. 1, une « présentation inexacte des faits » peut résulter

de l’omission de relater un fait important dont la déclaration est [. . .] nécessaire pour que la déclaration ne soit pas trompeuse, eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite.

Donc, selon cet argument, l’omission de divulguer les résultats intratrimetriels avant la clôture rendait — à la connaissance des intimés — les prévisions « trompeuses » au « moment de l’achat », et donnaient donc ouverture à action en vertu du par. 130(1). Il en est ainsi parce que la Loi définit l’expression « fait important » de façon plus large que l’expression « changement important », en ce sens qu’elle s’entend « d’un fait qui a un effet significatif sur le cours ou la valeur de [. . .] valeurs mobilières ou dont il est raisonnable de s’attendre qu’il aura cet effet » (art. 1). Le juge de première instance a conclu que les résultats intratrimetriels constituaient un « fait important ».

Les appelants soutiennent en outre que rien dans le par. 130(1) n’indique que le législateur avait l’intention de modifier le principe fondamental de common law qui exige que toute déclaration qui devient fautive à la connaissance de son auteur soit rectifiée avant qu’on y donne suite (voir S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (4<sup>e</sup> éd. 1999), p. 315). Dans la même veine, les appelants, à l’instar du juge de première instance, font observer que, selon le par. 130(1) (tel qu’il existait en 1998), l’investisseur est réputé s’être fié à une présentation inexacte des faits « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l’achat ». Selon eux, la mention du « moment de l’achat » indique en outre que l’obligation de l’émetteur de divulguer les faits importants continue d’exister jusqu’à la date de clôture.

En toute déférence, je juge ces arguments non convaincants. Les acheteurs éventuels étaient en droit de présumer que les faits importants divulgués dans le prospectus n’avaient subi aucun

35

36

37

the prospectus between the filing date and the closing date, but that is the extent of the assurance given by the Act to prospective investors.

38

The appellants submit that s. 57(1) should not be used as a guide to the interpretation of s. 130(1), relying in part on the argument that “s. 57(1) says nothing about whether a material fact if disclosed may remain uncorrected if it becomes untrue by the date of purchase, and thus the section does nothing to limit any such duty that may otherwise exist”, as discussed by H. Underwood and R. Sorell in “Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus” (2006), 43 *Can. Bus. L.J.* 134, at pp. 144-45. However, such an interpretation would disregard the court’s duty to interpret the statute “harmoniously” as a whole. Imposition of civil liability under s. 130(1) for an omission to do what the legislature as a matter of policy has declined to require in s. 57(1) would simply be to substitute the court’s view of policy for that adopted by the legislature. The distinction between “material change” and “material fact” is deliberate and policy-based, as explained by a former chairman of the O.S.C.:

The term “material fact” is necessary when an issuer is publishing a disclosure document, such as a prospectus or a take-over bid circular, where all material information concerning the issuer at a point in time is published in one document which is convenient to the investor. The term “material change” is limited to a change in the business, operations or capital of the issuer. This is an attempt to relieve reporting issuers of the obligation to continually interpret external political, economic and social developments as they affect the affairs of the issuer, unless the external change will result in a change in the business, operations or capital of the issuer, in which case, timely disclosure of the change must be made. [Emphasis added.]

(Remarks of Peter J. Dey concerning disclosure under the *Securities Act* made to securities lawyers in Calgary and Toronto on June 7 and 9, 1983.)

*changement* important (au sens de la Loi) entre la date de dépôt et la date de clôture, mais c’est tout ce que la Loi assure aux investisseurs éventuels.

Les appelants soutiennent que le par. 57(1) ne devrait pas être utilisé pour interpréter le par. 130(1), en se fondant en partie sur l’argument selon lequel [TRADUCTION] « le par. 57(1) ne précise pas si, une fois divulgué, un fait important peut demeurer non rectifié s’il est devenu inexact à la date d’achat, de sorte que ce paragraphe n’a pas pour effet de limiter toute obligation qui peut par ailleurs exister », comme l’expliquent H. Underwood et R. Sorell dans « Danier Leather Inc. and the Duty to Update a Prospectus » (2006), 43 *Rev. can. dr. comm.* 134, p. 144-145. Toutefois, une telle interprétation ne tiendrait pas compte du devoir de la cour d’interpréter la loi comme un tout « harmonieux ». Imposer la responsabilité civile prévue au par. 130(1) pour avoir omis de faire ce que le législateur a, pour des raisons de politique générale, refusé d’exiger au par. 57(1) reviendrait simplement à substituer le point de vue de la cour à celui que le législateur a adopté en matière de politique générale. La distinction entre « changement important » et « fait important » est délibérée et fondée sur une politique générale, comme l’a expliqué l’ex-président de la CVMO :

[TRADUCTION] L’expression « fait important » est nécessaire lorsque l’émetteur rend public un document d’information, comme un prospectus ou une note d’information, où tous les renseignements importants concernant l’émetteur à un moment donné sont publiés dans un seul document commode pour l’investisseur. L’expression « changement important » ne vise que les changements dans les activités commerciales, l’exploitation ou le capital de l’émetteur. On vise ainsi à déga-ger les émetteurs assujettis de l’obligation d’interpréter continuellement les changements politiques, économiques et sociaux ayant une incidence sur leurs affaires, à moins que le changement extérieur n’entraîne un changement dans leurs activités commerciales, leur exploitation ou leur capital, auquel cas ils doivent divulguer sans délai le changement en question. [Je souligne.]

(Allocution portant sur la divulgation prévue par la *Loi sur les valeurs mobilières*, prononcée par Peter J. Dey devant des avocats spécialisés dans les valeurs mobilières à Calgary et à Toronto les 7 et 9 juin 1983.)

As to the current state of this policy, it is worth noting that both the Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure, *Final Report: Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (“Allen Report”), and the Ontario, *Five Year Review Committee Final Report: Reviewing the Securities Act (Ontario)* (2003) (“Crawford Report”), considered whether the *Securities Act* should be amended to require continuing disclosure by issuers of material facts or whether the policy of requiring the disclosure of only material changes should be continued. Both committees recommended against a modification of the statutory policy.

Firstly, if an issuer has fully complied with its regulatory obligations under ss. 56 to 58 of the Act it would be contrary to the scheme of the Act, and to the intent of the Ontario legislature reflected therein, to find civil liability against an issuer under s. 130(1) for failing to disclose post-filing information that does not amount to a material change.

Secondly, the statutory definition of “misrepresentation” uses the past tense in the phrase “in the light of the circumstances in which it was made”. The appellants say the past tense “contemplates that a statement may need correction later” (A.F., at para. 51). In my view, however, this past tense simply signals that the relevant date for assessing the accuracy of a statement is the effective date when the statement *was* made, i.e., the date the prospectus (or an amendment) was filed.

Thirdly, the appellants rely on the phrase “if it was a misrepresentation at the time of purchase” but this reliance too, in my view, is misplaced. These are words of limitation designed to ensure that s. 130(1) does not impose civil liability for a representation that had become cured or corrected at the date of purchase. Suppose, for example, that

Quant à l'état actuel de cette politique générale, il convient de noter que le Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure, dans son rapport intitulé *Final Report : Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance* (1997) (le « rapport Allen »), et l'Ontario, dans son rapport intitulé *Rapport final du Comité d'étude de cinq ans : Examen de la Loi sur les valeurs mobilières (Ontario)* (2003) (le « rapport Crawford »), se sont tous les deux demandé si la *Loi sur les valeurs mobilières* devrait être modifiée de manière à obliger les émetteurs à divulguer de façon continue les faits importants, ou si la politique actuelle qui n'oblige à divulguer que les changements importants devrait être maintenue. Les deux comités se sont prononcés contre la modification de la politique législative.

Premièrement, j'estime que, si un émetteur s'est conformé pleinement aux exigences réglementaires des art. 56 à 58 de la Loi, il serait contraire à l'esprit de la Loi, ainsi qu'à l'intention du législateur ontarien qui en ressort, de tenir cet émetteur civilement responsable en application du par. 130(1) pour avoir omis de divulguer des données ultérieures au dépôt qui ne constituent pas un changement important.

