

**SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY**

IN THE MATTER OF the *Companies Creditors Arrangement Act*
R.S.C., 1985 c. C- 36 as Amended (the “**CCAA**”)

AND IN THE MATTER OF an application of Blue Lobster Capital
Limited (“**Blue Lobster Capital**”), 3284906 Nova Scotia Limited
 (“**328NSL**”), 3343533 Nova Scotia Limited (“**334NSL**”) and
 4318682 Nova Scotia Limited (“**431NSL**”), (collectively, the
 “**Applicants**”)

BRIEF OF LAW OF THE APPLICANTS

TO:

Supreme Court of Nova Scotia
Law Courts
1815 Upper Water Street,
Halifax, NS B3J 1S7

AND TO:

The Service List attached hereto as Schedule "A"

O'KEEFE & SULLIVAN
DARREN D. O'KEEFE
ESSBER ESSBER
Counsel for the Applicants
1969 Upper Water Street,
Suite 202, Halifax, Nova Scotia,
B3J 3R7

**SUPREME COURT OF NOVA SCOTIA
IN BANKRUPTCY AND INSOLVENCY**

IN THE MATTER OF the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36,
as amended (the "**CCAA**")

AND IN THE MATTER OF an application of Blue Lobster Capital Limited, 3284906 Nova
Scotia Limited, 3343533 Nova Scotia Limited and 4318682 Nova Scotia Limited (collectively,
the "**Applicants**")

BRIEF OF LAW OF THE APPLICANTS

**Motion for: Reallocation of Swept Funds, BLCL Cost Contribution,
and Distribution Directions**

PART I - OVERVIEW:

1. The one issue remaining for determination on this motion is whether the RBC Debt Repayment, being the pre-filing transfers from BLCL's account applied by Royal Bank of Canada ("**RBC**") to the indebtedness of Spirit Co., must be reallocated to BLCL. The related questions of BLCL's contribution to the CCAA costs of the Operating Companies and the separate administration of BLCL's estate have been resolved by the Fee Allocation Settlement dated July 8, 2026, which the Applicants support and which is before the Court for approval.
2. The reallocation follows from a foundational principle: the Applicants are distinct legal entities. BLCL is a real property holding company. It executed entity-specific security instruments with RBC. It has its own unsecured creditors, entirely separate from the Operating Company creditors. The proceeds of a BLCL asset should be applied to BLCL's own indebtedness.
3. RBC has been repaid in full, and no secured creditor is prejudiced by the reallocation. The Applicants will satisfy BLCL's unsecured creditors in full. BLCL's contribution to the CCAA costs of the Operating Companies is fixed at \$300,000 under the Fee Allocation Settlement dated July 8, 2026, comprising a \$200,000 settlement payment and the

Monitor's retention of \$100,000 from BLCL's sale proceeds, which the Applicants support. The single remaining issue for the Court is the allocation of the RBC Debt Repayment.

PART II - RELEVANT BACKGROUND:

A. The Applicants and the CCAA Proceedings:

4. These proceedings were commenced on December 13, 2024, following RBC's service of a receivership application in November 2024. The Initial Order was granted by Justice Jamieson on December 13, 2024, and the Amended and Restated Initial Order ("**ARIO**") issued December 20, 2024. AlixPartners Restructuring Inc. (formerly KSV Restructuring Inc.) (the "**Monitor**") was appointed Monitor.
5. BLCL is a real property holding company. It held five properties in Nova Scotia and a condominium in Prince Edward Island (sold pre-CCAA). It carried on no operating business. Spirit Co. (3284906 NS Ltd.) operated a spirits manufacturing business. Lost Bell (3343533 NS Ltd.) operated a winery. Annapolis Cider (4318682 NS Ltd.) operated a cider production business. The three operating companies are referred to collectively as the "**Operating Companies**".
6. A Court-approved SISF was conducted from March 15, 2025, to May 9, 2025. The Lynch APA and Coast APA were approved by vesting orders granted July 17, 2025. Transactions closed August 8, 2025. RBC was repaid in full from the Operating Company transaction proceeds. The Operating Companies' CCAA estates are now in the distribution phase. BLCL's remaining real properties continue to be listed for sale under the Monitor's carriage.

B. RBC's Security - Entity-Specific Instruments:

7. RBC's security over BLCL consists of: (a) a General Security Agreement dated February 21, 2018 (Exhibit "H" to the Rice Affidavit); (b) a credit agreement dated August 10, 2021 (Exhibit "I"); and (c) five collateral mortgages over BLCL's real properties (Exhibits "J").

Each instrument is made between RBC and BLCL only. None extends to the Operating Companies' indebtedness. The credit agreement incorporates RBC's standard Form 472 terms, which include a whole agreement clause.

8. BLCL executed capped guarantees of Lost Bell Winery's and Annapolis Cider's RBC indebtedness - each capped at \$500,000 - under the February 26, 2024 Forbearance Agreement (Exhibits "K" and "L"). Those guarantees were never triggered: RBC was paid in full from the Operating Company transaction proceeds. They are of no continuing legal significance. Critically, there is no guarantee by BLCL of Spirit Co.'s operating line of credit ("**Spirit Co. LOC**") in the original security package.

C. The Swept Funds:

9. In 2024, before the commencement of these proceedings, RBC applied the proceeds of a BLCL asset to reduce Spirit Co.'s indebtedness. The written forbearance agreements dated February 26, 2024 had expired on April 26, 2024, and forbearance continued on an informal basis thereafter, without a further written forbearance agreement. RBC's explanation, which the Applicants accept for the purpose of this motion, is that the application was made as a condition of RBC's continued forbearance during that informal period.
10. The contemporaneous communications between the parties conflict as to the intended application, and RBC does not assert a contractual entitlement to it. As described in the Tenth Report of the Monitor dated August 10, 2026 (the "Tenth Report"): in two transfers in the fall of 2024, RBC applied approximately \$378,000 from BLCL's account to Spirit Co.'s operating line of credit: approximately \$145,000 being the net proceeds of BLCL's condominium at 225 Prince Street, Charlottetown, PEI, and approximately \$233,000 from the proceeds of a fishing vessel that had been deposited in BLCL's account (together, the "RBC Debt Repayment"). The Tenth Report addresses only the Charlottetown transfer and states its amount as \$345,000.
11. The RBC Debt Repayment is the amount now in issue on this branch of the motion. RBC has since been repaid in full, and the appropriate allocation of the RBC Debt Repayment

as between the estates is relevant to the distribution of the remaining assets of the Applicants. The Court is not asked to determine any claim by or against RBC.

D. Resolution of the Fee Allocation:

12. The allocation of the fees and costs of these proceedings as between the estates has been resolved by the Fee Allocation Settlement dated July 8, 2026, under which BLCL's contribution to those costs is fixed at \$300,000, comprising a \$200,000 settlement payment and the Monitor's retention of \$100,000 from BLCL's sale proceeds. Under the Fee Allocation Settlement, BLCL assumes and will satisfy its own unsecured claims in full, and the Monitor will release the balance of BLCL's sale proceeds and, upon satisfaction of those claims, its interest in BLCL's remaining real properties, to BLCL.
13. The Applicants support approval of the Fee Allocation Settlement, which is before the Court as part of the Monitor's motion.

PART III - ISSUE 1: REALLOCATION OF THE SWEEP FUNDS:

A. RBC's Set-Off Rights Were Strictly Circumscribed by the Instruments:

14. A bank's right to apply one account to another obligation - whether framed as set-off, combination of accounts, or application of proceeds - is strictly limited to what the governing instruments authorize. The Supreme Court of Canada held in **Manulife Bank of Canada v. Conlin**, [1996] 3 SCR 415¹, that set-off rights are creatures of contract or statute and must be construed in accordance with the specific terms of the instruments. Where instruments are entity-specific and contain whole agreement clauses, no implied authority arises to extend security to obligations of a different borrower.
15. In **Bhasin v. Hrynew**, 2014 SCC 71², the Supreme Court of Canada confirmed that Canadian common law imposes a general organizing principle of good faith in contractual performance. A party may not exercise a contractual right in a manner that

¹ *Manulife Bank of Canada v Conlin*, [1996] 3 SCR 415

² *Bhasin v Hrynew*, 2014 SCC 71

is contrary to the reasonable expectations of the counterparty or dishonestly. Consistent with that principle, the proceeds of BLCL's assets were reasonably expected to be applied to BLCL's own obligations. In circumstances where the parties' communications conflicted, the appropriate course is for the Court to give effect to that expectation and to reallocate the RBC Debt Repayment to BLCL.

16. The principle that ambiguous contractual language is to be construed *contra proferentem*, and that restrictive covenants and security instruments are to be read narrowly rather than broadly, was affirmed by the Supreme Court of Canada in ***Shafroon v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.***, 2009 SCC 6³. RBC cannot claim implied authority to apply one borrower's proceeds to another borrower's debt where the instruments do not expressly confer it.

B. No Demand Was Issued to BLCL:

17. RBC issued section 244 *Bankruptcy and Insolvency Act* notices to the Operating Companies on February 7, 2024 (Exhibit "M" to the Rice Affidavit). No demand was issued to BLCL in respect of Spirit Co.'s indebtedness. The application of the proceeds of a BLCL asset to Spirit Co.'s indebtedness was therefore not supported by BLCL's security package, which secures only BLCL's own obligations.

C. There Was No BLCL Guarantee of the Spirit Co. LOC:

18. The only BLCL guarantees of Operating Company indebtedness in the record are the capped Forbearance guarantees of \$500,000.00 each for Lost Bell Winery and Annapolis Cider (Exhibits "K" and "L"). These were added in February 2024 as a forbearance condition and were never triggered. There is no guarantee by BLCL of the Spirit Co. LOC specifically. Applying BLCL's funds to the Spirit Co. LOC therefore fell outside RBC's security package with respect to BLCL, which secures only BLCL's own obligations. RBC does not assert a contractual entitlement to the application, and no allegation of impropriety is made.

³ *Shafroon v KRG Insurance Brokers (Western) Inc*, 2009 SCC 6

D. The Monitor's Contemporaneous Acknowledgment:

19. The Monitor recognized that the reallocation issue was a live, unresolved matter. In November 2025, Monitor's counsel confirmed in writing that the issue was live, could be resolved between the estates, and that sufficient net proceeds were held to address it (Exhibit "E" to the Rice Affidavit).

E. Section 11 of the CCAA Authorizes the Reallocation:

20. Section 11 of the CCAA confers broad jurisdiction on the supervising court to make any order that it considers appropriate in the circumstances. In **9354-9186 Québec inc. v. Callidus Capital Corp.**, 2020 SCC 10⁴, the Supreme Court of Canada confirmed that the CCAA's remedial objectives - timely and efficient resolution, preservation and maximization of asset value, and fair treatment of claims - inform the exercise of s. 11 discretion. Directing the Monitor to reallocate the swept funds to BLCL achieves all three objectives: it gives effect to the appropriate allocation of BLCL's asset proceeds, it ensures BLCL's estate is fairly constituted before distribution, and it does so without prejudicing any secured creditor (RBC having been repaid in full).

PART IV - THE FEE ALLOCATION SETTLEMENT:

21. The Fee Allocation Settlement dated July 8, 2026 resolves, as between the estates, the allocation of the fees and costs of these proceedings. It fixes BLCL's contribution to those costs at \$300,000, comprising a \$200,000 settlement payment and the Monitor's retention of \$100,000 from BLCL's sale proceeds, provides for BLCL to assume and satisfy its own unsecured creditors, and provides for the separate administration of BLCL's estate. The Applicants support its approval as fair and reasonable and consistent with the purposes of the CCAA. With those matters resolved, the only issue requiring determination on this motion is the allocation of the RBC Debt Repayment addressed above.

⁴ 9354-9186 Québec inc v Callidus Capital Corp, 2020 SCC 10

PART V - RELIEF SOUGHT

22. For the foregoing reasons, the Applicants respectfully request an order:

- (a) directing that the RBC Debt Repayment be allocated to BLCL and that the Monitor reallocate approximately \$378,000 to the BLCL estate for distribution purposes;
- (b) approving the Fee Allocation Settlement dated July 8, 2026 and authorizing the Monitor to distribute the \$200,000 settlement payment held in trust in accordance with its terms;
- (c) approving the Tenth Report of the Monitor dated August 10, 2026 and the activities of the Monitor described therein; and
- (d) such further and other relief as counsel may advise and this Honourable Court may permit.

ALL OF WHICH IS RESPECTFULLY SUBMITTED.

DATED at Halifax, Nova Scotia, this 14 day of August, 2026.


O'KEEFE & SULLIVAN

DARREN D. O'KEEFE
ESSBER ESSBER

Counsel for the Applicants
1969 Upper Water Street,
Suite 202, Halifax, Nova Scotia, B3J 3R7
Attn: Darren O'Keefe/Essber Essber
Email: dokeefe@okeefesullivan.com
eessber@okeefesullivan.com

Cases	
9354-9186 <i>Québec inc. v. Callidus Capital Corp.</i> , 2020 SCC 10	TAB 1
<i>Bhasin v. Hrynew</i> , 2014 SCC 71	TAB 2
<i>Manulife Bank of Canada v. Conlin</i> , [1996] 3 SCR 415	TAB 3
<i>Shafron v. KRG Insurance Brokers (Western) Inc.</i> , 2009 SCC 6	TAB 4
Legislation	
<i>Bankruptcy and Insolvency Act</i> , R.S.C. 1985, c. B-3, s. 244	TAB 5
<i>Companies' Creditors Arrangement Act</i> , R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.02, 36	TAB 6

TAB 1

**9354-9186 Québec inc. and
9354-9178 Québec inc. *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (now known as
Omni Bridgeway Limited),
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited), Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency and
Restructuring Professionals *Interveners***

- and -

**IMF Bentham Limited (now known as Omni
Bridgeway Limited) and
Bentham IMF Capital Limited (now known
as Omni Bridgeway Capital (Canada)
Limited) *Appellants***

v.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte LLP, Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx and François Pelletier
*Respondents***

and

**9354-9186 Québec inc. et
9354-9178 Québec inc. *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d'Omni Bridgeway
Limited), Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)), Institut d'insolvabilité du Canada
et Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation
*Intervenants***

- et -

**IMF Bentham Limited (maintenant
connue sous le nom d'Omni Bridgeway
Limited) et Corporation Bentham IMF
Capital (maintenant connue sous le nom de
Corporation Omni Bridgeway Capital
(Canada)) *Appelantes***

c.

**Callidus Capital Corporation,
International Game Technology,
Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan,
François Vigneault, Philippe Millette,
Francis Proulx et François Pelletier *Intimés***

et

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Insolvency Institute of Canada and
Canadian Association of Insolvency
and Restructuring Professionals** *Interveniers*

**INDEXED AS: 9354-9186 QUÉBEC INC. v.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 SCC 10

File No.: 38594.

Hearing and judgment: January 23, 2020.

Reasons delivered: May 8, 2020.

Present: Wagner C.J. and Abella, Moldaver,
Karakatsanis, Côté, Rowe and Kasirer JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL
FOR QUEBEC**

Bankruptcy and insolvency — Discretionary authority of supervising judge in proceedings under Companies' Creditors Arrangement Act — Appellate review of decisions of supervising judge — Whether supervising judge has discretion to bar creditor from voting on plan of arrangement where creditor is acting for improper purpose — Whether supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing — Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 11, 11.2.

The debtor companies filed a petition for the issuance of an initial order under the *Companies' Creditors Arrangement Act* ("CCAA") in November 2015. The petition succeeded, and the initial order was issued by a supervising judge, who became responsible for overseeing the proceedings. Since then, substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated, with the notable exception of retained claims for damages against the companies' only secured creditor. In September 2017, the secured creditor proposed a plan of arrangement, which later failed to receive sufficient creditor support. In February 2018, the secured creditor proposed another, virtually identical, plan of arrangement. It also sought the supervising judge's permission to vote on this new plan in the same class as the debtor companies' unsecured creditors, on the basis that its security was worth nil. Around the

**Ernst & Young Inc.,
9354-9186 Québec inc.,
9354-9178 Québec inc.,
Institut d'insolvabilité du Canada et
Association canadienne des professionnels
de l'insolvabilité et de la réorganisation** *Intervenants*

**RÉPERTORIÉ : 9354-9186 QUÉBEC INC. c.
CALLIDUS CAPITAL CORP.**

2020 CSC 10

N° du greffe : 38594.

Audition et jugement : 23 janvier 2020.

Motifs déposés : 8 mai 2020.

Présents : Le juge en chef Wagner et les juges Abella,
Moldaver, Karakatsanis, Côté, Rowe et Kasirer.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Faillite et insolvabilité — Pouvoir discrétionnaire du juge surveillant dans une instance introduite sous le régime de la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies — Contrôle en appel des décisions du juge surveillant — Le juge surveillant a-t-il le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement si ce créancier agit dans un but illégitime? — Le juge surveillant peut-il approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire? — Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 11, 11.2.

En novembre 2015, les compagnies débitrices déposent une requête en délivrance d'une ordonnance initiale sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* (« LACC »). La requête est accueillie, et l'ordonnance initiale est rendue par un juge surveillant, qui est chargé de surveiller le déroulement de l'instance. Depuis, la quasi-totalité des éléments d'actif de la compagnie débitrice ont été liquidés, à l'exception notable des réclamations réservées en dommages-intérêts contre le seul créancier garanti des compagnies. En septembre 2017, le créancier garanti propose un plan d'arrangement, qui n'obtient pas subséquemment l'appui nécessaire des créanciers. En février 2018, le créancier garanti propose un autre plan d'arrangement, presque identique au premier. Il demande aussi au juge surveillant la permission de voter sur ce nouveau plan dans la même catégorie que

same time, the debtor companies sought interim financing in the form of a proposed third party litigation funding agreement, which would permit them to pursue litigation of the retained claims. They also sought the approval of a related super-priority litigation financing charge.

The supervising judge determined that the secured creditor should not be permitted to vote on the new plan because it was acting with an improper purpose. As a result, the new plan had no reasonable prospect of success and was not put to a creditors' vote. The supervising judge allowed the debtor companies' application, authorizing them to enter into a third party litigation funding agreement. On appeal by the secured creditor and certain of the unsecured creditors, the Court of Appeal set aside the supervising judge's order, holding that he had erred in reaching the foregoing conclusions.

Held: The appeal should be allowed and the supervising judge's order reinstated.

The supervising judge made no error in barring the secured creditor from voting or in authorizing the third party litigating funding agreement. A supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. A supervising judge can also approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA. The Court of Appeal was not justified in interfering with the supervising judge's discretionary decisions in this regard, having failed to treat them with the appropriate degree of deference.

The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. It pursues an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially catastrophic impacts insolvency can have. These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor's insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor's assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company. The architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these objectives to the supervising judge.

les créanciers non garantis des compagnies débitrices, au motif que sa sûreté ne vaut rien. À peu près au même moment, les compagnies débitrices demandent un financement temporaire sous forme d'un accord de financement de litige par un tiers qui leur permettrait de poursuivre l'instruction des réclamations réservées. Elles sollicitent également l'approbation d'une charge super-prioritaire pour financer le litige.

Le juge surveillant décide que le créancier garanti ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'il agit dans un but illégitime. En conséquence, le nouveau plan n'a aucune possibilité raisonnable d'être avalisé et il n'est pas soumis au vote des créanciers. Le juge surveillant accueille la demande des compagnies débitrices et les autorise à conclure un accord de financement de litige par un tiers. À l'issue d'un appel formé par le créancier garanti et certains des créanciers non garantis, la Cour d'appel annule l'ordonnance du juge surveillant, estimant qu'il est parvenu à tort aux conclusions qui précèdent.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge surveillant est rétablie.

Le juge surveillant n'a commis aucune erreur en empêchant le créancier garanti de voter ou en approuvant l'accord de financement de litige par un tiers. Un juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il décide que le créancier agit dans un but illégitime. Un juge surveillant peut aussi approuver le financement de litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la LACC. La Cour d'appel n'était pas justifiée de modifier les décisions discrétionnaires du juge surveillant à cet égard et n'a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport à ces décisions.

La LACC est l'une des trois principales lois canadiennes en matière d'insolvabilité. Elle poursuit un grand nombre d'objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement catastrophiques qui peuvent découler de l'insolvabilité. Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l'insolvabilité d'un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d'un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l'intérêt public; et, dans le contexte d'une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d'une compagnie. La structure de la LACC laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs.

From beginning to end, each proceeding under the CCAA is overseen by a single supervising judge, who has broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case. The anchor of this discretionary authority is s. 11 of the CCAA, which empowers a judge to make any order that they consider appropriate in the circumstances. This discretionary authority is broad, but not boundless. It must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA and with three baseline considerations in mind: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence. The due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or position themselves to gain an advantage. A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings and, as such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably.

A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the CCAA that may restrict its voting rights, or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. Given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, the discretion to bar a creditor from voting should only be exercised where the circumstances demand such an outcome. Where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to the remedial objectives of the CCAA — that is, acting for an improper purpose — s. 11 of the CCAA supplies the supervising judge with the discretion to bar that creditor from voting. This discretion parallels the similar discretion that exists under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and advances the basic fairness that permeates Canadian insolvency law and practice. Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that the supervising judge is best-positioned to undertake.

In the instant case, the supervising judge's decision to bar the secured creditor from voting on the new plan discloses no error justifying appellate intervention. When he made this decision, the supervising judge was intimately

Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant, qui a le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d'ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas. Le point d'ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l'art. 11 de la LACC, lequel confère au juge le pouvoir de rendre toute ordonnance qu'il estime indiquée. Quoique vaste, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC et tenir compte de trois considérations de base : (1) que l'ordonnance demandée est indiquée, et (2) que le demandeur a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue. La considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n'usent pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage. Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. En conséquence, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable.

En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la LACC qui peuvent limiter son droit de voter, ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Étant donné que le régime de la LACC, dont l'un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l'exigent. Lorsqu'un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer ou à miner les objectifs réparateurs de la LACC ou à aller à l'encontre de ceux-ci — c'est-à-dire à agir dans un but illégitime — l'art. 11 de la LACC confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter. Ce pouvoir discrétionnaire s'apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et favorise l'équité fondamentale qui imprègne le droit et la pratique en matière d'insolvabilité au Canada. La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation que le juge surveillant est le mieux placé pour effectuer.

En l'espèce, la décision du juge surveillant d'empêcher le créancier garanti de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant

familiar with these proceedings, having presided over them for over 2 years, received 15 reports from the monitor, and issued approximately 25 orders. He considered the whole of the circumstances and concluded that the secured creditor's vote would serve an improper purpose. He was aware that the secured creditor had chosen not to value any of its claim as unsecured prior to the vote on the first plan and did not attempt to vote on that plan, which ultimately failed to receive the other creditors' approval. Between the failure of the first plan and the proposal of the (essentially identical) new plan, none of the factual circumstances relating to the debtor companies' financial or business affairs had materially changed. However, the secured creditor sought to value the entirety of its security at nil and, on that basis, sought leave to vote on the new plan as an unsecured creditor. If the secured creditor were permitted to vote in this way, the new plan would certainly have met the double majority threshold for approval under s. 6(1) of the CCAA. The inescapable inference was that the secured creditor was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the CCAA protects. The secured creditor's course of action was also plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding, which includes acting with due diligence in valuing their claims and security. The secured creditor was therefore properly barred from voting on the new plan.

Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 of the CCAA and the remedial objectives of the CCAA more generally. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. This is apparent from the wording of s. 11.2(1), which is broad and does not mandate any standard form or terms. At its core, interim financing enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets. In some circumstances, like the instant case, litigation funding furthers this basic purpose. Third party litigation funding agreements may therefore be approved as interim financing in CCAA proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA. These factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge, as not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive.

connaissait très bien les procédures en cause, car il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances. Il a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote du créancier garanti viserait un but illégitime. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, le créancier garanti avait choisi de n'évaluer aucune partie de sa réclamation à titre de créancier non garanti et n'avait pas tenté de voter sur ce plan, qui n'a finalement pas reçu l'aval des autres créanciers. Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan (identique pour l'essentiel au premier plan), les circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales des compagnies débitrices n'avaient pas réellement changé. Pourtant, le créancier garanti a tenté d'évaluer la totalité de sa sûreté à zéro et, sur cette base, a demandé l'autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si le créancier garanti avait été autorisé à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d'approbation à double majorité prévu par le par. 6(1) de la LACC. La seule conclusion possible était que le créancier garanti tentait d'évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la LACC. La façon d'agir du créancier garanti était manifestement contraire à l'attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans une procédure d'insolvabilité, ce qui comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l'évaluation de leurs réclamations et sûretés. Le créancier garanti a donc été empêché à bon droit de voter sur le nouveau plan.

La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 de la LACC et des objectifs réparateurs de la LACC de façon plus générale. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Cela ressort du libellé du par. 11.2(1), qui est large et ne prescrit aucune forme ou condition type. Le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur. Dans certaines circonstances, comme en l'espèce, le financement de litige favorise la réalisation de cet objectif fondamental. Les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la LACC lorsque le juge surveillant estime qu'il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l'ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la LACC. Ces facteurs

Additionally, in order for a third party litigation funding agreement to be approved as interim financing, the agreement must not contain terms that effectively convert it into a plan of arrangement.

In the instant case, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the litigation funding agreement as interim financing. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with the debtor companies' CCAA proceedings, leads to the conclusion that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It is apparent that he was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the litigation funding agreement as interim financing. Further, the litigation funding agreement is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors' rights. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the funds generated from the debtor companies' assets, nor can it be said to compromise those rights. Finally, the litigation financing charge does not convert the litigation funding agreement into a plan of arrangement. Holding otherwise would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote, which is expressly provided for in s. 11.2 of the CCAA.

Cases Cited

By Wagner C.J. and Moldaver J.

Applied: *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379; **considered:** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **referred to:** *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271; *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund*

ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant, car ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. En outre, pour qu'un accord de financement de litige par un tiers soit approuvé à titre de financement temporaire, il ne doit pas comporter des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement.

En l'espèce, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par les compagnies débitrices sous le régime de la LACC, mène à la conclusion que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il est manifeste que le juge surveillant a mis l'accent sur l'équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu'il a approuvé l'accord de financement de litige à titre de financement temporaire. De plus, l'accord de financement de litige ne constitue pas un plan d'arrangement parce qu'il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d'argent ne modifie en rien la nature ou l'existence de leurs droits d'avoir accès aux fonds provenant des actifs des compagnies débitrices, pas plus qu'on ne saurait dire qu'il s'agit d'une transaction à l'égard de leurs droits. Enfin, la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'accord de financement de litige en plan d'arrangement. Une conclusion contraire aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers, un résultat qui est expressément prévu par l'art. 11.2 de la LACC.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Wagner et le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379; **arrêts examinés :** *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102; *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy)*, *Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296; **arrêts mentionnés :** *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150; *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125; *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332; *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199; *Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallos*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271; *Ernst*

Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, aff'd 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, aff'd 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

& Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd., 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1; *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416; *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299; *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323; *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204; *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150; *Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109; *Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24; *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701; *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175; *New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338; *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339; *Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Re 1078385 Ontario Ltd.* (2004), 206 O.A.C. 17; *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283; *Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644; *McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915; *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739; *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192; *Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169; *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577.

Statutes and Regulations Cited

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.
Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, ss. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Budget Implementation Act, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133, 138, 140.
Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36, ss. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), (a), (b), (c), (d), (e), (f), (g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), (i), 23 to 25, 36.
Winding-up and Restructuring Act, R.S.C. 1985, c. W-11, s. 6(1).

Authors Cited

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. "Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context" (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65.
 Canada. Innovation, Science and Economic Development Canada. *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/eng/cl00908.html#bill128e>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_eng.pdf).
 Canada. Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada. *Bill C-12: Clause by Clause Analysis*, developed by Industry Canada, last updated March 24, 2015 (online: <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/eng/br01986.html#a79>; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_eng.pdf).
 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, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. "Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?", in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*. Toronto: Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed. Toronto: Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed. Toronto: LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. "New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape", in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018*. Toronto: Thomson Reuters, 2019, 221.

Lois et règlements cités

An Act respecting Champerty, R.S.O. 1897, c. 327.
Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019, L.C. 2019, c. 29, art. 133, 138, 140.
Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, c. B-3, art. 4.2, 43(7), 50(1), 54(3), 108(3), 187(9).
Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36, art. 2(1), 3(1), 4, 5, 6(1), 7, 11, 11.2(1), (2), (4), a), b), c), d), e), f), g), (5), 11.7, 11.8, 18.6, 22(1), (2), (3), 23(1)(d), i), 23 à 25, 36.
Loi sur les liquidations et les restructurations, L.R.C. 1985, c. W-11, art. 6(1).

Doctrine et autres documents cités

Agarwal, Ranjan K., and Doug Fenton. « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65.
 Canada. Bureau du surintendant des faillites Canada. *Projet de loi C-12 : analyse article par article*, élaboré par Industrie Canada, dernière mise à jour 24 mars 2015 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/bsf-osb.nsf/fra/br01986.html#a77f>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_2_fra.pdf).
 Canada. Innovation, Sciences et Développement économique Canada. *Archivé — Projet de Loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour 29 décembre 2016 (en ligne : <https://www.ic.gc.ca/eic/site/cilp-pdci.nsf/fra/cl00908.html#lacc11-2>; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2020SCC-CSC10_1_fra.pdf).
 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, 2003.
 Houlden, Lloyd W., Geoffrey B. Morawetz and Janis P. Sarra. *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, vol. 4, 4th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2009 (loose-leaf updated 2020, release 3).
 Kaplan, Bill. « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? », in Janis P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law*, Toronto, Carswell, 2008, 79.
 Klar, Lewis N., et al. *Remedies in Tort*, vol. 1, by Leanne Berry, ed., Toronto, Thomson Reuters, 1987 (loose-leaf updated 2019, release 12).
 McElcheran, Kevin P. *Commercial Insolvency in Canada*, 4th ed., Toronto, LexisNexis, 2019.
 Michaud, Guillaume. « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape », in Janis P. Sarra et al., eds., *Annual*

Nocilla, Alfonso. “Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012), 52 *Can. Bus. L.J.* 226.

Nocilla, Alfonso. “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. “Debtor-In-Possession Financing”, in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*. Toronto: Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

APPEALS from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Dutil, Schrager and Dumas J.J.A.), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), setting aside a decision of Michaud J., 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Appeals allowed.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage and Hannah Toledano, for the appellants/intervenors 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, for the appellants/intervenors IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited).

Geneviève Cloutier and Clifton P. Prophet, for the respondent Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker and François Alexandre Toupin, for the respondents International

Review of Insolvency Law 2018, Toronto, Thomson Reuters, 2019, 221.

Nocilla, Alfonso. « Asset Sales Under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012), 52 *Rev. can. dr. comm.* 226.

Nocilla, Alfonso. « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73.

Rotsztain, Michael B., and Alexandra Dostal. « Debtor-In-Possession Financing », in Stephanie Ben-Ishai and Anthony Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond*, Markham (Ont.), LexisNexis, 2007, 227.

Sarra, Janis P. *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, 2nd ed., Toronto, Carswell, 2013.

Sarra, Janis P. « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », in Janis P. Sarra and Barbara Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016*, Toronto, Thomson Reuters, 2017, 9.

Wood, Roderick J. *Bankruptcy and Insolvency Law*, 2nd ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel du Québec (les juges Dutil, Schrager et Dumas), 2019 QCCA 171, [2019] AZ-51566416, [2019] Q.J. No. 670 (QL), 2019 CarswellQue 94 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Michaud, 2018 QCCS 1040, [2018] AZ-51477967, [2018] Q.J. No. 1986 (QL), 2018 CarswellQue 1923 (WL Can.). Pourvois accueillis.

Jean-Philippe Groleau, Christian Lachance, Gabriel Lavery Lepage et Hannah Toledano, pour les appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc.

Neil A. Peden, pour les appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d’Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)).

Geneviève Cloutier et Clifton P. Prophet, pour l’intimée Callidus Capital Corporation.

Jocelyn Perreault, Noah Zucker et François Alexandre Toupin, pour les intimés International

Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier.

Joseph Reynaud and Nathalie Nouvet, for the interveners Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi and Saam Pousht-Mashhad, for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals.

The reasons for judgment of the Court were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J.—

I. Overview

[1] These appeals arise in the context of an ongoing proceeding instituted under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36 ("CCAA"), in which substantially all of the assets of the debtor companies have been liquidated. The proceeding was commenced well over four years ago. Since then, a single supervising judge has been responsible for its oversight. In this capacity, he has made numerous discretionary decisions.

[2] Two of the supervising judge's decisions are in issue before us. Each raises a question requiring this Court to clarify the nature and scope of judicial discretion in CCAA proceedings. The first is whether a supervising judge has the discretion to bar a creditor from voting on a plan of arrangement where they determine that the creditor is acting for an improper purpose. The second is whether a supervising judge can approve third party litigation funding as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[3] For the reasons that follow, we would answer both questions in the affirmative, as did the supervising judge. To the extent the Court of Appeal disagreed

Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier.

Joseph Reynaud et Nathalie Nouvet, pour l'intervenante Ernst & Young Inc.

Sylvain Rigaud, Arad Mojtahedi et Saam Pousht-Mashhad, pour les intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation.

Version française des motifs de jugement de la Cour rendus par

LE JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[1] Ces pourvois s'inscrivent dans le contexte d'une instance toujours en cours introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers de compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36 (« LACC »), dans le cadre de laquelle la quasi-totalité des éléments d'actif des compagnies débitrices ont été liquidés. L'instance a été introduite il y a plus de quatre ans. Depuis, un seul juge surveillant a été chargé de sa supervision. À ce titre, il a rendu de nombreuses décisions discrétionnaires.

[2] Deux de ces décisions du juge surveillant font l'objet du présent pourvoi. Chacune d'elles soulève une question exigeant de notre Cour qu'elle précise la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire exercé par les tribunaux dans les instances relevant de la LACC. La première est de savoir si le juge surveillant dispose du pouvoir discrétionnaire d'interdire à un créancier de voter sur un plan d'arrangement s'il estime que ce créancier agit dans un but illégitime. La deuxième porte sur le pouvoir du juge surveillant d'approuver le financement du litige par un tiers à titre de financement temporaire, en vertu de l'art. 11.2 de la LACC.

[3] Pour les motifs qui suivent, nous sommes d'avis de répondre à ces deux questions par l'affirmative, à l'instar du juge surveillant. Dans la mesure où la

and went on to interfere with the supervising judge’s discretionary decisions, we conclude that it was not justified in doing so. In our respectful view, the Court of Appeal failed to treat the supervising judge’s decisions with the appropriate degree of deference. In the result, as we ordered at the conclusion of the hearing, these appeals are allowed and the supervising judge’s order reinstated.

II. Facts

[4] In 1994, Mr. Gérald Duhamel founded Bluberi Gaming Technologies Inc., which is now one of the appellants, 9354-9186 Québec inc. The corporation manufactured, distributed, installed, and serviced electronic casino gaming machines. It also provided management systems for gambling operations. Its sole shareholder has at all material times been Bluberi Group Inc., which is now another of the appellants, 9354-9178 Québec inc. Through a family trust, Mr. Duhamel controls Bluberi Group Inc. and, as a result, Bluberi Gaming (collectively, “Bluberi”).

[5] In 2012, Bluberi sought financing from the respondent, Callidus Capital Corporation (“Callidus”), which describes itself as an “asset-based or distressed lender” (R.F., at para. 26). Callidus extended a credit facility of approximately \$24 million to Bluberi. This debt was secured in part by a share pledge agreement.

[6] Over the next three years, Bluberi lost significant amounts of money, and Callidus continued to extend credit. By 2015, Bluberi owed approximately \$86 million to Callidus — close to half of which Bluberi asserts is comprised of interest and fees.

A. *Bluberi’s Institution of CCAA Proceedings and Initial Sale of Assets*

[7] On November 11, 2015, Bluberi filed a petition for the issuance of an initial order under the CCAA. In its petition, Bluberi alleged that its liquidity issues

Cour d’appel s’est dite d’avis contraire et a modifié les décisions discrétionnaires du juge surveillant, nous concluons qu’elle n’était pas justifiée de le faire. Avec égards, la Cour d’appel n’a pas fait preuve de la déférence à laquelle elle était tenue par rapport aux décisions du juge surveillant. C’est pourquoi, comme nous l’avons ordonné à l’issue de l’audience, les pourvois sont accueillis et l’ordonnance du juge surveillant est rétablie.

II. Les faits

[4] En 1994, M. Gérald Duhamel fonde Bluberi Gaming Technologies Inc., qui est devenue l’une des appelantes, 9354-9186 Québec inc. L’entreprise fabriquait, distribuait, installait et entretenait des appareils de jeux électroniques pour casino. Elle offrait aussi des systèmes de gestion dans le domaine des jeux d’argent. Pendant toute la période pertinente, son unique actionnaire était Bluberi Group Inc., qui est devenue une autre des appelantes, 9354-9178 Québec inc. Par l’entremise d’une fiducie familiale, M. Duhamel contrôlait Bluberi Group inc. et, de ce fait, Bluberi Gaming (collectivement, « Bluberi »).

[5] En 2012, Bluberi demande du financement à l’intimée Callidus Capital Corporation (« Callidus »), qui se décrit comme un [TRADUCTION] « prêteur offrant du financement garanti par des actifs ou du financement à des entreprises en difficulté financière » (m.i., par. 26). Callidus lui consent une facilité de crédit d’environ 24 millions de dollars, que Bluberi garantit partiellement en signant une entente par laquelle elle met en gage ses actions.

[6] Au cours des trois années suivantes, Bluberi perd d’importantes sommes d’argent et Callidus continue de lui consentir du crédit. En 2015, Bluberi doit environ 86 millions de dollars à Callidus — Bluberi affirme que près de la moitié de cette somme est composée d’intérêts et de frais.

A. *L’introduction des procédures sous le régime de la LACC par Bluberi et la vente initiale d’actifs*

[7] Le 11 novembre 2015, Bluberi dépose une requête en délivrance d’une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Dans sa requête, Bluberi allègue

were the result of Callidus taking *de facto* control of the corporation and dictating a number of purposefully detrimental business decisions. Bluberi alleged that Callidus engaged in this conduct in order to deplete the corporation's equity value with a view to owning Bluberi and, ultimately, selling it.

[8] Over Callidus's objection, Bluberi's petition succeeded. The supervising judge, Michaud J., issued an initial order under the CCAA. Among other things, the initial order confirmed that Bluberi was a "debtor company" within the meaning of s. 2(1) of the Act; stayed any proceedings against Bluberi or any director or officer of Bluberi; and appointed Ernst & Young Inc. as monitor ("Monitor").

[9] Working with the Monitor, Bluberi determined that a sale of its assets was necessary. On January 28, 2016, it proposed a sale solicitation process, which the supervising judge approved. That process led to Bluberi entering into an asset purchase agreement with Callidus. The agreement contemplated that Callidus would obtain all of Bluberi's assets in exchange for extinguishing almost the entirety of its secured claim against Bluberi, which had ballooned to approximately \$135.7 million. Callidus would maintain an undischarged secured claim of \$3 million against Bluberi. The agreement would also permit Bluberi to retain claims for damages against Callidus arising from its alleged involvement in Bluberi's financial difficulties ("Retained Claims").¹ Throughout these proceedings, Bluberi has asserted that the Retained Claims should amount to over \$200 million in damages.

[10] The supervising judge approved the asset purchase agreement, and the sale of Bluberi's assets to Callidus closed in February 2017. As a result, Callidus effectively acquired Bluberi's business, and has continued to operate it as a going concern.

que ses problèmes de liquidité découlent du fait que Callidus exerce un contrôle de facto à l'égard de son entreprise et lui dicte un certain nombre de décisions d'affaires dans l'intention de lui nuire. Bluberi prétend que Callidus agit ainsi afin de réduire la valeur des actions dans le but de devenir propriétaire de Bluberi et ultimement de la vendre.

[8] Malgré l'objection de Callidus, la requête de Bluberi est accueillie. Le juge surveillant, le juge Michaud, rend une ordonnance initiale sous le régime de la LACC. Celle-ci confirme entre autres que Bluberi est une « compagnie débitrice » au sens du par. 2(1) de la Loi, suspend toute procédure introduite à l'encontre de Bluberi, de ses administrateurs ou dirigeants, et désigne Ernst & Young Inc. pour agir à titre de contrôleur (« contrôleur »).

[9] Travaillant en collaboration avec le contrôleur, Bluberi décide que la vente de ses actifs est nécessaire. Le 28 janvier 2016, elle propose un processus de mise en vente que le juge surveillant approuve. Ce processus débouche sur la conclusion d'une convention d'achat d'actifs entre Bluberi et Callidus. Cette convention prévoit que Callidus obtient l'ensemble des actifs de Bluberi en échange de l'extinction de la presque totalité de la créance garantie qu'elle détient à l'encontre de Bluberi, qui s'élevait à environ 135,7 millions de dollars. Callidus conserve une créance garantie non libérée de 3 millions de dollars contre Bluberi. La convention prévoit aussi que Bluberi se réserve le droit de réclamer des dommages-intérêts à Callidus en raison de l'implication alléguée de celle-ci dans ses difficultés financières (les « réclamations réservées »)¹. Tout au long de ces procédures, Bluberi affirme que la valeur des réclamations ainsi réservées représente plus de 200 millions de dollars en dommages-intérêts.

[10] Le juge surveillant approuve la convention d'achat d'actifs, et la vente des actifs de Bluberi à Callidus est conclue en février 2017. En conséquence, Callidus acquiert l'entreprise de Bluberi et en poursuit l'exploitation.

¹ Bluberi does not appear to have filed this claim yet (see 2018 QCCS 1040, at para. 10 (CanLII)).

¹ Bluberi semble ne pas avoir encore déposé cette action (voir 2018 QCCS 1040, par. 10 (CanLII)).