Deuxièmement, la définition légale de l'expression « présentation inexacte des faits » utilise le passé dans le passage « eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite ». Selon les appelants, l'emploi du passé [TRADUCTION] « indique qu'une déclaration peut devoir être rectifiée ultérieurement » (m.a., par. 51). J'estime, cependant, que cet emploi du passé indique seulement que la date pertinente pour apprécier l'exactitude d'une déclaration est la date réelle à laquelle elle a été faite, c'est-à-dire la date de dépôt du prospectus (ou d'une modification).

Troisièmement, les appelants s'appuient sur le passage « si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat », mais j'estime qu'ils ne sont pas justifiés de le faire non plus. Il s'agit là de mots limitatifs destinés à assurer que le par. 130(1) n'impose pas une responsabilité civile pour une présentation des faits qui était

39

40

41

Danier owned an important patent on a process for working leather, and trumpeted this fact in its prospectus, inadvertently failing to disclose that a competitor had mounted a serious court challenge to the patent's validity. The Act gives the purchasers the benefit of "deemed" reliance. The existence of a serious court challenge would be a material fact. Yet if the challenge were settled or discontinued and the patent thus vindicated *before* the time of purchase, why should the omission attract damages or rescission? The answer, according to the language of s. 130(1), is that it does not.

42 The appellants' reliance on the common law as a guide to the interpretation of s. 130(1) is also unconvincing. The common law does not require a person selling shares to issue a prospectus. It does not define or distinguish between material facts and material changes. It does not create a scheme of compelled disclosure with its own requirements and limits on those requirements. It is the Act and not the common law that settles the policy.

43 In summary, when (as here) a prospectus (or an amendment) contains no misrepresentation *on the date the document is filed*, information amounting to material *facts* (but not material *changes*) that arises subsequently cannot support an action under s. 130(1). (Of course, if a material *change* arises during the period of distribution, failure to disclose this change as required by s. 57(1) could support an action under s. 130(1).) In the case at bar, however, the trial judge found that the intra-quarterly results were *not* a material change, and as will be explained, I agree with the trial judge in this regard. Such is the prospectus disclosure policy presently mandated by the Act and the courts are obliged to give effect to it. In contexts other than "prospectus misrepresentation", including regulatory or stock exchange oversight, a different policy may prevail, depending on the governing rules and

corrigée ou redevenue exacte au moment de l'achat. Supposons, par exemple, que Danier possédait un important brevet relatif à un procédé de travail du cuir, qu'elle le clamait haut et fort dans son prospectus et qu'elle a omis par inadvertance de mentionner qu'un concurrent contestait sérieusement la validité de ce brevet devant les tribunaux. La Loi considère, à l'avantage des acheteurs, que ceux-ci sont réputés s'être fiés à ce qui leur a été présenté. L'existence d'une contestation judiciaire sérieuse serait un fait important. Pourtant, si cette contestation était réglée ou abandonnée et que la validité du brevet était ainsi confirmée *avant* l'achat, pourquoi cette omission donnerait-elle ouverture à des dommages-intérêts ou à l'annulation? La réponse, selon le libellé du par. 130(1), est qu'elle ne le fait pas.

Le recours des appelants à la common law pour interpréter le par. 130 (1) n'est pas plus convaincant. La common law n'oblige pas la personne qui vend des actions à publier un prospectus. Elle ne définit pas les expressions « fait important » et « changement important » et n'établit aucune distinction entre elles. Elle ne crée pas un régime de divulgation forcée comportant ses propres exigences et des limites à ces exigences. C'est la Loi, et non la common law, qui établit la politique applicable.

Somme toute, lorsque (comme en l'espèce) un prospectus (ou une modification) ne comporte aucune présentation inexacte des faits *à la date du dépôt du document*, les renseignements constituant des *faits* importants (mais non des *changements* importants) qui apparaissent par la suite ne peuvent étayer une action fondée sur le par. 130(1). (Naturellement, si un *changement* important survient pendant la période de placement, l'omission de divulguer ce changement conformément au par. 57(1) pourrait justifier une action fondée sur le par. 130(1).) En l'espèce, toutefois, le juge de première instance a conclu que les résultats intratrimetriels *ne* constituaient *pas* un changement important et, comme je vais l'expliquer, je partage son opinion à cet égard. Telle est la politique de divulgation que la Loi prescrit actuellement à l'égard des prospectus, et les tribunaux sont tenus de l'appliquer. Dans

enactments. This appeal is concerned only with s. 130(1).

For the sake of completeness, I note that s. 130(1) was amended by the *Budget Measures Act (Fall), 2004*, S.O. 2004, c. 31, Sched. 34, s. 6, but the change is not material to the present appeal.

**B. *Did the Courts Below Err in Failing to Find That the Intra-Quarterly Results Amounted to a Material Change?***

In an alternative argument, the appellants insist that the trial judge erred in failing to find that the intra-quarterly results constituted a “material change” that should have been disclosed pursuant to s. 57(1). For ease of reference, I repeat the definition of a “material change” in s. 1(1) of the Act:

... a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer . . .

The appellants submit that “the change in the results of Danier’s operations amounted to a material change” (A.F., at para. 56 (emphasis added)), but this submission conflates “operations” with “results of operations”. The shortfall in sales noted on May 16, 1998 is properly characterized as “results of operations”, a term which is now found in ss. 1(1), 3.9 and 138.1 of the Act. Again, the legislature could have included “results of operations” in the definition of “material change” if it had intended to cast the disclosure obligation so widely, but they did not.

The appellants rely in this respect on *Pezim*, at p. 600, where the Court agreed with the British

des contextes autres que la « présentation inexacte des faits dans un prospectus », dont celui d’un régime de surveillance réglementaire ou boursier, une politique différente peut s’appliquer, selon les règles et les textes législatifs applicables. Le présent pourvoi ne porte que sur le par. 130(1).

Par souci d’exhaustivité, je souligne que le par. 130(1) a été modifié par la *Loi de 2004 sur les mesures budgétaires (automne)*, L.O. 2004, ch. 31, ann. 34, art. 6, mais la modification apportée n’est pas pertinente dans le présent pourvoi.

**B. *Les tribunaux inférieurs ont-ils commis une erreur en ne concluant pas que les résultats intratrimetriels constituaient un changement important?***

Subsidiairement, les appelants font valoir que le juge de première instance a commis une erreur en ne concluant pas que les résultats intratrimetriels constituaient un « changement important » qui aurait dû être divulgué conformément au par. 57(1). Pour en faciliter la consultation, je reproduis de nouveau la définition de « changement important » qui figure au par. 1(1) de la Loi :

... un changement dans [l]es activités commerciales, [l]’exploitation ou [le] capital [d’un émetteur], s’il est raisonnable de s’attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur. . .

Les appelants soutiennent que [TRADUCTION] « le changement dans les résultats d’exploitation de Danier constituait un changement important » (m.a., par. 56 (je souligne)), mais cet argument confond « exploitation » et « résultats d’exploitation ». Le ralentissement des ventes constaté le 16 mai 1998 est qualifié à juste titre de « résultat » ou « résultat d’exploitation », expression qui figure désormais au par. 1(1) et aux art. 3.9 et 138.1 de la Loi. Là encore, le législateur aurait pu inclure les « résultats d’exploitation » dans la définition de l’expression « changement important » s’il avait voulu donner un sens aussi large à l’obligation de divulgation, mais il ne l’a pas fait.

À cet égard, les appelants invoquent l’arrêt *Pezim*, p. 600, où la Cour a convenu avec la British

44

45

46

Columbia Securities Commission that “a change in assay and drilling results can amount to a material change depending on the circumstances”. A change in assay or drilling results is itself a change in the issuer’s “assets” (the term then used in the British Columbia *Securities Act*), but a change in intra-quarterly results is not itself a change in the issuer’s business, operations or capital and, for that matter, does not necessarily signal that a material change has occurred. Sales often fluctuate (as here) in response to factors that are external to the issuer.

47

It almost goes without saying that poor intra-quarterly results may *reflect* a material change in business operations. A company that has, for example, restructured its operations may experience poor intra-quarterly results because of this restructuring, but it is the restructuring and not the results themselves that would amount to a material change and thus trigger the disclosure obligation. Additionally, poor intra-quarterly results may motivate a company to implement a change in its business, operations or capital in an effort to improve performance. Again, though, the disclosure obligation would be triggered by the change in the business, operations or capital, and not by the results themselves.

48

In the present case, there is no evidence that Danier made a change in its business, operations or capital during the period of distribution. It is not disputed that the revenue shortfall as of May 16 was caused by the unusually hot weather, a factor external to the issuer. Consequently, Danier experienced no material change that required disclosure and did not breach s. 57(1).

*C. Did the Forecast Contain an Implied Representation of Objective Reasonableness?*

49

The trial judge found that the forecast contained an implied representation of objective

Columbia Securities Commission qu’« un changement dans les résultats de titrage et de forage peut, selon les circonstances, constituer un changement important ». Un changement dans les résultats de titrage ou de forage constitue en soi un changement dans les « éléments d’actif » (« *assets* », terme alors employé dans la *Securities Act* de la Colombie-Britannique) de l’émetteur, mais un changement dans les résultats intratrimetriels ne constitue pas en soi un changement dans les activités commerciales, l’exploitation ou le capital de l’émetteur et, du reste, n’indique pas nécessairement qu’un tel changement s’est produit. Les ventes fluctuent souvent (comme c’est le cas en l’espèce) en raison de facteurs n’ayant rien à voir avec l’émetteur.

Il va presque sans dire que les piètres résultats intratrimetriels peuvent *refléter* un changement important dans l’exploitation commerciale. Une société qui, par exemple, a restructuré ses activités peut connaître de piètres résultats intratrimetriels en raison de cette restructuration, mais c’est la restructuration, et non les résultats eux-mêmes, qui constituerait un changement important et donnerait ainsi naissance à l’obligation de divulguer. De plus, de piètres résultats intratrimetriels peuvent inciter une entreprise à modifier ses activités commerciales, son exploitation ou son capital afin d’améliorer son rendement. Là encore, pourtant, l’obligation de divulguer prendrait naissance en raison du changement dans les activités commerciales, l’exploitation ou le capital, et non en raison des résultats eux-mêmes.

En l’espèce, rien ne prouve que Danier a effectué un changement dans ses activités commerciales, son exploitation ou son capital durant la période de placement. Personne ne conteste que le manque à gagner du 16 mai était dû au temps exceptionnellement chaud, un facteur n’ayant rien à voir avec l’émetteur. En conséquence, Danier n’a subi aucun changement important qui devait être divulgué, et elle n’a pas enfreint le par. 57(1).

*C. Les prévisions comportaient-elles une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable?*

Le juge de première instance a conclu que les prévisions comportaient une déclaration implicite

reasonableness that extended until closing on May 20. The Court of Appeal disagreed, holding that the forecast contained no implied representation of objective reasonableness in fact, and that none is implied as a matter of law. In my view, as a matter of *fact*, the forecast *did* carry an implied representation of objective reasonableness rooted in the language of the prospectus, but this implied representation extended only until the prospectus was received on May 6.

The forecast was prepared as of April 2, and in the prospectus it is stated that “[t]he Forecast is based on assumptions that reflect management’s best judgement of the most probable set of economic conditions and the Company’s planned course of action as of April 2, 1998” (Final Prospectus, at p. 26). Likewise, the Auditors’ Report, dated April 6, advises that “the assumptions developed by management are suitably supported and consistent with the plans of the Company, and provide a reasonable basis for the forecast” (*ibid.*). The prospectus further states that the assumptions were “considered reasonable by the Company at the time of preparation of the forecast” (p. 8) and that “[t]he Forecast has been prepared using generally accepted accounting principles” (p. 27). Significant assumptions are then listed. That is enough, it seems to me, for potential investors to infer not just that the forecast represents management’s best judgment (as the Court of Appeal held), but also that management’s judgment is based on facts and assumptions that reasonable business people in possession of the same information as Danier’s management would reasonably regard as reliable for the purpose of a forecast.

The forecast was not, however, put forward as objectively reasonable as of May 20 or, for that matter, as of any date after May 6. The prospectus stated that “[t]he financial reports issued by the Company to its shareholders during the forecast period will contain either a statement that there are

de caractère objectivement raisonnable qui s’est appliquée jusqu’à la clôture le 20 mai. La Cour d’appel n’était pas du même avis et a jugé que les prévisions ne comportaient aucune déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable sur le plan des faits et qu’aucune déclaration de cette nature n’est implicite en droit. J’estime que, sur le plan des *faits*, les prévisions *comportaient* une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable enracinée dans le libellé du prospectus, mais que cette déclaration implicite s’appliquait seulement jusqu’au moment où on a accusé réception du prospectus le 6 mai.

Les prévisions étaient préparées le 2 avril, et le prospectus précisait que « [l]es prévisions sont fondées sur des hypothèses qui traduisent le meilleur jugement de la société sur la conjoncture économique la plus probable et le plan d’actions (*sic*) prévu de la société au 2 avril 1998 » (prospectus définitif, p. 31). De même, le rapport des vérificateurs daté du 6 avril signale que « les hypothèses formulées par la direction sont convenablement étayées et conformes aux plans de la société et constituent une base raisonnable pour les prévisions » (*ibid.*). On précise également, dans le prospectus, que ces hypothèses étaient « jugées raisonnables par la société au moment où elles ont été préparées » (p. 10) et que « [l]es prévisions ont été préparées conformément aux principes comptables généralement reconnus » (p. 32). Une liste des principales hypothèses est ensuite présentée. Cela suffit, me semble-t-il, pour que les investisseurs potentiels infèrent non seulement que les prévisions traduisent le meilleur jugement de la direction (comme l’a conclu la Cour d’appel), mais aussi que le jugement de la direction repose sur des faits et des hypothèses que des gens d’affaires raisonnables — disposant des mêmes renseignements que la direction de Danier — auraient raisonnablement tenus pour fiables pour faire des prévisions.

Les prévisions n’ont toutefois pas été présentées comme étant objectivement raisonnables en date du 20 mai ni, du reste, à aucune date après le 6 mai. Le prospectus indiquait que « [l]es rapports financiers émis par la société à ses actionnaires au cours de la période prévisionnelle contiendront soit



no significant changes to be made to the Forecast or a revised forecast accompanied by explanations of significant changes” (Final Prospectus, at p. 26), but no financial reports were issued to shareholders during the period of distribution. The prospectus did *not* promise that the forecast would be updated if and as soon as conditions changed. Potential investors should therefore have recognized that the forecast was just a snapshot of the company’s prospects as of May 6. Accordingly, the trial judge, having found the forecast to be objectively reasonable as of May 6, erred in going on to evaluate the objective reasonableness of the forecast at the date of closing, and assessing damages for its perceived deficiencies as of that date.

*D. Does the Business Judgment Rule Have any Application to the Disclosure Requirements Under Sections 56 to 58 of the Securities Act?*

52

The respondents invoke the Business Judgment Rule. The Court of Appeal held that the trial judge had paid insufficient deference to management’s expertise in forecasting sales based on years of hands-on retail experience. At para. 165, the Court of Appeal said:

The trial judge’s point of view is necessarily a retrospective one. By contrast, the point of view of Wortsman and Tatoff was a prospective one, informed by the circumstances as they were on May 20. Their view might have been an optimistic one, but it was not unreasonable in the sense that it was outside a range of reasonable views of Danier’s situation at that time.

Accordingly, in that court’s view, there was no breach of any implied assertion of “objective reasonableness” as of May 20. Thus, even if (which they doubted) there was such an implied assertion, no follow-up disclosure obligation was triggered. For the reasons already stated, I accept that as of

une déclaration selon laquelle aucune modification importante ne doit être apportée aux prévisions, soit des prévisions révisées accompagnées d’explications des modifications importantes » (prospectus définitif, p. 31), mais aucun rapport financier n’a été émis aux actionnaires durant la période de placement. On *ne* promettait *pas*, dans le prospectus, de mettre à jour les prévisions si les conditions changeaient et dès qu’elles changeraient. Les investisseurs potentiels auraient donc dû reconnaître que les prévisions n’étaient qu’un instantané des perspectives qui s’offraient à la société en date du 6 mai. En conséquence, après avoir conclu que les prévisions étaient objectivement raisonnables en date du 6 mai, le juge de première instance a commis une erreur en appréciant ensuite le caractère objectivement raisonnable des prévisions à la date de clôture et en évaluant les dommages-intérêts pour leurs lacunes apparentes à cette date.