[11] Since the sale, the Retained Claims have been Bluberi's sole remaining asset and thus the sole security for Callidus's \$3 million claim.

B. The Initial Competing Plans of Arrangement

[12] On September 11, 2017, Bluberi filed an application seeking the approval of a \$2 million interim financing credit facility to fund the litigation of the Retained Claims and other related relief. The lender was a joint venture numbered company incorporated as 9364-9739 Québec inc. This interim financing application was set to be heard on September 19, 2017.

[13] However, one day before the hearing, Callidus proposed a plan of arrangement ("First Plan") and applied for an order convening a creditors' meeting to vote on that plan. The First Plan proposed that Callidus would fund a \$2.5 million (later increased to \$2.63 million) distribution to Bluberi's creditors, except itself, in exchange for a release from the Retained Claims. This would have fully satisfied the claims of Bluberi's former employees and those creditors with claims worth less than \$3000; creditors with larger claims were to receive, on average, 31 percent of their respective claims.

[14] The supervising judge adjourned the hearing of both applications to October 5, 2017. In the meantime, Bluberi filed its own plan of arrangement. Among other things, the plan proposed that half of any proceeds resulting from the Retained Claims, after payment of expenses and Bluberi's creditors' claims, would be distributed to the unsecured creditors, as long as the net proceeds exceeded \$20 million.

[15] On October 5, 2017, the supervising judge ordered that the parties' plans of arrangement could be put to a creditors' vote. He ordered that both parties share the fees and expenses related to the

[11] Depuis la vente, les réclamations réservées sont le seul élément d'actif de Bluberi et représentent donc la seule garantie que possède Callidus pour sa créance de 3 millions de dollars.

B. Les premiers plans d'arrangement concurrents

[12] Le 11 septembre 2017, Bluberi dépose une demande par laquelle elle sollicite l'approbation d'un financement provisoire de 2 millions de dollars sous forme de facilité de crédit afin de financer le coût des procédures liées aux réclamations réservées ainsi que d'autres mesures de réparation accessoires. Le prêteur est une coentreprise constituée sous le numéro 9364-9739 Québec inc. Cette demande de financement provisoire devait être instruite le 19 septembre 2017.

[13] Toutefois, la veille de l'audience, Callidus propose un plan d'arrangement (« premier plan ») et demande une ordonnance pour convoquer les créanciers à une assemblée afin qu'ils votent sur ce plan. Le premier plan proposait que Callidus avance la somme de 2,5 millions de dollars (puis plus tard 2,63 millions de dollars) aux fins de distribution aux créanciers de Bluberi, sauf elle-même, en échange de quoi elle serait libérée des réclamations réservées. Cette somme aurait permis d'acquitter entièrement les créances des anciens employés de Bluberi et toutes celles de moins de 3 000 \$; les créanciers dont la créance était plus élevée devaient recevoir chacun en moyenne 31 pour 100 du montant de leur réclamation.

[14] Le juge surveillant ajourne donc l'audition des deux demandes au 5 octobre 2017. Entre-temps, Bluberi dépose son propre plan d'arrangement dans lequel elle propose notamment que la moitié de toute somme provenant des réclamations réservées, après paiement des dépenses et acquittement des réclamations des créanciers de Bluberi, soit distribuée aux créanciers non garantis, pourvu que la somme nette ainsi obtenue soit supérieure à 20 millions de dollars.

[15] Le 5 octobre 2017, le juge surveillant ordonne que les plans d'arrangement des parties soient soumis au vote des créanciers. Il ordonne que les honoraires et dépenses découlant de la présentation des

presentation of the plans of arrangement at a creditors' meeting, and that a party's failure to deposit those funds with the Monitor would bar the presentation of that party's plan of arrangement. Bluberi elected not to deposit the necessary funds, and, as a result, only Callidus's First Plan was put to the creditors.

C. Creditors' Vote on Callidus's First Plan

[16] On December 15, 2017, Callidus submitted its First Plan to a creditors' vote. The plan failed to receive sufficient support. Section 6(1) of the CCAA provides that, to be approved, a plan must receive a "double majority" vote in each class of creditors — that is, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims. All of Bluberi's creditors, besides Callidus, formed a single voting class of unsecured creditors. Of the 100 voting unsecured creditors, 92 creditors (representing \$3,450,882 of debt) voted in favour, and 8 voted against (representing \$2,375,913 of debt). The First Plan failed because the creditors voting in favour only held 59.22 percent of the total value being voted, which did not meet the s. 6(1) threshold. Most notably, SMT Hautes Technologies ("SMT"), which held 36.7 percent of Bluberi's debt, voted against the plan.

[17] Callidus did not vote on the First Plan — despite the Monitor explicitly stating that Callidus could have "vote[d] . . . the portion of its claim, assessed by Callidus, to be an unsecured claim" (Joint R.R., vol. III, at p.188).

D. Bluberi's Interim Financing Application and Callidus's New Plan

[18] On February 6, 2018, Bluberi filed one of the applications underlying these appeals, seeking authorization of a proposed third party litigation funding agreement ("LFA") with a publicly traded

plans d'arrangement à l'assemblée des créanciers soient partagés entre les parties et qu'il soit interdit à toute partie qui ne dépose pas les fonds nécessaires auprès du contrôleur de présenter son plan d'arrangement. Bluberi choisit de ne pas déposer les fonds nécessaires et, en conséquence, seul le premier plan de Callidus est présenté aux créanciers.

C. Le vote des créanciers sur le premier plan de Callidus

[16] Le 15 décembre 2017, Callidus soumet son premier plan au vote des créanciers. Le plan n'obtient pas l'appui nécessaire. Le paragraphe 6(1) de la LACC prévoit que, pour être approuvé, le plan doit obtenir la « double majorité » de chaque catégorie de créanciers — c'est-à-dire, la majorité en *nombre* d'une catégorie de créanciers, qui représente aussi les deux tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie de créanciers. Tous les créanciers de Bluberi, hormis Callidus, forment une seule catégorie de créanciers non garantis ayant droit de vote. Des 100 créanciers non garantis, 92 (qui ont ensemble une créance de 3 450 882 \$) votent en faveur du plan, et 8 votent contre (qui ont ensemble une créance de 2 375 913 \$). Le premier plan échoue parce que les réclamations des créanciers ayant voté en sa faveur ne détiennent que 59,22 p. 100 en valeur des réclamations de ceux ayant voté, ce qui ne respectait pas le seuil établi au par. 6(1). Plus particulièrement, SMT Hautes Technologies (« SMT »), qui détient 36,7 p. 100 de la dette de Bluberi, vote contre le plan.

[17] Callidus ne vote pas sur le premier plan — malgré les propos explicites du contrôleur, selon qui Callidus pouvait [TRADUCTION] « voter [. . .] selon le pourcentage de sa créance qui, de l'avis de Callidus, était non garantie » (dossier conjoint des intimés, vol. III, p. 188).

D. La demande de financement provisoire de Bluberi et le nouveau plan de Callidus

[18] Le 6 février 2018, Bluberi dépose une des demandes à l'origine des présents pourvois. Elle demande au tribunal l'autorisation de conclure un accord de financement du litige par un tiers (« AFL »)

litigation funder, IMF Bentham Limited or its Canadian subsidiary, Bentham IMF Capital Limited (collectively, “Bentham”). Bluberi’s application also sought the placement of a \$20 million super-priority charge in favour of Bentham on Bluberi’s assets (“Litigation Financing Charge”).

[19] The LFA contemplated that Bentham would fund Bluberi’s litigation of the Retained Claims in exchange for receiving a portion of any settlement or award after trial. However, were Bluberi’s litigation to fail, Bentham would lose all of its invested funds. The LFA also provided that Bentham could terminate the litigation of the Retained Claims if, acting reasonably, it were no longer satisfied of the merits or commercial viability of the litigation.

[20] Callidus and certain unsecured creditors who voted in favour of its plan (who are now respondents and style themselves the “Creditors’ Group”) contested Bluberi’s application on the ground that the LFA was a plan of arrangement and, as such, had to be submitted to a creditors’ vote.²

[21] On February 12, 2018, Callidus filed the other application underlying these appeals, seeking to put another plan of arrangement to a creditors’ vote (“New Plan”). The New Plan was essentially identical to the First Plan, except that Callidus increased the proposed distribution by \$250,000 (from \$2.63 million to \$2.88 million). Further, Callidus filed an amended proof of claim, which purported to value the security attached to its \$3 million claim at *nil*. Callidus was of the view that this valuation was proper because Bluberi had no assets other than the Retained Claims. On this basis, Callidus asserted that it stood in the position of an unsecured creditor, and sought the supervising judge’s permission to vote on the New Plan with the other unsecured creditors.

avec un bailleur de fonds de litiges coté en bourse, IMF Bentham Limited ou sa filiale canadienne, Corporation Bentham IMF Capital (collectivement, « Bentham »). Bluberi demande également l’autorisation de grever son actif d’une charge super-prioritaire de 20 millions de dollars en faveur de Bentham (« charge liée au financement du litige »).

[19] L’AFL prévoit que Bentham financera le litige relatif aux réclamations réservées de Bluberi et qu’en retour elle recevra un pourcentage de toute somme convenue par règlement ou accordée à l’issue d’un procès. Toutefois, dans l’éventualité où Bluberi serait déboutée, Bentham perdra la totalité des fonds investis. L’AFL prévoit aussi que Bentham peut mettre fin au recours si, agissant de façon raisonnable, elle n’est plus convaincue du bien-fondé du litige ou de sa viabilité commerciale.

[20] Callidus et certains créanciers non garantis qui ont voté en faveur de son plan (qui sont maintenant intimés au présent pourvoi et se font appeler le « groupe de créanciers ») contestent la demande de Bluberi au motif que l’AFL est un plan d’arrangement et qu’à ce titre, il doit être soumis au vote des créanciers².

[21] Le 12 février 2018, Callidus dépose l’autre demande qui est à l’origine des présents pourvois, laquelle vise à soumettre un autre plan d’arrangement au vote des créanciers (« nouveau plan »). Le nouveau plan est pour l’essentiel identique au premier plan, sauf que Callidus propose que la somme à distribuer soit augmentée de 250 000 \$ (passant de 2,63 millions à 2,88 millions de dollars). Callidus a en outre déposé une preuve de réclamation modifiée qui ramène à *zéro* la valeur de la garantie liée à sa créance de 3 millions de dollars. Callidus considère que cette évaluation est juste parce que Bluberi n’a aucun autre élément d’actif que les revendications réservées. Sur cette base, elle fait valoir qu’elle se trouve dans la situation d’un créancier non garanti et

² Notably, the Creditors’ Group advised Callidus that it would lend its support to the New Plan. It also asked Callidus to reimburse any legal fees incurred in association with that support. At the same time, the Creditors’ Group did not undertake to vote in any particular way, and confirmed that each of its members would assess all available alternatives individually.

² Fait à remarquer, le groupe de créanciers a informé Callidus qu’il appuierait le nouveau plan. Il lui a aussi demandé de rembourser tous les frais juridiques découlant de cet appui. Par ailleurs, le groupe de créanciers ne s’est pas engagé à voter d’une certaine façon, et a confirmé que chacun de ses membres évaluerait toutes les possibilités qui s’offraient à lui.

Given the size of its claim, if Callidus were permitted to vote on the New Plan, the plan would necessarily pass a creditors' vote. Bluberi opposed Callidus's application.

[22] The supervising judge heard Bluberi's interim financing application and Callidus's application regarding its New Plan together. Notably, the Monitor supported Bluberi's position.

III. Decisions Below

A. *Quebec Superior Court, 2018 QCCS 1040 (Michaud J.)*

[23] The supervising judge dismissed Callidus's application, declining to submit the New Plan to a creditors' vote. He granted Bluberi's application, authorizing Bluberi to enter into a litigation funding agreement with Bentham on the terms set forth in the LFA and imposing the Litigation Financing Charge on Bluberi's assets.

[24] With respect to Callidus's application, the supervising judge determined Callidus should not be permitted to vote on the New Plan because it was acting with an "improper purpose" (para. 48 (CanLII)). He acknowledged that creditors are generally entitled to vote in their own self-interest. However, given that the First Plan — which was almost identical to the New Plan — had been defeated by a creditors' vote, the supervising judge concluded that Callidus's attempt to vote on the New Plan was an attempt to override the result of the first vote. In particular, he wrote:

Taking into consideration the creditors' interest, the Court accepted, in the fall of 2017, that Callidus' Plan be submitted to their vote with the understanding that, as a secured creditor, Callidus would not cast a vote. However, under the present circumstances, it would serve an improper purpose if Callidus was allowed to vote on its own plan, especially when its vote would very likely result in

demande au juge surveillant la permission de voter sur le nouveau plan avec les autres créanciers non garantis. Vu l'importance de sa réclamation, le plan serait nécessairement adopté par les créanciers si Callidus était autorisée à voter. Bluberi s'oppose à la demande de Callidus.

[22] Le juge surveillant instruit ensemble la demande de financement provisoire de Bluberi ainsi que la demande présentée par Callidus concernant son nouveau plan. Il est à souligner que le contrôleur appuie la position de Bluberi.

III. Historique judiciaire

A. *Cour supérieure du Québec, 2018 QCCS 1040 (le juge Michaud)*

[23] Le juge surveillant rejette la demande de Callidus et refuse de soumettre le nouveau plan au vote des créanciers. Il accueille la demande de Bluberi, l'autorisant ainsi à conclure un accord de financement du litige avec Bentham aux conditions énoncées dans l'AFL et ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige.

[24] En ce qui a trait à la demande de Callidus, le juge surveillant décide que cette dernière ne peut voter sur le nouveau plan parce qu'elle agit dans un [TRADUCTION] « but illégitime » (par. 48 (CanLII)). Il reconnaît que les créanciers ont habituellement le droit de voter dans leur propre intérêt. Or, étant donné que le premier plan — qui était presque identique au nouveau plan — a été rejeté par les créanciers, le juge surveillant conclut qu'en demandant à voter sur le nouveau plan, Callidus tentait de contourner le résultat du premier vote. Il écrit notamment :

[TRADUCTION] Tenant compte de leur intérêt, la Cour a accepté à l'automne 2017 que le plan de Callidus soit soumis au vote des créanciers, étant entendu que, en tant que créancière garantie, celle-ci ne voterait pas. Toutefois, si, dans les circonstances actuelles, Callidus était autorisée à voter sur son propre plan, elle le ferait dans un but illégitime d'autant plus qu'il est probable que son vote

the New Plan meeting the two thirds threshold for approval under the CCAA.

As pointed out by SMT, the main unsecured creditor, Callidus' attempt to vote aims only at cancelling SMT's vote which prevented Callidus' Plan from being approved at the creditors' meeting.

It is one thing to let the creditors vote on a plan submitted by a secured creditor, it is another to allow this secured creditor to vote on its own plan in order to exert control over the vote for the sole purpose of obtaining releases. [paras. 45-47]

[25] The supervising judge concluded that, in these circumstances, allowing Callidus to vote would be both “unfair and unreasonable” (para. 47). He also observed that Callidus's conduct throughout the CCAA proceedings “lacked transparency” (at para. 41) and that Callidus was “solely motivated by the [pending] litigation” (para. 44). In sum, he found that Callidus's conduct was contrary to the “requirements of appropriateness, good faith, and due diligence”, and ordered that Callidus would not be permitted to vote on the New Plan (para. 48, citing *Century Services Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2010 SCC 60, [2010] 3 S.C.R. 379, at para. 70).

[26] Because Callidus was not permitted to vote on the New Plan and SMT had unequivocally stated its intention to vote against it, the supervising judge concluded that the plan had no reasonable prospect of success. He therefore declined to submit it to a creditors' vote.

[27] With respect to Bluberi's application, the supervising judge considered three issues relevant to these appeals: (1) whether the LFA should be submitted to a creditors' vote; (2) if not, whether the LFA ought to be approved by the court; and (3) if so, whether the \$20 million Litigation Financing Charge should be imposed on Bluberi's assets.

[28] The supervising judge determined that the LFA did not need to be submitted to a creditors' vote because it was not a plan of arrangement. He considered a plan of arrangement to involve “an arrangement

permettrait d'atteindre le seuil de deux tiers nécessaire pour que le nouveau plan soit approuvé en vertu de la LACC.

Comme l'a souligné SMT, la principale créancière non garantie, Callidus souhaite voter afin d'annuler le vote de SMT, qui a empêché que son plan soit approuvé lors de l'assemblée des créanciers.

C'est une chose de laisser les créanciers voter sur un plan présenté par un créancier garanti, c'en est une autre de laisser ce créancier garanti voter sur son propre plan et exercer ainsi un contrôle sur le vote à seule fin d'être libéré de toute responsabilité. [par. 45-47]

[25] Le juge surveillant conclut que, dans les circonstances, permettre à Callidus de voter serait à la fois [TRADUCTION] « injuste et déraisonnable » (par. 47). Il note aussi que, tout au long de la procédure introduite en vertu de la LACC, Callidus a « manqué de transparence » (par. 41) et qu'elle « n'est motivée que par le litige [en cours] » (par. 44). En somme, il conclut que la conduite de Callidus est contraire à « l'opportunité, [à] la bonne foi et [à] la diligence » requises, et il ordonne que Callidus ne puisse pas voter sur le nouveau plan (par. 48, citant *Century Services Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2010 CSC 60, [2010] 3 R.C.S. 379, par. 70).

[26] Puisque Callidus n'a pas été autorisée à voter sur le nouveau plan et que SMT a manifesté sans équivoque son intention de voter contre celui-ci, le juge surveillant conclut que le plan n'a aucune possibilité raisonnable de recevoir l'aval des créanciers. Il refuse donc de le soumettre au vote des créanciers.

[27] Pour ce qui est de la demande de Bluberi, le juge surveillant examine trois questions qui sont pertinentes pour les présents pourvois : (1) si l'AFL devait être soumis au vote des créanciers; (2) dans la négative, si l'AFL devait être approuvé par le tribunal; et (3) le cas échéant, s'il devait ordonner que la charge liée au financement du litige de 20 millions de dollars grève les actifs de Bluberi.

[28] Le juge surveillant décide qu'il n'est pas nécessaire de soumettre l'AFL au vote des créanciers parce qu'il ne s'agit pas d'un plan d'arrangement. Il considère qu'un tel plan suppose [TRADUCTION] « un

or compromise between a debtor and its creditors” (para. 71, citing *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, at para. 92 (“*Crystallex*”). In his view, the LFA lacked this essential feature. He also concluded that the LFA did not need to be accompanied by a plan, as Bluberi had stated its intention to file a plan in the future.

[29] After reviewing the terms of the LFA, the supervising judge found it met the criteria for approval of third party litigation funding set out in *Bayens v. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, at para. 41, and *Hayes v. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, at para. 4 (CanLII). In particular, he considered Bentham’s percentage of return to be reasonable in light of its level of investment and risk. Further, the supervising judge rejected Callidus and the Creditors’ Group’s argument that the LFA gave too much discretion to Bentham. He found that the LFA did not allow Bentham to exert undue influence on the litigation of the Retained Claims, noting similarly broad clauses had been approved in the CCAA context (para. 82, citing *Schenk v. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, at para. 23).

[30] Finally, the supervising judge imposed the Litigation Financing Charge on Bluberi’s assets. While significant, the supervising judge considered the amount to be reasonable given: the amount of damages that would be claimed from Callidus; Bentham’s financial commitment to the litigation; and the fact that Bentham was not charging any interim fees or interest (i.e., it would only profit in the event of successful litigation or settlement). Put simply, Bentham was taking substantial risks, and it was reasonable that it obtain certain guarantees in exchange.

[31] Callidus, again supported by the Creditors’ Group, appealed the supervising judge’s order, impleading Bentham in the process.

arrangement ou une transaction entre un débiteur et ses créanciers » (par. 71, citant *Re Crystallex*, 2012 ONCA 404, 293 O.A.C. 102, par. 92 (« *Crystallex* »)). À son avis, l’AFL est dépourvu de cette caractéristique essentielle. Il conclut aussi qu’il n’est pas nécessaire que l’AFL soit assorti d’un plan étant donné que Bluberi a exprimé l’intention d’en déposer un plus tard.

[29] Après en avoir examiné les modalités, le juge surveillant conclut que l’AFL respecte le critère d’approbation applicable en matière de financement d’un litige par un tiers qui est établi dans les décisions *Bayens c. Kinross Gold Corporation*, 2013 ONSC 4974, 117 O.R. (3d) 150, par. 41, et *Hayes c. The City of Saint John*, 2016 NBQB 125, par. 4 (CanLII). Plus particulièrement, il considère que le taux de retour de Bentham est raisonnable eu égard à son niveau d’investissement et de risque. Il rejette en outre l’argument avancé par Callidus et le groupe de créanciers, qui soutenaient que l’AFL donne trop de latitude à Bentham. Il conclut que l’AFL ne permet pas à Bentham d’exercer une influence indue sur le déroulement du litige lié aux réclamations réservées et souligne que des clauses générales semblables à celles qu’il contient ont déjà été approuvées dans le contexte de la LACC (par. 82, citant *Schenk c. Valeant Pharmaceuticals International Inc.*, 2015 ONSC 3215, 74 C.P.C. (7th) 332, par. 23).

[30] Enfin, le juge surveillant ordonne que les actifs de Bluberi soient grevés de la charge liée au financement du litige. Il juge que, même s’il est élevé, le montant en question est raisonnable étant donné : le montant des dommages-intérêts qui sont réclamés à Callidus; l’engagement financier de Bentham dans le litige; et le fait que Bentham n’exige aucune provision pour frais ou intérêts (c.-à-d. qu’elle ne tirera profit de l’accord que si le procès ou le règlement est couronné de succès). En termes simples, Bentham prend des risques importants et il est raisonnable qu’elle obtienne certaines garanties en échange.

[31] Callidus, de nouveau appuyée par le groupe de créanciers, interjette appel de l’ordonnance du juge surveillant et met en cause Bentham.

B. *Quebec Court of Appeal, 2019 QCCA 171 (Dutil and Schrager J.J.A. and Dumas J. (ad hoc))*

[32] The Court of Appeal allowed the appeal, finding that “[t]he exercise of the judge’s discretion [was] not founded in law nor on a proper treatment of the facts so that irrespective of the standard of review applied, appellate intervention [was] justified” (para. 48 (CanLII)). In particular, the court identified two errors of relevance to these appeals.

[33] First, the court was of the view that the supervising judge erred in finding that Callidus had an improper purpose in seeking to vote on its New Plan. In its view, Callidus should have been permitted to vote. The court relied heavily on the notion that creditors have a right to vote in their own self-interest. It held that any judicial discretion to preclude voting due to improper purpose should be reserved for the “clearest of cases” (para. 62, referring to *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, at para. 45). The court was of the view that Callidus’s transparent attempt to obtain a release from Bluberi’s claims against it did not amount to an improper purpose. The court also considered Callidus’s conduct prior to and during the CCAA proceedings to be incapable of justifying a finding of improper purpose.

[34] Second, the court concluded that the supervising judge erred in approving the LFA as interim financing because, in its view, the LFA was not connected to Bluberi’s commercial operations. The court concluded that the supervising judge had both “misconstrued in law the notion of interim financing and misapplied that notion to the factual circumstances of the case” (para. 78).

[35] In light of this perceived error, the court substituted its view that the LFA was a plan of arrangement and, as a result, should have been submitted

B. *Cour d’appel du Québec, 2019 QCCA 171 (les juges Dutil et Schrager et le juge Dumas (ad hoc))*

[32] La Cour d’appel accueille l’appel et conclut que [TRADUCTION] « [l]’exercice par le juge de son pouvoir discrétionnaire [n’était] pas fondé en droit, non plus qu’il ne reposait sur un traitement approprié des faits, de sorte que, peu importe la norme de contrôle appliquée, il [était] justifié d’intervenir en appel » (par. 48 (CanLII)). En particulier, la cour relève deux erreurs qui sont pertinentes pour les présents pourvois.

[33] D’une part, la cour conclut que le juge surveillant a commis une erreur en concluant que Callidus a agi dans un but illégitime en demandant l’autorisation de voter sur son nouveau plan. À son avis, Callidus aurait dû être autorisée à voter. La cour s’appuie grandement sur l’idée que les créanciers ont le droit de voter en fonction de leur propre intérêt. Elle juge que l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui consiste à empêcher un créancier de voter dans un but illégitime devrait être [TRADUCTION] « réservé aux cas les plus évidents » (par. 62, renvoyant à *Re Blackburn*, 2011 BCSC 1671, 27 B.C.L.R. (5th) 199, par. 45). Selon elle, en tentant de façon transparente d’être libérée des réclamations de Bluberi à son égard, Callidus ne pouvait être considérée comme ayant agi dans un but illégitime. La cour conclut également que la conduite de Callidus, avant et pendant la procédure introduite en vertu de la LACC, ne pouvait justifier la conclusion qu’il existe un but illégitime.

[34] D’autre part, la cour conclut que le juge surveillant a eu tort d’approuver l’AFL en tant qu’accord de financement provisoire parce qu’à son avis, il n’est pas lié aux opérations commerciales de Bluberi. Elle conclut que le juge surveillant a [TRADUCTION] « donné à la notion de financement provisoire une interprétation non fondée en droit et qu’il a mal appliqué cette notion aux circonstances factuelles de l’affaire » (par. 78).

[35] À la lumière de ce qu’elle percevait comme une erreur, la cour substitue son opinion selon laquelle l’AFL est un plan d’arrangement et que pour

to a creditors' vote. It held that "[a]n arrangement or proposal can encompass both a compromise of creditors' claims as well as the process undertaken to satisfy them" (para. 85). The court considered the LFA to be a plan of arrangement because it affected the creditors' share in any eventual litigation proceeds, would cause them to wait for the outcome of any litigation, and could potentially leave them with nothing at all. Moreover, the court held that Bluberi's scheme "as a whole", being the prosecution of the Retained Claims and the LFA, should be submitted as a plan to the creditors for their approval (para. 89).

[36] Bluberi and Bentham (collectively, "appellants"), again supported by the Monitor, now appeal to this Court.

IV. Issues

[37] These appeals raise two issues:

- (1) Did the supervising judge err in barring Callidus from voting on its New Plan on the basis that it was acting for an improper purpose?
- (2) Did the supervising judge err in approving the LFA as interim financing, pursuant to s. 11.2 of the CCAA?

V. Analysis

A. *Preliminary Considerations*

[38] Addressing the above issues requires situating them within the contemporary Canadian insolvency landscape and, more specifically, the CCAA regime. Accordingly, before turning to those issues, we review (1) the evolving nature of CCAA proceedings; (2) the role of the supervising judge in those proceedings; and (3) the proper scope of appellate review of a supervising judge's exercise of discretion.

cette raison, il aurait dû être soumis au vote des créanciers. Elle conclut [TRADUCTION] « [qu']un arrangement ou une proposition peut englober une transaction visant les réclamations des créanciers ainsi que le processus suivi pour y donner suite » (par. 85). La cour juge que l'AFL est un plan d'arrangement parce qu'il a une incidence sur la participation des créanciers à l'indemnité susceptible d'être accordée à la suite d'un litige, qu'il oblige ceux-ci à attendre l'issue de tout litige, et qu'il est possible que les créanciers se retrouvent les mains vides. De plus, la cour conclut que le projet de Bluberi « dans son entièreté », soit la poursuite des réclamations réservées et l'AFL, doit être soumis à l'approbation des créanciers (par. 89).

[36] Bluberi et Bentham (collectivement, les « appelantes »), encore une fois appuyées par le contrôleur, se pourvoient maintenant devant notre Cour.

IV. Questions en litige

[37] Les pourvois soulèvent deux questions :

- (1) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en empêchant Callidus de voter sur son nouveau plan au motif qu'elle agissait dans un but illégitime?
- (2) Le juge surveillant a-t-il commis une erreur en approuvant l'AFL en tant que plan de financement provisoire, selon les termes de l'art. 11.2 de la LACC?

V. Analyse

A. *Considérations préliminaires*

[38] Pour répondre aux questions ci-dessus, nous devons les situer dans le contexte contemporain de l'insolvabilité au Canada, et plus précisément du régime de la LACC. Ainsi, avant de passer à ces questions, nous examinons (1) la nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC; (2) le rôle que joue le juge surveillant dans ces procédures; et (3) la portée du contrôle, en appel, de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant.

(1) The Evolving Nature of CCAA Proceedings

[39] The CCAA is one of three principal insolvency statutes in Canada. The others are the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (“BIA”), which covers insolvencies of both individuals and companies, and the *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11 (“WURA”), which covers insolvencies of financial institutions and certain other corporations, such as insurance companies (WURA, s. 6(1)). While both the CCAA and the BIA enable reorganizations of insolvent companies, access to the CCAA is restricted to debtor companies facing total claims in excess of \$5 million (CCAA, s. 3(1)).

[40] Together, Canada’s insolvency statutes pursue an array of overarching remedial objectives that reflect the wide ranging and potentially “catastrophic” impacts insolvency can have (*Sun Indalex Finance, LLC v. United Steelworkers*, 2013 SCC 6, [2013] 1 S.C.R. 271, at para. 1). These objectives include: providing for timely, efficient and impartial resolution of a debtor’s insolvency; preserving and maximizing the value of a debtor’s assets; ensuring fair and equitable treatment of the claims against a debtor; protecting the public interest; and, in the context of a commercial insolvency, balancing the costs and benefits of restructuring or liquidating the company (J. P. Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, in J. P. Sarra and B. Romaine, eds., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, at pp. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2nd ed. 2013), at pp. 4-5 and 14; 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* (2003), at pp. 9-10; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2nd ed. 2015), at pp. 4-5).

(1) La nature évolutive des procédures intentées sous le régime de la LACC

[39] La LACC est l’une des trois principales lois canadiennes en matière d’insolvabilité. Les autres sont la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985 c. B-3 (« LFI »), qui traite de l’insolvabilité des personnes physiques et des sociétés, et la *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985 c. W-11 (« LLR »), qui traite de l’insolvabilité des institutions financières et de certaines autres personnes morales, telles que les compagnies d’assurance (LLR, par. 6(1)). Bien que la LACC et la LFI permettent toutes deux la restructuration de compagnies insolvables, l’accès à la LACC est limité aux sociétés débitrices qui sont aux prises avec des réclamations dont le montant total est supérieur à 5 millions de dollars (LACC, par. 3(1)).

[40] Ensemble, les lois canadiennes sur l’insolvabilité poursuivent un grand nombre d’objectifs réparateurs généraux qui témoignent de la vaste gamme des conséquences potentiellement « catastrophiques » qui peuvent découler de l’insolvabilité (*Sun Indalex Finance, LLC c. Syndicat des Métallus*, 2013 CSC 6, [2013] 1 R.C.S. 271, par. 1). Ces objectifs incluent les suivants : régler de façon rapide, efficace et impartiale l’insolvabilité d’un débiteur; préserver et maximiser la valeur des actifs d’un débiteur; assurer un traitement juste et équitable des réclamations déposées contre un débiteur; protéger l’intérêt public; et, dans le contexte d’une insolvabilité commerciale, établir un équilibre entre les coûts et les bénéfices découlant de la restructuration ou de la liquidation d’une compagnie (J. P. Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », dans J. P. Sarra et B. Romaine, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2016* (2017), 9, p. 9-10; J. P. Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act* (2^e éd. 2013), p. 4-5 et 14; 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* (2003), p. 13-14; R. J. Wood, *Bankruptcy and Insolvency Law* (2^e éd. 2015), p. 4-5).

[41] Among these objectives, the CCAA generally prioritizes “avoiding the social and economic losses resulting from liquidation of an insolvent company” (*Century Services*, at para. 70). As a result, the typical CCAA case has historically involved an attempt to facilitate the reorganization and survival of the pre-filing debtor company in an operational state — that is, as a going concern. Where such a reorganization was not possible, the alternative course of action was seen as a liquidation through either a receivership or under the BIA regime. This is precisely the outcome that was sought in *Century Services* (see para. 14).

[42] That said, the CCAA is fundamentally insolvency legislation, and thus it also “has the simultaneous objectives of maximizing creditor recovery, preservation of going-concern value where possible, preservation of jobs and communities affected by the firm’s financial distress . . . and enhancement of the credit system generally” (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 14; see also *Ernst & Young Inc. v. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (“*Essar*”), at para. 103). In pursuit of those objectives, CCAA proceedings have evolved to permit outcomes that do not result in the emergence of the pre-filing debtor company in a restructured state, but rather involve some form of liquidation of the debtor’s assets under the auspices of the Act itself (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at pp. 19-21). Such scenarios are referred to as “liquidating CCAAs”, and they are now commonplace in the CCAA landscape (see *Third Eye Capital Corporation v. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, at para. 70).

[41] Parmi ces objectifs, la LACC priorise en général le fait d’« éviter les pertes sociales et économiques résultant de la liquidation d’une compagnie insolvable » (*Century Services*, par. 70). C’est pourquoi les affaires types qui relèvent de cette loi ont historiquement facilité la restructuration de l’entreprise débitrice qui n’a pas encore déposé de proposition en la maintenant dans un état opérationnel, c’est-à-dire en permettant qu’elle poursuive ses activités. Lorsqu’une telle restructuration n’était pas possible, on considérait qu’il fallait alors procéder à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI. C’est précisément le résultat qui était recherché dans l’affaire *Century Services* (voir par. 14).

[42] Cela dit, la LACC est fondamentalement une loi sur l’insolvabilité, et à ce titre, elle a aussi [TRA-DUCTION] « comme objectifs simultanés de maximiser le recouvrement au profit des créanciers, de préserver la valeur d’exploitation dans la mesure du possible, de protéger les emplois et les collectivités touchées par les difficultés financières de l’entreprise [. . .] et d’améliorer le système de crédit de manière générale » (Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 14; voir aussi *Ernst & Young Inc. c. Essar Global Fund Ltd.*, 2017 ONCA 1014, 139 O.R. (3d) 1 (« *Essar* »), par. 103). Afin d’atteindre ces objectifs, les procédures intentées sous le régime de la LACC ont évolué de telle sorte qu’elles permettent des solutions qui évitent l’émergence, sous une forme restructurée, de la société débitrice qui existait avant le début des procédures, mais qui impliquent plutôt une certaine forme de liquidation des actifs du débiteur sous le régime même de la Loi (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 19-21). Ces cas, qualifiés de [TRADUCTION] « procédures de liquidation sous le régime de la LACC », sont maintenant courants dans le contexte de la LACC (voir *Third Eye Capital Corporation c. Ressources Dianor Inc./Dianor Resources Inc.*, 2019 ONCA 508, 435 D.L.R. (4th) 416, par. 70).

[43] Liquidating CCAAs take diverse forms and may involve, among other things: the sale of the debtor company as a going concern; an “en bloc” sale of assets that are capable of being operationalized by a buyer; a partial liquidation or downsizing of business operations; or a piecemeal sale of assets (B. Kaplan, “Liquidating CCAAs: Discretion Gone Awry?”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, at pp. 87-89). The ultimate commercial outcomes facilitated by liquidating CCAAs are similarly diverse. Some may result in the continued operation of the business of the debtor under a different going concern entity (e.g., the liquidations in *Indalex* and *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), while others may result in a sale of assets and inventory with no such entity emerging (e.g., the proceedings in *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, at paras. 7 and 31). Others still, like the case at bar, may involve a going concern sale of most of the assets of the debtor, leaving residual assets to be dealt with by the debtor and its stakeholders.

[44] CCAA courts first began approving these forms of liquidation pursuant to the broad discretion conferred by the Act. The emergence of this practice was not without criticism, largely on the basis that it appeared to be inconsistent with the CCAA being a “restructuring statute” (see, e.g., *Uti Energy Corp. v. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, at paras. 15-16, aff’d 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, at paras. 40-43; A. Nocilla, “The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada” (2014), 56 *Can. Bus. L.J.* 73, at pp. 88-92).

[45] However, since s. 36 of the CCAA came into force in 2009, courts have been using it to effect liquidating CCAAs. Section 36 empowers courts to authorize the sale or disposition of a debtor

[43] Les procédures de liquidation sous le régime de la LACC revêtent différentes formes et peuvent, entre autres, inclure la vente de la société débitrice à titre d’entreprise en activité; la vente « en bloc » des éléments d’actif susceptibles d’être exploités par un acquéreur; une liquidation partielle de l’entreprise ou une réduction de ses activités; ou encore une vente de ses actifs élément par élément (B. Kaplan, « Liquidating CCAAs : Discretion Gone Awry? » dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law* (2008), 79, p. 87-89). Les résultats commerciaux ultimement obtenus à l’issue des procédures de liquidation introduites sous le régime de la LACC sont eux aussi variés. Certaines procédures peuvent avoir pour résultat la continuité des activités de la débitrice sous la forme d’une autre entité viable (p. ex., les sociétés liquidées dans *Indalex* et *Re Canadian Red Cross Society* (1998), 5 C.B.R. (4th) 299 (C.J. Ont., Div. gén.)), alors que d’autres peuvent simplement aboutir à la vente des actifs et de l’inventaire sans donner naissance à une nouvelle entité (p. ex., la procédure en cause dans *Re Target Canada Co.*, 2015 ONSC 303, 22 C.B.R. (6th) 323, par. 7 et 31). D’autres encore, comme dans le dossier qui nous occupe, peuvent donner lieu à la vente de la plupart des actifs de la débitrice en vue de la poursuite de son activité, laissant à la débitrice et aux parties intéressées le soin de s’occuper des actifs résiduels.

[44] Les tribunaux chargés de l’application de la LACC ont d’abord commencé à approuver ces formes de liquidation en exerçant le vaste pouvoir discrétionnaire que leur confère la Loi. L’émergence de cette pratique a fait l’objet de critiques, essentiellement parce qu’elle semblait incompatible avec l’objectif de « restructuration » de la LACC (voir, p. ex., *Uti Energy Corp. c. Fracmaster Ltd.*, 1999 ABCA 178, 244 A.R. 93, par. 15-16, conf. 1999 ABQB 379, 11 C.B.R. (4th) 204, par. 40-43; A. Nocilla, « The History of the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Future of Re-Structuring Law in Canada » (2014), 56 *Rev. can. dr. comm.* 73, p. 88-92).

[45] Toutefois, depuis que l’art. 36 de la LACC est entré en vigueur en 2009, les tribunaux l’utilisent pour consentir à une liquidation sous le régime de la LACC. L’article 36 confère aux tribunaux le pouvoir

company's assets outside the ordinary course of business.³ Significantly, when the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce recommended the adoption of s. 36, it observed that liquidation is not necessarily inconsistent with the remedial objectives of the CCAA, and that it may be a means to "raise capital [to facilitate a restructuring], eliminate further loss for creditors or focus on the solvent operations of the business" (p. 147). Other commentators have observed that liquidation can be a "vehicle to restructure a business" by allowing the business to survive, albeit under a different corporate form or ownership (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 169; see also K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4th ed. 2019), at p. 311). Indeed, in *Indalex*, the company sold its assets under the CCAA in order to preserve the jobs of its employees, despite being unable to survive as their employer (see para. 51).

d'autoriser la vente ou la disposition des actifs d'une compagnie débitrice hors du cours ordinaire de ses affaires³. Fait important, lorsque le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce a recommandé l'adoption de l'art. 36, il a fait observer que la liquidation n'est pas nécessairement incompatible avec les objectifs réparateurs de la LACC et qu'il pourrait s'agir d'un moyen « soit pour obtenir des capitaux [et faciliter la restructuration] ou éviter des pertes plus graves aux créanciers, soit pour se concentrer sur ses activités solvables » (p. 163). D'autres auteurs ont observé que la liquidation peut [TRADUCTION] « être un moyen de restructurer une entreprise » en lui permettant de survivre, quoique sous une forme corporative différente ou sous la gouverne de propriétaires différents (Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 169; voir aussi K. P. McElcheran, *Commercial Insolvency in Canada* (4^e éd. 2019), p. 311). D'ailleurs, dans l'arrêt *Indalex*, la compagnie a vendu ses actifs sous le régime de la LACC afin de protéger les emplois de son personnel, même si elle ne pouvait demeurer leur employeur (voir par. 51).

[46] Ultimately, the relative weight that the different objectives of the CCAA take on in a particular case may vary based on the factual circumstances, the stage of the proceedings, or the proposed solutions that are presented to the court for approval. Here, a parallel may be drawn with the BIA context. In *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5, [2019] 1 S.C.R. 150, at para. 67, this Court explained that, as a general matter, the BIA serves two purposes: (1) the bankrupt's financial rehabilitation and (2) the equitable distribution of the bankrupt's assets among creditors. However,

[46] En définitive, le poids relatif attribué aux différents objectifs de la LACC dans une affaire donnée peut varier en fonction des circonstances factuelles, de l'étape des procédures ou des solutions qui sont présentées à la cour pour approbation. En l'espèce, il est possible d'établir un parallèle avec le contexte de la LFI. Dans l'arrêt *Orphan Well Association c. Grant Thornton Ltd.*, 2019 CSC 5, [2019] 1 R.C.S. 150, par. 67, notre Cour a expliqué que, de façon générale, la LFI vise deux objectifs : (1) la réhabilitation financière du failli, et (2) le partage équitable des actifs du failli entre les créanciers. Or, dans les cas où

³ We note that while s. 36 now codifies the jurisdiction of a supervising court to grant a sale and vesting order, and enumerates factors to guide the court's discretion to grant such an order, it is silent on when courts ought to approve a liquidation under the CCAA as opposed to requiring the parties to proceed to liquidation under a receivership or the BIA regime (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 167-68; A. Nocilla, "Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36" (2012) 52 *Can. Bus. L.J.* 226, at pp. 243-44 and 247). This issue remains an open question and was not put to this Court in either *Indalex* or these appeals.