*D. La règle de l’appréciation commerciale s’applique-t-elle aux exigences de divulgation prévues aux art. 56 à 58 de la Loi sur les valeurs mobilières?*

Les intimés invoquent la règle de l’appréciation commerciale. La Cour d’appel a statué que le juge de première instance n’avait pas suffisamment fait montre de déférence à l’égard de l’expertise que la direction possédait en matière de prévisions de ventes grâce à des années d’expérience pratique dans le commerce au détail. La Cour d’appel a affirmé ceci, au par. 165 :

[TRADUCTION] Le point de vue du juge de première instance est nécessairement rétrospectif. En revanche, le point de vue de MM. Wortsman et Tatoff était prospectif et fondé sur les circonstances qui existaient le 20 mai. Il se pourrait que leur point de vue ait été optimiste, mais il n’était pas déraisonnable en ce sens qu’il s’écartait d’une série de perceptions raisonnables de la situation de Danier à l’époque.

En conséquence, cette cour estimait qu’il n’y avait aucun manquement à une déclaration implicite de « caractère objectivement raisonnable » en date du 20 mai. Donc, même si une telle déclaration implicite existait (ce dont la cour doutait), aucune obligation de divulgation complémentaire ne prenait

May 6 (the date of receipt) there was an implied assertion by the issuer of objective reasonableness. The trial judge found the assertion to be true as of May 6. End of argument.

However, even if the situation is to be considered as of May 20, as contended for by the appellants (a faulty approach, as already stated), the trial judge still erred in finding that the implied assertion was incorrect as of the closing date. The respondents' expert had testified that the forecast remained objectively reasonable as of May 20, and neither of the appellants' experts testified to the contrary. The trial judge failed to provide any persuasive reasons to reject the unchallenged expert testimony on that point. His finding in that respect "can properly be characterized as 'unreasonable' or 'unsupported by the evidence'": *H.L. v. Canada (Attorney General)*, [2005] 1 S.C.R. 401, 2005 SCC 25, at para. 56.

On the broader legal proposition, however, I agree with the appellants that while forecasting is a matter of business judgment, disclosure is a matter of legal obligation. The Business Judgment Rule is a concept well-developed in the context of *business* decisions but should not be used to qualify or undermine the duty of disclosure. The Business Judgment Rule was well stated by Weiler J.A. in *Maple Leaf Foods Inc. v. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.):

The court looks to see that the directors made a reasonable decision not a perfect decision. Provided the decision taken is within a range of reasonableness, the court ought not to substitute its opinion for that of the board even though subsequent events may have cast doubt on the board's determination. As long as the directors have selected one of several reasonable alternatives, deference is accorded to the board's decision . . . [Emphasis deleted; p. 192.]

I do not agree with the respondents that the Business Judgment Rule, thus formulated, applies

naissance. Pour les raisons déjà mentionnées, je reconnais qu'au 6 mai (date de l'accusé de réception) il existait, de la part de l'émetteur, une déclaration implicite de caractère objectivement raisonnable. Le juge de première instance a conclu que cette déclaration était vraie en date du 6 mai. Un point c'est tout.

Toutefois, même s'il faut tenir compte de la situation en date du 20 mai, comme le soutiennent les appelants (ce qui est erroné, comme je l'ai dit plus tôt), le juge de première instance a tout de même commis une erreur en concluant que la déclaration implicite était inexacte à la date de clôture. L'expert des intimés a affirmé que les prévisions étaient toujours objectivement raisonnables le 20 mai, et aucun expert des appelants n'a affirmé le contraire dans son témoignage. Le juge de première instance n'a exposé aucun motif convaincant de rejeter le témoignage d'expert non contesté à ce sujet. Sa conclusion à cet égard « peu[t] véritablement être qualifié[e] de "déraisonnabl[e]" ou de "non étayé[e] par la preuve" » : *H.L. c. Canada (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 401, 2005 CSC 25, par. 56.

Sur le plan juridique général, je conviens toutefois avec les appelants que, bien que les prévisions soient une question d'appréciation commerciale, la divulgation est une question d'obligation légale. La règle de l'appréciation commerciale est une notion bien établie dans le contexte des décisions *d'affaires*, mais elle ne doit pas servir à atténuer ou à miner l'obligation de divulgation. Dans l'arrêt *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177 (C.A.), la juge Weiler a bien exposé la règle de l'appréciation commerciale :

[TRADUCTION] Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision raisonnable et non pas la meilleure décision. Dès lors que la décision prise conserve un caractère raisonnable, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si les événements ultérieurs peuvent avoir jeté le doute sur la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient, la retenue est de mise à l'égard de la décision du conseil. . . [Italiques omis; p. 192.]

Je ne suis pas d'accord avec les intimés pour dire que la règle de l'appréciation commerciale, ainsi

53

54

55

here. This is not to say that the expertise of Wortsman and Tatoff was not relevant to an analysis of the events leading up to the May 20 closing. If, contrary to my view, a disclosure obligation had arisen as the appellants contend, management would have been required to disclose the fourth quarter slump in sales but management could have announced with confidence that in its business judgment the forecast would nevertheless be met by the company's financial year end. Potential investors would have the current facts and might accept or not management's business judgment about the future outcome. However, the disclosure requirements under the Act are not to be subordinated to the exercise of business judgment. I do not believe the Court of Appeal intended to say otherwise, although its treatment of the "objective reasonableness" issue arguably had that effect in this case. It is for the legislature and the courts, not business management, to set the legal disclosure requirements.

56

In *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v. Wise*, [2004] 3 S.C.R. 461, 2004 SCC 68, for example, a decision by management to implement a joint inventory procurement policy was challenged. In holding that management's decision was reasonable, the Court explained the judicial role in the context of that particular business decision as follows:

Courts are ill-suited and should be reluctant to second-guess the application of business expertise to the considerations that are involved in corporate decision making, but they are capable, on the facts of any case, of determining whether an appropriate degree of prudence and diligence was brought to bear in reaching what is claimed to be a reasonable business decision at the time it was made. [Emphasis added; para. 67.]

The O.S.C. in its argument stated with apparent confidence that "[t]he business judgment rule has never been applied in relation to securities disclosure generally or, more particularly, to forecasts

formulée, s'applique en l'espèce. Cela ne signifie pas que l'expertise de MM. Wortsman et Tatoff n'était pas utile pour analyser les événements ayant mené à la clôture du 20 mai. Si, contrairement à ce que je pense, une obligation de divulgation avait pris naissance, comme le prétendent les appelants, la direction aurait été tenue de divulguer le ralentissement des ventes du quatrième trimestre, mais elle aurait pu annoncer avec confiance que, selon son sens des affaires, les prévisions seraient néanmoins réalisées à la fin de son exercice. Les investisseurs potentiels auraient été au courant de la situation qui prévalait et auraient alors pu accepter ou rejeter l'appréciation commerciale de la société quant à la suite des événements. Toutefois, les exigences de divulgation de la Loi ne doivent pas être subordonnées à l'appréciation commerciale. Je ne crois pas que la Cour d'appel a voulu affirmer le contraire, bien que la façon dont elle a traité la question du « caractère objectivement raisonnable » ait pu avoir cet effet en l'espèce. Il appartient au législateur et aux tribunaux, et non aux dirigeants d'entreprises, d'établir les exigences juridiques en matière de divulgation.

Par exemple, dans l'arrêt *Magasins à rayons Peoples inc. (Syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461, 2004 CSC 68, la décision de la direction de mettre en œuvre une politique d'approvisionnement commun a été contestée. En concluant que la décision de la direction était raisonnable, la Cour a expliqué en ces termes le rôle que les tribunaux doivent jouer dans le contexte de cette décision d'affaires particulière :

Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décisions des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaire pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaires raisonnable au moment où elle a été prise. [Je souligne; par. 67.]

Dans son argumentation, la CVMO a déclaré avec une assurance manifeste que [TRADUCTION] « [l]a règle de l'appréciation commerciale n'a jamais été appliquée à la question de la divulgation relative

contained in a prospectus” (O.S.C. Factum, at para. 2).

In *Re Anderson, Clayton Shareholders’ Litigation*, 519 A.2d 669 (1986), the Court of Chancery of Delaware declined to apply the business judgment rule to determine whether accurate disclosure had been made to shareholders in proxy disclosures and supplemental disclosures, stating:

... one of the underlying reasons for the great deference the business judgment rule carries with it, is not present in a setting of this kind. The quality of disclosure is inherently something that the court itself must ultimately evaluate. [p. 675]

The traditional justifications for the rule argue against its application here. It is said, truly enough, that judges are less expert than managers in making business decisions. Moreover, business decisions often involve choosing from amongst a range of alternatives. In order to maximize returns for shareholders, managers should be free to take reasonable risks without having to worry that their business choices will later be second-guessed by judges. These justifications — based on *relative expertise*, and on the need to support *reasonable risk-taking* — do not apply to disclosure decisions. Agreement with the appellants on this point, while it is an important point, does not change the outcome of the appeal. The appellants’ argument had already suffered two fatal blows before arriving at this point. The appeal on liability must still be dismissed.

E. *Did the Trial Judge Err in the Manner in Which He Calculated Damages?*

In light of the conclusion that the appellants’ class action must be dismissed, it becomes unnecessary to address the appellants’ arguments on damages.

aux valeurs mobilières en général, ou, plus particulièrement, à celle des prévisions figurant dans un prospectus » (mémoire de la CVMQ, par. 2).

Dans la décision *Re Anderson, Clayton Shareholders’ Litigation*, 519 A.2d 669 (1986), la Court of Chancery du Delaware a refusé d’appliquer la règle de l’appréciation commerciale pour déterminer si les actionnaires avait obtenu une divulgation fidèle lors de divulgations de procura-tion et de divulgations complémentaires, affirmant ceci :

[TRADUCTION] ... l’une des raisons fondamentales pour lesquelles la règle de l’appréciation commerciale appelle une grande déférence n’est pas présente dans ce type de circonstances. La qualité de la divulgation est en soi un élément qui, en définitive, relève de l’appréciation de la cour elle-même. [p. 675]

Les justifications traditionnelles de la règle militent contre son application en l’espèce. On affirme, à juste titre, que les juges s’y connaissent moins que les directeurs pour prendre des décisions d’affaires. En outre, les décisions d’affaires comportent souvent un choix parmi une gamme de solutions. Pour maximiser le rendement des actions, les directeurs doivent être libres de prendre des risques raisonnables sans craindre que les tribunaux remettent par la suite en question les choix qu’ils ont faits sur le plan commercial. Ces justifications — fondées sur l’*expertise relative* et sur la nécessité de favoriser la *prise de risques raisonnables* — ne s’appliquent pas aux décisions en matière de divulgation. Le fait d’être d’accord avec les appelants sur ce point, si important soit-il, ne change rien à l’issue du présent pourvoi. L’argumentation des appelants avait déjà subi deux coups fatals avant d’en arriver là. L’appel sur la question de la responsabilité doit toujours être rejeté.

E. *Le juge de première instance a-t-il commis une erreur dans sa façon de calculer les dommages-intérêts?*

Compte tenu de la conclusion selon laquelle le recours collectif des appelants doit être rejeté, il n’est plus nécessaire d’examiner l’argumentation des appelants relative aux dommages-intérêts.

57

58

59

VII. Costs

60 The appellant Durst argued that the Court of Appeal erred as a matter of law in awarding costs against him as the representative plaintiff because of its misinterpretation of s. 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*. Quite apart from s. 31(1), he says, general concerns about access to justice justified a departure from the usual rule that costs follow the event. The Court of Appeal, in effect, held that there was no more reason in this case for the successful defendants to carry the full costs of the defence than in any other commercial litigation.

61 The costs of the proceedings in the courts below were very much in the discretion of the Court of Appeal: *Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 131*. I would not interfere with its disposition.

62 There is no doubt that the representative plaintiff, Mr. Durst, was outraged by what he regarded as the devious conduct of the respondents, and considered that it was in the public interest to call them to account. Nevertheless, he also has a major personal financial interest in the outcome. He purchased 222,600 shares in Danier's IPO and made a profit of approximately \$1.5 million when he sold these shares. If the trial judgment had not been reversed on appeal, he would also have recovered an additional \$518,410 by way of damages. He acknowledged that he was a person of substance, with an investment portfolio in the range of \$11-22 million. (Although put forward as potential representative plaintiffs, the certification judge considered the appellants Douglas Kerr and S. Grace Kerr unacceptable in that role because Ms. Kerr was a partner in the law firm seeking to be class counsel ((2001), 19 B.L.R. (3d) 254, at para. 68) and that "[a]s a general principle, it is best that there is no appearance of impropriety. In this situation, there is the perception of a potential for abuse by class counsel through acting in their own self-interest rather than in the interests of the class" (para. 72). Accordingly, "the Kerrs are not approved as

VII. Dépens

L'appellant Durst a soutenu que la Cour d'appel a commis une erreur de droit en le condamnant aux dépens en sa qualité de représentant des demandeurs, en raison de sa mauvaise interprétation du par. 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*. Indépendamment du par. 31(1), dit-il, des préoccupations générales concernant l'accès à la justice justifiaient une dérogation à la règle habituelle voulant que les dépens suivent l'issue de la cause. La Cour d'appel a, en fait, conclu qu'il n'y avait pas plus de raison en l'espèce que dans n'importe quel autre litige de nature commerciale que les défendeurs ayant eu gain de cause supportent tous les coûts de la défense.

Les dépens devant les juridictions inférieures relevaient largement du pouvoir discrétionnaire de la Cour d'appel : *Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 131*. Je suis d'avis de ne pas modifier la décision de la Cour d'appel.

Il ne fait aucun doute que le représentant des demandeurs, M. Durst, a été indigné par ce qu'il considérait comme le comportement sournois des intimés et qu'il estimait qu'il était dans l'intérêt public de leur demander des comptes. Cependant, il a aussi personnellement un intérêt financier important dans l'issue de l'affaire. Il a acheté 222 600 actions lors du PAPE de Danier et il a réalisé un profit d'environ 1,5 million de dollars lorsqu'il les a vendues. Si le jugement de première instance n'avait pas été infirmé en appel, il aurait aussi touché 518 410 \$ à titre de dommages-intérêts. Monsieur Durst a admis qu'il était un homme riche et qu'il détenait un portefeuille d'environ 11 à 22 millions de dollars. (Bien que les appelants Douglas Kerr et S. Grace Kerr aient été proposés comme représentants potentiels des demandeurs, le juge chargé d'autoriser le recours collectif a considéré qu'ils ne pouvaient pas remplir cette fonction du fait que M<sup>me</sup> Kerr était une associée du cabinet d'avocats qui cherchait à représenter le groupe ((2001), 19 B.L.R. (3d) 254, par. 68) et que [TRADUCTION] « [e]n règle générale, il est préférable qu'il n'y ait aucune apparence d'irrégularité. Dans ce cas, on perçoit un risque d'abus de la part de l'avocat

representative plaintiffs. Mr. [D]urst is approved as the sole representative plaintiff” (para. 73).)

There is nothing to be criticized in any of this. The trial judge noted that the costs incurred by Mr. Durst in this litigation outweighed any personal financial benefit. However, protracted litigation has become the sport of kings in the sense that only kings or equivalent can afford it. Those who inflict it on others in the hope of significant personal gain and fail can generally expect adverse cost consequences.

The appellants are correct to point out that there is a strong public interest in setting the rules of adequate disclosure by issuers prior to closing, that indeed proper disclosure is the heart and soul of the securities regulations across Canada. However, regard must also be had to the situation of the respondents/defendants who have incurred the costs of a 44-day trial and 5 days in the Court of Appeal and one day here to defend themselves against serious allegations, and who in this instance have prevailed.