³ Mentionnons que, bien que l'art. 36 codifie désormais le pouvoir du juge surveillant de rendre une ordonnance de vente et de dévolution, et qu'il énonce les facteurs devant orienter l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'accorder une telle ordonnance, il est muet quant aux circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent approuver une liquidation sous le régime de la LACC plutôt que d'exiger des parties qu'elles procèdent à la liquidation par voie de mise sous séquestre ou sous le régime de la LFI (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 167-168; A. Nocilla, « Asset Sales Under the Companies' Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36 » (2012) 52 *Rev. can. dr. comm.* 226, p. 243-244 et 247). Cette question demeure ouverte et n'a pas été soumise à la Cour dans *Indalex* non plus que dans les présents pourvois.

in circumstances where a debtor corporation will never emerge from bankruptcy, only the latter purpose is relevant (see para. 67). Similarly, under the CCAA, when a reorganization of the pre-filing debtor company is not a possibility, a liquidation that preserves going-concern value and the ongoing business operations of the pre-filing company may become the predominant remedial focus. Moreover, where a reorganization or liquidation is complete and the court is dealing with residual assets, the objective of maximizing creditor recovery from those assets may take centre stage. As we will explain, the architecture of the CCAA leaves the case-specific assessment and balancing of these remedial objectives to the supervising judge.

(2) The Role of a Supervising Judge in CCAA Proceedings

[47] One of the principal means through which the CCAA achieves its objectives is by carving out a unique supervisory role for judges (see Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 18-19). From beginning to end, each CCAA proceeding is overseen by a single supervising judge. The supervising judge acquires extensive knowledge and insight into the stakeholder dynamics and the business realities of the proceedings from their ongoing dealings with the parties.

[48] The CCAA capitalizes on this positional advantage by supplying supervising judges with broad discretion to make a variety of orders that respond to the circumstances of each case and “meet contemporary business and social needs” (*Century Services*, at para. 58) in “real-time” (para. 58, citing R. B. Jones, “The Evolution of Canadian Restructuring: Challenges for the Rule of Law”, in J. P. Sarra, ed., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, at p. 484). The anchor of this discretionary authority is s. 11, which empowers a judge “to make any order that [the judge] considers appropriate in the circumstances”. This section has been described as “the engine” driving the statutory scheme (*Stelco*

la société débitrice ne s’extirpera jamais de la faillite, seul le dernier objectif est pertinent (voir par. 67). Dans la même veine, sous le régime de la LACC, lorsque la restructuration d’une société débitrice qui n’a pas déposé de proposition est impossible, une liquidation visant à protéger sa valeur d’exploitation et à maintenir ses activités courantes peut devenir l’objectif réparateur principal. En outre, lorsque la restructuration ou la liquidation est terminée et que le tribunal doit décider du sort des actifs résiduels, l’objectif de maximiser le recouvrement des créanciers à partir de ces actifs peut passer au premier plan. Comme nous l’expliquerons, la structure de la LACC laisse au juge surveillant le soin de procéder à un examen et à une mise en balance au cas par cas de ces objectifs réparateurs.

(2) Le rôle du juge surveillant dans les procédures intentées sous le régime de la LACC

[47] Un des principaux moyens par lesquels la LACC atteint ses objectifs réside dans le rôle particulier de surveillance qu’elle réserve aux juges (voir Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 18-19). Chaque procédure fondée sur la LACC est supervisée du début à la fin par un seul juge surveillant. En raison de ses rapports continus avec les parties, ce dernier acquiert une connaissance approfondie de la dynamique entre les intéressés et des réalités commerciales entourant la procédure.

[48] La LACC mise sur la position avantageuse qu’occupe le juge surveillant en lui accordant le vaste pouvoir discrétionnaire de rendre toute une gamme d’ordonnances susceptibles de répondre aux circonstances de chaque cas et de « [s’adapter] aux besoins commerciaux et sociaux contemporains » (*Century Services*, par. 58) en « temps réel » (par. 58, citant R. B. Jones, « The Evolution of Canadian Restructuring : Challenges for the Rule of Law », dans J. P. Sarra, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2005* (2006), 481, p. 484). Le point d’ancrage de ce pouvoir discrétionnaire est l’art. 11, qui confère au juge le pouvoir de « rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée ». Cette disposition a été décrite

Inc. (Re) (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (Ont. C.A.), at para. 36).

[49] The discretionary authority conferred by the CCAA, while broad in nature, is not boundless. This authority must be exercised in furtherance of the remedial objectives of the CCAA, which we have explained above (see *Century Services*, at para. 59). Additionally, the court must keep in mind three “baseline considerations” (at para. 70), which the applicant bears the burden of demonstrating: (1) that the order sought is appropriate in the circumstances, and (2) that the applicant has been acting in good faith and (3) with due diligence (para. 69).

[50] The first two considerations of appropriateness and good faith are widely understood in the CCAA context. Appropriateness “is assessed by inquiring whether the order sought advances the policy objectives underlying the CCAA” (para. 70). Further, the well-established requirement that parties must act in good faith in insolvency proceedings has recently been made express in s. 18.6 of the CCAA, which provides:

Good faith

18.6 (1) Any interested person in any proceedings under this Act shall act in good faith with respect to those proceedings.

Good faith — powers of court

(2) If the court is satisfied that an interested person fails to act in good faith, on application by an interested person, the court may make any order that it considers appropriate in the circumstances.

(See also *BIA*, s. 4.2; *Budget Implementation Act*, 2019, No. 1, S.C. 2019, c. 29, ss. 133 and 140.)

[51] The third consideration of due diligence requires some elaboration. Consistent with the CCAA regime generally, the due diligence consideration discourages parties from sitting on their rights and ensures that creditors do not strategically manoeuvre or

comme étant le « moteur » du régime législatif (*Stelco Inc. (Re)* (2005), 253 D.L.R. (4th) 109 (C.A. Ont.), par. 36).

[49] Quoique vaste, le pouvoir discrétionnaire conféré par la LACC n’est pas sans limites. Son exercice doit tendre à la réalisation des objectifs réparateurs de la LACC, que nous avons expliqués ci-dessus (voir *Century Services*, par. 59). En outre, la cour doit garder à l’esprit les trois « considérations de base » (par. 70) qu’il incombe au demandeur de démontrer : (1) que l’ordonnance demandée est indiquée, et (2) qu’il a agi de bonne foi et (3) avec la diligence voulue (par. 69).

[50] Les deux premières considérations, l’opportunité et la bonne foi, sont largement connues dans le contexte de la LACC. Le tribunal « évalue l’opportunité de l’ordonnance demandée en déterminant si elle favorisera la réalisation des objectifs de politique générale qui sous-tendent la Loi » (par. 70). Par ailleurs, l’exigence bien établie selon laquelle les parties doivent agir de bonne foi dans les procédures d’insolvabilité est depuis peu mentionnée de façon expresse à l’art. 18.6 de la LACC, qui dispose :

Bonne foi

18.6 (1) Tout intéressé est tenu d’agir de bonne foi dans le cadre d’une procédure intentée au titre de la présente loi.

Bonne foi — pouvoirs du tribunal

(2) S’il est convaincu que l’intéressé n’agit pas de bonne foi, le tribunal peut, à la demande de tout intéressé, rendre toute ordonnance qu’il estime indiquée.

(Voir aussi *LFI*, art. 4.2; *Loi n° 1 d’exécution du budget de 2019*, L.C. 2019, c. 29, art. 133 et 140.)

[51] La troisième considération, celle de la diligence, requiert qu’on s’y attarde. Conformément au régime de la LACC en général, la considération de diligence décourage les parties de rester sur leurs positions et fait en sorte que les créanciers n’usent

position themselves to gain an advantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at p. 31). The procedures set out in the CCAA rely on negotiations and compromise between the debtor and its stakeholders, as overseen by the supervising judge and the monitor. This necessarily requires that, to the extent possible, those involved in the proceedings be on equal footing and have a clear understanding of their respective rights (see McElcheran, at p. 262). A party's failure to participate in CCAA proceedings in a diligent and timely fashion can undermine these procedures and, more generally, the effective functioning of the CCAA regime (see, e.g., *North American Tungsten Corp. v. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6, at paras. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada v. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276, at para. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. v. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, at paras. 51-52, in which the courts seized on a party's failure to act diligently).

[52] We pause to note that supervising judges are assisted in their oversight role by a court appointed monitor whose qualifications and duties are set out in the CCAA (see ss. 11.7, 11.8 and 23 to 25). The monitor is an independent and impartial expert, acting as “the eyes and the ears of the court” throughout the proceedings (*Essar*, at para. 109). The core of the monitor's role includes providing an advisory opinion to the court as to the fairness of any proposed plan of arrangement and on orders sought by parties, including the sale of assets and requests for interim financing (see CCAA, s. 23(1)(d) and (i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at pp. 566 and 569).

pas stratégiquement de ruse ou ne se placent pas eux-mêmes dans une position pour obtenir un avantage (*Lehndorff General Partner Ltd., Re* (1993), 17 C.B.R. (3d) 24 (C.J. Ont. (Div. gén.)), p. 31). La procédure prévue par la LACC se fonde sur les négociations et les transactions entre le débiteur et les intéressés, le tout étant supervisé par le juge surveillant et le contrôleur. Il faut donc nécessairement que, dans la mesure du possible, ceux qui participent au processus soient sur un pied d'égalité et aient une compréhension claire de leurs droits respectifs (voir McElcheran, p. 262). La partie qui, dans le cadre d'une procédure fondée sur la LACC, n'agit pas avec diligence et en temps utile risque de compromettre le processus et, de façon plus générale, de nuire à l'efficacité du régime de la Loi (voir, p. ex., *North American Tungsten Corp. c. Global Tungsten and Powders Corp.*, 2015 BCCA 390, 377 B.C.A.C. 6 par. 21-23; *Re BA Energy Inc.*, 2010 ABQB 507, 70 C.B.R. (5th) 24; *HSBC Bank Canada c. Bear Mountain Master Partnership*, 2010 BCSC 1563, 72 C.B.R. (5th) 276 par. 11; *Caterpillar Financial Services Ltd. c. 360networks Corp.*, 2007 BCCA 14, 279 D.L.R. (4th) 701, par. 51-52, où les tribunaux se sont penchés sur le manque de diligence d'une partie).

[52] Nous soulignons que les juges surveillants s'acquittent de leur rôle de supervision avec l'aide d'un contrôleur qui est nommé par le tribunal et dont les compétences et les attributions sont énoncées dans la LACC (voir art. 11.7, 11.8 et 23 à 25). Le contrôleur est un expert indépendant et impartial qui agit comme [TRADUCTION] « les yeux et les oreilles du tribunal » tout au long de la procédure (*Essar*, par. 109). Il a essentiellement pour rôle de donner au tribunal des avis consultatifs sur le caractère équitable de tout plan d'arrangement proposé et sur les ordonnances demandées par les parties, y compris celles portant sur la vente d'actifs et le financement provisoire (voir LACC, al. 23(1)d) et i); Sarra, *Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 566 et 569).

(3) Appellate Review of Exercises of Discretion by a Supervising Judge

[53] A high degree of deference is owed to discretionary decisions made by judges supervising CCAA proceedings. As such, appellate intervention will only be justified if the supervising judge erred in principle or exercised their discretion unreasonably (see *Grant Forest Products Inc. v. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, at para. 98; *Bridging Finance Inc. v. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, at para. 23). Appellate courts must be careful not to substitute their own discretion in place of the supervising judge's (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, at para. 20).

[54] This deferential standard of review accounts for the fact that supervising judges are steeped in the intricacies of the CCAA proceedings they oversee. In this respect, the comments of Tysoe J.A. in *Canadian Metropolitan Properties Corp. v. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (“*Re Edgewater Casino Inc.*”), at para. 20, are apt:

... one of the principal functions of the judge supervising the CCAA proceeding is to attempt to balance the interests of the various stakeholders during the reorganization process, and it will often be inappropriate to consider an exercise of discretion by the supervising judge in isolation of other exercises of discretion by the judge in endeavoring to balance the various interests. ... CCAA proceedings are dynamic in nature and the supervising judge has intimate knowledge of the reorganization process. The nature of the proceedings often requires the supervising judge to make quick decisions in complicated circumstances.

[55] With the foregoing in mind, we turn to the issues on appeal.

(3) Le contrôle en appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant

[53] Les décisions discrétionnaires des juges chargés de la supervision des procédures intentées sous le régime de la LACC commandent un degré élevé de déférence. Ainsi, les cours d'appel ne seront justifiées d'intervenir que si le juge surveillant a commis une erreur de principe ou exercé son pouvoir discrétionnaire de manière déraisonnable (voir *Grant Forest Products Inc. c. Toronto-Dominion Bank*, 2015 ONCA 570, 387 D.L.R. (4th) 426, par. 98; *Bridging Finance Inc. c. Béton Brunet 2001 inc.*, 2017 QCCA 138, 44 C.B.R. (6th) 175, par. 23). Elles doivent prendre garde de ne pas substituer leur propre pouvoir discrétionnaire à celui du juge surveillant (*New Skeena Forest Products Inc., Re*, 2005 BCCA 192, 39 B.C.L.R. (4th) 338, par. 20).

[54] Cette norme déférente de contrôle tient compte du fait que le juge surveillant possède une connaissance intime des procédures intentées sous le régime de la LACC dont il assure la supervision. À cet égard, les observations formulées par le juge Tysoe dans *Canadian Metropolitan Properties Corp. c. Libin Holdings Ltd.*, 2009 BCCA 40, 308 D.L.R. (4th) 339 (« *Re Edgewater Casino Inc.* »), par. 20, sont pertinentes :

[TRADUCTION] ... une des fonctions principales du juge chargé de la supervision de la procédure fondée sur la LACC est d'essayer d'établir un équilibre entre les intérêts des différents intéressés durant le processus de restructuration, et il sera bien souvent inopportun d'examiner une des décisions qu'il aura rendues à cet égard isolément des autres. [...] Les procédures intentées sous le régime de la LACC sont de nature dynamique et le juge surveillant a une connaissance intime du processus de restructuration. La nature du processus l'oblige souvent à prendre des décisions rapides dans des situations complexes.

[55] En gardant ce qui précède à l'esprit, nous passons maintenant aux questions soulevées par le présent pourvoi.

B. *Callidus Should Not Be Permitted to Vote on Its New Plan*

[56] A creditor can generally vote on a plan of arrangement or compromise that affects its rights, subject to any specific provisions of the *CCAA* that may restrict its voting rights (e.g., s. 22(3)), or a proper exercise of discretion by the supervising judge to constrain or bar the creditor's right to vote. We conclude that one such constraint arises from s. 11 of the *CCAA*, which provides supervising judges with the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose. Supervising judges are best-placed to determine whether this discretion should be exercised in a particular case. In our view, the supervising judge here made no error in exercising his discretion to bar Callidus from voting on the New Plan.

(1) Parameters of Creditors' Right to Vote on Plans of Arrangement

[57] Creditor approval of any plan of arrangement or compromise is a key feature of the *CCAA*, as is the supervising judge's oversight of that process. Where a plan is proposed, an application may be made to the supervising judge to order a creditors' meeting to vote on the proposed plan (*CCAA*, ss. 4 and 5). The supervising judge has the discretion to determine whether to order the meeting. For the purposes of voting at a creditors' meeting, the debtor company may divide the creditors into classes, subject to court approval (*CCAA*, s. 22(1)). Creditors may be included in the same class if "their interests or rights are sufficiently similar to give them a commonality of interest" (*CCAA*, s. 22(2); see also L. W. Houlden, G. B. Morawetz and J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 4, at §149). If the requisite "double majority" in each class of creditors — again, a majority in *number* of class members, which also represents two-thirds in *value* of the class members' claims — vote in favour of the plan, the supervising judge may sanction the plan (*Metcalf & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, at para. 34; see *CCAA*, s. 6). The supervising judge will conduct what is

B. *Callidus ne devrait pas être autorisée à voter sur son nouveau plan*

[56] En général, un créancier peut voter sur un plan d'arrangement ou une transaction qui a une incidence sur ses droits, sous réserve des dispositions de la *LACC* qui peuvent limiter son droit de voter (p. ex., par. 22(3)), ou de l'exercice justifié par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire de limiter ou de supprimer ce droit. Nous concluons qu'une telle limite découle de l'art. 11 de la *LACC*, qui confère au juge surveillant le pouvoir discrétionnaire d'empêcher le créancier de voter lorsqu'il agit dans un but illégitime. Le juge surveillant est mieux placé que quiconque pour déterminer s'il doit exercer ce pouvoir dans un cas donné. À notre avis, le juge surveillant n'a, en l'espèce, commis aucune erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan.

(1) Les paramètres du droit d'un créancier de voter sur un plan d'arrangement

[57] L'approbation par les créanciers d'un plan d'arrangement ou d'une transaction est l'une des principales caractéristiques de la *LACC*, tout comme la supervision du processus assurée par le juge surveillant. Lorsqu'un plan est proposé, le juge surveillant peut, sur demande, ordonner que soit convoquée une assemblée des créanciers pour que ceux-ci puissent voter sur le plan proposé (*LACC*, art. 4 et 5). Le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire de décider ou non d'ordonner qu'une assemblée soit convoquée. Pour les besoins du vote à l'assemblée des créanciers, la compagnie débitrice peut établir des catégories de créanciers, sous réserve de l'approbation du tribunal (*LACC*, par. 22(1)). Peuvent faire partie de la même catégorie les créanciers « ayant des droits ou intérêts à ce point semblables [...] qu'on peut en conclure qu'ils ont un intérêt commun » (*LACC*, par. 22(2); voir aussi L. W. Houlden, G. B. Morawetz, et J. P. Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (4^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 4, §149). Si la « double majorité » requise dans chaque catégorie de créanciers — rappelons qu'il s'agit de la majorité en *nombre* d'une catégorie, qui représente aussi les deux-tiers en *valeur* des réclamations de cette catégorie — vote

commonly referred to as a “fairness hearing” to determine, among other things, whether the plan is fair and reasonable (Wood, at pp. 490-92; see also Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, at p. 529; Houlden, Morawetz and Sarra at §45). Once sanctioned by the supervising judge, the plan is binding on each class of creditors that participated in the vote (CCAA, s. 6(1)).

[58] Creditors with a provable claim against the debtor whose interests are affected by a proposed plan are usually entitled to vote on plans of arrangement (Wood, at p. 470). Indeed, there is no express provision in the CCAA barring such a creditor from voting on a plan of arrangement, including a plan it sponsors.

[59] Notwithstanding the foregoing, the appellants submit that a purposive interpretation of s. 22(3) of the CCAA reveals that, as a general matter, a creditor should be precluded from voting on its own plan. Section 22(3) provides:

Related creditors

(3) A creditor who is related to the company may vote against, but not for, a compromise or arrangement relating to the company.

The appellants note that s. 22(3) was meant to harmonize the CCAA scheme with s. 54(3) of the BIA, which provides that “[a] creditor who is related to the debtor may vote against but not for the acceptance of the proposal.” The appellants point out that, under s. 50(1) of the BIA, only debtors can sponsor plans; as a result, the reference to “debtor” in s. 54(3) captures *all* plan sponsors. They submit that if s. 54(3) captures all plan sponsors, s. 22(3) of the CCAA must do the same. On this basis, the appellants ask us to extend the voting restriction in s. 22(3) to apply not only to creditors who are “related to the company”, as the provision states, but to any

en faveur du plan, le juge surveillant peut homologuer celui-ci (*Metcalfe & Mansfield Alternative Investments II Corp. (Re)*, 2008 ONCA 587, 296 D.L.R. (4th) 135, par. 34; voir la LACC, art. 6). Le juge surveillant tiendra ce qu’on appelle communément une [TRADUCTION] « audience d’équité » pour décider, entre autres choses, si le plan est juste et raisonnable (Wood, p. 490-492; Sarra, *Rescue! The Companies’ Creditors Arrangement Act*, p. 529; Houlden, Morawetz et Sarra, §45). Une fois homologué par le juge surveillant, le plan lie chaque catégorie de créanciers qui a participé au vote (LACC, par. 6(1)).

[58] Les créanciers qui ont une réclamation prouvable contre le débiteur et dont les intérêts sont touchés par un plan d’arrangement proposé ont habituellement le droit de voter sur un tel plan (Wood, p. 470). En fait, aucune disposition expresse de la LACC n’interdit à un créancier de voter sur un plan d’arrangement, y compris sur un plan dont il fait la promotion.

[59] Nonobstant ce qui précède, les appelantes soutiennent qu’une interprétation téléologique du par. 22(3) de la LACC révèle que, de façon générale, un créancier ne devrait pas pouvoir voter sur son propre plan. Le paragraphe 22(3) prévoit :

Créancier lié

(3) Le créancier lié à la compagnie peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la transaction ou de l’arrangement.

Les appelantes font remarquer que le par. 22(3) devait permettre d’harmoniser le régime de la LACC avec le par. 54(3) de la LFI, qui dispose que « [u]n créancier qui est lié au débiteur peut voter contre, mais non pour, l’acceptation de la proposition. » Elles soulignent que, en vertu du par. 50(1) de la LFI, seuls les débiteurs peuvent faire la promotion d’un plan; ainsi, le « débiteur » auquel renvoie le par. 54(3) s’entend de *tous* les promoteurs de plan. Elles soutiennent que, si le par. 54(3) vise tous les promoteurs de plan, le par. 22(3) de la LACC doit également les viser. Pour cette raison, les appelantes nous demandent d’étendre la restriction au droit de

creditor who sponsors a plan. They submit that this interpretation gives effect to the underlying intention of both provisions, which they say is to ensure that a creditor who has a conflict of interest cannot “dilute” or overtake the votes of other creditors.

[60] We would not accept this strained interpretation of s. 22(3). Section 22(3) makes no mention of conflicts of interest between creditors and plan sponsors generally. The wording of s. 22(3) only places voting restrictions on creditors who are “related to the [debtor] company”. These words are “precise and unequivocal” and, as such, must “play a dominant role in the interpretive process” (*Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at para. 10). In our view, the appellants’ analogy to the *BIA* is not sufficient to overcome the plain wording of this provision.

[61] While the appellants are correct that s. 22(3) was enacted to harmonize the treatment of related parties in the *CCAA* and *BIA*, its history demonstrates that it is not a general conflict of interest provision. Prior to the amendments incorporating s. 22(3) into the *CCAA*, the *CCAA* clearly allowed creditors to put forward a plan of arrangement (see Houlden, Morawetz and Sarra, at §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). In contrast, under the *BIA*, only debtors could make proposals. Parliament is presumed to have been aware of this obvious difference between the two statutes (see *ATCO Gas and Pipelines Ltd. v. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 SCC 4, [2006] 1 S.C.R. 140, at para. 59; see also *Third Eye*, at para. 57). Despite this difference, Parliament imported, with necessary modification, the wording of the *BIA* related creditor provision into the *CCAA*. Going beyond this language entails accepting that Parliament failed to choose the right words to give effect to its intention, which we do not.

voter imposée par le par. 22(3) de manière à ce qu’elle s’applique non seulement aux créanciers « lié[s] à la compagnie », comme le prévoit la disposition, mais aussi à tous les créanciers qui font la promotion d’un plan. Elles soutiennent que cette interprétation donne effet à l’intention sous-jacente aux deux dispositions, intention qui, de dire les appelantes, est de faire en sorte qu’un créancier qui est en conflit d’intérêts ne puisse pas « diluer » ou supplanter le vote des autres créanciers.

[60] Nous n’acceptons pas cette interprétation forcée du par. 22(3). Il n’est nullement question dans cette disposition de conflit d’intérêts entre les créanciers et les promoteurs d’un plan en général. Les restrictions au droit de voter imposées par le par. 22(3) ne s’appliquent qu’aux créanciers qui sont « lié[s] à la compagnie [débitrice] ». Ce libellé est « précis et non équivoque », et il doit ainsi « jouer un rôle primordial dans le processus d’interprétation » (*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, par. 10). À notre avis, l’analogie que les appelantes font avec la *LFI* ne suffit pas à écarter le libellé clair de cette disposition.

[61] Bien que les appelantes aient raison de dire que l’adoption du par. 22(3) visait à harmoniser le traitement réservé aux parties liées par la *LACC* et la *LFI*, son historique montre qu’il ne s’agit pas d’une disposition générale relative aux conflits d’intérêts. Avant qu’elle soit modifiée et qu’on y incorpore le par. 22(3), la *LACC* permettait clairement aux créanciers de présenter un plan d’arrangement (voir Houlden, Morawetz et Sarra, §33, *Red Cross; Re 1078385 Ontario Inc.* (2004), 206 O.A.C. 17). À l’opposé, en vertu de la *LFI*, seuls les débiteurs pouvaient déposer une proposition. Il faut présumer que le législateur était au fait de cette différence évidente entre les deux lois (voir *ATCO Gas and Pipelines Ltd. c. Alberta (Energy and Utilities Board)*, 2006 CSC 4, [2006] 1 R.C.S. 140, par. 59; voir aussi *Third Eye*, par. 57). Le législateur a malgré tout importé dans la *LACC*, avec les adaptations nécessaires, le texte de la disposition de la *LFI* portant sur les créanciers liés. Aller au-delà de ce libellé suppose d’accepter que le législateur n’a pas choisi les bons mots pour donner effet à son intention, ce que nous ne ferons pas.

[62] Indeed, Parliament did not mindlessly reproduce s. 54(3) of the *BIA* in s. 22(3) of the *CCAA*. Rather, it made two modifications to the language of s. 54(3) to bring it into conformity with the language of the *CCAA*. First, it changed “proposal” (a defined term in the *BIA*) to “compromise or arrangement” (a term used throughout the *CCAA*). Second, it changed “debtor” to “company”, recognizing that companies are the only kind of debtor that exists in the *CCAA* context.

[63] Our view is further supported by Industry Canada’s explanation of the rationale for s. 22(3) as being to “reduce the ability of debtor companies to organize a restructuring plan that confers additional benefits to related parties” (Office of the Superintendent of Bankruptcy Canada, *Bill C-12: Clause by Clause Analysis* (online), cl. 71, s. 22 (emphasis added); see also Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce, at p. 151).

[64] Finally, we note that the *CCAA* contains other mechanisms that attenuate the concern that a creditor with conflicting legal interests with respect to a plan it proposes may distort the creditors’ vote. Although we reject the appellants’ interpretation of s. 22(3), that section still bars creditors who are related to the debtor company from voting in favour of *any* plan. Additionally, creditors who do not share a sufficient commonality of interest may be forced to vote in separate classes (s. 22(1) and (2)), and, as we will explain, a supervising judge may bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

(2) Discretion to Bar a Creditor From Voting in Furtherance of an Improper Purpose

[65] There is no dispute that the *CCAA* is silent on when a creditor who is otherwise entitled to vote on a plan can be barred from voting. However, *CCAA* supervising judges are often called upon “to sanction measures for which there is no explicit authority in the *CCAA*” (*Century Services*, at para. 61; see also para. 62). In *Century Services*, this Court endorsed

[62] En fait, le législateur n’a pas reproduit de façon irréfléchie, au par. 22(3) de la *LACC*, le texte du par. 54(3) de la *LFI*. Au contraire, il a apporté deux modifications au libellé du par. 54(3) pour l’adapter à celui employé dans la *LACC*. Premièrement, il a remplacé le terme « proposition » (défini dans la *LFI*) par les mots « transaction ou arrangement » (employés tout au long dans la *LACC*). Deuxièmement, il a remplacé « débiteur » par « compagnie », reconnaissant ainsi que les compagnies sont les seuls débiteurs qui existent dans le contexte de la *LACC*.

[63] Notre opinion est en outre appuyée par Industrie Canada, selon qui l’adoption du par. 22(3) se justifie par la volonté de « réduire la capacité des compagnies débitrices d’établir un plan de restructuration apportant des avantages supplémentaires à des personnes qui leur sont liées » (Bureau du surintendant des faillites Canada, *Projet de loi C-12 : analyse article par article* (en ligne), cl. 71, art. 22 (nous soulignons); voir aussi Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, p. 166).

[64] Enfin, nous soulignons que la *LACC* prévoit d’autres mécanismes qui réduisent le risque qu’un créancier en situation de conflit d’intérêts par rapport au plan qu’il propose puisse biaiser le vote des créanciers. Bien que nous rejetions l’interprétation donnée par les appelantes au par. 22(3), ce paragraphe interdit tout de même aux créanciers liés à la compagnie débitrice de voter en faveur de *tout* plan. De plus, les créanciers qui n’ont pas suffisamment d’intérêts en commun pourraient être contraints de voter dans des catégories distinctes (par. 22(1) et (2)); et, comme nous l’expliquerons, le juge surveillant peut empêcher un créancier de voter si ce dernier agit dans un but illégitime.

(2) Le pouvoir discrétionnaire d’interdire à un créancier de voter dans un but illégitime

[65] Il est acquis aux débats que la *LACC* ne contient aucune disposition énonçant les circonstances dans lesquelles un créancier, autrement admissible à voter sur un plan, peut être empêché de le faire. Toutefois, les juges chargés d’appliquer la *LACC* sont souvent appelés à « sanctionner des mesures non expressément prévues par la *LACC* »

a “hierarchical” approach to determining whether jurisdiction exists to sanction a proposed measure: “. . . courts [must] rely first on an interpretation of the provisions of the CCAA text before turning to inherent or equitable jurisdiction to anchor measures taken in a CCAA proceeding” (para. 65). In most circumstances, a purposive and liberal interpretation of the provisions of the CCAA will be sufficient “to ground measures necessary to achieve its objectives” (para. 65).

[66] Applying this approach, we conclude that jurisdiction exists under s. 11 of the CCAA to bar a creditor from voting on a plan of arrangement or compromise where the creditor is acting for an improper purpose.

[67] Courts have long recognized that s. 11 of the CCAA signals legislative endorsement of the “broad reading of CCAA authority developed by the jurisprudence” (*Century Services*, at para. 68). Section 11 states:

General power of court

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

On the plain wording of the provision, the jurisdiction granted by s. 11 is constrained only by restrictions set out in the CCAA itself, and the requirement that the order made be “appropriate in the circumstances”.

[68] Where a party seeks an order relating to a matter that falls within the supervising judge’s purview, and for which there is no CCAA provision conferring more specific jurisdiction, s. 11 necessarily is the

(*Century Services*, par. 61; voir aussi par. 62). Dans l’arrêt *Century Services*, notre Cour a souscrit à l’approche « hiérarchisée » qui vise à déterminer si le tribunal a compétence pour sanctionner une mesure proposée : « . . . les tribunaux procèderont d’abord à une interprétation des dispositions de la LACC avant d’invoquer leur compétence inhérente ou leur compétence en equity pour justifier des mesures prises dans le cadre d’une procédure fondée sur la LACC » (par. 65). Dans la plupart des cas, une interprétation téléologique et large des dispositions de la LACC suffira à « justifier les mesures nécessaires à la réalisation de ses objectifs » (par. 65).

[66] Après avoir appliqué cette approche, nous concluons que l’art. 11 de la LACC confère au tribunal le pouvoir d’interdire à un créancier de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction s’il agit dans un but illégitime.

[67] Les tribunaux reconnaissent depuis longtemps que le libellé de l’art. 11 de la LACC indique que le législateur a sanctionné « l’interprétation large du pouvoir conféré par la LACC qui a été élaborée par la jurisprudence » (*Century Services*, par. 68). L’article 11 est ainsi libellé :

Pouvoir général du tribunal

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

Selon le libellé clair de la disposition, le pouvoir conféré par l’art. 11 n’est limité que par les restrictions imposées par la LACC elle-même, ainsi que par l’exigence que l’ordonnance soit « indiquée » dans les circonstances.

[68] Lorsqu’une partie sollicite une ordonnance relativement à une question qui entre dans le champ de compétence du juge surveillant, mais pour laquelle aucune disposition de la LACC ne confère plus

provision of first resort in anchoring jurisdiction. As Blair J.A. put it in *Stelco*, s. 11 “for the most part supplants the need to resort to inherent jurisdiction” in the CCAA context (para. 36).

[69] Oversight of the plan negotiation, voting, and approval process falls squarely within the supervising judge’s purview. As indicated, there are no specific provisions in the CCAA which govern when a creditor who is otherwise eligible to vote on a plan may nonetheless be barred from voting. Nor is there any provision in the CCAA which suggests that a creditor has an absolute right to vote on a plan that cannot be displaced by a proper exercise of judicial discretion. However, given that the CCAA regime contemplates creditor participation in decision-making as an integral facet of the workout regime, creditors should only be barred from voting where the circumstances demand such an outcome. In other words, it is necessarily a discretionary, circumstance-specific inquiry.

[70] Thus, it is apparent that s. 11 serves as the source of the supervising judge’s jurisdiction to issue a discretionary order barring a creditor from voting on a plan of arrangement. The exercise of this discretion must further the remedial objectives of the CCAA and be guided by the baseline considerations of appropriateness, good faith, and due diligence. This means that, where a creditor is seeking to exercise its voting rights in a manner that frustrates, undermines, or runs counter to those objectives — that is, acting for an “improper purpose” — the supervising judge has the discretion to bar that creditor from voting.

[71] The discretion to bar a creditor from voting in furtherance of an improper purpose under the CCAA parallels the similar discretion that exists under the BIA, which was recognized in *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R. (2d) 296. In *Laserworks*, the Nova Scotia

précisément compétence, l’art. 11 est nécessairement la disposition à laquelle on peut recourir d’emblée pour fonder la compétence du tribunal. Comme l’a dit le juge Blair dans l’arrêt *Stelco*, l’art. 11 [TRA-DUCTION] « fait en sorte que la plupart du temps, il est inutile de recourir à la compétence inhérente » dans le contexte de la LACC (par. 36).

[69] La supervision des négociations entourant le plan, tout comme le vote et le processus d’approbation, relève nettement de la compétence du juge surveillant. Comme nous l’avons dit, aucune disposition de la LACC ne vise le cas où un créancier par ailleurs admissible à voter sur un plan peut néanmoins être empêché de le faire. Il n’existe non plus aucune disposition de la LACC selon laquelle le droit que possède un créancier de voter sur un plan est absolu et que ce droit ne peut pas être écarté par l’exercice légitime du pouvoir discrétionnaire du tribunal. Toutefois, étant donné le régime de la LACC, dont l’un des aspects essentiels tient à la participation du créancier au processus décisionnel, les créanciers ne devraient être empêchés de voter que si les circonstances l’exigent. Autrement dit, il faut nécessairement procéder à un examen discrétionnaire axé sur les circonstances propres à chaque situation.

[70] L’article 11 constitue donc manifestement la source de la compétence du juge surveillant pour rendre une ordonnance discrétionnaire empêchant un créancier de voter sur un plan d’arrangement. L’exercice du pouvoir discrétionnaire doit favoriser la réalisation des objets réparateurs de la LACC et être fondé sur les considérations de base que sont l’opportunité, la bonne foi et la diligence. Cela signifie que, lorsqu’un créancier cherche à exercer ses droits de vote de manière à contrecarrer, à miner ces objectifs ou à aller à l’encontre de ceux-ci — c’est-à-dire à agir dans un « but illégitime » — le juge surveillant a le pouvoir discrétionnaire d’empêcher le créancier de voter.

[71] Le pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter dans un but illégitime au sens de la LACC s’apparente au pouvoir discrétionnaire semblable qui existe en vertu de la LFI, lequel a été reconnu dans l’arrêt *Laserworks Computer Services Inc. (Bankruptcy), Re*, 1998 NSCA 42, 165 N.S.R.

Court of Appeal concluded that the discretion to bar a creditor from voting in this way stemmed from the court's power, inherent in the scheme of the *BIA*, to supervise “[e]ach step in the bankruptcy process” (at para. 41), as reflected in ss. 43(7), 108(3), and 187(9) of the Act. The court explained that s. 187(9) specifically grants the power to remedy a “substantial injustice”, which arises “when the *BIA* is used for an improper purpose” (para. 54). The court held that “[a]n improper purpose is any purpose collateral to the purpose for which the bankruptcy and insolvency legislation was enacted by Parliament” (para. 54).

[72] While not determinative, the existence of this discretion under the *BIA* lends support to the existence of similar discretion under the *CCAA* for two reasons.

[73] First, this conclusion would be consistent with this Court's recognition that the *CCAA* “offers a more flexible mechanism with greater judicial discretion” than the *BIA* (*Century Services*, at para. 14 (emphasis added)).

[74] Second, this Court has recognized the benefits of harmonizing the two statutes to the extent possible. For example, in *Indalex*, the Court observed that “in order to avoid a race to liquidation under the *BIA*, courts will favour an interpretation of the *CCAA* that affords creditors analogous entitlements” to those received under the *BIA* (para. 51; see also *Century Services*, at para. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, at paras. 34-46). Thus, where the statutes are capable of bearing a harmonious interpretation, that interpretation ought to be preferred “to avoid the ills that can arise from [insolvency] ‘statute-shopping’” (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, at para. 78; see also para. 73). In our view, the articulation of “improper purpose” set out in *Laserworks* — that is, any purpose collateral to the purpose of insolvency legislation — is entirely harmonious with the nature and scope of judicial discretion afforded by the *CCAA*. Indeed, as we have explained, this

(2d) 296. Dans *Laserworks*, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a conclu que le pouvoir discrétionnaire d'empêcher un créancier de voter de cette façon découlait du pouvoir du tribunal, inhérent au régime établi par la *LFI*, de superviser [TRADUCTION] « [c]haque étape du processus de faillite » (par. 41), comme l'indiquent les par. 43(7), 108(3) et 187(9) de la Loi. La cour a expliqué que le par. 187(9) confère expressément le pouvoir de remédier à une « injustice grave », laquelle se produit « lorsque la *LFI* est utilisée dans un but illégitime » (par. 54). La cour a statué que « [l]e but illégitime est un but qui est accessoire à l'objet pour lequel la loi en matière de faillite et d'insolvabilité a été adoptée par le législateur » (par. 54).

[72] Bien qu'elle ne soit pas déterminante, l'existence de ce pouvoir discrétionnaire en vertu de la *LFI* étaye l'existence d'un pouvoir discrétionnaire semblable en vertu de la *LACC* pour deux raisons.

[73] D'abord, cette conclusion serait compatible avec le fait que la Cour a reconnu que la *LACC* « établit un mécanisme plus souple, dans lequel les tribunaux disposent d'un plus grand pouvoir discrétionnaire » que sous le régime de la *LFI* (*Century Services*, par. 14 (nous soulignons)).

[74] Ensuite, la Cour a reconnu les bienfaits de l'harmonisation, dans la mesure du possible, des deux lois. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Indalex*, la Cour a souligné que « pour éviter de précipiter une liquidation sous le régime de la *LFI*, les tribunaux privilégieront une interprétation de la *LACC* qui confère [. . .] aux créanciers [des droits analogues] » à ceux dont ils jouissent en vertu de la *LFI* (par. 51; voir également *Century Services*, par. 24; *Nortel Networks Corp., Re*, 2015 ONCA 681, 391 D.L.R. (4th) 283, par. 34-46). Ainsi, lorsque les lois permettent une interprétation harmonieuse, il y a lieu de retenir cette interprétation [TRADUCTION] « afin d'écarter les embûches pouvant découler du choix des créanciers de “recourir à la loi la plus favorable” [en matière d'insolvabilité] » (*Kitchener Frame Ltd.*, 2012 ONSC 234, 86 C.B.R. (5th) 274, par. 78; voir aussi par. 73). À notre avis, la manière dont a été formulé le « but illégitime » dans l'arrêt *Laserworks* — c'est-à-dire un but accessoire à l'objet de la loi en

discretion is to be exercised in accordance with the CCAA's objectives as an insolvency statute.

[75] We also observe that the recognition of this discretion under the CCAA advances the basic fairness that “permeates Canadian insolvency law and practice” (Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 27; see also *Century Services*, at paras. 70 and 77). As Professor Sarra observes, fairness demands that supervising judges be in a position to recognize and meaningfully address circumstances in which parties are working against the goals of the statute:

The Canadian insolvency regime is based on the assumption that creditors and the debtor share a common goal of maximizing recoveries. The substantive aspect of fairness in the insolvency regime is based on the assumption that all involved parties face real economic risks. Unfairness resides where only some face these risks, while others actually benefit from the situation . . . If the CCAA is to be interpreted in a purposive way, the courts must be able to recognize when people have conflicting interests and are working actively against the goals of the statute. [Emphasis added.]

(“The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law”, at p. 30)

In this vein, the supervising judge’s oversight of the CCAA voting regime must not only ensure strict compliance with the Act, but should further its goals as well. We are of the view that the policy objectives of the CCAA necessitate the recognition of the discretion to bar a creditor from voting where the creditor is acting for an improper purpose.

matière d’insolvabilité — s’harmonise parfaitement avec la nature et la portée du pouvoir discrétionnaire judiciaire que confère la LACC. En effet, comme nous l’avons expliqué, ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux objets de la LACC en tant que loi en matière d’insolvabilité.

[75] Nous soulignons également que la reconnaissance de l’existence de ce pouvoir discrétionnaire sous le régime de la LACC favorise l’équité fondamentale qui [TRADUCTION] « imprègne le droit et la pratique en matière d’insolvabilité au Canada » (Sarra, « The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 27; voir également *Century Services*, par. 70 et 77). Comme le fait observer la professeure Sarra, l’équité commande que les juges surveillants soient en mesure de reconnaître les situations où les parties empêchent la réalisation des objectifs de la loi et de prendre des mesures utiles à leur égard :

[TRADUCTION] Le régime d’insolvabilité canadien repose sur la présomption que les créanciers et le débiteur ont pour objectif commun de maximiser les recouvrements. L’aspect substantiel de la justice dans le régime d’insolvabilité repose sur la présomption que toutes les parties concernées sont exposées à de réels risques économiques. L’injustice réside dans les situations où seules certaines personnes sont exposées aux risques, tandis que d’autres tirent en fait avantage de la situation. [. . .] Si l’on veut que la LACC reçoive une interprétation téléologique, les tribunaux doivent être en mesure de reconnaître les situations où les gens ont des intérêts opposés et s’emploient activement à contrecarrer les objectifs de la loi. [Nous soulignons.]