Section 31(1) of the *Class Proceedings Act, 1992*, provides:

**31.—(1)** In exercising its discretion with respect to costs under subsection 131 (1) of the *Courts of Justice Act*, the court may consider whether the class proceeding was a test case, raised a novel point of law or involved a matter of public interest.

It has not been established that this is a “test case” in the conventional sense of a case selected to resolve a legal issue applicable to other pending or anticipated litigation. Nor have the appellants raised a “novel point of law”. As we have seen, the heart of the case is simply a shareholder dispute over a lot of money requiring the application of well-settled principles of statutory interpretation to

du groupe qui pourrait agir dans son propre intérêt plutôt que dans celui du groupe » (par. 72). En conséquence, [TRADUCTION] « les Kerr ne sont pas autorisés à agir comme représentants des demandeurs. Monsieur [D]urst est désigné comme seul représentant des demandeurs » (par. 73).)

Il n’y a rien à redire à ce sujet. Le juge de première instance a souligné que les frais engagés par M. Durst dans le présent litige l’emportaient sur tout avantage financier personnel. Toutefois, les litiges interminables sont devenus un sport de roi en ce sens que seuls les rois ou autres personnes bien nanties comme eux peuvent se les payer. Les personnes qui intentent sans succès de telles poursuites contre autrui dans l’espoir d’en tirer un gain personnel important peuvent s’attendre à subir des conséquences négatives sur le plan des dépens.

Les appelants ont raison de souligner qu’il est clairement dans l’intérêt public de fixer les règles de divulgation suffisante par les émetteurs avant la clôture, et que la divulgation suffisante est en fait au cœur de la réglementation des valeurs mobilières au Canada. Toutefois, il faut aussi tenir compte de la situation des intimés/défendeurs qui ont engagé des frais pour répondre à de graves allégations lors de procédures qui ont duré 44 jours en première instance, cinq en Cour d’appel et un devant notre Cour, et qui, en l’espèce, l’ont emporté.

Le paragraphe 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* prévoit ceci :

**31 (1)** Le tribunal peut, dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire d’adjudication des dépens visé au paragraphe 131 (1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, examiner si le recours collectif était une cause type, soulevait un nouveau point de droit ou posait une question d’intérêt public.

On n’a pas établi que la présente affaire est une « cause type » dans le sens classique d’une cause sélectionnée pour résoudre une question de droit applicable à d’autres litiges en cours ou présagés. Les appelants n’ont pas soulevé non plus un « nouveau point de droit ». Comme nous l’avons vu, il est essentiellement question en l’espèce d’un différend d’actionnaires portant sur une somme d’argent

63

64

65

particular legislative provisions. This is the usual fodder of commercial litigation (see generally *Gariepy v. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393 (Ont. S.C.J.), aff'd [2004] O.J. No. 5309 (QL) (Div. Ct.), at para. 8; *Moyes v. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770 (S.C.J.), at paras. 4-5).

66 While counsel for the appellants have put before the Court exhaustive research into the U.S. jurisprudence on different variants of statutory language, and have said what could be said on their clients' behalf, the proper interpretation of s. 130(1) of the Ontario Act has from the outset been the time bomb ticking under their case. The respondents attempted to have this issue determined in their favour on a motion for summary judgment heard in December 2000 but were unsuccessful. The result was a very expensive piece of shareholder litigation, but there is no magic in the form of a class action proceeding that should in this case deprive the respondents of their costs. The language of s. 31(1) is permissive.

67 The *Class Proceedings Act, 1992* uses the expression "matter of public interest" in s. 31(1) in the sense of a matter that involves "either issues of broad public importance or persons who are historically disadvantaged in society" (M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2nd ed. (loose-leaf)), vol. 1, at §208.2.1 (footnote omitted)). The appellants contend that the present case raises a matter of public interest, indeed they say that this may well be "the first Canadian case to consider statutory prospectus misrepresentation" (Supp. A.F., at para. 1). However, this is a dispute where private commercial interests predominated.

68 We are certainly not dealing with people on either side who are historically disadvantaged. Nor, as the Court of Appeal noted, "is it a contest characterized by significant power imbalance"

considérable et nécessitant l'application de principes bien établis d'interprétation législative à des dispositions précises. Tel est le scénario de la plupart des litiges commerciaux (voir, de façon générale, *Gariepy c. Shell Oil Co.* (2002), 23 C.P.C. (5th) 393 (C.S.J. Ont.), conf. par [2004] O.J. No. 5309 (QL) (C. div.), par. 8; *Moyes c. Fortune Financial Corp.* (2002), 61 O.R. (3d) 770 (C.S.J.), par. 4-5).

Bien que les avocats des appelants aient présenté à la Cour les résultats de recherches approfondies effectuées dans la jurisprudence américaine portant sur diverses variantes de dispositions législatives et qu'ils aient dit ce qui pouvait être dit au nom de leurs clients, l'interprétation correcte du par. 130(1) de la loi ontarienne constitue depuis le début la bombe à retardement qui risque de faire voler leur thèse en éclats. Les intimés ont tenté en vain de faire trancher la question en leur faveur au moyen d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire qui a été entendue en décembre 2000. Il en est résulté un litige d'actionnaires très coûteux, mais il n'y a rien de magique dans la forme du recours collectif qui, en l'espèce, devrait priver les intimés de leurs dépens. Le libellé du 31(1) est de nature facultative.

Le paragraphe 31(1) de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* utilise l'expression « question d'intérêt public » dans le sens d'une affaire mettant en cause [TRADUCTION] « soit des questions de grande importance pour le public, soit des personnes historiquement défavorisées dans la société » (M. M. Orkin, *The Law of Costs* (2<sup>e</sup> éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, § 208.2.1 (note en bas de page omise)). Les appelants soutiennent que la présente affaire soulève une question d'intérêt public : en fait, ils disent qu'il peut bien s'agir [TRADUCTION] « du premier litige canadien portant sur la présentation inexacte des faits dans un prospectus au sens de la loi » (m.a. suppl., par. 1). Toutefois, il s'agit d'un différend où il a été avant tout question d'intérêts commerciaux privés.

Nous ne sommes sûrement pas en présence ici de parties qui sont historiquement défavorisées. Il ne s'agit pas non plus, comme l'a souligné la Cour d'appel, [TRADUCTION] « d'un différend caractérisé

((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, at para. 6). Though many Canadians are investors and the resolution of the present dispute will affect future actions for prospectus misrepresentation, the Court of Appeal rightly concluded that this is, in essence, “a commercial dispute between sophisticated commercial actors who are well resourced” (para. 6). If anything, converting an ordinary piece of commercial litigation into a class proceeding may be seen by some observers simply as an *in terrorem* strategy to try to force a settlement. Be that as it may, Mr. Durst was well aware that as a representative plaintiff he ran the risk of being held solely responsible for the defendants’ costs if the action failed. He gambled on his interpretation of s. 130(1) and lost.

Nor do general concerns about access to justice warrant a departure from the usual cost consequences in this case. While I agree with counsel for the appellants that “[a]n award of costs that exceeds or outweighs the potential benefits of litigation raises access to justice issues” (Supp. A.F., at para. 39), it should not be assumed that class proceedings invariably engage access to justice concerns to an extent sufficient to justify withholding costs from the successful party. I agree with the observation of Nordheimer J. in *Gariepy* that caution must be exercised not to stereotype class proceedings. “[T]he David against Goliath scenario” he writes, “does not necessarily represent an accurate portrayal of the real conflict” (para. 6). Class actions have become a staple of shareholder litigation. The Court of Appeal took the view that this case is a piece of Bay Street litigation that was well run and well financed on both sides. Success would have reaped substantial rewards for the representative plaintiff and his counsel. He put the representative respondents to enormous expense and I see no error in principle that would justify our intervention in the discretionary costs order made against him by the Court of Appeal.

par une inégalité importante du rapport de force » ((2006), 20 B.L.R. (4th) 1, par. 6). Même si de nombreux Canadiens sont des investisseurs et que le règlement du présent litige aura une incidence sur les futures actions pour présentation inexacte des faits dans un prospectus, la Cour d’appel a eu raison de conclure qu’il s’agit essentiellement d’un [TRADUCTION] « différend commercial opposant des acteurs commerciaux avertis et bien nantis » (para. 6). À vrai dire, transformer un litige commercial ordinaire en un recours collectif peut être perçu par certains observateurs comme une stratégie *in terrorem* destinée à forcer un règlement. Quoi qu’il en soit, M. Durst savait très bien qu’à titre de représentant des demandeurs il risquait d’être tenu seul responsable des dépens des défendeurs si le recours échouait. Il a misé sur son interprétation du par. 130(1) et il a perdu.