(« The Oscillating Pendulum : Canada’s Sesquicentennial and Finding the Equilibrium for Insolvency Law », p. 30)

Dans le même ordre d’idées, la surveillance du régime de droit de vote prévu par la LACC qu’exerce le juge surveillant ne doit pas seulement assurer une application stricte de la Loi, mais doit aussi favoriser la réalisation de ses objectifs. Nous estimons que la réalisation des objectifs de politique de la LACC nécessite la reconnaissance du pouvoir discrétionnaire d’empêcher un créancier de voter s’il agit dans un but illégitime.

[76] Whether this discretion ought to be exercised in a particular case is a circumstance-specific inquiry that must balance the various objectives of the CCAA. As this case demonstrates, the supervising judge is best-positioned to undertake this inquiry.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Prohibiting Callidus From Voting

[77] In our view, the supervising judge's decision to bar Callidus from voting on the New Plan discloses no error justifying appellate intervention. As we have explained, discretionary decisions like this one must be approached from the appropriate posture of deference. It bears mentioning that, when he made this decision, the supervising judge was intimately familiar with Bluberi's CCAA proceedings. He had presided over them for over 2 years, received 15 reports from the Monitor, and issued approximately 25 orders.

[78] The supervising judge considered the whole of the circumstances and concluded that Callidus's vote would serve an improper purpose (paras. 45 and 48). We agree with his determination. He was aware that, prior to the vote on the First Plan, Callidus had chosen not to value *any* of its claim as unsecured and later declined to vote at all — despite the Monitor explicitly inviting it to do so.⁴ The supervising judge was also aware that Callidus's First Plan had failed to receive the other creditors' approval at the creditors' meeting of December 15, 2017, and that Callidus had chosen not to take the opportunity to amend or increase the value of its plan at that time, which it was entitled to do (see CCAA, ss. 6 and 7; Monitor, I.F., at para. 17). Between the failure of the First Plan and the proposal of the New Plan — which was identical to the First Plan, save for a modest increase of \$250,000 — none of the factual circumstances relating to Bluberi's financial or business

⁴ It bears noting that the Monitor's statement in this regard did not decide whether Callidus would ultimately have been entitled to vote on the First Plan. Because Callidus did not even attempt to vote on the First Plan, this question was never put to the supervising judge.

[76] La question de savoir s'il y a lieu d'exercer le pouvoir discrétionnaire dans une situation donnée appelle une analyse fondée sur les circonstances propres à chaque situation qui doit mettre en balance les divers objectifs de la LACC. Comme le démontre le présent dossier, le juge surveillant est le mieux placé pour procéder à cette analyse.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter

[77] À notre avis, la décision du juge surveillant d'empêcher Callidus de voter sur le nouveau plan ne révèle aucune erreur justifiant l'intervention d'une cour d'appel. Comme nous l'avons expliqué, il faut adopter l'attitude de déférence appropriée à l'égard des décisions discrétionnaires de ce genre. Il convient de mentionner que, lorsqu'il a rendu sa décision, le juge surveillant connaissait très bien les procédures fondées sur la LACC relatives à Bluberi. Il les avait présidées pendant plus de 2 ans, avait reçu 15 rapports du contrôleur et avait délivré environ 25 ordonnances.

[78] Le juge surveillant a tenu compte de l'ensemble des circonstances et a conclu que le vote de Callidus viserait un but illégitime (par. 45 et 48). Nous sommes d'accord avec cette conclusion. Il savait qu'avant le vote sur le premier plan, Callidus avait choisi de n'évaluer *aucune partie* de sa réclamation à titre de créancier non garanti et s'était par la suite abstenue de voter — bien que le contrôleur l'ait expressément invité à le faire⁴. Le juge surveillant savait aussi que le premier plan de Callidus n'avait pas reçu l'aval des autres créanciers à l'assemblée des créanciers tenue le 15 décembre 2017, et que Callidus avait choisi de ne pas profiter de l'occasion pour modifier ou augmenter la valeur de son plan à ce moment-là, ce qu'elle était en droit de faire (voir LACC, art. 6 et 7; contrôleur, m.i., par. 17). Entre l'insuccès du premier plan et la proposition du nouveau plan — qui était identique au premier plan, hormis la modeste augmentation de 250 000 \$ — les

⁴ Il convient de souligner que la déclaration du contrôleur à cet égard ne permettait pas de décider si Callidus aurait finalement eu le droit de voter sur le premier plan. Comme Callidus n'a même pas essayé de voter sur le premier plan, cette question n'a jamais été soumise au juge surveillant.

affairs had materially changed. However, Callidus sought to value the *entirety* of its security at *nil* and, on that basis, sought leave to vote on the New Plan as an unsecured creditor. If Callidus were permitted to vote in this way, the New Plan would certainly have met the s. 6(1) threshold for approval. In these circumstances, the inescapable inference was that Callidus was attempting to strategically value its security to acquire control over the outcome of the vote and thereby circumvent the creditor democracy the CCAA protects. Put simply, Callidus was seeking to take a “second kick at the can” and manipulate the vote on the New Plan. The supervising judge made no error in exercising his discretion to prevent Callidus from doing so.

[79] Indeed, as the Monitor observes, “[o]nce a plan of arrangement or proposal has been submitted to the creditors of a debtor for voting purposes, to order a second creditors’ meeting to vote on a substantially similar plan would not advance the policy objectives of the CCAA, nor would it serve and enhance the public’s confidence in the process or otherwise serve the ends of justice” (I.F., at para. 18). This is particularly the case given that the cost of having another meeting to vote on the New Plan would have been upwards of \$200,000 (see supervising judge’s reasons, at para. 72).

[80] We add that Callidus’s course of action was plainly contrary to the expectation that parties act with due diligence in an insolvency proceeding — which, in our view, includes acting with due diligence in valuing their claims and security. At all material times, Bluberi’s Retained Claims have been the sole asset securing Callidus’s claim. Callidus has pointed to nothing in the record that indicates that the value of the Retained Claims has changed. Had Callidus been of the view that the Retained Claims had no value, one would have expected Callidus to have valued its security accordingly prior to the vote on the First Plan, if not earlier. Parenthetically, we note that, irrespective of the timing, an attempt at

circonstances factuelles se rapportant aux affaires financières ou commerciales de Bluberi n’avaient pas réellement changé. Pourtant, Callidus a tenté d’évaluer la *totalité* de sa sûreté à *zéro* et, sur cette base, a demandé l’autorisation de voter sur le nouveau plan à titre de créancier non garanti. Si Callidus avait été autorisée à voter de cette façon, le nouveau plan aurait certainement satisfait au critère d’approbation prévu par le par. 6(1). Dans ces circonstances, la seule conclusion possible était que Callidus tentait d’évaluer stratégiquement la valeur de sa sûreté afin de prendre le contrôle du vote et ainsi contourner la démocratie entre les créanciers que défend la LACC. En termes simples, Callidus cherchait à « se donner une seconde chance » et à manipuler le vote sur le nouveau plan. Le juge surveillant n’a pas commis d’erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire pour empêcher Callidus de le faire.

[79] En effet, comme le fait observer le contrôleur, [TRADUCTION] « [u]ne fois que le plan d’arrangement ou la proposition ont été présentés aux créanciers du débiteur aux fins d’un vote, le fait d’ordonner la tenue d’une seconde assemblée des créanciers pour voter sur un plan à peu près semblable ne favoriserait pas la réalisation des objectifs de politique de la LACC, pas plus qu’il ne servirait ou n’accroîtrait la confiance du public dans le processus ou ne servirait par ailleurs les fins de la justice » (m.i., par. 18). C’est particulièrement le cas en l’espèce étant donné que la tenue d’une autre assemblée pour voter sur le nouveau plan aurait coûté plus de 200 000 \$ (voir les motifs du juge surveillant, par. 72).

[80] Ajoutons que la façon d’agir de Callidus était manifestement contraire à l’attente selon laquelle les parties agissent avec diligence dans les procédures d’insolvabilité — ce qui, à notre avis, comprend le fait de faire preuve de diligence raisonnable dans l’évaluation de leurs réclamations et sûretés. Pendant toute la période pertinente, les réclamations retenues de Bluberi ont constitué les seuls éléments d’actif garantissant la réclamation de Callidus. Cette dernière n’a rien relevé dans le dossier qui indique que la valeur des réclamations retenues a changé. Si Callidus estimait que les réclamations retenues n’avaient aucune valeur, on se serait attendu à ce qu’elle ait évalué sa sûreté en conséquence avant

such a valuation may well have failed. This would have prevented Callidus from voting as an unsecured creditor, even in the absence of Callidus's improper purpose.

[81] As we have indicated, discretionary decisions attract a highly deferential standard of review. Deference demands that review of a discretionary decision begin with a proper characterization of the basis for the decision. Respectfully, the Court of Appeal failed in this regard. The Court of Appeal seized on the supervising judge's somewhat critical comments relating to Callidus's goal of being released from the Retained Claims and its conduct throughout the proceedings as being incapable of grounding a finding of improper purpose. However, as we have explained, these considerations did not drive the supervising judge's conclusion. His conclusion was squarely based on Callidus' attempt to manipulate the creditors' vote to ensure that its New Plan would succeed where its First Plan had failed (see supervising judge's reasons, at paras. 45-48). We see nothing in the Court of Appeal's reasons that grapples with this decisive impropriety, which goes far beyond a creditor merely acting in its own self-interest.

[82] In sum, we see nothing in the supervising judge's reasons on this point that would justify appellate intervention. Callidus was properly barred from voting on the New Plan.

[83] Before moving on, we note that the Court of Appeal addressed two further issues: whether Callidus is "related" to Bluberi within the meaning of s. 22(3) of the *CCAA*; and whether, if permitted to vote, Callidus should be ordered to vote in a separate class from Bluberi's other creditors (see *CCAA*, s. 22(1) and (2)). Given our conclusion that the supervising judge did not err in barring Callidus from voting on the New Plan on the basis that Callidus was acting for an improper purpose, it is unnecessary to

le vote sur le premier plan, voire même plus tôt. Nous ouvrons une parenthèse pour souligner que, peu importe le moment, la tentative d'évaluer ainsi la sûreté aurait pu fort bien échouer. Cela aurait empêché Callidus de voter à titre de créancier non garanti même si elle ne poursuivait pas de but illégitime.

[81] Comme nous l'avons indiqué, les décisions discrétionnaires appellent une norme de contrôle empreinte d'une grande déférence. La déférence commande que l'examen d'une décision discrétionnaire commence par la qualification appropriée du fondement de la décision. Soit dit en tout respect, la Cour d'appel a échoué à cet égard. La Cour d'appel s'est saisie des commentaires quelque peu critiques formulés par le juge surveillant à l'égard de l'objectif de Callidus d'être libérée des réclamations retenues et de la conduite de celle-ci tout au long des procédures pour affirmer qu'il ne s'agissait pas de considérations pouvant donner lieu à une conclusion de but illégitime. Toutefois, comme nous l'avons expliqué, ce ne sont pas ces considérations qui ont amené le juge surveillant à tirer sa conclusion. Sa conclusion reposait nettement sur la tentative de Callidus de manipuler le vote des créanciers pour faire en sorte que son nouveau plan soit retenu alors que son premier plan ne l'avait pas été (voir les motifs du juge surveillant, par. 45-48). Nous ne voyons rien dans les motifs de la Cour d'appel qui s'attaque à cette irrégularité déterminante, qui va beaucoup plus loin que le simple fait pour un créancier d'agir dans son propre intérêt.

[82] En résumé, nous ne voyons rien dans les motifs du juge surveillant sur ce point qui justifie l'intervention d'une cour d'appel. Callidus a été à juste titre empêchée de voter sur le nouveau plan.

[83] Avant de passer au prochain point, soulignons que la Cour d'appel a abordé deux questions supplémentaires : Callidus est-elle « liée » à Bluberi au sens du par. 22(3) de la *LACC*? Si Callidus est autorisée à voter, convient-il de lui ordonner de voter dans une catégorie distincte des autres créanciers de Bluberi (voir la *LACC*, par. 22(1) et (2))? Vu notre conclusion que le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en interdisant à Callidus de voter sur le nouveau plan au motif qu'elle avait agi dans un but illégitime, il n'est

address either of these issues. However, nothing in our reasons should be read as endorsing the Court of Appeal's analysis of them.

C. Bluberi's LFA Should Be Approved as Interim Financing

[84] In our view, the supervising judge made no error in approving the LFA as interim financing pursuant to s. 11.2 of the *CCAA*. Interim financing is a flexible tool that may take on a range of forms. As we will explain, third party litigation funding may be one such form. Whether third party litigation funding should be approved as interim financing is a case-specific inquiry that should have regard to the text of s. 11.2 and the remedial objectives of the *CCAA* more generally.

(1) Interim Financing and Section 11.2 of the *CCAA*

[85] Interim financing, despite being expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*, is not defined in the Act. Professor Sarra has described it as “refer[ring] primarily to the working capital that the debtor corporation requires in order to keep operating during restructuring proceedings, as well as to the financing to pay the costs of the workout process” (*Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, at p. 197). Interim financing used in this way — sometimes referred to as “debtor-in-possession” financing — protects the going-concern value of the debtor company while it develops a workable solution to its insolvency issues (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (Ont. C.J. (Gen. Div.)), at paras. 7, 9 and 24; *Boutiques San Francisco Inc. v. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (Que. Sup. Ct.), at para. 32). That said, interim financing is not limited to providing debtor companies with immediate operating capital. Consistent with the remedial objectives of the *CCAA*, interim financing

pas nécessaire de se prononcer sur l'une ou l'autre de ces questions. Cependant, rien dans les présents motifs ne doit être interprété comme souscrivant à l'analyse que la Cour d'appel a faite de ces questions.

C. L'AFL de Bluberi devrait être approuvé à titre de financement temporaire

[84] À notre avis, le juge surveillant n'a commis aucune erreur en approuvant l'AFL à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la *LACC*. Le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes. Comme nous l'expliquerons, le financement d'un litige par un tiers peut constituer l'une de ces formes. La question de savoir s'il y a lieu d'approuver le financement d'un litige par un tiers à titre de financement temporaire commande une analyse fondée sur les faits de l'espèce qui doit tenir compte du libellé de l'art. 11.2 et des objectifs réparateurs de la *LACC* de façon plus générale.

(1) Le financement temporaire et l'art. 11.2 de la *LACC*

[85] Bien qu'il soit expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*, le financement temporaire n'est pas défini dans la Loi. La professeure Sarra l'a décrit comme [TRADUCTION] « vis[ant] principalement le fonds de roulement dont a besoin la société débitrice pour continuer de fonctionner pendant la restructuration ainsi que les fonds nécessaires pour payer les frais liés au processus de sauvetage » (*Rescue! The Companies' Creditors Arrangement Act*, p. 197). Utilisé de cette façon, le financement temporaire — parfois appelé financement de [TRADUCTION] « débiteur-exploitant » — protège la valeur d'exploitation de la compagnie débitrice pendant qu'elle met au point une solution viable à ses problèmes d'insolvabilité (p. 197; *Royal Oak Mines Inc., Re* (1999), 6 C.B.R. (4th) 314 (C.J. Ont. (Div. gén.)), par. 7, 9 et 24; *Boutiques San Francisco Inc. c. Richter & Associés Inc.*, 2003 CanLII 36955 (C.S. Qc), par. 32). Cela dit, le financement temporaire ne se limite pas à fournir un fonds de roulement

at its core enables the preservation and realization of the value of a debtor's assets.

[86] Since 2009, s. 11.2(1) of the CCAA has codified a supervising judge's discretion to approve interim financing, and to grant a corresponding security or charge in favour of the lender in the amount the judge considers appropriate:

Interim financing

11.2 (1) On application by a debtor company and on notice to the secured creditors who are likely to be affected by the security or charge, a court may make an order declaring that all or part of the company's property is subject to a security or charge — in an amount that the court considers appropriate — in favour of a person specified in the order who agrees to lend to the company an amount approved by the court as being required by the company, having regard to its cash-flow statement. The security or charge may not secure an obligation that exists before the order is made.

[87] The breadth of a supervising judge's discretion to approve interim financing is apparent from the wording of s. 11.2(1). Aside from the protections regarding notice and pre-filing security, s. 11.2(1) does not mandate any standard form or terms.⁵ It simply provides that the financing must be in an amount that is "appropriate" and "required by the company, having regard to its cash-flow statement".

⁵ A further exception has been codified in the 2019 amendments to the CCAA, which create s. 11.2(5) (see *Budget Implementation Act, 2019, No. 1*, s. 138). This section provides that at the time an initial order is sought, "no order shall be made under subsection [11.2](1) unless the court is also satisfied that the terms of the loan are limited to what is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period". This provision does not apply in this case, and the parties have not relied on it. However, it may be that it restricts the ability of supervising judges to approve LFAs as interim financing at the time of granting an Initial Order.

immédiat aux compagnies débitrices. Conformément aux objectifs réparateurs de la LACC, le financement temporaire permet essentiellement de préserver et de réaliser la valeur des éléments d'actif du débiteur.

[86] Depuis 2009, le par. 11.2(1) de la LACC a codifié le pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire et d'accorder une charge ou une sûreté correspondante, d'un montant qu'il estime indiqué, en faveur du prêteur :

Financement temporaire

11.2 (1) Sur demande de la compagnie débitrice, le tribunal peut par ordonnance, sur préavis de la demande aux créanciers garantis qui seront vraisemblablement touchés par la charge ou sûreté, déclarer que tout ou partie des biens de la compagnie sont grevés d'une charge ou sûreté — d'un montant qu'il estime indiqué — en faveur de la personne nommée dans l'ordonnance qui accepte de prêter à la compagnie la somme qu'il approuve compte tenu de l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de celle-ci. La charge ou sûreté ne peut garantir qu'une obligation postérieure au prononcé de l'ordonnance.

[87] L'étendue du pouvoir discrétionnaire du juge surveillant d'approuver le financement temporaire ressort du libellé du par. 11.2(1). Abstraction faite des protections concernant le préavis et les sûretés constituées avant le dépôt des procédures, le par. 11.2(1) ne prescrit aucune forme ou condition type⁵. Il prévoit simplement que le financement doit être d'un montant qui est « indiqué » et qui tient compte de « l'état de l'évolution de l'encaisse et des besoins de [la compagnie] ».

⁵ Une autre exception a été codifiée dans les modifications apportées en 2019 à la LACC qui créent le par. 11.2(5) (voir *Loi n° 1 d'exécution du budget de 2019*, art. 138). Cet article prévoit que, lorsqu'une ordonnance relative à la demande initiale a été demandée, « le tribunal ne rend l'ordonnance visée au paragraphe [11.2](1) que s'il est également convaincu que les modalités du financement temporaire demandé sont limitées à ce qui est normalement nécessaire à la continuation de l'exploitation de la compagnie débitrice dans le cours ordinaire de ses affaires durant cette période ». Cette disposition ne s'applique pas en l'espèce, et les parties ne l'ont pas invoquée. Toutefois, il se peut qu'elle ait pour effet d'empêcher les juges surveillants d'approuver des AFL à titre de financement temporaire au moment où l'ordonnance relative à la demande initiale est rendue.

[88] The supervising judge may also grant the lender a “super-priority charge” that will rank in priority over the claims of any secured creditors, pursuant to s. 11.2(2):

Priority — secured creditors

(2) The court may order that the security or charge rank in priority over the claim of any secured creditor of the company.

[89] Such charges, also known as “priming liens”, reduce lenders’ risks, thereby incentivizing them to assist insolvent companies (Innovation, Science and Economic Development Canada, *Archived — Bill C-55: clause by clause analysis*, last updated December 29, 2016 (online), cl. 128, s. 11.2; Wood, at p. 387). As a practical matter, these charges are often the only way to encourage this lending. Normally, a lender protects itself against lending risk by taking a security interest in the borrower’s assets. However, debtor companies under CCAA protection will often have pledged all or substantially all of their assets to other creditors. Accordingly, without the benefit of a super-priority charge, an interim financing lender would rank behind those other creditors (McElcheran, at pp. 298-99). Although super-priority charges do subordinate secured creditors’ security positions to the interim financing lender’s — a result that was controversial at common law — Parliament has indicated its general acceptance of the trade-offs associated with these charges by enacting s. 11.2(2) (see M. B. Rotsztain and A. Dostal, “Debtor-In-Possession Financing”, in S. Ben-Ishai and A. Duggan, eds., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, at pp. 228-29 and 240-50). Indeed, this balance was expressly considered by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce that recommended codifying interim financing in the CCAA (pp. 100-104).

[90] Ultimately, whether proposed interim financing should be approved is a question that the supervising judge is best-placed to answer. The CCAA

[88] Le juge surveillant peut également accorder au prêteur une « charge super prioritaire » qui aura priorité sur toute réclamation des créanciers garantis, en vertu du par. 11.2(2) :

Priorité — créanciers garantis

(2) Le tribunal peut préciser, dans l’ordonnance, que la charge ou sûreté a priorité sur toute réclamation des créanciers garantis de la compagnie.

[89] Ces charges, également appelées « superprivilèges », réduisent les risques des prêteurs, les incitant ainsi à aider les compagnies insolvable (Innovation, Sciences et Développement économique Canada, *Archivé — Projet de loi C-55 : analyse article par article*, dernière mise à jour le 29 décembre 2016 (en ligne), cl. 128, art. 11.2; Wood, p. 387). Sur le plan pratique, ces charges constituent souvent le seul moyen d’encourager ce type de prêt. Généralement, le prêteur se protège contre le risque de crédit en prenant une sûreté sur les éléments d’actifs de l’emprunteur. Or, les compagnies débitrices qui sont sous la protection de la LACC ont souvent donné en gage la totalité ou la presque totalité de leurs actifs à d’autres créanciers. En l’absence d’une charge super prioritaire, le prêteur qui accepte d’apporter un financement temporaire prendrait rang derrière les autres créanciers (McElcheran, p. 298-299). Bien que la charge super prioritaire subordonne les sûretés des créanciers garantis à celle du prêteur qui apporte un financement temporaire — un résultat qui a suscité la controverse en common law — le législateur a signifié son acceptation générale des transactions allant de pair avec ces charges en adoptant le par. 11.2(2) (voir M. B. Rotsztain et A. Dostal, « Debtor-In-Possession Financing », dans S. Ben-Ishai et A. Duggan, dir., *Canadian Bankruptcy and Insolvency Law : Bill C-55, Statute c. 47 and Beyond* (2007), 227, p. 228-229 et 240-250). En effet, cet équilibre a été expressément pris en considération par le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce, qui a recommandé la codification du financement temporaire dans la LACC (p. 111-115).

[90] Au bout du compte, la question de savoir s’il y a lieu d’approuver le financement temporaire projeté est une question à laquelle le juge surveillant est le

sets out a number of factors that help guide the exercise of this discretion. The inclusion of these factors in s. 11.2 was informed by the Standing Senate Committee on Banking, Trade and Commerce's view that they would help meet the "fundamental principles" that have guided the development of Canadian insolvency law, including "fairness, predictability and efficiency" (p. 103; see also Innovation, Science and Economic Development Canada, cl. 128, s. 11.2). In deciding whether to grant interim financing, the supervising judge is to consider the following non-exhaustive list of factors:

Factors to be considered

(4) In deciding whether to make an order, the court is to consider, among other things,

- (a) the period during which the company is expected to be subject to proceedings under this Act;
- (b) how the company's business and financial affairs are to be managed during the proceedings;
- (c) whether the company's management has the confidence of its major creditors;
- (d) whether the loan would enhance the prospects of a viable compromise or arrangement being made in respect of the company;
- (e) the nature and value of the company's property;
- (f) whether any creditor would be materially prejudiced as a result of the security or charge; and
- (g) the monitor's report referred to in paragraph 23(1)(b), if any.

(CCAA, s. 11.2(4))

[91] Prior to the coming into force of the above provisions in 2009, courts had been using the general discretion conferred by s. 11 to authorize interim financing and associated super-priority charges

mieux placé pour répondre. La LACC énonce un certain nombre de facteurs qui encadrent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. L'inclusion de ces facteurs dans le par. 11.2 reposait sur le point de vue du Comité sénatorial permanent des banques et du commerce selon lequel ils permettraient de respecter les « principes fondamentaux » ayant guidé la conception des lois en matière d'insolvabilité au Canada, notamment « l'équité, la prévisibilité et l'efficience » (p. 115; voir également Innovation, Sciences et Développement économique Canada, cl. 128, art. 11.2). Pour décider s'il y a lieu d'accorder le financement temporaire, le juge surveillant doit prendre en considération les facteurs non exhaustifs suivants :

Facteurs à prendre en considération

(4) Pour décider s'il rend l'ordonnance, le tribunal prend en considération, entre autres, les facteurs suivants :

- a) la durée prévue des procédures intentées à l'égard de la compagnie sous le régime de la présente loi;
- b) la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures;
- c) la question de savoir si ses dirigeants ont la confiance de ses créanciers les plus importants;
- d) la question de savoir si le prêt favorisera la conclusion d'une transaction ou d'un arrangement viable à l'égard de la compagnie;
- e) la nature et la valeur des biens de la compagnie;
- f) la question de savoir si la charge ou sûreté causera un préjudice sérieux à l'un ou l'autre des créanciers de la compagnie;
- g) le rapport du contrôleur visé à l'alinéa 23(1)b).

(LACC, par. 11.2(4))

[91] Avant l'entrée en vigueur en 2009 des dispositions susmentionnées, les tribunaux utilisaient le pouvoir discrétionnaire général que confère l'art. 11 pour autoriser le financement temporaire

(*Century Services*, at para. 62). Section 11.2 largely codifies the approaches those courts have taken (Wood, at p. 388; McElcheran, at p. 301). As a result, where appropriate, guidance may be drawn from the pre-codification interim financing jurisprudence.

[92] As with other measures available under the CCAA, interim financing is a flexible tool that may take different forms or attract different considerations in each case. Below, we explain that third party litigation funding may, in appropriate cases, be one such form.

(2) Supervising Judges May Approve Third Party Litigation Funding as Interim Financing

[93] Third party litigation funding generally involves “a third party, otherwise unconnected to the litigation, agree[ing] to pay some or all of a party’s litigation costs, in exchange for a portion of that party’s recovery in damages or costs” (R. K. Agarwal and D. Fenton, “Beyond Access to Justice: Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context” (2017), 59 *Can. Bus. L.J.* 65, at p. 65). Third party litigation funding can take various forms. A common model involves the litigation funder agreeing to pay a plaintiff’s disbursements and indemnify the plaintiff in the event of an adverse cost award in exchange for a share of the proceeds of any successful litigation or settlement (see *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] Outside of the CCAA context, the approval of third party litigation funding agreements has been somewhat controversial. Part of that controversy arises from the potential of these agreements to offend the common law doctrines of champerty and

et la constitution des charges super prioritaires s’y rattachant (*Century Services*, par. 62). L’article 11.2 codifie en grande partie les approches adoptées par ces tribunaux (Wood, p. 388; McElcheran, p. 301). En conséquence, il est possible, le cas échéant, de s’inspirer de la jurisprudence relative au financement temporaire antérieure à la codification.

[92] Comme c’est le cas pour les autres mesures susceptibles d’être prises sous le régime de la LACC, le financement temporaire est un outil souple qui peut revêtir différentes formes ou faire intervenir différentes considérations dans chaque cas. Comme nous l’expliquerons plus loin, le financement d’un litige par un tiers peut, dans les cas qui s’y prêtent, constituer l’une de ces formes.

(2) Les juges surveillants peuvent approuver le financement d’un litige par un tiers à titre de financement temporaire

[93] Le financement d’un litige par un tiers met généralement en cause [TRANSLATION] « un tiers, n’ayant par ailleurs aucun lien avec le litige, [qui] accepte de payer une partie ou la totalité des frais de litige d’une partie, en échange d’une portion de la somme recouvrée par cette partie au titre des dommages-intérêts ou des dépens » (R. K. Agarwal et D. Fenton, « Beyond Access to Justice : Litigation Funding Agreements Outside the Class Actions Context » (2017), 59 *Rev. can. dr. comm.* 65, p. 65). Le financement d’un litige par un tiers peut revêtir diverses formes. Un modèle courant met en cause un bailleur de fonds de litiges qui s’engage à payer les débours du demandeur et à indemniser ce dernier dans l’éventualité d’une adjudication des dépens défavorable, en échange d’une partie de la somme obtenue dans le cadre d’un procès ou d’un règlement couronné de succès (voir *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1785, 105 O.R. (3d) 364; *Bayens*).

[94] En dehors du cadre de la LACC, l’approbation des accords de financement d’un litige par un tiers a été quelque peu controversée. Une partie de cette controverse découle de la possibilité que ces accords portent atteinte aux doctrines de common

maintenance.⁶ The tort of maintenance prohibits “officious intermeddling with a lawsuit which in no way belongs to one” (L. N. Klar et al., *Remedies in Tort* (loose-leaf), vol. 1, by L. Berry, ed., at p. 14-11, citing *Langtry v. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), at p. 661). Champerty is a species of maintenance that involves an agreement to share in the proceeds or otherwise profit from a successful suit (*McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (Ont. C.A.), at para. 26).

[95] Building on jurisprudence holding that *contingency fee* arrangements are not champertous where they are not motivated by an improper purpose (e.g., *McIntyre Estate*), lower courts have increasingly come to recognize that *litigation funding* agreements are also not *per se* champertous. This development has been focussed within class action proceedings, where it arose as a response to barriers like adverse cost awards, which were stymieing litigants’ access to justice (see *Dugal*, at para. 33; *Marcotte v. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, at paras. 43-44 (CanLII); *Houle v. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, at para. 52, aff’d 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (Div. Ct.); see also *Stanway v. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, at para. 13). The jurisprudence on the approval of third party litigation funding agreements in the class action context — and indeed, the parameters of their legality generally — is still evolving, and no party before this Court has invited us to evaluate it.

⁶ The extent of this controversy varies by province. In Ontario, champertous agreements are forbidden by statute (see *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). In Quebec, concerns associated with champerty and maintenance do not arise as acutely because champerty and maintenance are not part of the law as such (see *Montgrain v. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, “New Frontier: The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvency Landscape” in J. P. Sarra et al., eds., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, at p. 231).

law concernant la champartie (*champerty*) et le soutien abusif (*maintenance*)⁶. Le délit de soutien abusif interdit [TRADUCTION] « l’immixtion trop empressée dans une action avec laquelle on n’a rien à voir » (L. N. Klar et autres, *Remedies in Tort* (feuilles mobiles), vol. 1, par L. Berry, dir., p. 14-11, citant *Langtry c. Dumoulin* (1884), 7 O.R. 644 (Ch. Div.), p. 661). La champartie est une sorte de soutien abusif qui comporte un accord prévoyant le partage de la somme obtenue ou de tout autre profit réalisé dans le cadre d’une action réussie (*McIntyre Estate c. Ontario (Attorney General)* (2002), 218 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Ont.), par. 26).

[95] S’appuyant sur la jurisprudence voulant que les conventions d’honoraires conditionnels ne constituent pas de la champartie lorsqu’elles ne sont pas motivées par un but illégitime (p. ex., *McIntyre Estate*), les tribunaux d’instance inférieure en sont venus progressivement à reconnaître que les accords de *financement d’un litige* ne constituent pas non plus de la champartie *en soi*. Cette évolution s’est opérée surtout dans le contexte des recours collectifs, en réaction aux obstacles, comme les adjudications de dépens défavorables, qui entravaient l’accès des parties à la justice (voir *Dugal*, par. 33; *Marcotte c. Banque de Montréal*, 2015 QCCS 1915, par. 43-44 (CanLII); *Houle c. St. Jude Medical Inc.*, 2017 ONSC 5129, 9 C.P.C. (8th) 321, par. 52, conf. par 2018 ONSC 6352, 429 D.L.R. (4th) 739 (C. div.); voir également *Stanway c. Wyeth*, 2013 BCSC 1585, 56 B.C.L.R. (5th) 192, par. 13). La jurisprudence relative à l’approbation des accords de financement de litige par un tiers dans le contexte des recours collectifs — et même les paramètres de leur légalité en général — continue d’évoluer, et aucune des parties au présent pourvoi ne nous a invités à l’analyser.

⁶ L’ampleur de la controverse varie selon les provinces. En Ontario, les accords de champartie sont interdits par la loi (voir *An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327). Au Québec, les questions relatives à la champartie et au soutien abusif ne se posent pas de façon aussi aiguë parce que la champartie et le soutien abusif ne font pas partie du droit comme tel (voir *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009; G. Michaud, « New Frontier : The Emergence of Litigation Funding in the Canadian Insolvabilité Landscape » dans J. P. Sarra et autres, dir., *Annual Review of Insolvency Law 2018* (2019), 221, p. 231).

[96] That said, insofar as third party litigation funding agreements are not *per se* illegal, there is no principled basis upon which to restrict supervising judges from approving such agreements as interim financing in appropriate cases. We acknowledge that this funding differs from more common forms of interim financing that are simply designed to help the debtor “keep the lights on” (see *Royal Oak*, at paras. 7 and 24). However, in circumstances like the case at bar, where there is a single litigation asset that could be monetized for the benefit of creditors, the objective of maximizing creditor recovery has taken centre stage. In those circumstances, litigation funding furthers the basic purpose of interim financing: allowing the debtor to realize on the value of its assets.

[97] We conclude that third party litigation funding agreements may be approved as interim financing in CCAA proceedings when the supervising judge determines that doing so would be fair and appropriate, having regard to all the circumstances and the objectives of the Act. This requires consideration of the specific factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA. That said, these factors need not be mechanically applied or individually reviewed by the supervising judge. Indeed, not all of them will be significant in every case, nor are they exhaustive. Further guidance may be drawn from other areas in which third party litigation funding agreements have been approved.

[98] The foregoing is consistent with the practice that is already occurring in lower courts. Most notably, in *Crystallex*, the Ontario Court of Appeal approved a third party litigation funding agreement in circumstances substantially similar to the case at bar. *Crystallex* involved a mining company that had the right to develop a large gold deposit in Venezuela. *Crystallex* eventually became insolvent and (similar to *Bluberi*) was left with only a single significant asset: a US\$3.4 billion arbitration claim against Venezuela. After entering CCAA protection,

[96] Cela dit, dans la mesure où les accords de financement de litige par un tiers ne sont pas illégaux *en soi*, il n’y a aucune raison de principe qui permet d’empêcher les juges surveillants d’approuver ce type d’accord à titre de financement temporaire dans les cas qui s’y prêtent. Nous reconnaissons que cette forme de financement diffère des formes plus courantes de financement temporaire qui visent simplement à aider le débiteur à [TRADUCTION] « payer les frais courants » (voir *Royal Oak*, par. 7 et 24). Toutefois, dans des circonstances semblables à celles en l’espèce, lorsqu’il existait un seul élément d’actif susceptible de monétisation au bénéfice des créanciers, l’objectif visant à maximiser le recouvrement des créanciers a occupé le devant de la scène. En pareilles circonstances, le financement de litige favorise la réalisation de l’objectif fondamental du financement temporaire : permettre au débiteur de réaliser la valeur de ses éléments d’actif.

[97] Nous concluons que les accords de financement de litige par un tiers peuvent être approuvés à titre de financement temporaire dans le cadre des procédures fondées sur la LACC lorsque le juge surveillant estime qu’il serait juste et approprié de le faire, compte tenu de l’ensemble des circonstances et des objectifs de la Loi. Cela implique la prise en considération des facteurs précis énoncés au par. 11.2(4) de la LACC. Cela dit, ces facteurs ne doivent pas être appliqués machinalement ou examinés individuellement par le juge surveillant. En effet, ils ne seront pas tous importants dans tous les cas, et ils ne sont pas non plus exhaustifs. Des enseignements supplémentaires peuvent être tirés d’autres domaines où des accords de financement de litige par un tiers ont été approuvés.

[98] Ce qui précède est compatible avec la pratique qui a déjà cours devant les tribunaux d’instance inférieure. Plus particulièrement, dans *Crystallex*, la Cour d’appel de l’Ontario a approuvé un accord de financement de litige par un tiers dans des circonstances très semblables à celles en l’espèce. Cette affaire mettait en cause une société minière ayant le droit d’exploiter un grand gisement d’or au Venezuela. *Crystallex* est finalement devenue insolvable, et (comme *Bluberi*) il ne lui restait plus qu’un seul élément d’actif important : une réclamation

Crystallex sought the approval of a third party litigation funding agreement. The agreement contemplated that the lender would advance substantial funds to finance the arbitration in exchange for, among other things, a percentage of the net proceeds of any award or settlement. The supervising judge approved the agreement as interim financing pursuant to s. 11.2. The Court of Appeal unanimously found no error in the supervising judge's exercise of discretion. It concluded that s. 11.2 "does not restrict the ability of the supervising judge, where appropriate, to approve the grant of a charge securing financing before a plan is approved that may continue after the company emerges from CCAA protection" (para. 68).

[99] A key argument raised by the creditors in *Crystallex* — and one that Callidus and the Creditors' Group have put before us now — was that the litigation funding agreement at issue was a plan of arrangement and not interim financing. This was significant because, if the agreement was in fact a plan, it would have had to be put to a creditors' vote pursuant to ss. 4 and 5 of the CCAA prior to receiving court approval. The court in *Crystallex* rejected this argument, as do we.

[100] There is no definition of plan of arrangement in the CCAA. In fact, the CCAA does not refer to plans at all — it only refers to an "arrangement" or "compromise" (see ss. 4 and 5). The authors of *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* offer the following general definition of these terms, relying on early English case law:

A "compromise" presupposes some dispute about the rights compromised and a settling of that dispute on terms that are satisfactory to the debtor and the creditor. An agreement to accept less than 100¢ on the dollar would be a compromise where the debtor disputes the debt or lacks the means to pay it. "Arrangement" is a broader word

d'arbitrage de 3,4 milliards de dollars américains contre le Venezuela. Après s'être placée sous la protection de la LACC, Crystallex a demandé l'approbation d'un accord de financement de litige par un tiers. L'accord prévoyait que le prêteur avancerait des fonds importants pour financer l'arbitrage en échange, notamment, d'un pourcentage de la somme nette obtenue à la suite d'une sentence ou d'un règlement. Le juge surveillant a approuvé l'accord à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2. La Cour d'appel a conclu à l'unanimité que le juge surveillant n'avait commis aucune erreur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Elle a conclu que l'art. 11.2 [TRADUCTION] « n'empêche pas le juge surveillant d'approuver, s'il y a lieu, avant qu'un plan soit approuvé, l'octroi d'une charge garantissant un financement qui pourra continuer après que la compagnie aura émergé de la protection de la LACC » (par. 68).

[99] Dans *Crystallex*, l'un des principaux arguments soulevés par les créanciers — et l'un de ceux qu'ont soulevés Callidus et le groupe de créanciers dans le présent pourvoi — était que l'accord de financement de litige en cause était un plan d'arrangement et non pas un financement temporaire. Il s'agissait d'un argument important car, si l'accord était en fait un plan, il aurait dû être soumis à un vote des créanciers conformément aux art. 4 et 5 de la LACC avant de recevoir l'aval du tribunal. La cour, dans *Crystallex*, a rejeté cet argument, et nous en faisons autant.

[100] La LACC ne définit pas le plan d'arrangement. En fait, la LACC ne fait aucunement allusion aux plans — elle fait uniquement état d'un « arrangement » ou d'une « transaction » (voir art. 4 et 5). S'appuyant sur l'ancienne jurisprudence anglaise, les auteurs de *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* proposent la définition générale suivante de ces termes :

[TRADUCTION] La « transaction » suppose d'emblée l'existence d'un différend au sujet des droits visés par la transaction et d'un règlement de ce différend selon des conditions jugées satisfaisantes par le débiteur et le créancier. L'accord visant à accepter une somme inférieure à 100 ¢ par dollar constituerait une transaction lorsque

than “compromise” and is not limited to something analogous to a compromise. It would include any scheme for reorganizing the affairs of the debtor: *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (P.C.).

(Houlden, Morawetz and Sarra, at §33)

[101] The apparent breadth of these terms notwithstanding, they do have some limits. More recent jurisprudence suggests that they require, at minimum, some compromise of creditors’ rights. For example, in *Crystallex* the litigation funding agreement at issue (known as the Tenor DIP facility) was held not to be a plan of arrangement because it did not “compromise the terms of [the creditors’] indebtedness or take away . . . their legal rights” (para. 93). The Court of Appeal adopted the following reasoning from the lower court’s decision, with which we substantially agree:

A “plan of arrangement” or a “compromise” is not defined in the CCAA. It is, however, to be an arrangement or compromise between a debtor and its creditors. The Tenor DIP facility is not on its face such an arrangement or compromise between *Crystallex* and its creditors. Importantly the rights of the noteholders are not taken away from them by the Tenor DIP facility. The noteholders are unsecured creditors. Their rights are to sue to judgment and enforce the judgment. If not paid, they have a right to apply for a bankruptcy order under the BIA. Under the CCAA, they have the right to vote on a plan of arrangement or compromise. None of these rights are taken away by the Tenor DIP.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, at para. 50)

[102] Setting out an exhaustive definition of plan of arrangement or compromise is unnecessary to resolve these appeals. For our purposes, it is sufficient to conclude that plans of arrangement require at least

le débiteur conteste la dette ou n’a pas les moyens de la payer. Le mot « arrangement » a un sens plus large que le mot « transaction » et ne se limite pas à quelque chose qui ressemble à une transaction. Il viserait tout plan de réorganisation des affaires du débiteur : *Re Guardian Assur. Co.*, [1917] 1 Ch. 431, 61 Sol. Jo 232, [1917] H.B.R. 113 (C.A.); *Re Refund of Dues under Timber Regulations*, [1935] A.C. 185 (C.P.).