De plus, aucune préoccupation générale concernant l’accès à la justice ne justifie en l’espèce d’échapper aux conséquences habituelles en matière de dépens. Bien que je convienne avec les avocats des appelants que [TRADUCTION] « [l]’attribution de dépens qui excèdent les effets bénéfiques potentiel du litige soulève des questions d’accès à la justice » (m.a. suppl., par. 39), on ne devrait pas présumer qu’un recours collectif suscite toujours suffisamment de préoccupations d’accès à la justice pour justifier de ne pas accorder de dépens à la partie qui obtient gain de cause. Je souscris à la remarque du juge Nordheimer dans la décision *Gariepy*, selon laquelle il faut se garder de stéréotyper les recours collectifs. [TRADUCTION] « [L]e scénario de David contre Goliath », écrit-il, « ne constitue pas nécessairement une représentation fidèle du conflit réel » (par. 6). Les recours collectifs occupent désormais une place importante dans les litiges d’actionnaires. La Cour d’appel a jugé que la présente affaire constitue un litige boursier (Bay Street) qui a été bien géré et bien financé de part et d’autre. Le représentant des demandeurs et son avocat auraient récolté gros s’ils avaient eu gain de cause. Il a obligé les intimés à engager de grosses dépenses, et je ne vois aucune erreur de principe qui puisse justifier notre Cour à modifier l’ordonnance discrétionnaire relative aux dépens que la Cour d’appel a rendue contre lui.



70

By the time it reached this Court, the case had narrowed to a half-day argument about statutory interpretation. The legal issue is important, as is required for leave to be granted under s. 40 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26, but the circumstances already discussed do not justify our Court in departing from the usual rule that costs follow the result.

Au moment où l'affaire est parvenue devant notre Cour, les procédures n'ont consisté qu'en une demi-journée de plaidoirie sur l'interprétation législative. La question de droit est importante, comme ce doit être le cas pour que l'autorisation d'appel soit accordée en vertu de l'art. 40 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, ch. S-26, mais les circonstances analysées plus haut ne justifient pas que notre Cour déroge à la règle habituelle voulant que les dépens suivent l'issue de la cause.

71

In the Court of Appeal, the costs were awarded only against the then respondent Durst. In this Court, the respondents claim costs only against the appellant Durst. It appears from the material before us that the appellants Douglas Kerr and S. Grace Kerr took no active role in the appeal to this Court. Yet, the appellants' supplementary factum speaks of costs for or against "the appellants" (plural) (para. 8). On this record, costs should be awarded against the respondent Durst only, with leave to Durst, if he contends that the costs order should go against the Kerrs as well, to apply in writing to the Court for a variation of the costs order to include the Kerrs within 30 days from the date of this judgment.

La Cour d'appel a condamné aux dépens M. Durst seulement, qui était alors intimé. Devant notre Cour, les intimés demandent que seul l'appellant Durst soit condamné aux dépens. Il ressort des documents qui nous ont été soumis que les appelants Douglas Kerr et S. Grace Kerr n'ont pas participé activement au pourvoi devant notre Cour. Pourtant, dans le mémoire supplémentaire des appelants, on parle d'attribution de dépens aux « appelants » (au pluriel) ou de condamnation de ceux-ci aux dépens (par. 8). À la lumière du présent dossier, il y a lieu de condamner aux dépens l'intimé Durst seulement, en autorisant ce dernier à demander par écrit à la Cour de modifier l'ordonnance relative aux dépens dans les 30 jours suivant la date du présent jugement, s'il estime que les Kerr devraient eux aussi être condamnés aux dépens.

#### VIII. Disposition

#### VIII. Dispositif

72

For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal with costs against the appellant Durst with leave to Durst to apply to extend the costs order to include the appellants Douglas Kerr and S. Grace Kerr within 30 days of this date.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens contre l'appellant Durst, et d'autoriser ce dernier à demander, dans les 30 jours suivant la date du présent jugement, d'élargir la portée de l'ordonnance relative aux dépens pour qu'elle s'applique également aux appelants Douglas Kerr et S. Grace Kerr.

#### APPENDIX

#### ANNEXE

*Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (all provisions as they were in 1998)

*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, ch. S.5 (dispositions en vigueur en 1998)

1.—(1) In this Act,

1 (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“material change”, where used in relation to the affairs of an issuer, means a change in the business, operations or capital of the issuer that would reasonably be expected to have a significant effect on the market price or value of any of the securities of the issuer and includes a decision to implement such a change made by the board of directors of the issuer or by senior management of the issuer who believe that confirmation of the decision by the board of directors is probable;

« changement important » Dans le contexte des affaires d'un émetteur, s'entend d'un changement dans ses activités commerciales, son exploitation ou son capital, s'il est raisonnable de s'attendre à ce que ce changement ait un effet appréciable sur le cours ou la valeur des valeurs mobilières de cet émetteur. La présente définition inclut la décision d'effectuer un tel changement, prise par le conseil d'administration de l'émetteur ou par la direction générale de l'émetteur, si celle-ci estime que cette décision sera probablement approuvée par le conseil d'administration.

“material fact”, where used in relation to securities issued or proposed to be issued, means a fact that significantly affects, or would reasonably be expected to have a significant effect on, the market price or value of such securities;

« fait important » Dans le contexte de valeurs mobilières qui ont été émises ou dont l'émission est projetée, s'entend d'un fait qui a un effet significatif sur le cours ou la valeur de ces valeurs mobilières ou dont il est raisonnable de s'attendre qu'il aura cet effet.

“misrepresentation” means,

« présentation inexacte des faits » S'entend, selon le cas :

- (a) an untrue statement of material fact, or
- (b) an omission to state a material fact that is required to be stated or that is necessary to make a statement not misleading in the light of the circumstances in which it was made;

- a) d'une déclaration erronée au sujet d'un fait important,
- b) de l'omission de relater un fait important dont la déclaration est requise ou nécessaire pour que la déclaration ne soit pas trompeuse, eu égard aux circonstances dans lesquelles la déclaration a été faite.

**56.**—(1) A prospectus shall provide full, true and plain disclosure of all material facts relating to the securities issued or proposed to be distributed and shall comply with the requirements of Ontario securities law.

**56** (1) Un prospectus doit divulguer complètement, fidèlement et clairement tous les faits pertinents se rapportant aux valeurs mobilières qui ont été émises ou dont le placement est envisagé et être conforme aux exigences du droit ontarien des valeurs mobilières.

**57.**—(1) Subject to subsection (2), where a material adverse change occurs after a receipt is obtained for a preliminary prospectus filed in accordance with subsection 53 (1) and before the receipt for the prospectus is obtained or, where a material change occurs after the receipt for the prospectus is obtained but prior to the completion of the distribution under such prospectus, an amendment to such preliminary prospectus or prospectus, as the case may be, shall be filed as soon as

**57** (1) Sous réserve du paragraphe (2), si un changement important, pouvant avoir des conséquences défavorables, survient après que le directeur a accusé réception d'un prospectus provisoire déposé aux termes du paragraphe 53 (1) mais avant qu'il ait accusé réception du prospectus ou, si un changement important survient après que le directeur a accusé réception du prospectus mais avant que le placement visé par ce prospectus soit effectué, une modification à ce prospectus provisoire ou

practicable and in any event within ten days after the change occurs.

à ce prospectus, selon le cas, doit être déposée le plus tôt possible et, dans tous les cas, dans les dix jours suivant la date du changement intervenu.