(Houlden, Morawetz et Sarra, §33)

[101] Malgré leur vaste portée apparente, ces termes connaissent quand même certaines limites. Selon une jurisprudence plus récente, ils exigeraient, à tout le moins, une certaine transaction à l’égard des droits des créanciers. Dans *Crystallex*, par exemple, on a conclu que l’accord de financement de litige en cause (également appelé [TRADUCTION] « facilité de DE Tenor ») ne constituait pas un plan d’arrangement parce qu’il ne comportait pas [TRADUCTION] « une transaction visant les conditions [des] dettes envers [des créanciers] ni ne [. . .] privait [ceux-ci] de [. . .] leurs droits reconnus par la loi » (par. 93). La Cour d’appel a fait sien le raisonnement suivant du tribunal de première instance, auquel nous souscrivons pour l’essentiel :

[TRADUCTION] Le « plan d’arrangement » et la « transaction » ne sont pas définis dans la LACC. Il doit toutefois s’agir d’un arrangement ou d’une transaction entre un débiteur et ses créanciers. La facilité de DE Tenor ne constitue pas, à première vue, un arrangement ou une transaction entre *Crystallex* et ses créanciers. Fait important, les détenteurs de billets ne sont pas privés de leurs droits par la facilité de DE Tenor. Les détenteurs de billets sont des créanciers non garantis. Leurs droits se résument à poursuivre en vue d’obtenir un jugement et à faire exécuter ce jugement. S’ils ne sont pas payés, ils ont le droit de demander une ordonnance de faillite en vertu de la LFI. Sous le régime de la LACC, ils ont le droit de voter sur un plan d’arrangement ou une transaction. La facilité de DE Tenor ne les prive d’aucun de ces droits.

(*Re Crystallex International Corporation*, 2012 ONSC 2125, 91 C.B.R. (5th) 169, par. 50)

[102] Il n’est pas nécessaire de définir exhaustivement les notions de plan d’arrangement ou de transaction pour trancher les présents pourvois. Il suffit de conclure que les plans d’arrangement doivent au

some compromise of creditors' rights. It follows that a third party litigation funding agreement aimed at extending financing to a debtor company to realize on the value of a litigation asset does not necessarily constitute a plan of arrangement. We would leave it to supervising judges to determine whether, in the particular circumstances of the case before them, a particular third party litigation funding agreement contains terms that effectively convert it into a plan of arrangement. So long as the agreement does not contain such terms, it may be approved as interim financing pursuant to s. 11.2 of the CCAA.

[103] We add that there may be circumstances in which a third party litigation funding agreement may contain or incorporate a plan of arrangement (e.g., if it contemplates a plan for distribution of litigation proceeds among creditors). Alternatively, a supervising judge may determine that, despite an agreement itself not being a plan of arrangement, it should be packaged with a plan and submitted to a creditors' vote. That said, we repeat that third party litigation funding agreements are not necessarily, or even generally, plans of arrangement.

[104] None of the foregoing is seriously contested before us. The parties essentially agree that third party litigation funding agreements *can* be approved as interim financing. The dispute between them focusses on whether the supervising judge erred in exercising his discretion to approve the LFA in the absence of a vote of the creditors, either because it was a plan of arrangement or because it should have been accompanied by a plan of arrangement. We turn to these issues now.

(3) The Supervising Judge Did Not Err in Approving the LFA

[105] In our view, there is no basis upon which to interfere with the supervising judge's exercise of his discretion to approve the LFA as interim financing.

moins comporter une certaine transaction à l'égard des droits des créanciers. Il s'ensuit que l'accord de financement de litige par un tiers visant à apporter un financement à la compagnie débitrice pour réaliser la valeur d'un élément d'actif ne constitue pas nécessairement un plan d'arrangement. Nous sommes d'avis de laisser aux juges surveillants le soin de déterminer si, compte tenu des circonstances particulières de l'affaire dont ils sont saisis, l'accord de financement de litige par un tiers comporte des conditions qui le convertissent effectivement en plan d'arrangement. Si l'accord ne comporte pas de telles conditions, il peut être approuvé à titre de financement temporaire en vertu de l'art. 11.2 de la LACC.

[103] Ajoutons que, dans certaines circonstances, l'accord de financement de litige par un tiers peut contenir ou incorporer un plan d'arrangement (p. ex., s'il contient un plan prévoyant la distribution aux créanciers des sommes obtenues dans le cadre du litige). Subsidiairement, le juge surveillant peut décider que, bien que l'accord lui-même ne constitue pas un plan d'arrangement, il y a lieu de l'accompagner d'un plan et de le soumettre à un vote des créanciers. Cela dit, nous le répétons, les accords de financement de litige par un tiers ne constituent pas nécessairement, ni même généralement, des plans d'arrangement.

[104] Rien de ce qui précède n'est sérieusement contesté en l'espèce. Les parties s'entendent essentiellement pour dire que les accords de financement de litige par un tiers *peuvent* être approuvés à titre de financement temporaire. Le différend qui les oppose porte sur la question de savoir si le juge surveillant a commis une erreur en exerçant son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL en l'absence d'un vote des créanciers, soit parce qu'il constituait un plan d'arrangement, soit parce qu'il aurait dû être accompagné d'un plan d'arrangement. Nous abordons maintenant cette question.

(3) Le juge surveillant n'a pas commis d'erreur en approuvant l'AFL

[105] À notre avis, il n'y a aucune raison d'intervenir dans l'exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d'approuver l'AFL à titre de

The supervising judge considered the LFA to be fair and reasonable, drawing guidance from the principles relevant to approving similar agreements in the class action context (para. 74, citing *Bayens*, at para. 41; *Hayes*, at para. 4). In particular, he canvassed the terms upon which Bentham and Bluberi's lawyers would be paid in the event the litigation was successful, the risks they were taking by investing in the litigation, and the extent of Bentham's control over the litigation going forward (paras. 79 and 81). The supervising judge also considered the unique objectives of CCAA proceedings in distinguishing the LFA from ostensibly similar agreements that had not received approval in the class action context (paras. 81-82, distinguishing *Houle*). His consideration of those objectives is also apparent from his reliance on *Crystallex*, which, as we have explained, involved the approval of interim financing in circumstances substantially similar to the case at bar (see paras. 67 and 71). We see no error in principle or unreasonableness to this approach.

[106] While the supervising judge did not canvass each of the factors set out in s. 11.2(4) of the CCAA individually before reaching his conclusion, this was not itself an error. A review of the supervising judge's reasons as a whole, combined with a recognition of his manifest experience with Bluberi's CCAA proceedings, leads us to conclude that the factors listed in s. 11.2(4) concern matters that could not have escaped his attention and due consideration. It bears repeating that, at the time of his decision, the supervising judge had been seized of these proceedings for well over two years and had the benefit of the Monitor's assistance. With respect to each of the s. 11.2(4) factors, we note that:

- the judge's supervisory role would have made him aware of the potential length of Bluberi's CCAA proceedings and the extent of creditor support for Bluberi's management (s. 11.2(4)(a) and (c)), though we observe that these factors

financement temporaire. Se fondant sur les principes applicables à l'approbation d'accords semblables dans le contexte des recours collectifs (par. 74, citant *Bayens*, par. 41; *Hayes*, par. 4), le juge surveillant a estimé que l'AFL était juste et raisonnable. Plus particulièrement, il a examiné soigneusement les conditions selon lesquelles les avocats de Bentham et de Bluberi seraient payés si le litige était couronné de succès, les risques qu'ils prenaient en investissant dans le litige et l'étendue du contrôle qu'exercerait désormais Bentham sur le litige (par. 79 et 81). Le juge surveillant a également pris en compte les objectifs uniques des procédures fondées sur la LACC en établissant une distinction entre l'AFL et des accords apparemment semblables qui n'avaient pas été approuvés dans le contexte des recours collectifs (par. 81-82, établissant une distinction avec l'affaire *Houle*). Sa prise en compte de ces objectifs ressort également du fait qu'il s'est fondé sur *Crystallex*, qui, comme nous l'avons expliqué, portait sur l'approbation d'un financement temporaire dans des circonstances très semblables à celles en l'espèce (voir par. 67 et 71). Nous ne voyons aucune erreur de principe ni rien de déraisonnable dans cette approche.

[106] Certes, le juge surveillant n'a pas examiné à fond chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4) de la LACC de façon individuelle avant de tirer sa conclusion, mais cela ne constituait pas une erreur en soi. L'examen des motifs du juge surveillant dans leur ensemble, conjugué à la reconnaissance de son expérience évidente des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC, nous mène à conclure que les facteurs énumérés au par. 11.2(4) concernent des questions qui n'auraient pu échapper à son attention et à son examen adéquat. Il convient de rappeler qu'au moment où il a rendu sa décision, le juge surveillant était saisi des procédures en question depuis plus de deux ans et avait pu bénéficier de l'aide du contrôleur. En ce qui a trait à chacun des facteurs énoncés au par. 11.2(4), nous soulignons ce qui suit :

- le rôle de surveillance du juge lui aurait permis de connaître la durée prévue des procédures intentées par Bluberi sous le régime de la LACC ainsi que la mesure dans laquelle les dirigeants de Bluberi bénéficiaient du soutien des créanciers

appear to be less significant than the others in the context of this particular case (see para. 96);

- the LFA itself explains “how the company’s business and financial affairs are to be managed during the proceedings” (s. 11.2(4)(b));
- the supervising judge was of the view that the LFA would enhance the prospect of a viable plan, as he accepted (1) that Bluberi intended to submit a plan and (2) Bluberi’s submission that approval of the LFA would assist it in finalizing a plan “with a view towards achieving maximum realization” of its assets (para. 68, citing 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.’s application, at para. 99; s. 11.2(4)(d));
- the supervising judge was apprised of the “nature and value” of Bluberi’s property, which was clearly limited to the Retained Claims (s. 11.2(4)(e));
- the supervising judge implicitly concluded that the creditors would not be materially prejudiced by the Litigation Financing Charge, as he stated that “[c]onsidering the results of the vote [on the First Plan], and given the particular circumstances of this matter, the only potential recovery lies with the lawsuit that the Debtors will launch” (para. 91 (emphasis added); s. 11.2(4)(f)); and
- the supervising judge was also well aware of the Monitor’s reports, and drew from the most recent report at various points in his reasons (see, e.g., paras. 64-65 and fn. 1; s. 11.2(4)(g)). It is worth noting that the Monitor supported approving the LFA as interim financing.

[107] In our view, it is apparent that the supervising judge was focussed on the fairness at stake to all parties, the specific objectives of the CCAA, and the particular circumstances of this case when he approved the LFA as interim financing. We cannot say that he erred in the exercise of his discretion.

(al. 11.2(4)a) et c)), mais nous constatons que ces facteurs semblent revêtir beaucoup moins d’importance que les autres dans le contexte de la présente affaire (voir par. 96);

- l’AFL lui-même indique « la façon dont les affaires financières et autres de la compagnie seront gérées au cours de ces procédures » (al. 11.2(4)b));
- le juge surveillant était d’avis que l’AFL favoriserait la conclusion d’un plan viable, car il a accepté (1) le fait que Bluberi avait l’intention de présenter un plan et (2) l’argument de Bluberi selon lequel l’approbation de l’AFL l’aiderait à conclure un plan [TRADUCTION] « visant à atteindre une réalisation maximale » de ses éléments d’actif (par. 68, citant la demande de 9354-9186 Québec inc. et de 9354-9178 Québec inc., par. 99; al. 11.2(4)d));
- le juge surveillant était au courant de la « nature et [de] la valeur » des biens de Bluberi, qui se limitaient clairement aux réclamations retenues (al. 11.2(4)e));
- le juge surveillant a conclu implicitement que la charge relative au financement de litige ne causerait pas un préjudice sérieux aux créanciers, car il a affirmé que [TRADUCTION] « [c]ompte tenu du résultat du vote [sur le premier plan] et des circonstances particulières de la présente affaire, la seule possibilité de recouvrement réside dans l’action que vont tenter les débiteurs » (par. 91 (nous soulignons); al. 11.2(4)f));
- le juge surveillant était aussi bien au fait des rapports du contrôleur, et s’est appuyé sur le plus récent d’entre eux à divers endroits dans ses motifs (voir, p. ex., par. 64-65 et note 1; al. 11.2(4)g)). Il convient de souligner que le contrôleur appuyait l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire.

[107] À notre avis, il est manifeste que le juge surveillant a mis l’accent sur l’équité envers toutes les parties, les objectifs précis de la LACC et les circonstances particulières de la présente affaire lorsqu’il a approuvé l’AFL à titre de financement temporaire. Nous ne pouvons affirmer qu’il a commis une erreur

Although we are unsure whether the LFA was as favourable to Bluberi’s creditors as it might have been — to some extent, it does prioritize Bentham’s recovery over theirs — we nonetheless defer to the supervising judge’s exercise of discretion.

[108] To the extent the Court of Appeal held otherwise, we respectfully do not agree. Generally speaking, our view is that the Court of Appeal again failed to afford the supervising judge the necessary deference. More specifically, we wish to comment on three of the purported errors in the supervising judge’s decision that the Court of Appeal identified.

[109] First, it follows from our conclusion that LFAs can constitute interim financing that the Court of Appeal was incorrect to hold that approving the LFA as interim financing “transcended the nature of such financing” (para. 78).

[110] Second, in our view, the Court of Appeal was wrong to conclude that the LFA was a plan of arrangement, and that *Crystallex* was distinguishable on its facts. The Court of Appeal held that the LFA and associated super-priority Litigation Financing Charge formed a plan because they subordinated the rights of Bluberi’s creditors to those of Bentham.

[111] We agree with the supervising judge that the LFA is not a plan of arrangement because it does not propose any compromise of the creditors’ rights. To borrow from the Court of Appeal in *Crystallex*, Bluberi’s litigation claim is akin to a “pot of gold” (para. 4). Plans of arrangement determine how to distribute that pot. They do not generally determine what a debtor company should do to fill it. The fact that the creditors may walk away with more or less money at the end of the day does not change the nature or existence of their rights to access the pot once it is filled, nor can it be said to “compromise” those rights. When the “pot of gold” is secure — that

dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Nous ne savons pas avec certitude si l’AFL était aussi favorable aux créanciers de Bluberi qu’il aurait pu l’être — dans une certaine mesure, il donne priorité au recouvrement de Bentham sur le leur — mais nous nous en remettons néanmoins à l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire.

[108] Dans la mesure où la Cour d’appel a conclu le contraire, en toute déférence, nous ne sommes pas d’accord. De façon générale, nous estimons que la Cour d’appel a encore une fois omis de faire preuve de la déférence nécessaire à l’égard du juge surveillant. Plus particulièrement, nous souhaitons faire des observations sur trois des erreurs qu’aurait décelées la Cour d’appel dans la décision du juge surveillant.

[109] Premièrement, il découle de notre conclusion selon laquelle les AFL peuvent constituer un financement temporaire que la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’approbation de l’AFL à titre de financement temporaire [TRADUCTION] « transcendait la nature de ce type de financement » (par. 78).

[110] Deuxièmement, à notre avis, la Cour d’appel a eu tort de conclure que l’AFL était un plan d’arrangement, et qu’il était possible d’établir une distinction entre l’espèce et les faits de l’affaire *Crystallex*. La Cour d’appel a conclu que l’AFL et la charge relative au financement de litige super prioritaire s’y rattachant constituaient un plan parce qu’ils subordonnaient les droits des créanciers de Bluberi à ceux de Bentham.

[111] Nous souscrivons à l’opinion du juge surveillant selon laquelle l’AFL ne constitue pas un plan d’arrangement parce qu’il ne propose aucune transaction visant les droits des créanciers. Pour reprendre la formule qu’a employée la Cour d’appel dans *Crystallex*, la réclamation de Bluberi s’apparente à une [TRADUCTION] « marmite d’or » (par. 4). Les plans d’arrangement établissent la façon dont le contenu de cette marmite sera distribué. Ils n’indiquent généralement pas ce que la compagnie débitrice devra faire pour la remplir. Le fait que les créanciers puissent en fin de compte remporter plus ou moins d’argent ne modifie en rien la nature ou

is, in the event of any litigation or settlement — the net funds will be distributed to the creditors. Here, if the Retained Claims generate funds in excess of Bluberi’s total liabilities, the creditors will be paid in full; if there is a shortfall, a plan of arrangement or compromise will determine how the funds are distributed. Bluberi has committed to proposing such a plan (see supervising judge’s reasons, at para. 68, distinguishing *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. v. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] This is the very same conclusion that was reached in *Crystallex* in similar circumstances:

The facts of this case are unusual: there is a single “pot of gold” asset which, if realized, will provide significantly more than required to repay the creditors. The supervising judge was in the best position to balance the interests of all stakeholders. I am of the view that the supervising judge’s exercise of discretion in approving the Tenor DIP Loan was reasonable and appropriate, despite having the effect of constraining the negotiating position of the creditors.

...

... While the approval of the Tenor DIP Loan affected the Noteholders’ leverage in negotiating a plan, and has made the negotiation of a plan more complex, it did not compromise the terms of their indebtedness or take away any of their legal rights. It is accordingly not an arrangement, and a creditor vote was not required. [paras. 82 and 93]

[113] We disagree with the Court of Appeal that *Crystallex* should be distinguished on the basis that it involved a single option for creditor recovery (i.e., the arbitration) while this case involves two (i.e., litigation of the Retained Claims and Callidus’s New

l’existence de leurs droits d’avoir accès à la marmite une fois qu’elle est remplie, pas plus qu’on ne saurait dire qu’il s’agit d’une « transaction » à l’égard de leurs droits. Lorsque la « marmite d’or » aura été obtenue — c’est-à-dire dans l’éventualité d’une action ou d’un règlement — les sommes nettes seront distribuées aux créanciers. En l’espèce, si les réclamations retenues permettent de recouvrer des sommes qui dépassent le total des dettes de Bluberi, les créanciers seront payés en entier; si les sommes sont insuffisantes, un plan d’arrangement ou une transaction établira la façon dont les sommes seront distribuées. Bluberi s’est engagée à proposer un tel plan (voir les motifs du juge surveillant, par. 68, établissant une distinction avec *Cliffs Over Maple Bay Investments Ltd. c. Fisgard Capital Corp.*, 2008 BCCA 327, 296 D.L.R. (4th) 577).

[112] C’est exactement la même conclusion qui a été tirée dans *Crystallex* dans des circonstances semblables :

[TRADUCTION] Les faits de l’espèce sont inhabituels : la « marmite d’or » ne contient qu’un seul élément d’actif qui, s’il est réalisé, rapportera beaucoup plus que ce qui est nécessaire pour rembourser les créanciers. Le juge surveillant était le mieux placé pour établir un équilibre entre les intérêts de toutes les parties intéressées. J’estime que l’exercice par le juge surveillant de son pouvoir discrétionnaire d’approuver le prêt de DE Tenor était raisonnable et approprié, bien qu’il ait eu pour effet de limiter la position de négociation des créanciers.

...

... L’approbation du prêt de DE Tenor a certes amoindri l’influence que pouvaient exercer les détenteurs de billets lors de la négociation d’un plan, et rendu plus complexe la négociation d’un plan, mais ce prêt ne constituait pas une transaction visant les conditions de leurs dettes ni ne les privait de l’un de leurs droits reconnus par la loi. Il ne s’agit donc pas d’un arrangement, et un vote des créanciers n’était pas nécessaire. [par. 82 et 93]

[113] Nous ne souscrivons pas à l’opinion de la Cour d’appel selon laquelle il y a lieu d’établir une distinction avec *Crystallex* parce que, dans cette affaire, les créanciers disposaient d’un seul moyen de recouvrement (c.-à-d. l’arbitrage) tandis que, dans la

Plan). Given the supervising judge's conclusion that Callidus could not vote on the New Plan, that plan was not a viable alternative to the LFA. This left the LFA and litigation of the Retained Claims as the "only potential recovery" for Bluberi's creditors (supervising judge's reasons, at para. 91). Perhaps more significantly, even if there were multiple options for creditor recovery in either *Crystallex* or this case, the mere presence of those options would not necessarily have changed the character of the third party litigation funding agreements at issue or converted them into plans of arrangement. The question for the supervising judge in each case is whether the agreement before them ought to be approved as interim financing. While other options for creditor recovery may be relevant to that discretionary decision, they are not determinative.

[114] We add that the Litigation Financing Charge does not convert the LFA into a plan of arrangement by "subordinat[ing]" creditors' rights (C.A. reasons, at para. 90). We accept that this charge would have the effect of placing secured creditors like Callidus behind in priority to Bentham. However, this result is expressly provided for in s. 11.2 of the *CCAA*. This "subordination" does not convert statutorily authorized interim financing into a plan of arrangement. Accepting this interpretation would effectively extinguish the supervising judge's authority to approve these charges without a creditors' vote pursuant to s. 11.2(2).

[115] Third, we are of the view that the Court of Appeal was wrong to decide that the supervising judge should have submitted the LFA together with a plan to the creditors for their approval (para. 89). As we have indicated, whether to insist that a debtor package their third party litigation funding agreement

présente affaire, il y en a deux (c.-à-d. l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues et le nouveau plan de Callidus). Étant donné que le juge surveillant avait conclu que Callidus ne pouvait pas voter sur le nouveau plan, ce plan ne constituait pas une solution de rechange viable à l'AFL. La [TRADUCTION] « seule possibilité de recouvrement » qui s'offrait aux créanciers de Bluberi résidait donc dans l'AFL et l'introduction d'une action à l'égard des réclamations retenues (motifs du juge surveillant, par. 91). Fait peut-être plus important, même si les créanciers avaient disposé de plusieurs moyens de recouvrement, tant dans l'affaire *Crystallex* que dans la présente affaire, la simple existence de ces moyens n'aurait pas nécessairement modifié la nature des accords de financement de litige par un tiers en cause ni n'aurait eu pour effet de les convertir en plans d'arrangement. La question que doit se poser le juge surveillant dans chaque affaire est de savoir si l'accord qui lui est soumis doit être approuvé à titre de financement temporaire. Certes, les autres moyens de recouvrement dont disposent les créanciers peuvent entrer en ligne de compte dans la prise de cette décision discrétionnaire, mais ils ne sont pas déterminants.

[114] Ajoutons que la charge relative au financement de litige ne convertit pas l'AFL en plan d'arrangement en [TRADUCTION] « subordonn[ant] » les droits des créanciers (motifs de la Cour d'appel, par. 90). Nous reconnaissons que cette charge aurait pour effet de placer les créanciers garantis comme Callidus derrière Bentham dans l'ordre de priorité, mais ce résultat est expressément prévu par l'art. 11.2 de la *LACC*. Cette « subordination » ne convertit pas le financement temporaire autorisé par la loi en plan d'arrangement. Retenir cette interprétation aurait pour effet d'annihiler le pouvoir du juge surveillant d'approuver ces charges sans un vote des créanciers en vertu du par. 11.2(2).

[115] Troisièmement, nous estimons que la Cour d'appel a eu tort de conclure que le juge surveillant aurait dû soumettre l'AFL accompagné d'un plan à l'approbation des créanciers (par. 89). Comme nous l'avons indiqué, la décision d'exiger que le débiteur accompagne d'un plan son accord de financement

with a plan is a discretionary decision for the supervising judge to make.

[116] Finally, at the appellants' insistence, we point out that the Court of Appeal's suggestion that the LFA is somehow "akin to an equity investment" was unhelpful and potentially confusing (para. 90). That said, this characterization was clearly *obiter dictum*. To the extent that the Court of Appeal relied on it as support for the conclusion that the LFA was a plan of arrangement, we have already explained why we believe the Court of Appeal was mistaken on this point.

VI. Conclusion

[117] For these reasons, at the conclusion of the hearing we allowed these appeals and reinstated the supervising judge's order. Costs were awarded to the appellants in this Court and the Court of Appeal.

Appeals allowed with costs in the Court and in the Court of Appeal.

Solicitors for the appellants/intervenors 9354-9186 Québec inc. and 9354-9178 Québec inc.: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the appellants/intervenors IMF Bentham Limited (now known as Omni Bridgeway Limited) and Bentham IMF Capital Limited (now known as Omni Bridgeway Capital (Canada) Limited): Woods, Montréal.

Solicitors for the respondent Callidus Capital Corporation: Gowling WLG (Canada), Montréal.

Solicitors for the respondents International Game Technology, Deloitte LLP, Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx and François Pelletier: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitors for the intervenor Ernst & Young Inc.: Stikeman Elliott, Montréal.

de litige par un tiers est une décision discrétionnaire qui appartient au juge surveillant.

[116] Enfin, sur les instances des appelantes, nous soulignons que l'affirmation de la Cour d'appel selon laquelle l'AFL [TRADUCTION] « s'apparente [en quelque sorte] à un placement à échéance non déterminée » était inutile et pouvait prêter à confusion (par. 90). Cela dit, il s'agissait manifestement d'une remarque incidente. Dans la mesure où la Cour d'appel s'est fondée sur cette qualification pour conclure que l'AFL constituait un plan d'arrangement, nous avons déjà expliqué pourquoi nous croyons que la Cour d'appel a fait erreur sur ce point.

VI. Conclusion

[117] Pour ces motifs, à l'issue de l'audience, nous avons accueilli les pourvois et rétabli l'ordonnance du juge surveillant. Les dépens devant notre Cour et la Cour d'appel ont été adjugés aux appelantes.

Pourvois accueillis avec dépens devant la Cour et la Cour d'appel.

Procureurs des appelantes/intervenantes 9354-9186 Québec inc. et 9354-9178 Québec inc. : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des appelantes/intervenantes IMF Bentham Limited (maintenant connue sous le nom d'Omni Bridgeway Limited) et Corporation Bentham IMF Capital (maintenant connue sous le nom de Corporation Omni Bridgeway Capital (Canada)) : Woods, Montréal.

Procureurs de l'intimée Callidus Capital Corporation : Gowling WLG (Canada), Montréal.

Procureurs des intimés International Game Technology, Deloitte S.E.N.C.R.L., Luc Carignan, François Vigneault, Philippe Millette, Francis Proulx et François Pelletier : McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs de l'intervenante Ernst & Young Inc. : Stikeman Elliott, Montréal.

Solicitors for the interveners the Insolvency Institute of Canada and the Canadian Association of Insolvency and Restructuring Professionals: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs des intervenants l'Institut d'insolvabilité du Canada et l'Association canadienne des professionnels de l'insolvabilité et de la réorganisation : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

TAB 2



SUPREME COURT OF CANADA

CITATION: Bhasin v. Hrynew, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494 **DATE:** 20141113
DOCKET: 35380

BETWEEN:

Harish Bhasin, carrying on business as Bhasin & Associates
Appellant
and

**Larry Hrynew and Heritage Education Funds Inc. (formerly known as Allianz
Education Funds Inc., formerly known as Canadian American Financial Corp.
(Canada) Limited)**
Respondents

CORAM: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and
Wagner JJ.

REASONS FOR JUDGMENT: Cromwell J. (McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein,
(paras. 1 to 112) Karakatsanis and Wagner JJ. concurring)

BHASIN v. HRYNEW, 2014 SCC 71, [2014] 3 S.C.R. 494

Harish Bhasin, carrying on business as Bhasin & Associates

Appellant

v.

**Larry Hrynew and
Heritage Education Funds Inc.**

**(formerly known as Allianz Education Funds Inc.,
formerly known as Canadian American Financial Corp.
(Canada) Limited)**

Respondents

Indexed as: Bhasin v. Hrynew

2014 SCC 71

File No.: 35380.

2014: February 12; 2014: November 13.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Contracts — Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months' written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and majority of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — Whether common law requiring new general duty of honesty in contractual performance — Whether company breaching that duty.

Damages — Quantum — Contracts — Breach — Performance — Non-renewal provision — Duty of good faith — Duty of honest performance — Agreement governing relationship between company and retail dealer providing for automatic contract renewal at end of three-year term unless parties giving six months’ written notice to contrary — Company deciding not to renew dealership agreement — Retail dealer lost value of business and majority of sales agents solicited by competitor agency — Retail dealer suing company and competitor agency — What is appropriate measure of damages.

C markets education savings plans to investors through retail dealers, known as enrollment directors, such as B. An enrollment director’s agreement that took effect in 1998 governed the relationship between C and B. The term of the contract was three years. The applicable provision provided that the contract would automatically renew at the end of the three-year term unless one of the parties gave six months’ written notice to the contrary.

H was another enrollment director and was a competitor of B. H wanted to capture B’s lucrative niche market and previously approached B to propose a merger of their agencies on numerous occasions. He also actively encouraged C to force the merger. B had refused to participate in such a merger. C appointed H as the provincial trading officer (“PTO”) to review its enrollment directors for compliance with securities laws after the Alberta Securities Commission raised concerns about compliance issues among C’s enrollment directors. The role required H to conduct

audits of C's enrollment directors. B objected to having H, a competitor, review his confidential business records.

During C's discussions with the Commission about compliance, it was clear that C was considering a restructuring of its agencies in Alberta that involved B. In June 2000, C outlined its plans to the Commission and they included B working for H's agency. None of this was known by B. C repeatedly misled B by telling him that H, as PTO, was under an obligation to treat the information confidentially. It also responded equivocally when B asked in August 2000 whether the merger was a "done deal". When B continued to refuse to allow H to audit his records, C threatened to terminate the 1998 Agreement and in May 2001 gave notice of non-renewal under the Agreement. At the expiry of the contract term, B lost the value in his business in his assembled workforce. The majority of his sales agents were successfully solicited by H's agency.

B sued C and H. The trial judge found C was in breach of the implied term of good faith, H had intentionally induced breach of contract, and both C and H were liable for civil conspiracy. The Court of Appeal allowed the appeal and dismissed B's lawsuit.

Held: The appeal with respect to C should be allowed and the appeal with respect to H dismissed. The trial judge's assessment of damages should be varied to \$87,000 plus interest.

Canadian common law in relation to good faith performance of contracts is piecemeal, unsettled and unclear. Two incremental steps are in order to make the common law more coherent and more just. The first step is to acknowledge that good faith contractual performance is a general organizing principle of the common law of contract which underpins and informs the various rules in which the common law, in various situations and types of relationships, recognizes obligations of good faith contractual performance. The second step is to recognize, as a further manifestation of this organizing principle of good faith, that there is a common law duty which applies to all contracts to act honestly in the performance of contractual obligations. Taking these two steps will put in place a duty that is just, that accords with the reasonable expectations of commercial parties and that is sufficiently precise that it will enhance rather than detract from commercial certainty.

There is an organizing principle of good faith that parties generally must perform their contractual duties honestly and reasonably and not capriciously or arbitrarily. An organizing principle states in general terms a requirement of justice from which more specific legal doctrines may be derived. An organizing principle therefore is not a free-standing rule, but rather a standard that underpins and is manifested in more specific legal doctrines and may be given different weight in different situations. It is a standard that helps to understand and develop the law in a coherent and principled way.

The organizing principle of good faith exemplifies the notion that, in carrying out his or her own performance of the contract, a contracting party should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of the contracting partner. While “appropriate regard” for the other party’s interests will vary depending on the context of the contractual relationship, it does not require acting to serve those interests in all cases. It merely requires that a party not seek to undermine those interests in bad faith. This general principle has strong conceptual differences from the much higher obligations of a fiduciary. Unlike fiduciary duties, good faith performance does not engage duties of loyalty to the other contracting party or a duty to put the interests of the other contracting party first.

This organizing principle of good faith manifests itself through the existing doctrines about the types of situations and relationships in which the law requires, in certain respects, honest, candid, forthright or reasonable contractual performance. Generally, claims of good faith will not succeed if they do not fall within these existing doctrines. However, this list is not closed. The application of the organizing principle of good faith to particular situations should be developed where the existing law is found to be wanting and where the development may occur incrementally in a way that is consistent with the structure of the common law of contract and gives due weight to the importance of private ordering and certainty in commercial affairs.

The approach of recognizing an overarching organizing principle but accepting the existing law as the primary guide to future development is appropriate in the development of the doctrine of good faith. Good faith may be invoked in widely varying contexts and this calls for a highly context-specific understanding of what honesty and reasonableness in performance require so as to give appropriate consideration to the legitimate interests of both contracting parties.

The principle of good faith must be applied in a manner that is consistent with the fundamental commitments of the common law of contract which generally places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest. In commerce, a party may sometimes cause loss to another — even intentionally — in the legitimate pursuit of economic self-interest. Doing so is not necessarily contrary to good faith and in some cases has actually been encouraged by the courts on the basis of economic efficiency. The development of the principle of good faith must be clear not to veer into a form of *ad hoc* judicial moralism or “palm tree” justice. In particular, the organizing principle of good faith should not be used as a pretext for scrutinizing the motives of contracting parties.

The objection to C’s conduct in this case does not fit within any of the existing situations or relationships in which duties of good faith have been found to exist. It is appropriate to recognize a new common law duty that applies to all contracts as a manifestation of the general organizing principle of good faith: a duty

of honest performance, which requires the parties to be honest with each other in relation to the performance of their contractual obligations.

Under this new general duty of honesty in contractual performance, parties must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract. This does not impose a duty of loyalty or of disclosure or require a party to forego advantages flowing from the contract; it is a simple requirement not to lie or mislead the other party about one's contractual performance. Recognizing a duty of honest performance flowing directly from the common law organizing principle of good faith is a modest, incremental step.

This new duty of honest performance is a general doctrine of contract law that imposes as a contractual duty a minimum standard of honesty in contractual performance. It operates irrespective of the intentions of the parties, and is to this extent analogous to equitable doctrines which impose limits on the freedom of contract, such as the doctrine of unconscionability. However, the precise content of honest performance will vary with context and the parties should be free in some contexts to relax the requirements of the doctrine so long as they respect its minimum core requirements.

The duty of honest performance should not be confused with a duty of disclosure or of fiduciary loyalty. A party to a contract has no general duty to subordinate his or her interest to that of the other party. However, contracting parties must be able to rely on a minimum standard of honesty from their contracting partner

in relation to performing the contract as a reassurance that if the contract does not work out, they will have a fair opportunity to protect their interests.

In this case, the trial judge did not make a reversible error by adjudicating the issue of good faith. C breached the 1998 Agreement when it failed to act honestly with B in exercising the non-renewal clause. The trial judge concluded that C acted dishonestly with B throughout the period leading up to its exercise of the non-renewal clause, both with respect to its own intentions and with respect to H's role as PTO. The trial judge's detailed findings amply support this overall conclusion.

C is liable for damages calculated on the basis of what B's economic position would have been had C fulfilled its duty. While the trial judge did not assess damages on that basis given the different findings in relation to liability, the trial judge made findings that permit this Court to do so. These findings permit damages to be assessed on the basis that if C had performed the contract honestly, B would have been able to retain the value of his business rather than see it, in effect, expropriated and turned over to H. It is clear from the findings of the trial judge and from the record that the value of the business around the time of non-renewal was \$87,000. B is entitled to damages in the amount of \$87,000. The Court of Appeal was correct in finding that there could be no liability for inducing breach of contract or unlawful means conspiracy. As such, it follows that the claims against H were rightly dismissed.

Cases Cited

Referred to: *Aleyn v. Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634; *Mills v. Mills* (1938), 60 C.L.R. 150; *Mellish v. Motteux* (1792), Peake 156, 170 E.R. 113; *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162; *Herbert v. Mercantile Fire Ins. Co.* (1878), 43 U.C.Q.B. 384; *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180, aff'd (1992), 112 N.S.R. (2d) 180; *McDonald's Restaurant of Canada Ltd. v. British Columbia* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303; *Crawford v. Agricultural Development Board (N.B.)* (1997), 192 N.B.R. (2d) 68; *Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457; *Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco Canada Resources Ltd.* (1994), 149 A.R. 187; *Barclays Bank PLC v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.*, 2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] 1 Q.B. 433; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*, [1974] A.C. 235; *CivicLife.com Inc. v. Canada (Attorney General)* (2006), 215 O.A.C. 43; *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1072; *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187; *Mason v. Freedman*, [1958] S.C.R. 483; *Honda*

Canada Inc. v. Keays, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3; 702535 *Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687; *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595; *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1; *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R. 860; *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69; *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321; *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK and Ireland Ltd.*, [2013] EWCA Civ 200 (BAILII); *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. v. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234; *Burger King Corporation v. Hungry Jack's Pty Ltd.*, [2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762; *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177; *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533; *GEC Marconi Systems Pty Ltd. v. BHP Information Technology Pty Ltd.*, [2003] FCA 50 (AustLII); *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429; *Kirke La Shelle Co. v. Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79 (1933); *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992]

2 S.C.R. 554; *United Roasters, Inc. v. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (1981); *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53; *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; *Parna v. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] S.C.R. 306; *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1; *Shell Oil Co. v. Marinello*, 294 A.2d 253 (1972), aff'd 307 A.2d 598 (1973); *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*, 390 A.2d 736 (1978); *J.H. Westerbeke Corp. v. Onan Corp.*, 580 F.Supp. 1173 (1984); *Pitney-Bowes, Inc. v. Mestre*, 517 F.Supp. 52 (1981), cert. denied, 464 U.S. 893 (1983); *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427.

Statutes and Regulations Cited

Civil Code of Lower Canada.

Civil Code of Québec, arts. 6, 7, 1375.

Franchises Act, R.S.A. 2000, c. F-23, s. 7.

Restatement (Second) of Contracts, § 205 (1981).

Uniform Commercial Code, §§ 1-201(b)(20) “good faith”, 1-302, 1-304 (2012).

Authors Cited

Baudouin, Jean-Louis, et Pierre-Gabriel Jobin. *Les obligations*, 7^e éd. par Pierre-Gabriel Jobin et Nathalie Vézina. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.

Beale, Hugh, and Tony Dugdale. “Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies” (1975), 2 *Brit. J. Law & Soc.* 45.

- Belobaba, Edward P. “Good Faith in Canadian Contract Law”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 73.
- Bridge, Michael G. “Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?” (1984), 9 *Can. Bus. L.J.* 385.
- Burton, Steven J. “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith” (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 369.
- Campbell, David. “Good Faith and the Ubiquity of the ‘Relational’ Contract” (2014), 77 *Mod. L. Rev.* 475.
- Cheshire and Fifoot’s Law of Contract*, 9th Australian ed., by N. C. Seddon and M. P. Ellinghaus. Chatswood, N.S.W.: LexisNexis Butterworths, 2008.
- Chitty on Contracts*, 31st ed., vol. I, *General Principles*, by H. G. Beale et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2012.
- Clark, Don. “Some Recent Developments in the Canadian Law of Contracts” (1993), 14 *Advocates’ Q.* 435.
- Dixon, Bill. “Common law obligations of good faith in Australian commercial contracts — a relational recipe” (2005), 33 *A.B.L.R.* 87.
- Dworkin, R. M. “Is Law a System of Rules?”, in R. M. Dworkin, ed., *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977, 38.
- Farnsworth, E. Allan. “Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code” (1963), 30 *U. Chicago L. Rev.* 666.
- Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2011.
- Goldwasser, Vivien, and Tony Ciro. “Standards of Behaviour in Commercial Contracting” (2002), 30 *A.B.L.R.* 369.
- Grover, Warren. “A Solicitor Looks at Good Faith in Commercial Transactions”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1985, 93.
- Hall, Geoff R. *Canadian Contractual Interpretation Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Macaulay, Stewart. “An Empirical View of Contract”, [1985] *Wis. L. Rev.* 465.
- Macaulay, Stewart. “Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study” (1963), 28 *Am. Soc. Rev.* 55.

- MacDougall, Bruce. *Estoppel*. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.
- Mason, Anthony. "Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing" (2000), 116 *Law Q. Rev.* 66.
- McCamus, John D. *The Law of Contracts*, 2nd ed. Toronto: Irwin Law, 2012.
- McKendrick, Ewan. *Contract Law*, 9th ed. Basingstoke, England: Palgrave Macmillan, 2011.
- McNeely, Anne C. *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.
- Miller, Alan D., and Ronen Perry. "Good Faith Performance" (2013), 98 *Iowa L. Rev.* 689.
- O'Byrne, Shannon Kathleen. "Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70.
- O'Byrne, Shannon Kathleen. "The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments" (2007), 86 *Can. Bar Rev.* 193.
- O'Connor, J. F. *Good Faith in English Law*. Aldershot, England: Dartmouth, 1990.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Amendment of the Law of Contract*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1987.
- Peden, Elisabeth. "Good faith in the performance of contract law" (2004), 42 *L.S.J.* 64.
- Peden, Elisabeth. "When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability" (2005), 21 *J.C.L.* 226.
- Pineau, Jean. "La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle?", dans Service de la formation permanente du Barreau du Québec, vol. 113, *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1998, 141.
- Powell, Raphael. "Good Faith in Contracts" (1956), 9 *Curr. Legal Probs.* 16.
- Reiter, B. J. "Good Faith in Contracts" (1983), 17 *Val. U.L. Rev.* 705.
- Steyn, Johan. "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men" (1997), 113 *Law Q. Rev.* 433.
- Summers, Robert S. "'Good Faith' in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code" (1968), 54 *Va. L. Rev.* 195.

Swan, Angela, and Jakub Adamski. *Canadian Contract Law*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2012.

Swan, John. “Whither Contracts: A Retrospective and Prospective Overview”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Contracts*. Don Mills, Ont.: De Boo, 1984, 125.

Waddams, S. M. “Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations” (1995), 9 *J.C.L.* 55.

Waddams, S. M. *The Law of Contracts*, 6th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2010.

Yee, Woo Pei. “Protecting Parties’ Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith” (2001), 1 *O.U.C.L.J.* 195.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (Côté and Paperny JJ.A. and Belzil J. (*ad hoc*)), 2013 ABCA 98, 84 Alta. L.R. (5th) 68, 544 A.R. 28, 567 W.A.C. 28, 362 D.L.R. (4th) 18, 12 B.L.R. (5th) 175, [2013] 11 W.W.R. 459, [2013] A.J. No. 395 (QL), 2013 CarswellAlta 822, setting aside a decision of Moen J., 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, 96 B.L.R. (4th) 73, [2012] 9 W.W.R. 728, [2011] A.J. No. 1223 (QL), 2011 CarswellAlta 1905. Appeal allowed in part.

Neil Finkelstein, Brandon Kain, John McCamus and Stephen Moreau, for the appellant.

Eli S. Lederman, Jon Laxer and Constanza Pauchulo, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

I. Introduction

[1] The key issues on this appeal come down to two straightforward questions: Does Canadian common law impose a duty on parties to perform their contractual obligations honestly? And, if so, did either of the respondents breach that duty? I would answer both questions in the affirmative. Finding that there is a duty to perform contracts honestly will make the law more certain, more just and more in tune with reasonable commercial expectations. It will also bring a measure of justice to the appellant, Mr. Bhasin, who was misled and lost the value of his business as a result.

II. Facts and Judicial History

Overview and Issues

[2] The appellant, Mr. Bhasin, through his business Bhasin & Associates, was an enrollment director for Canadian American Financial Corp. (“Can-Am”) beginning in 1989. The relationship between Mr. Bhasin and Can-Am soured in 1999 and ultimately Can-Am decided not to renew the dealership agreement with him. The litigation leading to this appeal ensued.

[3] Can-Am markets education savings plans (“ESPs”) to investors through retail dealers, known as enrollment directors, such as Mr. Bhasin. It pays the enrollment directors compensation and bonuses for selling ESFs. The enrollment directors are in effect small business owners and the success of their businesses depends on them building a sales force. It took Mr. Bhasin approximately 10 years to build his sales force, but his business thrived and Can-Am gave him numerous awards and prizes recognizing him as one of their top enrollment directors in Canada: 2011 ABQB 637, 526 A.R. 1, at paras. 51, 238 and 474.

[4] An enrollment director’s agreement that took effect in 1998 governed the relationship between Can-Am and Mr. Bhasin. (That Agreement replaced a previous agreement of an indefinite term that had governed their relationship since the outset in 1989.) The Agreement was a commercial dealership agreement, not a franchise agreement. There was no franchise fee and it was not covered by the statutory duty of fair dealing such as that provided for in s. 7 of the *Franchises Act*, R.S.A. 2000, c. F-23.

[5] That said, there were some features of the 1998 Agreement that are similar to provisions typically found in franchise agreements. Mr. Bhasin was obliged to sell Can-Am investment products exclusively and owed it a fiduciary duty. Can-Am owned the client lists, was responsible for branding and implemented central policies that applied to all enrollment directors: see cls. 4.1, 5.2, 5.3 and 4.7. Mr.

Bhasin could not sell, transfer, or merge his operation without Can-Am's consent, which was not to be withheld unreasonably: see cls. 4.5 and 11.4.

[6] The term of the contract was three years. Clauses 8.3 and 8.4 allowed termination on short notice for misconduct or other cause. Clause 3.3 — the provision at the centre of this case — provided that the contract would automatically renew at the end of the three-year term unless one of the parties gave six months' written notice to the contrary.

[7] Mr. Hrynew, one of the respondents and another enrollment director, was a competitor of Mr. Bhasin and there was considerable animosity between them: trial reasons, at para. 461. The trial judge found, in effect, that Mr. Hrynew pressured Can-Am not to renew its Agreement with Mr. Bhasin and that Can-Am dealt dishonestly with Mr. Bhasin and ultimately gave in to that pressure.

[8] When Mr. Hrynew moved his agency to Can-Am from one of its competitors many years before the events in question, Can-Am promised him that he would be given consideration for mergers that would take place and he in fact merged with other agencies in Calgary after joining Can-Am: trial reasons, at para. 238. He was in a strong position with Can-Am because he had the largest agency in Alberta and a good working relationship with the Alberta Securities Commission, which regulated Can-Am's business: para. 284.

[9] Mr. Hrynew wanted to capture Mr. Bhasin's lucrative niche market around which he had built his business: trial reasons, at para. 303. Mr. Hrynew personally approached Mr. Bhasin to propose a merger of their agencies on numerous occasions: para. 238. He also actively encouraged Can-Am to force the merger and made "veiled threats" that he would leave if no merger took place: para. 282; see also paras. 251 and 287. The trial judge found that the proposed "merger" was in effect a hostile takeover of Mr. Bhasin's agency by Mr. Hrynew: para. 240. Mr. Bhasin steadfastly refused to participate in such a merger: para. 247.

[10] The Alberta Securities Commission raised concerns about compliance issues among Can-Am's enrollment directors. In late 1999, the Commission required Can-Am to appoint a single provincial trading officer ("PTO") to review its enrollment directors for compliance with securities laws: trial reasons, at paras. 149, 152 and 160. Can-Am appointed Mr. Hrynew to that position in September of that year. The role required him to conduct audits of Can-Am's enrollment directors. Mr. Bhasin and Mr. Hon, another enrollment director, objected to having Mr. Hrynew, a competitor, review their confidential business records: paras. 189-96.

[11] Can-Am became worried that the Commission might revoke its licence and, in 1999 and 2000, it had many discussions with the Commission about compliance. During those discussions, it was clear that Can-Am was considering a restructuring of its agencies in Alberta that involved Mr. Bhasin. In June 2000, Can-Am outlined its plans to the Commission and they included Mr. Bhasin working for

Mr. Hrynew's agency. The trial judge found that this plan had been formulated before June 2000: para. 256. None of this was known by Mr. Bhasin: paras. 243-46.

[12] In fact, Can-Am repeatedly misled Mr. Bhasin by telling him that Mr. Hrynew, as PTO, was under an obligation to treat the information confidentially and that the Commission had rejected a proposal to have an outside PTO, neither of which was true: trial reasons, at para. 195. It also responded equivocally when Mr. Bhasin asked in August 2000 whether the merger was a "done deal": para. 247. When Mr. Bhasin continued to refuse to allow Mr. Hrynew to audit his records, Can-Am threatened to terminate the 1998 Agreement and in May 2001 gave notice of non-renewal under the Agreement: paras. 207-11.

[13] At the expiry of the contract term, Mr. Bhasin lost the value in his business in his assembled workforce. The majority of his sales agents were successfully solicited by Mr. Hrynew's agency. Mr. Bhasin was obliged to take less remunerative work with one of Can-Am's competitors.

[14] Mr. Bhasin sued Can-Am and Mr. Hrynew. Moen J. in the Alberta Court of Queen's Bench found that it was an implied term of the contract that decisions about whether to renew the contract would be made in good faith. The court held that the corporate respondent was in breach of the implied term of good faith, that Mr. Hrynew had intentionally induced breach of contract, and that the respondents were liable for civil conspiracy.

[15] The trial judge found that Can-Am acted dishonestly with Mr. Bhasin throughout the events leading up to the non-renewal: it misled him about its intentions with respect to the merger and about the fact that it had already proposed the new structure to the Commission; it did not communicate to him that the decision was already made and final, even though he asked; and it did not communicate with him that it was working closely with Mr. Hrynew to bring about a new corporate structure with Hrynew's being the main agency in Alberta. The trial judge also found that, had Can-Am acted honestly, Mr. Bhasin could have "governed himself accordingly so as to retain the value in his agency": para. 258.

[16] The Alberta Court of Appeal allowed the respondents' appeal and dismissed Mr. Bhasin's lawsuit. The court found his pleadings to be insufficient and held that the lower court erred by implying a term of good faith in the context of an unambiguous contract containing an entire agreement clause: 2013 ABCA 98, 84 Alta. L.R. (5th) 68.

[17] The appeal raises four issues:

- (a) Did Mr. Bhasin properly plead breach of the duty of good faith?
- (b) Did Can-Am owe Mr. Bhasin a duty of good faith? If so, did it breach that duty?

- (c) Are the respondents liable for the torts of inducing breach of contract or civil conspiracy?
- (d) If there was a breach, what is the appropriate measure of damages?

III. Analysis

A. *Did Mr. Bhasin Properly Plead Breach of the Duty of Good Faith?*

[18] The Court of Appeal held that Mr. Bhasin had not properly pleaded the good faith issue and that the trial judge had therefore erred in considering it. Mr. Bhasin contests this conclusion, while the respondents support it. I agree with Mr. Bhasin.

[19] The allegations in the statement of claim clearly put the questions of improper purpose and dishonesty in issue. These facts are sufficient to put Can-Am's good faith in issue. The question of whether this conduct amounted to a breach of the duty of good faith is a legal conclusion that did not need to be pleaded separately. The defendants did not move to strike the pleadings or seek particulars of the allegation of wrongful termination in the statement of claim. Good faith was a live issue that was fully canvassed in a lengthy trial: A.F., at paras. 92-94. Written submissions by both parties at trial referred to the good faith issue and, even in his opening at trial, Mr. Bhasin's counsel raised the issue of good faith.

[20] The trial judge held that any deficiency in the pleadings did not cause prejudice to the respondents: paras. 23 and 48. This is an assessment she was uniquely positioned to make and her conclusion ought to be treated with deference on appeal. The good faith issue was fully argued in and addressed by the Court of Appeal and has been fully argued on the merits in this Court.

[21] In my view, the trial judge did not make a reversible error by adjudicating the issue of good faith and we should address the merits of that issue.

B. *Did Can-Am Owe Mr. Bhasin a Duty of Good Faith?*

(1) Decisions and Positions of the Parties

(a) *Decisions*

[22] The trial judge accepted Mr. Bhasin's position that there was a duty of good faith in this case and that it had been breached. In brief, her reasoning was as follows.

[23] First, the trial judge decided that the 1998 Agreement was a type of agreement which as a matter of law requires good faith performance. She recognized that the 1998 Agreement did not fall within any of the existing categories of contract, such as employment, insurance and franchise agreements, which have been held to require good faith performance. She concluded, however, that the Agreement was

analogous to a franchise or employment contract, and so by analogy to these cases, she implied a term of good faith performance as a matter of law. The contract was not balanced from its inception and the relationship placed the enrollment director in a position of inherent and predictable vulnerability: paras. 67-86.

[24] Second, and in the alternative, the trial judge held that a term of good faith performance should be implied based on the intentions of the parties in order to give business efficacy to the agreement. She concluded that “[w]hen one considers the whole of the relationship . . . it is clear that the parties had to operate in good faith and there was a requirement of fairness between them. In other words, good faith was necessary to give business efficacy to the whole 1998 Agreement”: para. 101.

[25] The 1998 Agreement contained an “entire agreement clause” stating that there were no “agreements, express, implied or statutory, other than expressly set out” in it: cl. 11.2. The trial judge held, however, that this clause did not preclude the implication of a duty of good faith. The parties, she reasoned, cannot rely on exclusion clauses to avoid contractual obligations where there is an imbalance of power, and courts refuse to let parties shelter under entire agreement clauses where it would be unjust or inequitable to do so: paras. 116-18.

[26] Turning to the issue of breach, the trial judge found that Can-Am had breached the agreement, first by requiring Mr. Bhasin to submit to an audit by Mr. Hrynew and to provide the latter with access to his business records, and second by exercising the non-renewal clause in a dishonest and misleading manner and for an

improper purpose. The non-renewal clause was not intended to permit Can-Am to force a merger of the Bhasin and Hrynew agencies, but that was the purpose for which Can-Am exercised this power: para. 261. The trial judge also found both respondents liable for unlawful means conspiracy and found Mr. Hrynew liable for inducing Can-Am's breach of its contract with Mr. Bhasin.

[27] The Court of Appeal reversed and held that there had been no breach of contract. The duty of good faith in employment contracts could not be extended by analogy to other types of contract. In any event, the duty of good faith in the employment context is limited to the manner of termination and does not include reasons for non-renewal: C.A. reasons, at paras. 27 and 31. Nor was this a circumstance in which a term could be implied because it was so obvious it was not thought necessary to mention or was necessary to make the contract work: para. 32. Even if there were an implied duty of good faith in this case, the impugned conduct concerned the non-renewal of a contract, which occurs on expiry, unlike a termination clause: para. 31.

[28] Moreover, the Court of Appeal held that a term cannot be implied where it goes against an express term of the contract. Here, the parties did not intend a perpetual contract, since they included a term allowing either party to unilaterally trigger its expiration prior to the end of each three-year term. The trial judge's approach was inconsistent with the non-renewal provision of the contract. The motive for triggering expiration was not restricted under the Agreement. The

implication of a term of good faith also violated the entire agreement clause. The court held that the evidence of assurances given by Can-Am as to how the non-renewal power would be exercised fell afoul of the parol evidence rule and should not have been considered. Since the Court of Appeal held there was no breach of contract, the basis for the claims in unlawful means conspiracy and inducing breach of contract also disappeared.

(b) *Positions of the Parties*

[29] Mr. Bhasin advances two related positions on appeal. His broad submission is that the Court should recognize a general duty of good faith in contract. The duty arises where the agreement gives the defendant the power to unilaterally defeat a legitimate contractual objective of the plaintiff and it does not clearly allow the defendant to exercise its power without regard for that objective: A.F., at para. 51. This duty of good faith prevents conduct which, while consonant with the letter of a contract, exhibits dishonesty, ill will, improper motive or similar departures from reasonable business expectations. Mr. Bhasin contends that common law in Canada is increasingly isolated as other jurisdictions embrace a greater role for good faith in contract law: A.F., at paras. 27-32. The recognition of a general duty of good faith would constitute an incremental advance in the law, given the numerous specific situations that already give rise to a duty of good faith. Mr. Bhasin relies on the findings of the trial judge that the respondents improperly and dishonestly used their non-renewal right to compel Mr. Bhasin to merge with his competitor. Mr. Bhasin

contends that the respondents had no legitimate business reason for not renewing the contract. He also says that the entire agreement clause should be construed narrowly, and that express language is needed for such a clause to derogate from a duty of good faith: A.F., at para. 83.

[30] Mr. Bhasin's second position, emphasized in oral argument, is that the Court should at least recognize a duty of honest performance of contractual obligations: transcript, at pp. 8, 10 and 24. Mr. Bhasin relies on the trial judge's findings that Can-Am acted dishonestly towards Mr. Bhasin throughout the period leading up to the non-renewal. It repeatedly lied to him about the nature of the organizational changes required by the Alberta Securities Commission, the nature of the audits that were to be carried out by Mr. Hrynew, and was dishonest about its intention to force him out: trial reasons, at paras. 195, 221, 246-47 and 267.

[31] Unsurprisingly, the respondents see things very differently. While they accept that good faith plays a role in Canadian contract law, they submit that this role is much more modest than Mr. Bhasin suggests. They say that such a duty arises only in certain classes of contract, such as employment contracts, and in contracts involving discretionary powers: R.F., at para. 52. In the employment context, the duty applies only to the manner in which a contract is terminated. The contract in this case was negotiated between commercial parties to whom the policy considerations underlying employment law doctrine do not apply. Mr. Bhasin is alleging a right to a perpetual, or at least indefinite, contract with the respondents. The contract in this

case could not be said to be discretionary, because it provided simply that on six months' notice, either party could terminate the Agreement. The respondents submit that there is no ambiguity in the wording of the non-renewal clause of the contract and so there is no basis for implying other terms or for relying on extrinsic evidence of the parties' intentions. The entire agreement clause specifically precluded the implication of any terms other than the express terms of the contract.

(2) Analysis

(a) *Overview*

[32] The notion of good faith has deep roots in contract law and permeates many of its rules. Nonetheless, Anglo-Canadian common law has resisted acknowledging any generalized and independent doctrine of good faith performance of contracts. The result is an “unsettled and incoherent body of law” that has developed “piecemeal” and which is “difficult to analyze”: Ontario Law Reform Commission (“OLRC”), *Report on Amendment of the Law of Contract* (1987), at p. 169. This approach is out of step with the civil law of Quebec and most jurisdictions in the United States and produces results that are not consistent with the reasonable expectations of commercial parties.

[33] In my view, it is time to take two incremental steps in order to make the common law less unsettled and piecemeal, more coherent and more just. The first step is to acknowledge that good faith contractual performance is a general organizing

principle of the common law of contract which underpins and informs the various rules in which the common law, in various situations and types of relationships, recognizes obligations of good faith contractual performance. The second is to recognize, as a further manifestation of this organizing principle of good faith, that there is a common law duty which applies to all contracts to act honestly in the performance of contractual obligations.

[34] In my view, taking these two steps is perfectly consistent with the Court's responsibility to make incremental changes in the common law when appropriate. Doing so will put in place a duty that is just, that accords with the reasonable expectations of commercial parties and that is sufficiently precise that it will enhance rather than detract from commercial certainty.

(b) *Good Faith as a General Organizing Principle*

(i) Background

[35] The doctrine of good faith traces its history to Roman law and found acceptance in early English contract law. For example, Lord Northington wrote in *Aleyn v. Belchier* (1758), 1 Eden 132, 28 E.R. 634, at p. 637, cited in *Mills v. Mills* (1938), 60 C.L.R. 150 (H.C.A.), at p. 185, that “[n]o point is better established than that, a person having a power, must execute it *bona fide* for the end designed, otherwise it is corrupt and void.” Similarly, Lord Kenyon wrote in *Mellish v. Motteux* (1792), Peake 156, 170 E.R. 113, “in contracts of all kinds, it is of the highest

importance that courts of law should compel the observance of honesty and good faith”: p. 113-14. In *Carter v. Boehm* (1766), 3 Burr. 1905, 97 E.R. 1162, at p. 1910, Lord Mansfield stated that good faith is a principle applicable to all contracts; see also *Herbert v. Mercantile Fire Ins. Co.* (1878), 43 U.C.Q.B. 384; R. Powell, “Good Faith in Contracts” (1956), 9 *Curr. Legal Probs.* 16.

[36] However, these broad pronouncements have been, for the most part, restricted by subsequent jurisprudence to specific types of contracts and relationships, such as insurance contracts, leaving unclear the role of the broader principle of good faith in the modern Anglo-Canadian law of contracts: *Chitty on Contracts* (31st ed. 2012), vol. I, *General Principles*, at para. 1-039; W. P. Yee, “Protecting Parties’ Reasonable Expectations: A General Principle of Good Faith” (2001), 1 *O.U.C.L.J.* 195, at p. 195; E. P. Belobaba, “Good Faith in Canadian Contract Law”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 73, at p. 75. One leading Canadian contracts scholar went so far as to say that the common law has taken a “kind of perverted pride” in the absence of any general notion of good faith, as if accepting that notion “would be admitting to the presence of some kind of embarrassing social disease”: J. Swan, “Whither Contracts: A Retrospective and Prospective Overview”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1984 — Law in Transition: Contracts* (1984), 125, at p. 148.

[37] This Court has not examined whether there is a general duty of good faith contractual performance. However, there has been an active debate in other courts and among scholars for decades over whether there is, or should be, a general or “stand-alone” duty of good faith in the performance of contracts. Canadian courts have reached different conclusions on this point.

[38] Some suggest that there is a general duty of good faith: *Gateway Realty Ltd. v. Arton Holdings Ltd.* (1991), 106 N.S.R. (2d) 180 (S.C. (T.D.)), aff’d on narrower grounds (1992), 112 N.S.R. (2d) 180 (S.C. (App. Div.)); *McDonald’s Restaurant of Canada Ltd. v. British Columbia* (1997), 29 B.C.L.R. (3d) 303 (C.A.), at para. 99; *Crawford v. Agricultural Development Board (N.B.)* (1997), 192 N.B.R. (2d) 68 (C.A.), at paras. 7-8. They see a broad role for good faith as an implied term in all contracts that establishes minimum standards of acceptable commercial behaviour. As Kelly J. put it in *Gateway Realty*, at para. 38:

The law requires that parties to a contract exercise their rights under that agreement honestly, fairly and in good faith. This standard is breached when a party acts in a bad faith manner in the performance of its rights and obligations under the contract. “Good faith” conduct is the guide to the manner in which the parties should pursue their mutual contractual objectives. Such conduct is breached when a party acts in “bad faith” — a conduct that is contrary to community standards of honesty, reasonableness or fairness.

[39] Other courts are of the view that there exists no such general duty of good faith in all contracts: *Transamerica Life Canada Inc. v. ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457 (C.A.), at paras. 53-54; *Mesa Operating Limited Partnership v. Amoco*

Canada Resources Ltd. (1994), 149 A.R. 187 (C.A.), at paras. 15-19, *per* Kerans J.A., *dubitante*; *Barclays Bank PLC v. Metcalfe & Mansfield Alternative Investments VII Corp.*, 2013 ONCA 494, 365 D.L.R. (4th) 15, at para. 131; see G. R. Hall, *Canadian Contractual Interpretation Law* (2nd ed. 2012), at pp. 338-46. The detractors of such a general duty of good faith have accepted a limited role for good faith in certain contexts but have held that it would create commercial uncertainty and undermine freedom of contract to recognize a general duty of good faith that would permit courts to interfere with the express terms of a contract.

[40] This Court ought to develop the common law to keep in step with the “dynamic and evolving fabric of our society” where it can do so in an incremental fashion and where the ramifications of the development are “not incapable of assessment”: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, at p. 670; *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210, at para. 93; see also *Watkins v. Olafson*, [1989] 2 S.C.R. 750, at pp. 760-64; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at para. 85; *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, 2002 SCC 8, [2002] 1 S.C.R. 156; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2005 SCC 49, [2005] 2 S.C.R. 473; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640, at para. 46. This is even more appropriate where, as here, what is contemplated is not the reversal of some settled rule, but a development directed to bringing greater certainty and coherence to a complex and troublesome area of the common law.

[41] As I see it, the developments that I propose are desirable as a result of several considerations. First, the current Canadian common law is uncertain. Second, the current approach to good faith performance lacks coherence. Third, the current law is out of step with the reasonable expectations of commercial parties, particularly those of at least two major trading partners of common law Canada — Quebec and the United States: see, e.g., Hall, at p. 347. While the developments which I propose will not completely address these problems, they will bring a measure of coherence and predictability to the law and will bring the law closer to what reasonable commercial parties would expect it to be.

(ii) Survey of the Current State of the Common Law

[42] Anglo-Canadian common law has developed a number of rules and doctrines that call upon the notion of good faith in contractual dealings; it is a concept that underlies many elements of modern contract law: S. M. Waddams, *The Law of Contracts* (6th ed. 2010), at para. 550; J. D. McCamus *The Law of Contracts* (2nd ed. 2012), at pp. 835-38; OLRC, at p. 165; Belobaba, at pp. 75-76; J. F. O'Connor, *Good Faith in English Law* (1990), at pp. 17-49; J. Steyn, "Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men" (1997), 113 *Law Q. Rev.* 433. The approach, not unfairly, has been characterized as developing "piecemeal solutions in response to demonstrated problems": *Interfoto Picture Library Ltd. v. Stiletto Visual Programmes Ltd.*, [1989] 1 Q.B. 433 (C.A.), at p. 439, *per* Bingham L.J. (as he then was). Thus we see, for example, that good faith notions have been applied to

particular types of contracts, particular types of contractual provisions and particular contractual relationships. It also underlies doctrines that explicitly deal with fairness in contracts, such as unconscionability, and plays a role in interpreting and implying contractual terms. The difficulty with this “piecemeal” approach, however, is that it often fails to take a consistent or principled approach to similar problems. A brief review of the current landscape of good faith will show the extent to which this is the case.

[43] Considerations of good faith are apparent in doctrines that expressly consider the fairness of contractual bargains, such as unconscionability. This doctrine is based on considerations of fairness and preventing one contracting party from taking undue advantage of the other: G. H. L. Fridman, *The Law of Contract in Canada* (6th ed. 2011), at pp. 329-30; E. Peden, “When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability” (2005), 21 *J.C.L.* 226; Belobaba, at p. 86; S. M. Waddams, “Good Faith, Unconscionability and Reasonable Expectations” (1995), 9 *J.C.L.* 55.

[44] Good faith also plays a role in the law of implied terms, particularly with respect to terms implied by law. Terms implied by law redress power imbalances in certain classes of contracts such as employment, landlord-lessee, and insurance contracts: *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299, at p. 457, *per* McLachlin J. (as she then was); see also *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, *per* McLachlin J., concurring. The implication

of terms plays a functionally similar role in common law contract law to the doctrine of good faith in civil law jurisdictions by filling in gaps in the written agreement of the parties: *Chitty on Contracts*, at para. 1-051. In *Mesa Operating*, the Alberta Court of Appeal implied a term that a power of pooling properties for the purpose of determining royalty payments be exercised reasonably. The court implied this term in order to give effect to the intentions of the parties rather than as a requirement of good faith, but Kerans J.A. stated that “[t]he rule that governs here can, therefore, be expressed much more narrowly than to speak of good faith, although I suspect it is in reality the sort of thing some judges have in mind when they speak of good faith”: para. 22. Many other examples may be found in Waddams, *The Law of Contracts*, at paras. 499-506.

[45] Considerations of good faith are also apparent in contract interpretation: *Chitty on Contracts*, at para. 1-050; Hall, at p. 347. The primary object of contractual interpretation is of course to give effect to the intentions of the parties at the time of contract formation. However, considerations of good faith inform this process. Parties may generally be assumed to intend certain minimum standards of conduct. Further, as Lord Reid observed in *Schuler A.G. v. Wickman Machine Tool Sales Ltd.*, [1974] A.C. 235 (H.L.), at p. 251, “[t]he more unreasonable the result the more unlikely it is that the parties can have intended it”. As A. Swan and J. Adamski put it, the duty of good faith “is not an externally imposed requirement but inheres in the parties’ relation”: *Canadian Contract Law* (3rd ed. 2012), at §§ 8.134-8.146.

[46] Good faith also appears in numerous contexts in a more explicit form. The concept of “good faith” is used in hundreds of statutes across Canada, including statutory duties of good faith and fair dealing in franchise legislation and good faith bargaining in labour law: S. K. O’Byrne, “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments” (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 70, at p. 71.

[47] There have been many attempts to bring a measure of coherence to this piecemeal accretion of appeals to good faith: see, among many others, McCamus, at pp. 835-68; S. K. O’Byrne, “The Implied Term of Good Faith and Fair Dealing: Recent Developments” (2007), 86 *Can. Bar Rev.* 193, at pp. 196-204; Waddams, *The Law of Contracts*, at paras. 494-508; R. S. Summers, “‘Good Faith’ in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code” (1968), 54 *Va. L. Rev.* 195; S. J. Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith” (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 369. By way of example, Professor McCamus has identified three broad types of situations in which a duty of good faith performance of some kind has been found to exist: (1) where the parties must cooperate in order to achieve the objects of the contract; (2) where one party exercises a discretionary power under the contract; and (3) where one party seeks to evade contractual duties (pp. 840-56; *CivicLife.com Inc. v. Canada (Attorney General)* (2006), 215 O.A.C. 43, at paras. 49-50).

[48] While these types of cases overlap to some extent, they provide a useful analytical tool to appreciate the current state of the law on the duty of good faith.

They also reveal some of the lack of coherence in the current approach. It is often unclear whether a good faith obligation is being imposed as a matter of law, as a matter of implication or as a matter of interpretation. Professor McCamus notes:

Although the line between the two types of implication is difficult to draw, it may be realistic to assume that implied duties of good faith are likely, on occasion at least, to slide into the category of legal incidents rather than mere presumed intentions. Certainly, it would be difficult to defend the implication of terms on each of the cases considered here on the basis of the traditional business efficiency or officious bystander test. In the control of contractual discretion cases, for example, it may be more realistic to suggest that the implied limitation on the exercise of the discretion is intended to give effect to the “reasonable expectations of the parties.” [pp. 865-66]

[49] The first type of situation (contracts requiring the cooperation of the parties to achieve the objects of the contract) is reflected in the jurisprudence of this Court. In *Dynamic Transport Ltd. v. O.K. Detailing Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 1072, the parties to a real estate transaction failed to specify in the purchase-sale agreement which party was to be responsible for obtaining planning permission for a subdivision of the property. By law, the vendor was the only party capable of obtaining such permission. The Court held that the vendor was under an obligation to use reasonable efforts to secure the permission, or as Dickson J. (as he then was) put it, “[t]he vendor is under a duty to act in good faith and to take all reasonable steps to complete the sale”: p. 1084. It is not completely clear whether this duty was imposed as a matter of law or was implied based on the parties’ intentions: see p. 1083; see also *Gateway Realty and CivicLife.com*.

[50] *Mitsui & Co. (Canada) Ltd. v. Royal Bank of Canada*, [1995] 2 S.C.R. 187, is an example of the second type of situation (exercise of contractual discretion). The lease of a helicopter included an option to buy at the “reasonable fair market value of the helicopter as established by Lessor”: para. 2. This Court held, at para. 34, that, “[c]learly, the lessor is not in a position, by virtue of clause 32, to make any offer that it may feel is appropriate. It is contractually bound to act in good faith to determine the reasonable fair market value of the helicopters, which is the price that the parties had initially agreed would be the exercise price of the option.” The Court did not discuss the basis for implying the term, but suggested that in the absence of a reasonableness requirement, the option would be a mere agreement to agree and thus would be unenforceable, which means that the implication of the term was necessary to give business efficacy to the agreement.

[51] This Court’s decision in *Mason v. Freedman*, [1958] S.C.R. 483, falls in the third type of situation in which a duty of good faith arises (where a contractual power is used to evade a contractual duty). In that case, the vendor in a real estate transaction regretted the bargain he had made. He then sought to repudiate the contract by failing to convey title in fee simple because he claimed his wife would not provide a bar of dower. The issue was whether he could take advantage of a clause permitting him to repudiate the transaction in the event that he was “unable or unwilling” to remove this defect in title even though he had made no efforts to do so by trying to obtain the bar of dower. Judson J. held that the clause did not “enable a person to repudiate a contract for a cause which he himself has brought about” or

permit “a capricious or arbitrary repudiation”: p. 486. On the contrary, “[a] vendor who seeks to take advantage of the clause must exercise his right reasonably and in good faith and not in a capricious or arbitrary manner”: p. 487.

[52] The jurisprudence is not always very clear about the source of the good faith obligations found in these cases. The categories of terms implied as a matter of law, terms implied as a matter of intention and terms arising as a matter of interpretation sometimes are blurred or even ignored, resulting in uncertainty and a lack of coherence at the level of principle.

[53] Apart from these types of situations in which a duty of good faith arises, common law Canadian courts have also recognized that there are classes of relationships that call for a duty of good faith to be implied by law.

[54] For example, this Court confirmed that there is a duty of good faith in the employment context in *Honda Canada Inc. v. Keays*, 2008 SCC 39, [2008] 2 S.C.R. 362. Mr. Keays was diagnosed with chronic fatigue syndrome and was frequently absent from work. Honda grew concerned with the frequency of the absences. It ordered Mr. Keays to undergo an examination by a doctor chosen by the employer, required him to provide a doctor’s note for any absences, and discouraged him from retaining outside counsel. The majority held that in all employment contracts there was an implied term of good faith governing the manner of termination. In particular, the employer should not engage in conduct that is “unfair or is in bad faith by being, for example, untruthful, misleading or unduly insensitive” when dismissing an

employee: para. 57, citing *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, at para. 98. Good faith in this context did not extend to the employer's reasons for terminating the contract of employment because this would undermine the right of an employer to determine the composition of its workforce: *Wallace*, at para. 76.

[55] This Court has also affirmed the duty of good faith which requires an insurer to deal with its insured's claim fairly, both with respect to the manner in which it investigates and assesses the claim and to the decision whether or not to pay it: *Fidler v. Sun Life Assurance Co. of Canada*, 2006 SCC 30, [2006] 2 S.C.R. 3, at para. 63, citing 702535 *Ontario Inc. v. Lloyd's London, Non-Marine Underwriters* (2000), 184 D.L.R. (4th) 687 (Ont. C.A.), at para. 29. The breach of this duty may support an award of punitive damages: *Whiten v. Pilot Insurance Co.*, 2002 SCC 18, [2002] 1 S.C.R. 595. This duty of good faith is also reciprocal: the insurer must not act in bad faith when dealing with a claim, which is typically made by someone in a vulnerable situation, and the insured must act in good faith by disclosing facts material to the insurance policy (para. 83, citing *Andrusiw v. Aetna Life Insurance Co. of Canada* (2001), 289 A.R. 1 (Q.B.), at paras. 84-85, *per* Murray J.).

[56] This Court has also recognized that a duty of good faith, in the sense of fair dealing, will generally be implied in fact in the tendering context. When a company tenders a contract, it comes under a duty of fairness in considering the bids submitted under the tendering process, as a result of the expense incurred by parties submitting these bids: *Martel Building Ltd. v. Canada*, 2000 SCC 60, [2000] 2 S.C.R.

860, at para. 88; see also *M.J.B. Enterprises Ltd. v. Defence Construction (1951) Ltd.*, [1999] 1 S.C.R. 619; *Tercon Contractors Ltd. v. British Columbia (Transportation and Highways)*, 2010 SCC 4, [2010] 1 S.C.R. 69, at paras. 58-59; A. C. McNeely, *Canadian Law of Competitive Bidding and Procurement* (2010), at pp. 245-54.

[57] Developments in the United Kingdom and Australia point to enhanced attention to the notion of good faith, mitigated by reluctance to embrace it as a stand-alone doctrine. Good faith in contract performance has received increasing prominence in English law, despite its “traditional . . . hostility” to the concept: *Yam Seng Pte Ltd. v. International Trade Corporation Ltd.*, [2013] EWHC 111, [2013] 1 All E.R. (Comm.) 1321 (Q.B.), at para. 123, citing E. McKendrick, *Contract Law* (9th ed. 2011), at pp. 221-22; see also *Chitty on Contracts*, at para. 1-039. In *Yam Seng*, Leggatt J. held that a number of specific duties embodying good faith can be implied based on the presumed intentions of the parties according to the traditional approach for implying terms: para. 131. Leggatt J. identified a number of these implied duties, including honesty, fidelity to the parties’ bargain, cooperation, and fair dealing: paras. 135-50. Leggatt J. stated that “[a] paradigm example of a general norm which underlies almost all contractual relationships is an expectation of honesty. That expectation is essential to commerce, which depends critically on trust”: para. 135; see D. Campbell, “Good Faith and the Ubiquity of the ‘Relational’ Contract” (2014), 77 *Mod. L. Rev.* 475. The Court of Appeal considered the *Yam Seng* decision in *Mid Essex Hospital Services NHS Trust v. Compass Group UK and Ireland Ltd.*, [2013] EWCA Civ 200 (BAILII), where it confirmed that good faith was

not a general principle of English law, but that it could be an implied term in certain categories of cases: paras. 105 and 150.

[58] Australian courts have also moved towards a greater role for good faith in contract performance: *Cheshire and Fifoot's Law of Contract* (9th Australian ed. 2008), at paras. 10.43-10.47. The duty of good faith in its modern form was recognized by Priestley J.A. in *Renard Constructions (ME) Pty Ltd. v. Minister for Public Works* (1992), 26 N.S.W.L.R. 234 (C.A.). There is no generally applicable duty of good faith, but one will be implied into contracts in certain circumstances. The duty of good faith can be implied as a matter of law or as a matter of fact, although the cases are not always clear on the basis on which the term is being implied. Australian courts have taken a broad view of what constitutes good faith: see, e.g., *Burger King Corporation v. Hungry Jack's Pty Ltd.*, [2001] NSWCA 187, 69 N.S.W.L.R. 558. The law of good faith performance in Australia is still developing and remains unsettled: E. Peden, "Good faith in the performance of contract law" (2004), 42 *L.S.J.* 64, at p. 64. However, it is clear that the duty of good faith requires adherence to standards of honest conduct: A. Mason, "Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing" (2000), 116 *Law Q. Rev.* 66, at p. 76; *Burger King*, at paras. 171 and 189.

(iii) The Way Forward

[59] This selective survey supports the view that Canadian common law in relation to good faith performance of contracts is piecemeal, unsettled and unclear:

Belobaba; O’Byrne, “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments”, at p. 95; B. J. Reiter, “Good Faith in Contracts” (1983), 17 *Val. U.L. Rev.* 705, at pp. 711-12. It also shows that in Canada, as well as in the United Kingdom and Australia, there is increasing attention to the notion of good faith, particularly in the area of contractual performance. Opponents of any general obligation of good faith prefer the traditional, organic development of solutions to address particular problems as they arise: see, e.g., M. G. Bridge, “Does Anglo-Canadian Contract Law Need a Doctrine of Good Faith?” (1984), 9 *Can. Bus. L.J.* 385; D. Clark, “Some Recent Developments in the Canadian Law of Contracts” (1993), 14 *Advocates’ Q.* 435, at pp. 436 and 440. However, foreclosing some incremental development of the law at the level of principle would go beyond what prudent caution requires and evidence an almost “perverted pride” — to use Swan’s term, at p. 148 — in the law’s failings.

[60] Commercial parties reasonably expect a basic level of honesty and good faith in contractual dealings. While they remain at arm’s length and are not subject to the duties of a fiduciary, a basic level of honest conduct is necessary to the proper functioning of commerce. The growth of longer term, relational contracts that depend on an element of trust and cooperation clearly call for a basic element of honesty in performance, but, even in transactional exchanges, misleading or deceitful conduct will fly in the face of the expectations of the parties: see Swan and Adamski, at §1.24.

[61] The fact that commercial parties expect honesty on the part of their contracting partners can also be seen from the fact that it was the American Bar Association's Section of Corporation, Banking and Business Law that urged the adoption of "honesty in fact" in the original drafting of the Uniform Commercial Code ("U.C.C."): E. A. Farnsworth, "Good Faith Performance and Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code" (1963), 30 *U. Chicago L. Rev.* 666, at p. 673. Moreover, empirical research suggests that commercial parties do in fact expect that their contracting parties will conduct themselves in good faith: see, e.g., S. Macaulay, "Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study" (1963), 28 *Am. Soc. Rev.* 55, at p. 58; H. Beale and T. Dugdale, "Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies" (1975), 2 *Brit. J. Law & Soc.* 45, at pp. 47-48; S. Macaulay, "An Empirical View of Contract", [1985] *Wis. L. Rev.* 465; V. Goldwasser and T. Ciro, "Standards of Behaviour in Commercial Contracting" (2002), 30 *A.B.L.R.* 369, at pp. 372-77. It is, to say the least, counterintuitive to think that reasonable commercial parties would accept a contract which contained a provision to the effect that they were not obliged to act honestly in performing their contractual obligations.

[62] I conclude from this review that enunciating a general organizing principle of good faith and recognizing a duty to perform contracts honestly will help bring certainty and coherence to this area of the law in a way that is consistent with reasonable commercial expectations.

(iv) Towards an Organizing Principle of Good Faith

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

[64] As the Court has recognized, an organizing principle states in general terms a requirement of justice from which more specific legal doctrines may be derived. An organizing principle therefore is not a free-standing rule, but rather a standard that underpins and is manifested in more specific legal doctrines and may be given different weight in different situations: see, e.g., *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, at p. 249; *R. v. Hart*, 2014 SCC 52, [2014] 2 S.C.R. 544, at para. 124; R. M. Dworkin, “Is Law a System of Rules?”, in R. M. Dworkin, ed., *The Philosophy of Law* (1977), 38, at p. 47. It is a standard that helps to understand and develop the law in a coherent and principled way.

[65] The organizing principle of good faith exemplifies the notion that, in carrying out his or her own performance of the contract, a contracting party should have appropriate regard to the legitimate contractual interests of the contracting partner. While “appropriate regard” for the other party’s interests will vary depending on the context of the contractual relationship, it does not require acting to serve those interests in all cases. It merely requires that a party not seek to undermine those

interests in bad faith. This general principle has strong conceptual differences from the much higher obligations of a fiduciary. Unlike fiduciary duties, good faith performance does not engage duties of loyalty to the other contracting party or a duty to put the interests of the other contracting party first.

[66] This organizing principle of good faith manifests itself through the existing doctrines about the types of situations and relationships in which the law requires, in certain respects, honest, candid, forthright or reasonable contractual performance. Generally, claims of good faith will not succeed if they do not fall within these existing doctrines. But we should also recognize that this list is not closed. The application of the organizing principle of good faith to particular situations should be developed where the existing law is found to be wanting and where the development may occur incrementally in a way that is consistent with the structure of the common law of contract and gives due weight to the importance of private ordering and certainty in commercial affairs.

[67] This approach is consistent with that taken in the case of unjust enrichment. McLachlin J. outlined the approach in *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at pp. 786 and 788:

This case presents the Court with the difficult task of mediating between, if not resolving, the conflicting views of the proper scope of the doctrine of unjust enrichment. It is my conclusion that we must choose a middle path; one which acknowledges the importance of proceeding on general principles but seeks to reconcile the principles with the established categories of recovery

...

The tri-partite principle of general application which this Court has recognized as the basis of the cause of action for unjust enrichment is thus seen to have grown out of the traditional categories of recovery. It is informed by them. It is capable, however, of going beyond them, allowing the law to develop in a flexible way as required to meet changing perceptions of justice.

[68] The flexible approach that was taken in *Peel* recognizes that “[a]t the heart of the doctrine of unjust enrichment, whether expressed in terms of the traditional categories of recovery or general principle, lies the notion of restoration of a benefit which justice does not permit one to retain”: p. 788. In that case, this Court further developed the law through application of an organizing principle without displacing the existing specific doctrines. This is what I propose to do with regards to the organizing principle of good faith.

[69] The approach of recognizing an overarching organizing principle but accepting the existing law as the primary guide to future development is appropriate in the development of the doctrine of good faith. Good faith may be invoked in widely varying contexts and this calls for a highly context-specific understanding of what honesty and reasonableness in performance require so as to give appropriate consideration to the legitimate interests of both contracting parties. For example, the general organizing principle of good faith would likely have different implications in the context of a long-term contract of mutual cooperation than it would in a more transactional exchange: Swan and Adamski, at § 1.24; B. Dixon, “Common law

obligations of good faith in Australian commercial contracts — a relational recipe” (2005), 33 *A.B.L.R.* 87.