58.—(1) Subject to subsection (3) of this section and subsection 63 (2), a prospectus filed under subsection 53 (1) or subsection 62 (1) shall contain a certificate in the following form, signed by the chief executive officer, the chief financial officer, and, on behalf of the board of directors, any two directors of the issuer, other than the foregoing, duly authorized to sign, and any person or company who is a promoter of the issuer:

*The foregoing constitutes full, true and plain disclosure of all material facts relating to the securities offered by this prospectus as required by Part XV of the Securities Act and the regulations thereunder.*

58 (1) Sous réserve du paragraphe (3) du présent article et du paragraphe 63 (2), un prospectus déposé aux termes du paragraphe 53 (1) ou du paragraphe 62 (1) doit comprendre une attestation rédigée selon la formule suivante et signée par le directeur général, le directeur des services financiers et, au nom du conseil d'administration, par deux administrateurs de l'émetteur, à l'exclusion des deux personnes précitées, dûment autorisés à signer, ainsi que par toute personne ou compagnie qui est un promoteur de l'émetteur :

*Le texte qui figure ci-dessus constitue un exposé complet, fidèle et clair de tous les faits importants se rapportant aux valeurs mobilières offertes par ce prospectus, comme l'exigent la partie XV de la Loi sur les valeurs mobilières et les règlements pris en application de celle-ci.*

130.—(1) Where a prospectus together with any amendment to the prospectus contains a misrepresentation, a purchaser who purchases a security offered thereby during the period of distribution or distribution to the public shall be deemed to have relied on such misrepresentation if it was a misrepresentation at the time of purchase and has a right of action for damages against,

- (a) the issuer or a selling security holder on whose behalf the distribution is made;
- (b) each underwriter of the securities who is required to sign the certificate required by section 59;
- (c) every director of the issuer at the time the prospectus or the amendment to the prospectus was filed;
- (d) every person or company whose consent has been filed pursuant to a requirement of the regulations but only with respect to reports, opinions or statements that have been made by them; and
- (e) every person or company who signed the prospectus or the amendment to the prospectus

130 (1) En cas de présentation inexacte des faits dans un prospectus et ses modifications, l'acheteur qui achète des valeurs mobilières offertes par ce prospectus au cours de la période de placement ou de placement dans le public est réputé s'être fié à cette présentation inexacte des faits si celle-ci constituait une présentation inexacte des faits au moment de l'achat et il peut intenter une action en dommages-intérêts contre les personnes suivantes :

- a) l'émetteur ou le détenteur qui a vendu les valeurs mobilières et au nom de qui le placement est effectué;
- b) chaque souscripteur à forfait des valeurs mobilières tenu de signer l'attestation prévue à l'article 59;
- c) les administrateurs de l'émetteur en poste à la date du dépôt du prospectus ou de ses modifications;
- d) les personnes ou les compagnies qui ont déposé le consentement exigé par les règlements, mais uniquement à l'égard de leurs rapports, opinions ou déclarations;
- e) les personnes ou les compagnies qui ont signé le prospectus ou ses modifications, autres que

other than the persons or companies included in clauses (a) to (d),

or, where the purchaser purchased the security from a person or company referred to in clause (a) or (b) or from another underwriter of the securities, the purchaser may elect to exercise a right of rescission against such person, company or underwriter, in which case the purchaser shall have no right of action for damages against such person, company or underwriter.

(2) No person or company is liable under subsection (1) if he, she or it proves that the purchaser purchased the securities with knowledge of the misrepresentation.

(5) No person or company, other than the issuer or selling security holder, is liable under subsection (1) with respect to any part of the prospectus or the amendment to the prospectus not purporting to be made on the authority of an expert and not purporting to be a copy of or an extract from a report, opinion or statement of an expert unless he, she or it,

- (a) failed to conduct such reasonable investigation as to provide reasonable grounds for a belief that there had been no misrepresentation; or
- (b) believed there had been a misrepresentation.

(7) In an action for damages pursuant to subsection (1), the defendant is not liable for all or any portion of such damages that the defendant proves do not represent the depreciation in value of the security as a result of the misrepresentation relied upon.

(9) In no case shall the amount recoverable under this section exceed the price at which the securities were offered to the public.

(10) The right of action for rescission or damages conferred by this section is in addition to and without derogation from any other right the purchaser may have at law.

les personnes ou les compagnies visées aux alinéas a) à d).

L'acheteur qui a acheté les valeurs mobilières à une personne ou une compagnie visée à l'alinéa a) ou b) ou à un autre souscripteur à forfait des valeurs mobilières peut choisir d'exercer un recours en annulation de la vente contre cette personne, cette compagnie ou ce souscripteur à forfait, auquel cas il n'a aucun recours en dommages-intérêts contre ceux-ci.

(2) Aucune personne ou compagnie n'est responsable en vertu du paragraphe (1) si elle prouve que l'acheteur a acheté les valeurs mobilières en ayant connaissance de la déclaration inexacte.

(5) Une personne ou une compagnie, à l'exclusion de l'émetteur ou du détenteur qui a vendu les valeurs mobilières, n'est responsable en vertu du paragraphe (1) à l'égard d'une partie du prospectus ou de sa modification qui n'est pas présentée comme étant préparée par un expert ni comme étant une copie ou un extrait d'un rapport, d'une opinion ou d'une déclaration d'un expert que dans les cas suivants :

- a) elle n'a pas effectué une enquête suffisante pour lui fournir des motifs raisonnables de croire qu'il n'y avait pas de présentation inexacte des faits;
- b) elle croyait qu'il y avait une déclaration inexacte.

(7) Dans une action en dommages-intérêts intentée en vertu du paragraphe (1), le défendeur n'est pas responsable de la totalité ou d'une partie des dommages-intérêts s'il prouve que la somme en question ne correspond pas à la diminution de la valeur des valeurs mobilières attribuable à la présentation inexacte des faits.

(9) Le montant recouvrable en vertu du présent article ne doit pas dépasser le prix auquel les valeurs mobilières ont été offertes au public.

(10) Les recours en annulation ou en dommages-intérêts prévus au présent article ne portent pas atteinte aux autres droits de l'acheteur, mais s'y ajoutent.

*Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6*

**31.—(1)** In exercising its discretion with respect to costs under subsection 131 (1) of the *Courts of Justice Act*, the court may consider whether the class proceeding was a test case, raised a novel point of law or involved a matter of public interest.

(2) Class members, other than the representative party, are not liable for costs except with respect to the determination of their own individual claims.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants: Lerner, Toronto.*

*Solicitors for the respondent Danier Leather Inc.: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Jeffrey Wortsman and Bryan Tatoff: Goodmans, Toronto.*

*Solicitor for the intervener: Ontario Securities Commission, Toronto.*

*Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, ch. 6*

**31 (1)** Le tribunal peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens visé au paragraphe 131 (1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, examiner si le recours collectif était une cause type, soulevait un nouveau point de droit ou posait une question d'intérêt public.

(2) Les membres du groupe, à l'exception du représentant, ne sont pas redevables des dépens, sauf à l'égard des demandes individuelles.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants : Lerner, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée Danier Leather Inc. : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto.*

*Procureurs des intimés Jeffrey Wortsman et Bryan Tatoff : Goodmans, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.*

**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 Urbancorp Toronto Management Inc., et al.**

Court of Appeal File No. C65891

**COURT OF APPEAL FOR ONTARIO**

PROCEEDING COMMENCED AT  
TORONTO

**BRIEF OF AUTHORITIES OF THE APPELLANT  
KSV KOFMAN INC., IN ITS CAPACITY AS MONITOR**

**VOLUME II OF III**

**DAVIES WARD PHILLIPS & VINEBERG LLP**  
155 Wellington Street West  
Toronto ON M5V 3J7

**Robin B. Schwill** (LSO #384521 )  
Tel: 416.863.5502  
Email: rschwill@dwpv.com

**Matthew Milne-Smith** (LSO #44266P)  
Tel: 416.863.0900  
Email: mmilne-smith@dwpv.com

**Chantelle Cseh** (LSO #60620Q)  
Tel: 416.367.7552  
Email: ccseh@dwpv.com

Lawyers for the Appellant, KSV Kofman Inc., in its  
Capacity as Monitor