[70] The principle of good faith must be applied in a manner that is consistent with the fundamental commitments of the common law of contract which generally places great weight on the freedom of contracting parties to pursue their individual self-interest. In commerce, a party may sometimes cause loss to another — even intentionally — in the legitimate pursuit of economic self-interest: *A.I. Enterprises Ltd. v. Bram Enterprises Ltd.*, 2014 SCC 12, [2014] 1 S.C.R. 177, at para. 31. Doing so is not necessarily contrary to good faith and in some cases has actually been encouraged by the courts on the basis of economic efficiency: *Bank of America Canada v. Mutual Trust Co.*, 2002 SCC 43, [2002] 2 S.C.R. 601, at para. 31. The development of the principle of good faith must be clear not to veer into a form of *ad hoc* judicial moralism or “palm tree” justice. In particular, the organizing principle of good faith should not be used as a pretext for scrutinizing the motives of contracting parties.

[71] Tying the organizing principle to the existing law mitigates the concern that any general notion of good faith in contract law will undermine certainty in commercial contracts. In my view, this approach strikes the correct balance between predictability and flexibility.

(v) Should There Be a New Duty?

[72] In my view, the objection to Can-Am's conduct in this case does not fit within any of the existing situations or relationships in which duties of good faith have been found to exist. The relationship between Can-Am and Mr. Bhasin was not an employment or franchise relationship. Classifying the decision not to renew the contract as a contractual discretion would constitute a significant expansion of the decided cases under that type of situation. After all, a party almost always has some amount of discretion in how to perform a contract. It would also be difficult to say that a duty of good faith should be implied in this case on the basis of the intentions of the parties given the clear terms of an entire agreement clause in the Agreement. The key question before the Court, therefore, is whether we ought to create a new common law duty under the broad umbrella of the organizing principle of good faith performance of contracts.

[73] In my view, we should. I would hold that there is a general duty of honesty in contractual performance. This means simply that parties must not lie or otherwise knowingly mislead each other about matters directly linked to the performance of the contract. This does not impose a duty of loyalty or of disclosure or require a party to forego advantages flowing from the contract; it is a simple requirement not to lie or mislead the other party about one's contractual performance. Recognizing a duty of honest performance flowing directly from the common law organizing principle of good faith is a modest, incremental step. The requirement to act honestly is one of the most widely recognized aspects of the organizing principle of good faith: see *Swan and Adamski*, at § 8.135; O'Byrne, "Good Faith in

Contractual Performance: Recent Developments”, at p. 78; *Belobaba*; *Greenberg v. Meffert* (1985), 50 O.R. (2d) 755 (C.A.), at p. 764; *Gateway Realty*, at para. 38, *per Kelly J.*; *Shelanu Inc. v. Print Three Franchising Corp.* (2003), 64 O.R. (3d) 533 (C.A.), at para. 69. For example, the duty of honesty was a key component of the good faith requirements which have been recognized in relation to termination of employment contracts: *Wallace*, at para. 98; *Honda Canada*, at para. 58.

[74] There is a longstanding debate about whether the duty of good faith arises as a term implied as a matter of fact or a term implied by law: see *Mesa Operating*, at paras. 15-19. I do not have to resolve this debate fully, which, as I reviewed earlier, casts a shadow of uncertainty over a good deal of the jurisprudence. I am at this point concerned only with a new duty of honest performance and, as I see it, this should not be thought of as an implied term, but a general doctrine of contract law that imposes as a contractual duty a minimum standard of honest contractual performance. It operates irrespective of the intentions of the parties, and is to this extent analogous to equitable doctrines which impose limits on the freedom of contract, such as the doctrine of unconscionability.

[75] Viewed in this way, the entire agreement clause in cl. 11.2 of the Agreement is not an impediment to the duty arising in this case. Because the duty of honesty in contractual performance is a general doctrine of contract law that applies to all contracts, like unconscionability, the parties are not free to exclude it: see *CivicLife.com*, at para. 52.

[76] It is true that the Anglo-Canadian common law of contract has been reluctant to impose mandatory rules not based on the agreement of the parties, because they are thought to interfere with freedom of contract: see *Gateway Realty, per Kelly J.*; O’Byrne, “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments”, at p. 95; Farnsworth, at pp. 677-78. As discussed above, however, the duty of honest performance interferes very little with freedom of contract, since parties will rarely expect that their contracts permit dishonest performance of their obligations.

[77] That said, I would not rule out any role for the agreement of the parties in influencing the scope of honest performance in a particular context. The precise content of honest performance will vary with context and the parties should be free in some contexts to relax the requirements of the doctrine so long as they respect its minimum core requirements. The approach I outline here is similar in principle to that in § 1-302(b) of the U.C.C. (2012):

The obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care . . . may not be disclaimed by agreement. The parties, by agreement, may determine the standards by which the performance of those obligations is to be measured if those standards are not manifestly unreasonable.

[78] Certainly, any modification of the duty of honest performance would need to be in express terms. A generically worded entire agreement clause such as cl. 11.2 of the Agreement does not indicate any intention of the parties to depart from the basic tenets of honest performance: see *GEC Marconi Systems Pty Ltd. v. BHP*

Information Technology Pty Ltd., [2003] FCA 50 (AustLII), at para. 922, *per* Finn J.; see also O’Byrne, “Good Faith in Contractual Performance: Recent Developments”, at p. 96.

[79] Two arguments are typically raised against an increased role for a duty of good faith in the law of contract: see Bridge; Clark; and Peden, “When Common Law Trumps Equity: the Rise of Good Faith and Reasonableness and the Demise of Unconscionability”. The first is that “good faith” is an inherently unclear concept that will permit *ad hoc* judicial moralism to undermine the certainty of commercial transactions. The second is that imposing a duty of good faith is inconsistent with the basic principle of freedom of contract. I do not have to decide here whether or not these points are valid in relation to a broad, generalized duty of good faith. However, they carry no weight in relation to adopting a rule of honest performance.

[80] Recognizing a duty of honesty in contract performance poses no risk to commercial certainty in the law of contract. A reasonable commercial person would expect, at least, that the other party to a contract would not be dishonest about his or her performance. The duty is also clear and easy to apply. Moreover, one commentator points out that given the uncertainty that has prevailed in this area, cautious solicitors have long advised clients to take account of the requirements of good faith: W. Grover, “A Solicitor Looks at Good Faith in Commercial Transactions”, in *Special Lectures of the Law Society of Upper Canada 1985 — Commercial Law: Recent Developments and Emerging Trends* (1985), 93, at pp. 106-

7. A rule of honest performance in my view will promote, not detract from, certainty in commercial dealings.

[81] Any interference by the duty of honest performance with freedom of contract is more theoretical than real. It will surely be rare that parties would wish to agree that they may be dishonest with each other in performing their contractual obligations.

[82] Those who fear that this modest step would create uncertainty or impede freedom of contract may take comfort from experience of the civil law of Quebec and the common and statute law of many jurisdictions in the United States.

[83] The *Civil Code of Québec* recognizes a broad duty of good faith which extends to the formation, performance and termination of a contract and includes the notion of the abuse of contractual rights: see arts. 6, 7 and 1375. While this is not the place to expound in detail on good faith in the Quebec civil law, it is worth noting that good faith is seen as having two main aspects. The first is the subjective aspect, which is concerned with the state of mind of the actor, and addresses conduct that is, for example, malicious or intentional. The second is the objective aspect which is concerned with whether conduct is unacceptable according to the standards of reasonable people. As J.-L. Baudouin and P.-G. Jobin explain, [TRANSLATION] “a person can be in good faith (in the subjective sense), that is, act without malicious intent or without knowledge of certain facts, yet his or her conduct may nevertheless be contrary to the requirements of good faith in that it violates objective standards of

conduct that are generally accepted in society”: *Les obligations* (7th ed. 2013), by P.-G. Jobin and N. Vézina, at para. 132. The notion of good faith includes (but is not limited to) the requirement of honesty in performing the contract: *ibid.*, at para. 161; *Bank of Montreal v. Kuet Leong Ng*, [1989] 2 S.C.R. 429, at p. 436.

[84] In the United States, § 1-304 of the U.C.C. provides that “[e]very contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.” The U.C.C. has been enacted by legislation in all 50 states. While the provisions of the U.C.C. apply only to commercial contracts, § 205 of the *Restatement (Second) of Contracts* (1981) provides for a general duty of good faith in all contracts. This provision of the *Restatement* has been followed by courts in the vast majority of states. The notion of “good faith” in the *Restatement* substantially followed the definition proposed by Robert Summers in an influential article, where he proposed that “good faith” is best understood as an “excluder” of various categories of bad faith conduct: p. 206; see § 205, comment a. The general definition of “good faith” in the U.C.C. is also quite broad, encompassing honesty and adherence to “reasonable commercial standards”: § 1-201(b)(20). This definition was originally limited to “honesty in fact”, that is, a duty of honesty in performance, and was only later expanded: A. D. Miller and R. Perry, “Good Faith Performance” (2013), 98 *Iowa L. Rev.* 689, at pp. 719-20. Honesty in performance is also a key component of “good faith” under the *Restatement*: § 205, comments a and d.

[85] Experience in Quebec and the United States shows that even very broad conceptions of the duty of good faith have not impeded contractual activity or contractual stability: see, e.g., J. Pineau, “La discrétion judiciaire a-t-elle fait des ravages en matière contractuelle?”, in *La réforme du Code civil, cinq ans plus tard* (1998), 141. It is also worth noting that in both the United States and Quebec, judicial developments preceded legislative action in codifying good faith. In the United States, courts had recognized the existence of a general duty of good faith before the promulgation of the U.C.C.: see, e.g., *Kirke La Shelle Co. v. Armstrong Co.*, 263 N.Y. 79 (1933). Similarly, though there was no express provision of “good faith” in the *Civil Code of Lower Canada*, the Court implied such a general duty from more specific provisions of the *Code*: see *National Bank of Canada v. Soucisse*, [1981] 2 S.C.R. 339; *Houle v. Canadian National Bank*, [1990] 3 S.C.R. 122; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554. The duty of good faith was subsequently included in the revisions leading to the enactment of the *Civil Code of Québec*.

[86] The duty of honest performance that I propose should not be confused with a duty of disclosure or of fiduciary loyalty. A party to a contract has no general duty to subordinate his or her interest to that of the other party. However, contracting parties must be able to rely on a minimum standard of honesty from their contracting partner in relation to performing the contract as a reassurance that if the contract does not work out, they will have a fair opportunity to protect their interests. That said, a dealership agreement is not a contract of utmost good faith (*uberrimae fidei*) such as an insurance contract, which among other things obliges the parties to disclose

material facts: *Whiten*. But a clear distinction can be drawn between a failure to disclose a material fact, even a firm intention to end the contractual arrangement, and active dishonesty.

[87] This distinction explains the result reached by the court in *United Roasters, Inc. v. Colgate-Palmolive Co.*, 649 F.2d 985 (4th Cir. 1981). The terminating party had decided in advance of the required notice period that it was going to terminate the contract. The court held that no disclosure of this intention was required other than what was stipulated in the notice requirement. The court stated:

... there is very little to be said in favor of a rule of law that good faith requires one possessing a right of termination to inform the other party promptly of any decision to exercise the right. A tenant under a month-to-month lease may decide in January to vacate the premises at the end of September. It is hardly to be suggested that good faith requires the tenant to inform the landlord of his decision soon after January. Though the landlord may have found earlier notice convenient, formal exercise of the right of termination in August will do. [pp. 989-90]

United Roasters makes it clear that there is no unilateral duty to disclose information relevant to termination. But the situation is quite different, as I see it, when it comes to actively misleading or deceiving the other contracting party in relation to performance of the contract.

[88] The duty of honest performance has similarities with the existing law in relation to civil fraud and estoppel, but it is not subsumed by them. Unlike promissory estoppel and estoppel by representation, the contractual duty of honest performance

does not require that the defendant intend that his or her representation be relied on and it is not subject to the uncertainty around whether estoppel can be used to found an independent cause of action: *Ryan v. Moore*, 2005 SCC 38, [2005] 2 S.C.R. 53, at para. 5; *Maracle v. Travellers Indemnity Co. of Canada*, [1991] 2 S.C.R. 50; Waddams, *The Law of Contracts*, at paras. 195-203; B. MacDougall, *Estoppel* (2012), at pp. 142-44. As for the tort of civil fraud, breach of the duty of honest contractual performance does not require the defendant to intend that the false statement be relied on, and breach of it supports a claim for damages according to the contractual rather than the tortious measure: see, e.g., *Parna v. G. & S. Properties Ltd.*, [1971] S.C.R. 306, cited with approval in *Bruno Appliance and Furniture, Inc. v. Hryniak*, 2014 SCC 8, [2014] 1 S.C.R. 126, at para. 19.

[89] Mr. Bhasin, supported by many judicial and academic authorities, has argued for wholesale adoption of a more expansive duty of good faith in contrast to the modest, incremental change that I propose: A.F., at para. 51; Summers, at p. 206; Belobaba; *Gateway Realty*. In many of its manifestations, good faith requires more than honesty on the part of a contracting party. For example, in *Dynamic Transport*, this Court held that good faith in the context of that contract required a party to take reasonable steps to obtain the planning permission that was a condition precedent to a sale of property. In other cases, the courts have required that discretionary powers not be exercised in a manner that is “capricious” or “arbitrary”: *Mason*, at p. 487; *LeMesurier v. Andrus* (1986), 54 O.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 7. In other contexts, this

Court has been reluctant to extend the requirements of good faith beyond honesty for fear of causing undue judicial interference in contracts: *Wallace*, at para. 76.

[90] It is not necessary in this case to define in general terms the limits of the implications of the organizing principle of good faith. This is because it is unclear to me how any broader duty would assist Mr. Bhasin here. After all, the contract was subject to non-renewal. It is a considerable stretch, as I see it, to turn even a broadly conceived duty of good faith exercise of the non-renewal provision into what is, in effect, a contract of indefinite duration. This in my view is the principal difficulty in the trial judge's reasoning because, in the result, her decision turned a three year contract that was subject to an express provision relating to non-renewal into a contract of roughly nine years' duration. As the Court of Appeal pointed out, in my view correctly, "[t]he parties did not intend or presume a perpetual contract, as they contracted that either party could unilaterally cause it to expire on any third anniversary": para. 32. Even if there were a breach of a broader duty of good faith by forcing the merger, Can-Am's contractual liability would still have to be measured by reference to the least onerous means of performance, which in this case would have meant simply not renewing the contract. Since no damages flow from this breach, it is unnecessary to decide whether reliance on a discretionary power to achieve a purpose extraneous to the contract and which undermined one of its key objectives might call for further development under the organizing principle of good faith contractual performance.

[91] I note as well that, even in jurisdictions that embrace a broader role for the duty of good faith, plaintiffs have met with only mixed success in alleging bad faith failure to renew a contract. Some cases have treated non-renewal as equivalent to termination and thus subject to a duty of good faith: *Shell Oil Co. v. Marinello*, 294 A.2d 253 (N.J. Super. Ct. 1972), aff'd 307 A.2d 598 (N.J. 1973); *Atlantic Richfield Co. v. Razumic*, 390 A.2d 736 (Pa. 1978), at pp. 741-42. Other courts have seen non-renewal as fundamentally different, especially where the express terms of the contract contemplate the expiry of contractual obligations and leave no room for any sort of duty to renew: *J.H. Westerbeke Corp. v. Onan Corp.*, 580 F.Supp. 1173 (D. Mass. 1984), at p. 1184; *Pitney-Bowes, Inc. v. Mestre*, 517 F.Supp. 52 (S.D. Fla. 1981), cert. denied, 464 U.S. 893 (1983).

[92] I conclude that at this point in the development of Canadian common law, adding a general duty of honest contractual performance is an appropriate incremental step, recognizing that the implications of the broader, organizing principle of good faith must be allowed to evolve according to the same incremental judicial approach.

[93] A summary of the principles is in order:

(1) There is a general organizing principle of good faith that underlies many facets of contract law.

(2) In general, the particular implications of the broad principle for particular cases are determined by resorting to the body of doctrine that has developed which gives effect to aspects of that principle in particular types of situations and relationships.

(3) It is appropriate to recognize a new common law duty that applies to all contracts as a manifestation of the general organizing principle of good faith: a duty of honest performance, which requires the parties to be honest with each other in relation to the performance of their contractual obligations.

(3) Application

[94] The trial judge made a clear finding of fact that Can-Am “acted dishonestly toward Bhasin in exercising the non-renewal clause”: para. 261; see also para. 271. There is no basis to interfere with that finding on appeal. It follows that Can-Am breached its duty to perform the Agreement honestly.

[95] The immediate dispute in this case centred on the non-renewal clause contained in cl. 3.3 of the 1998 Agreement which Mr. Bhasin entered into in November 1998. It provided that the Agreement was for a three-year term and would be automatically renewed unless one of the parties gave notice to the contrary at least six months before the end of the initial or any renewed term:

3.3 The term of this Agreement shall be for a period of three years from the date hereof (the “Initial Term”) and thereafter shall be automatically renewed for successive three year periods (a “Renewal Term”), subject to earlier termination as provided for in section 8 hereof, unless either [Can-Am] or the Enrollment Director notifies the other in writing at least six months prior to expiry of the Initial Term or any Renewal Term that the notifying party desires expiry of the Agreement, in which event the Agreement shall expire at the end of such Initial Term or Renewal Term, as applicable.

[96] The factual matrix in which the judge made her finding of dishonest performance is complicated and I will only outline it in very broad terms in order to put that finding in context. There were two main interrelated story lines.

[97] The first concerns Mr. Hrynew’s persistent attempts to take over Mr. Bhasin’s market through a merger — in effect a takeover by him of Mr. Bhasin’s agency. The second concerns the difficulties, beginning in early April 1999, that Can-Am was having with the Alberta Securities Commission, which regulated its business and its enrollment directors in Alberta. The Commission insisted that Can-Am appoint a full-time employee to be a PTO responsible for compliance with Alberta securities law. Can-Am ultimately appointed Mr. Hrynew, with the result that he would audit his competitor agencies, including Mr. Bhasin’s, and therefore have access to their confidential business information. Mr. Bhasin’s refusal to allow Mr. Hrynew access to this information led to the final confrontation with Can-Am and its giving notice of non-renewal in May 2001. Can-Am, for its part, wanted to force a merger of the Bhasin agency under the Hrynew agency, effectively giving Mr.

Bhasin's business to Mr. Hrynew. It was in the context of this situation that the trial judge made her findings of dishonesty on the part of Can-Am.

[98] The trial judge concluded that Can-Am acted dishonestly with Mr. Bhasin throughout the period leading up to its exercise of the non-renewal clause, both with respect to its own intentions and with respect to Mr. Hrynew's role as PTO. Her detailed findings amply support this overall conclusion.

[99] By early 2000, Can-Am was considering a significant reorganization of its activities in Alberta; by June of that year, it sent an organizational chart to the Commission showing that Mr. Bhasin's agency was to be merged under Mr. Hrynew's. But it had said nothing of this to Mr. Bhasin: trial reasons, at paras. 167-68. The trial judge found that these representations made by Can-Am to the Commission were clearly false if, as she concluded, they intended to refer to Mr. Bhasin: para. 246. She also found that Can-Am, by June 2000, was fearful that the Commission was going to pull its licence in Alberta and that it was prepared to do whatever it could to forestall that possibility. "However, it was not dealing honestly with [Mr.] Bhasin about the realities of the situation as [it] saw them": para. 246.

[100] In August 2000, Mr. Bhasin first heard of Can-Am's merger plans for him during a meeting with Can-Am's regional vice-president. But when questioned about Can-Am's intentions with respect to the merger, the official "equivocated" and did not tell him the truth that from Can-Am's perspective this was a "done deal". The

trial judge concluded that the official was “not honest with [Mr.] Bhasin” at that meeting: para. 247.

[101] When Mr. Bhasin complained about Mr. Hrynew’s conflict of interest in being both auditor and competitor, Can-Am in effect blamed the Commission, claiming that the Commission had rejected its proposal to appoint a third party PTO. This was not truthful. Can-Am failed to mention that it had proposed to appoint a non-resident of Alberta who was clearly not qualified according to the Commission’s criteria or that it had decided to appoint Mr. Hrynew even though he did not meet the Commission’s criteria either: trial reasons, at paras. 195 and 221. It also misrepresented — repeatedly — to Mr. Bhasin that Mr. Hrynew was bound by duties of confidentiality and segregation of activities in the course of an audit, when in fact there was no such requirement. Can-Am did not even finalize its PTO contract with Mr. Hrynew until March 2001 and, notwithstanding its assurances to Mr. Bhasin, it failed to include such a provision in the contract: paras. 190-221. As the trial judge found, Can-Am “could not possibly have missed this honestly in the PTO agreement, given that [Mr. Bhasin’s] very protests about [Mr.] Hrynew’s appointment as PTO were about confidentiality and segregation of activities”: para. 221. The judge also found that Can-Am repeated these “lies” about Mr. Hrynew’s supposed obligations of confidentiality even after the PTO agreement, without these protections, had been signed: para. 204.

[102] Can-Am pushed on with the requirement that Mr. Hrynew audit Mr. Bhasin's agency as if it were required to do so by the Commission even though it had arranged to have one of its employees conduct the audit of Mr. Hrynew's agency: trial reasons, at para. 198.

[103] As the trial judge found, this dishonesty on the part of Can-Am was directly and intimately connected to Can-Am's performance of the Agreement with Mr. Bhasin and its exercise of the non-renewal provision. I conclude that Can-Am breached the 1998 Agreement when it failed to act honestly with Mr. Bhasin in exercising the non-renewal clause.

C. *Liability for Civil Conspiracy and Inducing Breach of Contract*

[104] In light of this conclusion, I agree with the Court of Appeal's rejection of Mr. Bhasin's claims based on the torts of inducing breach of contract and unlawful means conspiracy.

[105] The trial judge specifically found that Mr. Hrynew did not encourage Can-Am to act dishonestly in its dealings with Mr. Bhasin and that Can-Am's dishonest conduct was not fairly attributable to Mr. Hrynew: paras. 271 and 287. It follows that Mr. Hrynew did not induce Can-Am's breach of its contractual duty of honest performance.

[106] The trial judge dismissed the claim for conspiracy to injure and there is no basis to interfere with that finding. However, the trial judge held the respondents liable for unlawful means conspiracy, with the unlawful means being the breach of contract and inducing breach of contract: para. 326. Because, in light of my conclusions, the only relevant breach of contract in this case is the breach of the duty of honest performance and there was no inducement of breach of contract, the only relevant unlawful means pertained to Can-Am alone and not Mr. Hrynew. Accordingly, there can be no liability for civil conspiracy: see *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2011 ONCA 460, 106 O.R. (3d) 427, at para. 43.

[107] I therefore agree with the result reached by the Court of Appeal that there could be no liability for inducing breach of contract or unlawful means conspiracy: para. 36. It follows that the claims against Mr. Hrynew were rightly dismissed.

D. *What Is the Appropriate Measure of Damages?*

[108] I have concluded that Can-Am's breach of contract consisted of its failure to be honest with Mr. Bhasin about its contractual performance and, in particular, with respect to its settled intentions with respect to renewal. It is therefore liable for damages calculated on the basis of what Mr. Bhasin's economic position would have been had Can-Am fulfilled that duty. While the trial judge did not assess damages on that basis given her different findings in relation to liability, she made findings that permit this Court to do so.

[109] The trial judge specifically held that but for Can-Am's dishonesty, Mr. Bhasin could have acted so as to "retain the value in his agency": paras. 258-59. In reaching this conclusion, the trial judge was well aware of the difficulties that Mr. Bhasin would have in selling his business given the "almost absolute controls" that Can-Am had on enrollment directors and that it owned the "book of business": para. 402. She also heard evidence and made findings about what the value of the business was, taking these limitations into account. These findings, in my view, permit us to assess damages on the basis that if Can-Am had performed the contract honestly, Mr. Bhasin would have been able to retain the value of his business rather than see it, in effect, expropriated and turned over to Mr. Hrynew.

[110] It is clear from the findings of the trial judge and from the record that the value of the business around the time of non-renewal was \$87,000. The defendants' expert at trial valued Mr. Bhasin's business as of 2001 (the time of non-renewal) as approximately \$87,000. While there is some confusion in the record about the date of evaluation and the relevance of discount rates, I am persuaded that the trial judge found that the business was worth \$87,000 at the time that the Agreement expired and that she made this finding fully alive to the difficulties standing in the way of a sale of the business given the contractual arrangements between Can-Am and its enrollment directors: see, e.g., para. 451. In addition, we have had no suggestion in argument that this figure should be reassessed. In fact, the defendants, as appellants before the Court of Appeal, submitted to that court that if damages were payable, they should be assessed at the value of the business at the time of the expiry of the Agreement and

noted that the trial judge had accepted the evidence of their expert witness, Mr. Bailey, that the value was \$87,000.

[111] I conclude therefore that Mr. Bhasin is entitled to damages in the amount of \$87,000.

IV. Disposition

[112] I would allow the appeal with respect to Can-Am and dismiss the appeal with respect to Mr. Hrynew. I would vary the trial judge's assessment of damages to \$87,000 plus interest. Mr. Bhasin should have his costs throughout as against Can-Am. There should be no costs at any level in favour of or against Mr. Hrynew.

Appeal allowed in part.

Solicitors for the appellant: McCarthy Tétrault, Toronto.

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

TAB 3

Manulife Bank of Canada Appellant

v.

John Joseph Conlin Respondent

INDEXED AS: MANULIFE BANK OF CANADA v. CONLIN

File No.: 24499.

1996: May 30; 1996: October 31.

Present: La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Mortgages — Guarantee — Renewal agreement — Release of guarantor from liability — Mortgagor's husband guaranteeing mortgage — Mortgage clause providing that guarantors liable "as principal debtors and not as sureties" — Guarantee to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment... or the varying of the terms of payment" — Mortgagor renewing mortgage at different interest rate — Renewal agreement not signed by guarantor — Whether guarantor waived equitable right to be released when principal loan renewed.

Courts — Jurisdiction — Mortgagor defaulting on mortgage — Bank obtaining summary judgment against mortgagor and guarantor — Whether Court of Appeal exceeded its jurisdiction in setting aside judgment and dismissing action against guarantor.

The respondent guaranteed a mortgage for a three-year term with an interest rate of 11.5 percent per annum which his wife had provided as security for a loan from the appellant bank. In clause 34 of the mortgage agreement, the guarantors promised, as "principal debtors and not as sureties", to pay the money secured by the mortgage. The guarantee was to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". Shortly before the mortgage was to mature, the mortgagor and the bank executed an agreement which renewed the mortgage for a further three-year term at a yearly interest rate of 13 percent. The renewal forms provided spaces for the signature of the "registered owner" and the "guarantor", but

Banque Manuvie du Canada Appelante

c.

John Joseph Conlin Intimé

RÉPERTORIÉ: BANQUE MANUVIE DU CANADA c. CONLIN

N° du greffe: 24499.

1996: 30 mai; 1996: 31 octobre.

Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major.

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

Hypothèques — Cautionnement — Convention de renouvellement — Libération de la caution — Cautionnement de l'hypothèque par l'époux de la débitrice hypothécaire — Clause de l'hypothèque prévoyant que les cautions sont responsables «à titre de débiteurs principaux et non de cautions» — Cautionnement devant demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification de[s] conditions de paiement» — Débitrice hypothécaire renouvelant l'hypothèque à un taux d'intérêt différent — Convention de renouvellement non signée par la caution — La caution a-t-elle renoncé à son droit en equity d'être libérée lorsque le prêt principal a été renouvelé?

Tribunaux — Compétence — Défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire — Banque obtenant un jugement sommaire contre la débitrice hypothécaire et la caution — La Cour d'appel a-t-elle excédé sa compétence en infirmant le jugement et en rejetant l'action intentée contre la caution?

L'intimé s'est porté garant d'une hypothèque de trois ans, portant intérêt au taux de 11,5 pour 100 par année, que sa femme avait offerte en garantie de remboursement d'un prêt obtenu auprès de la banque appelante. À la clause 34 de la convention hypothécaire, les cautions se sont engagées, «à titre de débiteurs principaux et non de cautions», à rembourser la somme garantie par l'hypothèque. Le cautionnement devait demeurer valide «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». Peu avant que l'hypothèque vienne à échéance, la débitrice hypothécaire et la banque ont signé une convention de renouvellement de l'hypothèque pour une autre période de trois ans, à un taux d'intérêt de 13 pour 100 par année.

the agreement was signed only by the mortgagor. The mortgagor defaulted on the mortgage, and the bank obtained a summary judgment against the mortgagor and the guarantors for the principal owing under the mortgage with interest at 13 percent per annum. The Court of Appeal, in a majority decision, set aside the judgment and dismissed the action against the respondent guarantor. This appeal is to determine (1) whether the Court of Appeal exceeded its jurisdiction in allowing the appeal and dismissing the action, rather than sending the matter back to trial, and (2) whether under the terms of the loan agreement, the respondent was released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased, without notice to him.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Jurisdiction*

The Court of Appeal has jurisdiction to make any order or decision that ought to or could have been made by the court or tribunal appealed from. Considered in light of Rule 1.04(1), which provides that the rules are to be liberally construed, Rules 20.04(2) and (4) of the *Rules of Civil Procedure* gave the motions court judge the jurisdiction to dismiss the action against the respondent. The judge could either have found that there was no genuine issue for trial or he could have found that the only genuine issue was an issue of law. In either case, it would have been within his jurisdiction and, by extension, within the jurisdiction of the Court of Appeal, to dispose of the matter by dismissing the appellant's claim. The appellant was not deprived of its right to have its case fully heard and to test all of the respondent's evidence. Under Rule 39.02(1), a party to a motion may cross-examine the deponent of any affidavit served by a party who is adverse in interest on the motion. The appellant chose not to exercise this right and left the respondent's evidence unchallenged.

(2) *Release from liability*

Per La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ.: It has long been clear that a guarantor will be released from liability on the guarantee in circumstances where the creditor and the principal debtor agree to a material alteration of the terms of the contract of debt without the consent of the guarantor. A surety can contract out of the protection provided to a guarantor by the common

Les formules de renouvellement comportaient un espace pour la signature du «propriétaire enregistré» et de la «caution», mais la convention n'a été signée que par la débitrice hypothécaire. Il y a eu défaut de paiement de l'hypothèque de la part de la débitrice hypothécaire et la banque a obtenu un jugement sommaire contre la débitrice hypothécaire et les cautions pour le capital dû en vertu de l'hypothèque, avec intérêts au taux de 13 pour 100 par année. La Cour d'appel à la majorité a infirmé le jugement et rejeté l'action intentée contre la caution intimée. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) si la Cour d'appel a excédé sa compétence en accueillant l'appel et en rejetant l'action, au lieu de renvoyer l'affaire au procès, et (2) si, en vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé a été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garantis par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans qu'il en soit informé.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *Compétence*

La Cour d'appel a compétence pour rendre l'ordonnance ou la décision que le tribunal dont il y a appel aurait dû ou pu rendre. À la lumière du par. 1.04(1) des Règles, qui prévoit que les règles doivent recevoir une interprétation large, les par. 20.04(2) et (4) des *Règles de procédure civile* conféraient au juge des requêtes compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé. Le juge aurait pu conclure soit qu'il n'y avait pas de question litigieuse soit que la seule question litigieuse portait sur une question de droit. Dans un cas comme dans l'autre, lui-même et, par extension, la Cour d'appel auraient eu compétence pour trancher l'affaire en rejetant la demande de l'appelante. On n'a pas refusé à l'appelante le droit de faire entendre pleinement sa preuve et de vérifier l'exactitude de tout le témoignage de l'intimé. En vertu du par. 39.02(1) des Règles, une partie à une requête peut contre-interroger le déposant d'un affidavit signifié par une partie ayant des intérêts opposés relativement à cette requête. L'appelante a choisi de ne pas exercer ce droit et de ne pas contester le témoignage de l'intimé.

(2) *Libération de responsabilité*

Les juges La Forest, Sopinka, Cory et Major: Il est clair depuis longtemps que la caution est libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement lorsque le créancier et le débiteur principal conviennent d'apporter une modification importante aux conditions de la dette contractuelle sans son consentement. Une caution peut renoncer par contrat à la protection que lui accorde la

law or equity, but any contracting out of the equitable principle must be clear. The issue as to whether a surety remains liable will be determined by interpreting the contract between the parties and determining the intention of the parties as demonstrated by the words of the contract and the events and circumstances surrounding the transaction as a whole. If there is any ambiguity in the terms used in the guarantee, the words of the documents should be construed against the party which drew it, by applying the *contra proferentem* rule. As well, this Court has stated that the surety is a favoured creditor in the eyes of the law whose obligation should be strictly examined and strictly enforced. The guarantor in this case comes within the class of accommodation sureties, or those who enter into the guarantee in the expectation of little or no remuneration. The law has protected such guarantors by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety.

Clause 34 and clause 7, dealing with renewal or extension of time, unambiguously indicate that the respondent was not bound by the renewal agreement. If the guarantor is to be treated as a principal debtor and not as a guarantor, then the failure of the bank to notify the respondent of the renewal agreement and the new terms of the contract must release him from his obligations since he is not a party to the renewal. Moreover, even if it were thought that the principal debtor clause does not convert the guarantor into a principal debtor, the equitable or common law rules relieving the surety from liability where the contract has been materially altered by the creditor and the principal debtor without notice to the surety would apply, in the absence of an express agreement to the contrary. Two aspects of the renewal agreement itself lead to the conclusion that the guarantor is not to be bound. First, the renewal agreement is once again a standard form prepared and used by the bank and it calls for the signature of the guarantor. Secondly, the renewal agreement states that the terms of the old mortgage will form part of the agreement, and by doing so indicates that this is a new agreement rather than merely an extension of an old agreement. Further, clause 7 of the original mortgage specifically distinguishes between extensions and renewals both in its heading and in its text. The failure to refer to a renewal agreement or even to a renewal in clause 34 strongly suggests that it has no application to a renewal. The words used in clauses 34 and 7 are sufficiently clear to conclude that the guarantor did not waive his equitable and common law rights either as a principal debtor or as a guarantor. If the wording of the two clauses should be found to be ambiguous, the *con-*

common law ou l'*equity*, mais toute renonciation par contrat au principe d'*equity* doit être claire. Pour savoir si la responsabilité de la caution subsiste, il faut interpréter le contrat liant les parties et déterminer leur intention eu égard aux mots qu'elles ont utilisés et aux circonstances de l'ensemble de l'opération. Il y a lieu d'appliquer la règle *contra proferentem* selon laquelle une clause de cautionnement ambiguë doit être interprétée au détriment de la partie qui l'a rédigée. De même, notre Cour a affirmé que la caution est, aux yeux de la common law, un créancier privilégié dont l'obligation devrait être interprétée et exécutée strictement. La caution, dans la présente affaire, tombe dans la catégorie des cautions de complaisance, ou de celles qui ont conclu le contrat de cautionnement en espérant peu de rétribution, si ce n'est aucune. La loi a protégé ces cautions en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement.

La clause 34 et la clause 7, qui porte sur le renouvellement ou la prorogation de délai, indiquent nettement que l'intimé n'était pas lié par la convention de renouvellement. S'il faut traiter la caution comme un débiteur principal et non comme une caution, alors le défaut de la banque d'aviser l'intimé de la convention de renouvellement et des nouvelles conditions du contrat doit le libérer de ses obligations étant donné qu'il n'est pas partie au renouvellement. De plus, même si l'on pensait que la clause de débiteur principal ne transforme pas la caution en un débiteur principal, les règles d'*equity* et de common law qui libèrent la caution de sa responsabilité, lorsque le créancier et le débiteur principal ont modifié sensiblement le contrat sans l'aviser, s'appliqueraient, en l'absence d'un consentement explicite à ce qu'il en soit autrement. Deux aspects de la convention de renouvellement elle-même mènent à la conclusion que la caution ne doit pas être liée. Premièrement, la convention de renouvellement est une formule type préparée et utilisée par la banque, qui requiert la signature de la caution. Deuxièmement, la convention de renouvellement prévoit que les conditions de l'ancienne hypothèque feront partie de la convention, indiquant ainsi qu'il s'agit d'une nouvelle convention plutôt qu'une simple prorogation de l'ancienne. En outre, la clause 7 de l'hypothèque initiale distingue expressément les prorogations des renouvellements, tant dans sa rubrique que dans son texte même. L'absence de mention d'une convention de renouvellement ou même d'un renouvellement dans la clause 34 donne fortement à penser qu'elle ne s'applique pas à un renouvellement. Les mots utilisés dans les clauses 34 et 7 sont suffisamment clairs pour conclure que la caution n'a pas renoncé aux droits que

tra proferentem rule must be applied against the bank. The wording of clause 34 binding the guarantor to variations in the event of an extension of the mortgage should not be applied to bind the guarantor to a renewal without notice since there is ambiguity as to whether clause 34 applies to renewals at all. In these circumstances as well, the guarantor should be relieved of liability.

Per Gonthier and Iacobucci JJ. (dissenting): Clause 34 amounts to a waiver of the respondent's right to be discharged as a result of a material variation of the principal contract. Guarantee contracts are basically contracts, like any others, and should be construed according to the ordinary rules of contractual interpretation. The cardinal interpretive rule of contracts is that the court should give effect to the intentions of parties as expressed in their written document. The court will deviate from the plain meaning of the words only if a literal interpretation of the contractual language would lead either to an absurd result or to a result which is plainly repugnant to the intention of the parties. By clause 34, the guarantors agree to remain bound by the guarantee contract notwithstanding the giving of time for payment of the mortgage or the varying of the rate of interest. While clause 34 does not refer to "renewal" agreements by name, it does contain a clear waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of an extension of time or an increase in the rate of interest. The plain ordinary meaning of the words "the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" encompasses the renewal agreement. While the parties used a renewal agreement, at bottom, that renewal agreement extended the time for payment and increased the interest rate, events that are expressly covered in clause 34. Under clause 34, the bank did not have to notify the guarantors of the renewal agreement. The language of the clause is clear, and it would be odd to infer a condition of notice when the undertaking is so clear and unambiguous. As "principal debtors", the guarantors would not be expected to sign the renewal agreement. The evident intention of the parties, in using this kind of language, was to preserve the liability of the surety even in circumstances where the principal obligation was no longer enforceable. The space for the guarantors' signature on the renewal agreement is not helpful in trying to interpret the guarantee contract, since the wording or form of another subsequent contract, entered into three years later, cannot change the meaning of the

l'équité et la common law lui confèrent à titre de débiteur principal ou de caution. Si l'on conclut que le texte des deux clauses est ambigu, il faut appliquer la règle *contra proferentem* au détriment de la banque. Le texte de la clause 34 liant la caution aux modifications qui peuvent être apportées en cas de prorogation de l'hypothèque ne devrait pas être interprété de manière à lier la caution à un renouvellement effectué sans donner avis, étant donné qu'il y a ambiguïté quant à savoir si la clause 34 s'applique de quelque façon que ce soit aux renouvellements. Dans ces circonstances aussi, la caution devrait être libérée de sa responsabilité.

Les juges Gonthier et Iacobucci (dissidents): La clause 34 équivaut à une renonciation par l'intimé au droit d'être libéré en raison d'une modification importante du contrat principal. Les contrats de cautionnement sont au fond des contrats comme les autres, qui devraient être interprétés selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. La principale règle d'interprétation des contrats veut que les tribunaux mettent à exécution les intentions que les parties ont exprimées dans leur document écrit. La cour ne s'écartera du sens ordinaire des mots que si une interprétation littérale des termes du contrat menait à un résultat absurde ou à un résultat nettement inconciliable avec l'intention des parties. À la clause 34, les cautions consentent à rester liées par le contrat de cautionnement nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de l'hypothèque ou la modification du taux d'intérêt. Bien qu'elle ne mentionne pas expressément les conventions de «renouvellement», la clause 34 contient une renonciation claire au droit des cautions d'être libérées dans le cas d'une prorogation de délai ou d'une augmentation du taux d'intérêt. Le sens clair et ordinaire des mots «l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification de[s] conditions de paiement» comprend la convention de renouvellement. Bien que les parties aient conclu une convention de renouvellement, au fond, cette convention de renouvellement prorogeait le délai de paiement et augmentait le taux d'intérêt, ce qui était expressément prévu à la clause 34. En vertu de la clause 34, la banque n'était pas tenue d'aviser les cautions de la convention de renouvellement. Le texte de cette clause est clair et il serait étrange de déduire l'existence d'une exigence d'avis en présence d'un engagement aussi clair et net. On ne s'attendrait pas à ce que, à titre de «débiteurs principaux», les cautions soient signataires de la convention de renouvellement. Les parties avaient manifestement l'intention, en utilisant cette terminologie, de maintenir la responsabilité de la caution même dans le cas où l'obligation principale ne pourrait plus être exécutée. L'espace prévu pour la signature de la caution dans la con-

original agreement. The respondent promised to guarantee the payment of the money secured by the original mortgage, and the terms of that mortgage thus determine the extent of his liability. The respondent is not liable for interest at the increased rate of 13 percent, but simply to repay the balance owing on the principal sum with interest charged at 11.5 percent per annum.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Subject to the following comment, Iacobucci J.'s reasons are substantially agreed with. Courts should generally use the "modern contextual approach" as the standard, normative approach to judicial interpretation, and may exceptionally resort to the old "plain meaning" rule in appropriate circumstances. To determine the appropriate definition of the phrase "the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment" in the present context, Iacobucci J. reviewed the provisions in their immediate context, the contract as a whole, the consequences of proposed interpretations, the applicable presumptions and rules of interpretation, and admissible external aids. This process is not an application of the "plain meaning" approach but rather an application of the "modern contextual approach" to judicial interpretation. The rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally are essentially the same as the rules for statutory interpretation. The "modern contextual approach" for statutory interpretation, with appropriate adaptations, is equally applicable to contractual interpretation. Statutory interpretation and contractual interpretation are but two species of the general category of judicial interpretation. Here, the resulting interpretation did not come from the "plain meaning" of the words, but from their "meaning in law", because they are "legal terms of art". Where an instrument uses a legal term of art, there is a presumption that the term of art is used in its correct legal sense, and this is the presumption that is resorted to by Iacobucci J. when he makes use of admissible external aids in determining the correct meaning of the phrase "to give time".

vention de renouvellement n'est d'aucune utilité pour tenter d'interpréter le contrat de cautionnement, puisque le texte ou la forme d'un autre contrat conclu trois ans plus tard ne saurait changer le sens de la convention initiale. L'intimé a promis de garantir le paiement des sommes garanties par l'hypothèque initiale, et les conditions de cette hypothèque déterminent donc l'étendue de sa responsabilité. L'intimé est responsable non pas des intérêts calculés au taux majoré de 13 pour 100 par année, mais simplement du remboursement du solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Sous réserve du commentaire suivant, il y a accord, pour l'essentiel, avec les motifs du juge Iacobucci. Les tribunaux doivent généralement utiliser la «méthode contextuelle moderne» comme méthode normative standard d'interprétation judiciaire et ils peuvent exceptionnellement recourir à l'ancienne règle du «sens ordinaire» quand les circonstances s'y prêtent. Pour définir l'expression «l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification de[s] conditions de paiement» dans le présent contexte, le juge Iacobucci a examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, le contrat dans son ensemble, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles d'interprétation applicables, ainsi que les sources acceptables d'aide extérieure. Cette démarche est une application non pas de la méthode du «sens ordinaire», mais plutôt de la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation judiciaire. Les règles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général sont essentiellement les mêmes que les règles d'interprétation des lois. La «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois s'applique également, avec les adaptations nécessaires, à l'interprétation des contrats. L'interprétation des lois et l'interprétation des contrats ne sont que deux subdivisions de la grande catégorie de l'interprétation judiciaire. En l'espèce, l'interprétation qui a résulté découlait non pas du «sens ordinaire» des mots, mais plutôt de leur «sens en droit» parce que ce sont des «termes techniques propres au domaine juridique». Lorsqu'un instrument emploie un terme technique propre au domaine juridique, ce terme technique est présumé être employé dans son sens juridique exact, et c'est la présomption à laquelle recourt le juge Iacobucci lorsqu'il utilise une source acceptable d'aide extérieure pour déterminer le sens exact de l'expression «accorder un délai».

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *First City Capital Ltd. v. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792; *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165; *Alberta Opportunity Co. v. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109; *Co-operative Trust Co. of Canada v. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90; *Royal Trust Corp. of Canada v. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287; *Veteran Appliance Service Co. v. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117.

By Iacobucci J. (dissenting)

Holme v. Brunskill (1878), 3 Q.B.D. 495; *Re Rotenberg and Borough of York* (No. 2) (1976), 13 O.R. (2d) 101; *Keltic Leasing Corp. v. Curtis* (1993), 133 N.B.R. (2d) 73; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551; *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102; *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888; *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936; *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

River Wear Commissioners v. Adamson (1877), 2 App. Cas. 743; *Sydall v. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302; *Inland Revenue Commissioners v. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197.

Statutes and Regulations Cited

Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 134(1).
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, Rules 1.04(1), 20.04(2), (4), 39.02(1).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979, "renewal", "extension".
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, "extend", "renew".
 Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *First City Capital Ltd. c. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792; *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165; *Alberta Opportunity Co. c. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109; *Co-operative Trust Co. of Canada c. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90; *Royal Trust Corp. of Canada c. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287; *Veteran Appliance Service Co. c. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117.

Citée par le juge Iacobucci (dissident)

Holme c. Brunskill (1878), 3 Q.B.D. 495; *Re Rotenberg and Borough of York* (No. 2) (1976), 13 O.R. (2d) 101; *Keltic Leasing Corp. c. Curtis* (1993), 133 R.N.-B. (2^e) 73; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551; *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102; *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888; *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936; *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453; *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

River Wear Commissioners c. Adamson (1877), 2 App. Cas. 743; *Sydall c. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302; *Inland Revenue Commissioners c. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197.

Lois et règlements cités

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 134(1).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, règl. 194, art. 1.04(1), 20.04(2), (4), 39.02(1).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1979, «renewal», «extension».
Concise Oxford Dictionary of Current English, 9th ed. Oxford: Clarendon Press, 1995, «extend», «renew».
 Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2^e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
 McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143, reversing a decision of the Ontario Court (General Division) finding the respondent liable to pay under a mortgage. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Iacobucci JJ. dissenting.

H. Stephen Lee, for the appellant.

Raymond F. Leach and Barbara F. Fischer, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Cory and Major JJ. was delivered by

CORY J. — I have read with great interest the clear and concise reasons of Justice Iacobucci. I am in agreement with his finding that the Court of Appeal had jurisdiction to make the order dismissing the action against the respondent. However, I must differ with his conclusion that by the terms of the guarantee, the respondent waived the equitable right of a guarantor to be released upon renewal of the mortgage loan with a different term and interest rates to which the guarantor did not consent.

The Position of a Guarantor as Defined by Equity and the Common Law

It has long been clear that a guarantor will be released from liability on the guarantee in circumstances where the creditor and the principal debtor agree to a material alteration of the terms of the contract of debt without the consent of the guarantor. The principle was enunciated by Cotton L.J. in *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), at pp. 505-6, in this way:

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.
 Fridman, G. H. L. *The Law of Contract in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1994.
 McGuinness, Kevin Patrick. *The Law of Guarantee*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1996.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143, qui a infirmé une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) qui avait conclu que l'intimé était responsable du paiement d'une hypothèque. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Iacobucci sont dissidents.

H. Stephen Lee, pour l'appelante.

Raymond F. Leach et Barbara F. Fischer, pour l'intimé.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Cory et Major rendu par

LE JUGE CORY — J'ai lu avec grand intérêt les motifs clairs et concis du juge Iacobucci. Je suis d'accord avec sa conclusion que la Cour d'appel avait compétence pour délivrer l'ordonnance rejetant l'action contre l'intimé. Toutefois, je dois exprimer mon désaccord avec sa conclusion qu'en vertu des conditions du cautionnement l'intimé a renoncé au droit qu'une caution possède en *equity* d'être libérée en cas de renouvellement du prêt hypothécaire où l'échéance et le taux d'intérêt sont modifiés sans son consentement.

La situation de la caution en vertu de l'*equity* et de la common law

Il est clair depuis longtemps que la caution est libérée de sa responsabilité en vertu du cautionnement lorsque le créancier et le débiteur principal conviennent d'apporter une modification importante aux conditions de la dette contractuelle sans son consentement. Ce principe est énoncé ainsi par le lord juge Cotton dans l'arrêt *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), aux pp. 505 et 506:

The true rule in my opinion is, that if there is any agreement between the principals with reference to the contract guaranteed, the surety ought to be consulted, and that if he has not consented to the alteration, although in cases where it is without inquiry evident that the alteration is unsubstantial, or that it cannot be otherwise than beneficial to the surety, the surety may not be discharged; yet, that if it is not self-evident that the alteration is unsubstantial, or one which cannot be prejudicial to the surety, the Court . . . will hold that in such a case the surety himself must be the sole judge whether or not he will consent to remain liable notwithstanding the alteration, and that if he has not so consented he will be discharged.

This rule has been adopted in a number of Canadian cases. See for example *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 562.

3

The basis for the rule is that any material alteration of the principal contract will result in a change of the terms upon which the surety was to become liable, which will, in turn, result in a change in the surety's risk. The rationale was set out in *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996) by Professor K. P. McGuinness in this way, at p. 534:

The foundation of the rule in equity is certainly consistent with traditional thinking, but it is a fair question whether it is necessary to invoke the aid of equity at all in order to conclude that in a case where the principal contract is varied materially without the surety's consent, the surety is not liable for any subsequent default. Essentially, a specific or discrete guarantee (as opposed to an all accounts guarantee) is an undertaking by the surety against the risks arising from a particular contract with the principal. If that contract is varied so as to change the nature or extent of the risks arising under it, then the effect of the variation is not so much to cancel the liability of the surety as to remove the creditor from the scope of the protection that the guarantee affords. When so viewed, the foundation of the surety's defence appears in law rather than equity: it is not that the surety is no longer liable for the original contract as it is that the original contract for which the surety assumed liability has ceased to apply. In varying the principal contract without the consent of the surety, the creditor embarks upon a frolic of his own, and if misfortune occurs it occurs at the sole risk of the creditor. A law based

[TRANSLATION] La véritable règle est, à mon avis, la suivante: s'il y a une convention entre les parties principales quant au contrat cautionné, la caution doit être consultée et, si elle n'a pas consenti à la modification, même dans le cas où il est parfaitement évident que la modification n'est pas importante ou qu'elle ne peut que lui être profitable, la caution ne peut être libérée; cependant, s'il n'est pas évident en soi que la modification n'est pas importante ou qu'elle n'est pas susceptible de porter préjudice à la caution, la cour [...] statuera alors qu'il revient à la caution elle-même de décider si elle consent à rester liée nonobstant la modification, et si elle ne donne pas ce consentement, elle sera libérée.

Cette règle a été adoptée dans un certain nombre de décisions canadiennes. Voir, par exemple, l'arrêt *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 562.

La règle est fondée sur le raisonnement selon lequel toute modification importante du contrat principal a pour résultat de modifier les conditions auxquelles la responsabilité de la caution devait être engagée, ce qui a pour effet de modifier le risque auquel la caution est exposée. Ce raisonnement a été formulé par le professeur K. P. McGuinness dans *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996), à la p. 534:

[TRANSLATION] Le fondement de la règle d'équité est certainement compatible avec le courant de pensée traditionnel, mais il est juste de se demander s'il est nécessaire d'invoquer de quelque façon l'équité pour conclure que, dans le cas où une modification importante est apportée au contrat principal sans le consentement de la caution, cette dernière ne verra pas sa responsabilité engagée en cas d'inexécution subséquente. Au fond, un cautionnement particulier ou distinct (par opposition à un cautionnement général) est un engagement par lequel la caution se porte garante des risques découlant d'un contrat particulier avec le débiteur principal. Si ce contrat est modifié de manière à changer la nature et l'ampleur des risques qui en découlent, la modification n'a pas tant pour effet d'annuler la responsabilité de la caution que de soustraire le créancier à la protection que le cautionnement accorde. Sous cet angle, la défense de la caution paraît reposer sur la common law plutôt que sur l'équité: ce n'est pas que la caution n'assume plus aucune responsabilité relativement au contrat initial, mais plutôt que le contrat initial pour lequel la caution a assumé une responsabilité ne s'applique plus. En modi-

1996 CanLII 182 (SCC)

approach to the defence is in certain respects attractive, because it moves the surety's right of defence in the case of material variation from the discretionary and therefore relatively unsettled realm of equity into the more absolute and certain realm of law. In any event, it is clear quite certainly in equity and quite probably in law as well, that the material variation of the principal contract without the surety's consent (unless subsequently ratified by the surety) will result in the discharge of the surety from liability under the guarantee.

And further at p. 541, he wrote:

Where the risk to which the surety is exposed is changed, the rationale for the complete release of the surety is easily explained. To change the principal contract is to change the basis upon which the surety agreed to become liable. A surety's liability extends only to the contract which he has agreed to guarantee. If the terms of that contract (and consequently the terms of the surety's risk) are varied then the creditor should no longer be entitled to hold the surety to his obligation under the guarantee. To require a surety to maintain a guarantee in such a situation would be to allow the creditor and the principal to impose a guarantee upon the surety in respect of a new transaction. Such a power in the hands of the principal and creditor would amount to a radical departure from the principles of consensus and voluntary assumption of duty that form the basis of the law of contract.

The Right of a Guarantor to Contract Out of the Protection Provided by the Common Law

Generally, it is open to parties to make their own arrangements. It follows that a surety can contract out of the protection provided to a guarantor by the common law or equity. See for example *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 107. The Ontario Court of Appeal, correctly in my view, added that any contracting out of the equitable principle must be clear. See *First City Capital Ltd. v. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), at p. 796.

fiant le contrat principal sans le consentement de la caution, le créancier le fait à ses risques et périls, et si une malchance survient, elle survient uniquement aux dépens du créancier. Une façon d'aborder la défense sous l'angle de la common law est attrayante à certains égards, parce que cela fait passer le droit de la caution de se défendre, dans le cas où il y a eu modification importante, du domaine discrétionnaire et donc relativement incertain de l'*equity* au domaine plus absolu et certain de la common law. De toute manière, il est clair, très certainement en *equity* et fort probablement en common law aussi, que la modification importante du contrat principal effectuée sans le consentement de la caution (à moins qu'elle ne l'ait ratifiée ultérieurement) aura pour résultat de libérer la caution de sa responsabilité aux termes du cautionnement.

Il écrit ensuite, à la p. 541:

[TRADUCTION] Si le risque auquel la caution est exposée est modifié, la libération totale de la caution se justifie facilement. Modifier le contrat principal, c'est modifier le motif pour lequel la caution a convenu d'être responsable. La responsabilité de la caution se limite au contrat pour lequel elle s'est portée garante. Si les conditions de ce contrat (et donc les conditions du risque auquel est exposée la caution) sont modifiées, alors le créancier ne devrait plus avoir le droit d'exiger de la caution l'exécution de son obligation en vertu du cautionnement. Dans un tel cas, exiger d'une caution qu'elle maintienne son cautionnement équivaldrait à permettre au créancier et au débiteur principal de forcer la caution à se porter garante d'une nouvelle opération. Un tel pouvoir de la part du créancier et du débiteur principal représenterait une dérogation radicale aux principes de consensus et d'acceptation volontaire d'obligations sur lesquels repose le droit des contrats.

Le droit de la caution de renoncer par contrat à la protection de la common law

De façon générale, il est loisible aux parties de conclure leurs propres arrangements. Il s'ensuit qu'une caution peut renoncer par contrat à la protection que lui accorde la common law ou l'*equity*; voir, par exemple, l'arrêt *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, à la p. 107. La Cour d'appel de l'Ontario a ajouté, à juste titre selon moi, que toute renonciation par contrat au principe d'*equity* doit être claire. Voir *First City Capital Ltd. c. Hall* (1993), 11 O.R. (3d) 792 (C.A.), à la p. 796.

5 The principle was explained by Professor McGuinness in *The Law of Guarantee, supra*, at p. 546, in these words:

There are certain types of amendment that may be made to the terms of a principal contract (or departures from the terms of the principal contract) that will not have the effect of discharging the surety under that contract, even though those changes may be of a material nature. For instance, where the changes that have been made to the principal contract were specifically authorized by the surety or were otherwise within the contemplation of the contract, the surety will not be discharged. Similarly, changes which are authorized within the guarantee will not relieve the surety from liability.

It is a question of interpretation whether such changes are authorized or contemplated.

The author added at p. 547 the following sage advice to lending institutions:

Since the courts have tended to give a narrow construction to provisions in standard form guarantees which authorize such changes, it would be most unwise for a creditor to agree to changes without first obtaining the consent of the surety, except where there is clear authorization for him to act solely upon his own initiative. Where the creditor seeks to show that the guarantee agreement provides a blanket authorization to make material alterations to the principal contract, the wording must be very clear that such a right was intended. [Emphasis added.]

6 The issue as to whether a surety remains liable will be determined by interpreting the contract between the parties and determining the intention of the parties as demonstrated by the words of the contract and the events and circumstances surrounding the transaction as a whole.

Principles of Interpretation

7 In many if not most cases of guarantees a contract of adhesion is involved. That is to say the document is drawn by the lending institution on a standard form. The borrower and the guarantor have little or no part in the negotiation of the agreement. They have no choice but to comply with its terms if the loan is to be granted. Often the guarantors are family members with limited com-

Dans *The Law of Guarantee, op. cit.*, le professeur McGuinness explique ainsi ce principe, à la p. 546:

[TRADUCTION] Il y a certaines modifications des conditions d'un contrat principal (ou dérogations à ces conditions) qui n'auront pas pour effet de libérer la caution à l'égard de ce contrat, même si ces modifications peuvent être importantes. Par exemple, si les modifications du contrat principal ont été précisément autorisées par la caution ou si elles étaient par ailleurs prévues par le contrat, la caution ne sera pas libérée. De même, les modifications autorisées apportées au cautionnement ne libéreront pas la caution de sa responsabilité.

La question de savoir si ces modifications sont autorisées ou prévues est une question d'interprétation.

À la page 547, l'auteur ajoute à l'intention des établissements de crédit le sage conseil suivant:

[TRADUCTION] Étant donné que les tribunaux ont tendance à donner une interprétation restrictive aux dispositions des contrats types de cautionnement qui autorisent ces modifications, il serait extrêmement imprudent, de la part d'un créancier, de convenir de faire des modifications sans d'abord obtenir préalablement le consentement de la caution, sauf lorsqu'il est clairement autorisé à agir de son propre chef. Lorsque le créancier cherche à démontrer que la convention de cautionnement lui accorde une autorisation générale d'apporter des modifications importantes au contrat principal, il doit être écrit très clairement qu'on a voulu conférer ce droit. [Je souligne.]

Pour savoir si la responsabilité de la caution subsiste, il faut interpréter le contrat liant les parties et déterminer leur intention eu égard aux mots qu'elles ont utilisés et aux circonstances de l'ensemble de l'opération.

Principes d'interprétation

De nombreux cautionnements, voir la plupart, sont consentis au moyen d'un contrat d'adhésion. En d'autres termes, le document proposé par l'établissement de crédit est une formule type. L'emprunteur et la caution ne participent que peu ou pas du tout à la négociation de la convention. Ils ne peuvent rien faire d'autre que d'accepter les conditions du prêt, s'ils veulent qu'il leur soit

mercial experience. As a matter of accommodation for a family member or friend they sign the guarantee. Many guarantors are unsophisticated and vulnerable. Yet the guarantee extended as a favour may result in a financial tragedy for the guarantor. If the submissions of the bank are accepted, it will mean in effect that a guarantor, without the benefit of notice or any further consideration, will be bound indefinitely to further mortgages signed by the mortgagor at varying rates of interest and terms. The guarantor is without any control over the situation. The position adopted by the bank, if it is correct, could in the long run have serious consequences. Guarantors, once they become aware of the extent of their liability, will inevitably drop out of the picture with the result that many simple and straightforward loans will not proceed since they could not be secured by guarantors.

In my view, it is eminently fair that if there is any ambiguity in the terms used in the guarantee, the words of the documents should be construed against the party which drew it, by applying the *contra proferentem* rule. This is a sensible and satisfactory way of approaching the situation since the lending institutions that normally draft these agreements can readily amend their documents to ensure that they are free from ambiguity. The principle is supported by academic writers.

G. H. L. Fridman, in his text *The Law of Contract in Canada* (3rd ed. 1994), at pp. 470-71, puts the position in this way:

The *contra proferentem* rule is of great importance, especially where the clause being construed creates an exemption, exclusion or limitation of liability. . . .

Where the contract is ambiguous, the application of the *contra proferentem* rule ensures that the meaning least favourable to the author of the document prevails.

Professor McGuinness, in his work *The Law of Guarantee*, *supra*, at pp. 612-13, explains the application of the rule as follows:

accordé. Souvent, les cautions sont des membres de la famille qui ont une expérience limitée des affaires. C'est par complaisance pour un membre de la famille ou un ami qu'elles souscrivent le cautionnement. Bien des cautions sont des personnes non averties et vulnérables. Pourtant le cautionnement accordé à titre de faveur peut engendrer une tragédie financière pour la caution. Si les arguments de la banque sont retenus, cela signifiera, en fait, que, sans avoir bénéficié d'un avis ou de quelque autre contrepartie, la caution sera liée indéfiniment par d'autres hypothèques souscrites par le débiteur hypothécaire à des conditions et à des taux d'intérêt variables. La caution n'a aucun contrôle sur la situation. La position adoptée par la banque, à supposer que ce soit la bonne, peut avoir de graves conséquences à long terme. Lorsqu'elles se seront rendu compte de l'ampleur de leur responsabilité, les cautions disparaîtront inévitablement du paysage de sorte que de nombreux prêts tout simples ne seront pas conclus faute de caution.

À mon avis, il est parfaitement juste d'appliquer la règle *contra proferentem* selon laquelle une clause de cautionnement ambiguë doit être interprétée au détriment de la partie qui l'a rédigée. C'est une façon raisonnable et satisfaisante d'aborder la situation étant donné que les établissements de crédit qui rédigent normalement ces conventions peuvent facilement modifier leurs documents de façon à ce qu'ils ne comportent aucune ambiguïté. La doctrine appuie ce principe.

Dans *The Law of Contract in Canada* (3^e éd. 1994), aux pp. 470 et 471, G. H. L. Fridman décrit ainsi la situation:

[TRADUCTION] La règle *contra proferentem* est d'une grande importance, particulièrement lorsque la clause interprétée crée une exonération totale ou partielle de responsabilité . . .

Lorsque le contrat est ambigu, l'application de la règle *contra proferentem* assure que l'interprétation la moins favorable à l'auteur du document sera retenue.

Dans *The Law of Guarantee*, *op. cit.*, aux pp. 612 et 613, le professeur McGuinness explique ainsi l'application de la règle:

... the *contra proferentum* rule of construction (under which the provisions of an agreement that were inserted by a party for his own protection are subjected to a strict interpretation) provides one method through which the courts can restrict the scope of extremely broad provisions which purport to eliminate the rights of the surety. The justification for giving such provisions a narrow construction is clear: it is one thing to say that a party may, if he so chooses, agree to assume an excessive burden, and to waive the rights which the law generally recognizes as existing for his protection. It is quite another thing to assume that parties necessarily intend to enter into such obligations. The more natural assumption is the exact opposite. Where the guarantee was drafted by the creditor, and there is any ambiguity or imprecision in the terms of a provision which purports to limit the rights of a surety, it is only fair that the ambiguity be resolved against the party who prepared the document. If the creditor wishes to take away a right belonging to the surety, he should use clear language in the document.

McGuinness further explains the principle and its justification in these words, at p. 244:

Where it is the creditor who drafted the terms of the contract, consistence of principle would call for the guarantee to be construed narrowly and thus in effect against the creditor. It is submitted that the correct rule is that where there is only one reasonable interpretation that the words used in a guarantee can bear, the guarantee should be given that interpretation. In such a case, the *contra proferentum* rule would not come into play. Where, however, the agreement is ambiguous in the sense that there are two or more interpretations that might reasonably be given to its terms, the guarantee should be construed against the party who prepared it or proposed its adoption, whether that be the creditor or the surety.

10 As well, this Court has stated that the surety is a favoured creditor in the eyes of the law whose obligation should be strictly examined and strictly enforced. This appears from the reasons of Davis J. in *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165, at p. 172:

A surety has always been a favoured creditor in the eyes of the law. His obligation is strictly examined and strictly enforced.

He goes on to say:

[TRADUCTION] ... la règle d'interprétation *contra proferentem* (en vertu de laquelle les dispositions d'une convention qui y ont été incluses par une partie pour sa propre protection sont sujettes à une interprétation restrictive) offre aux tribunaux un moyen de restreindre la portée de dispositions extrêmement générales qui ont pour effet d'éliminer les droits de la caution. La justification d'une telle interprétation restrictive de ces dispositions est claire: c'est une chose que de dire qu'une partie peut, si elle le désire, consentir à assumer un fardeau excessif et renoncer aux droits que la common law lui reconnaît généralement pour sa protection. C'est une toute autre chose que de présumer que les parties veulent nécessairement souscrire à de telles obligations. Il est plus naturel de présumer le contraire. Lorsque le cautionnement a été rédigé par le créancier et qu'il y a une ambiguïté ou une imprécision dans une clause qui a pour effet de limiter les droits d'une caution, il n'est que juste que l'ambiguïté soit dissipée au détriment de la partie qui a préparé le document. Si le créancier désire retirer un droit à la caution, il doit le préciser clairement dans le document.

McGuinness explique, en outre, le principe et sa justification en ces termes, à la p. 244:

[TRADUCTION] Lorsque c'est le créancier qui a rédigé les conditions du contrat, il serait logique que le cautionnement soit interprété de façon restrictive et donc au détriment du créancier. On prétend que la règle à appliquer est la suivante: s'il n'y a qu'une façon raisonnable d'interpréter les termes d'un cautionnement, cette interprétation doit être donnée au cautionnement. Dans ce cas, la règle *contra proferentem* ne joue pas. Toutefois, si la convention est ambiguë en ce sens qu'il y a deux interprétations ou plus qui pourraient raisonnablement lui être données, le cautionnement doit être interprété au détriment de la partie qui l'a rédigé ou qui en a proposé l'adoption, que ce soit le créancier ou la caution.

De même, notre Cour a affirmé que la caution est, aux yeux de la common law, un créancier privilégié dont l'obligation devrait être interprétée et exécutée strictement. C'est ce qui ressort des motifs du juge Davis dans *Holland-Canada Mortgage Co. c. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165, à la p. 172:

[TRADUCTION] La caution a toujours été un créancier privilégié aux yeux de la common law. Son obligation est interprétée et exécutée strictement.

Il ajoute:

"It must always be recollected," said Lord Westbury in *Blest v. Brown* (1862), 4 De G. F. & J. 367, at 376,

in what manner a surety is bound. You bind him to the letter of his engagement. Beyond the proper interpretation of that engagement you have no hold upon him. He receives no benefit and no consideration. He is bound, therefore, merely according to the proper meaning and effect of the written engagement that he entered into. If that written engagement is altered in a single line, no matter whether it be altered for his benefit, no matter whether the alteration be innocently made, he has a right to say, "The contract is no longer that for which I engaged to be surety; you have put an end to the contract that I guaranteed, and my obligation, therefore, is at an end."

Apart from any express stipulation to the contrary, where the change is in respect of a matter that cannot "plainly be seen without inquiry to be unsubstantial or necessarily beneficial to the surety," . . . the surety, if he has not consented to remain liable notwithstanding the alteration, will be discharged whether he is in fact prejudiced or not.

Those comments are as true today as they were at the time they were written.

The appellant contends that this principle of interpretation has been abandoned and for that proposition relies upon the reasons of this Court in *Bauer, supra*. I cannot agree with this submission. The issue in that case was whether a particular clause within the guarantee was an exemption clause and thus subject to the special rules of construction applying to those clauses. It was held that the clause in question was not, in fact, an exemption clause. The general question as to whether the scope of surety obligations should be construed strictly was not explicitly addressed by the Court. It is also significant that the Alberta Court of Appeal in *Alberta Opportunity Co. v. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624, found that the clause they were considering was analogous to that in issue in *Bauer*. Nonetheless they determined, correctly in my view, that it should be interpreted in accordance with the general rules of construction. Those rules should, in my view, include the *contra proferentem* rule and thus will be generally applicable to guarantee or surety clauses.

[TRADUCTION] «Il faut toujours se souvenir», a dit lord Westbury, dans *Blest c. Brown* (1862), 4 De G. F. & J. 367, à la p. 376,

de quelle façon la caution est liée. Vous l'obligez à respecter son engagement à la lettre. Au-delà de l'interprétation correcte de cet engagement, vous n'avez aucun pouvoir sur elle. Elle ne touche aucun avantage ni aucune contrepartie. Elle n'est donc liée qu'en vertu de l'interprétation et de l'effet réguliers de l'engagement écrit qu'elle a souscrit. Si la moindre modification est apportée à cet engagement, peu importe que ce soit à son avantage ou que la modification ait été faite innocemment, elle a le droit de dire: «Le contrat n'est plus celui que je me suis engagée à cautionner; vous avez mis fin au contrat dont je me suis portée garante et, par conséquent, mon obligation n'existe plus.»

Sauf stipulation expresse contraire, si la modification porte sur une question qui ne peut pas «de toute évidence et indéniablement être considérée comme non importante ou nécessairement profitable à la caution,» [. . .] la caution, si elle n'a pas consenti à demeurer responsable en dépit de la modification, sera libérée, peu importe que la modification lui soit préjudiciable ou pas.

Ces commentaires sont aussi vrais aujourd'hui qu'ils l'étaient à l'époque où ils ont été rédigés.

L'appelante soutient que ce principe d'interprétation a été abandonné et, à ce propos, elle invoque les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Bauer*, précité. Je ne puis souscrire à cet argument. La question en litige dans cet arrêt était de savoir si une certaine clause du cautionnement était une clause d'exonération et si elle était, ainsi, assujettie aux règles spéciales d'interprétation applicables à ces clauses. On a statué que la clause en question n'était pas, en réalité, une clause d'exonération. La Cour n'a pas abordé expressément la question générale de savoir si l'étendue des obligations d'une caution devait être interprétée restrictivement. Il est également révélateur que la Cour d'appel de l'Alberta ait conclu, dans *Alberta Opportunity Co. c. Schinnour*, [1991] 2 W.W.R. 624, que la clause qu'elle examinait était analogue à celle en cause dans *Bauer*. Elle a néanmoins décidé, à juste titre selon moi, qu'elle devait être interprétée selon les règles générales d'interprétation. À mon sens, ces règles doivent comprendre la règle *contra proferentem* et seront ainsi généralement applicables aux clauses de cautionnement.

12 The position set out in *Holland-Canada Mortgage Co.*, *supra*, was confirmed in *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513. At p. 521 of that case, it was said that “accommodation sureties” are those who entered into the guarantee “in the expectation of little or no remuneration and for the purpose of accommodating others or of assisting others in the accomplishment of their plans”. The protection offered to this class of guarantors was explained also at p. 521:

In respect of them, the law has been astute to protect them by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety.

13 These sureties were contrasted with “compensated sureties” whose business consists of guaranteeing performance and payment in return for a premium. With respect to this latter class of sureties it was held at p. 524:

... in the case of the compensated surety it cannot be every variation in the guaranteed contract, however minor, or every failure of a claimant to meet the conditions imposed by the bond, however trivial, which will enable the surety to escape liability.

Although the primary issue in the case was the distinction between accommodation sureties and those who receive compensation, these words nonetheless represent the considered opinion of the Court. In my view, they are correct.

14 I would note in passing that the guarantor in this case comes within the class of accommodation sureties.

15 It follows that if there is a doubt or ambiguity as to the construction or meaning of the clauses binding the guarantor in this case, they must be strictly interpreted and resolved in favour of the guarantor. Further, as a result of the favoured position of guarantors, the clauses binding them must be strictly construed.

16 Finally, when the guarantee clause is interpreted, it must be considered in the context of the entire transaction. This flows logically from the

Le point de vue énoncé dans *Holland-Canada Mortgage Co.*, précité, a été confirmé dans *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513. À la page 521, la Cour affirme que les «cautions de complaisance» sont celles qui ont conclu le contrat de cautionnement «en espérant peu de rétribution, si ce n'est aucune, et dans le but de rendre service à d'autres personnes ou de les aider à réaliser leur projet». La protection accordée à cette catégorie de cautions est également expliquée, à la p. 521:

En ce qui les concerne, la loi s'est avisée de les protéger en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement.

Ces cautions ont été comparées aux «cautions rétribuées» qui garantissent l'exécution et le paiement moyennant une contrepartie. La Cour statue, au sujet de cette dernière catégorie de cautions, à la p. 524:

... dans le cas de caution rétribuée il ne faut pas que toutes les dérogations au contrat de garantie, même mineures, ni toutes les omissions du réclamant de se conformer aux conditions du cautionnement, si minimes soient-elles, permettent à la caution d'échapper à sa responsabilité.

Bien que, dans cette affaire, le litige ait principalement porté sur la distinction entre les cautions de complaisance et les cautions rétribuées, ces propos représentent néanmoins l'opinion réfléchie de la Cour. Ils sont exacts quant à moi.

Je ferais remarquer en passant que la caution, dans la présente affaire, tombe dans la catégorie des cautions de complaisance.

Il s'ensuit que, s'il y a un doute ou une ambiguïté quant à l'interprétation ou au sens des clauses liant la caution en l'espèce, ces clauses doivent être interprétées de façon restrictive et en faveur de la caution. De plus, en raison de la situation privilégiée des cautions, les clauses qui les lient doivent être interprétées de façon restrictive.

Finalement, l'interprétation de la clause de cautionnement doit tenir compte du contexte de toute l'opération. Cela découle logiquement du point de

bank's position that the renewal agreement was an integral part of the original contract of guarantee. This position I believe is correct. It follows that fairness demands that the entire transaction be considered and this must include the terms and arrangements for the renewal agreement.

Application of the Principles of Interpretation to the Guarantee and Renewal Agreement Presented in this Case

It may be helpful to set out once again clauses 34 and 7 of the original guarantee agreement and recall that the renewal agreement called for the signature of the guarantor.

Clause 34: Guarantee and Indemnity

IT IS A CONDITION of the making of the loan secured by the within mortgage that the covenants set forth herein should be entered into by us, the Guarantors, namely John Joseph Conlin and Conlin Engineering & Planning Ltd. and now we the said Guarantors, and each of us, on behalf of ourselves, our respective heirs, executors, administrators and assigns, in consideration of the making of the said loan by the Mortgagee, do hereby jointly and severally covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties, that we and each of us shall and will well and truly pay or cause to be paid to the Mortgagee, the principal sum and all other moneys hereby secured, together with interest upon the same on the days and times and in the manner set forth in this mortgage, and will in all matters pertaining to this mortgage well and truly do, observe, fulfill and keep all and singular the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations contained in this mortgage, and do hereby agree to all the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations by this mortgage made binding upon the Mortgagor; and do further agree that this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon or the giving of a release or partial release or covenant not to sue to any of us; and we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us or any of us and without relieving us from our liability hereunder, which shall be a continuous liability and shall subsist until payment in

vue de la banque selon lequel la convention de renouvellement faisait partie intégrante du contrat de cautionnement initial. Je crois que ce point de vue est exact. Il s'ensuit que la justice exige que l'on examine toute l'opération, y compris les conditions et les arrangements relatifs à la convention de renouvellement.

Application des principes d'interprétation à la convention de cautionnement et de renouvellement en l'espèce

Il peut être utile de reproduire à nouveau les clauses 34 et 7 de la convention de cautionnement initiale et de se rappeler que la convention de renouvellement exigeait la signature de la caution.

Clause 34: Cautionnement et indemnité

[TRADUCTION] EST UNE CONDITION du prêt garanti par la présente hypothèque que nous, les cautions, à savoir John Joseph Conlin et Conlin Engineering & Planning Ltd., souscrivions aux engagements stipulés aux présentes, et que, par conséquent, nous, lesdites cautions, en notre propre nom, au nom de nos héritiers, exécuteurs, administrateurs et ayants droit respectifs, en contrepartie dudit prêt consenti par le créancier hypothécaire, convenions, promettons et acceptons solidairement, aux présentes, à titre de débiteurs principaux et non de cautions, ensemble ou individuellement, de payer ou de faire payer bel et bien au créancier hypothécaire le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes, de même que les intérêts sur ces sommes au moment et de la manière stipulés dans la présente hypothèque, et que, relativement à toute question concernant la présente hypothèque, nous observions, remplissions et respections bel et bien tous et chacun des engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque, et que, par les présentes, nous convenions de respecter tous les engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque qui lient le débiteur hypothécaire; et que nous convenions que cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt, ou le fait que l'une ou l'autre de nous obtienne une libération complète ou partielle ou un engagement de ne pas faire l'objet de poursuites; et que nous convenions toutes et chacune que le créancier hypothécaire puisse renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d'autres

full of the principal sum and all other moneys hereby secured.

Clause 7: Renewal or Extension of Time

PROVIDED that no extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor, or anyone claiming under it, or any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption of said lands, shall in any way affect or prejudice the rights of the Mortgagee against the Mortgagor or any other person liable for the payment of the monies hereby secured, and that this Mortgage may be renewed by an agreement in writing for any term with or without an increased rate of interest, or amended from time to time as to any of its terms including without limitation increasing the interest rate or principal amount notwithstanding that there may be subsequent encumbrances. And it shall not be necessary to register any such agreement in order to retain the priority of this Mortgage so altered over any instrument delivered or registered subsequent to this Mortgage.

engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis à toutes ou à l'une ou l'autre de nous, et sans que cela nous libère de notre responsabilité continue aux termes des présentes, qui subsistera jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garanties par les présentes.

Clause 7: Renouvellement ou prorogation de délai

POURVU qu'aucune prorogation de délai accordée par le créancier hypothécaire au débiteur hypothécaire, ou à toute personne cherchant à s'en prévaloir, ou qu'aucune autre négociation entre le créancier hypothécaire et le détenteur du droit de rachat desdits terrains n'affecte ou ne compromette de quelque façon que ce soit les droits que le créancier hypothécaire peut exercer contre le débiteur hypothécaire ou toute autre personne responsable du paiement des sommes garanties par les présentes, et que la présente hypothèque puisse être renouvelée par convention écrite pour quelque durée que ce soit, avec ou sans augmentation du taux d'intérêt, ou que l'une ou l'autre de ses conditions puisse être modifiée à l'occasion, notamment, sans limiter la portée de ce qui précède, que le taux d'intérêt ou le capital puisse être augmenté nonobstant toute charge ultérieure. Et il ne sera pas nécessaire d'enregistrer une telle convention pour conserver la priorité de rang de l'hypothèque ainsi modifiée par rapport à tout instrument délivré ou enregistré après la présente hypothèque.

18

Counsel for the appellant contended that there was no ambiguity in these clauses and that they made it clear that the respondent's obligations as guarantor continued in spite of the renewal agreement. Counsel for the respondent came to exactly the opposite conclusion. He submitted that on the plain meaning of the clauses, the guarantor was not bound. A somewhat cynical observer might conclude that it should not be unexpected that counsel for the opposing parties would take these positions. However, the same conclusion cannot possibly be reached with regard to the judges who have considered these clauses. The trial judge and the minority in the Court of Appeal came to the same conclusion as the appellant. The majority in the Court of Appeal came to the opposite conclusion. That skilled and experienced judges could come to opposite conclusions with regard to the clauses might well lead one to suspect that the meaning of the clauses is unclear; in a word, they are ambiguous. Of course, if that be the case, the *contra proferentem* rule should be applied. How-

L'avocat de l'appelante a soutenu qu'il n'y avait aucune ambiguïté dans ces clauses et qu'elles prévoyaient clairement que l'intimé continuait d'assumer ses obligations de caution malgré la convention de renouvellement. L'avocat de l'intimé est arrivé exactement à la conclusion contraire. Il a prétendu que, selon le sens ordinaire de ces clauses, la caution n'était pas liée. Un observateur quelque peu cynique pourrait conclure qu'il n'y a rien d'étonnant à ce que les avocats des parties opposées adoptent ces positions. Cependant, il n'est pas possible de tirer la même conclusion en ce qui concerne les juges qui ont examiné ces clauses. Le juge du procès et le juge dissident de la Cour d'appel sont arrivés à la même conclusion que l'appelante. La Cour d'appel à la majorité a conclu le contraire. Le fait que des juges compétents et expérimentés puissent être arrivés à des conclusions opposées en ce qui concerne les clauses en question pourrait bien nous amener à soupçonner que le sens de ces clauses n'est pas clair, somme toute, qu'elles sont ambiguës. Évidem-

ever, for the reasons set out above, my view is that the clauses unambiguously indicate that the respondent was not bound by the renewal agreement. If I am in error and if the *contra proferentem* rule were applied it would strengthen and support my conclusion as to the interpretation of the clauses.

The Effect of the "Principal Debtor Obligation" Set Out in Clause 34

In *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109 (H.C.), at p. 119, it was held that a principal debtor clause converts a guarantor into a full-fledged principal debtor. I agree with this conclusion. If the guarantor is to be treated as a principal debtor and not as a guarantor, then the failure of the bank to notify the respondent of the renewal agreement and the new terms of the contract must release him from his obligations since he is not a party to the renewal. This conclusion does not require recourse to equitable rules regarding material variation of contracts of surety. It is simply apparent from the contract that a principal debtor must have notice of material changes and consent to them. Of course, a guarantor who, by virtue of a principal debtor clause, has a right to notice of material changes, may, by the terms of the contract, waive these rights. However, in the absence of a clear waiver of these rights, such a guarantor must be given notice of the material changes and, if he is to be bound, consent to them.

The appellant contended that the words in clause 34 which provide "the said Guarantors . . . covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties" indicate that the respondent is bound as a principal debtor yet without any of the usual rights and benefits of a principal debtor such as notice with regard to renewal, and the opportunity to negotiate and consent to its terms. To take this position seems to me to be unfair and unreasonable.

ment, si c'est le cas, il y a lieu d'appliquer la règle *contra proferentem*. Toutefois, pour les motifs exposés plus haut, je suis d'avis que les clauses indiquent nettement que l'intimé n'était pas lié par la convention de renouvellement. Si je me trompe, l'application éventuelle de la règle *contra proferentem* renforcerait et appuierait ma conclusion quant à l'interprétation de ses clauses.

L'effet de l'«obligation à titre de débiteur principal» énoncée à la clause 34

Dans *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Patel* (1990), 72 O.R. (2d) 109 (H.C.), à la p. 119, on a statué qu'une clause de débiteur principal transformait une caution en un débiteur principal à part entière. Je suis d'accord avec cette conclusion. S'il faut traiter la caution comme un débiteur principal et non comme une caution, alors le défaut de la banque d'aviser l'intimé de la convention de renouvellement et des nouvelles conditions du contrat doit le libérer de ses obligations étant donné qu'il n'est pas partie au renouvellement. Cette conclusion n'exige pas que l'on recoure à des règles d'*equity* concernant la modification importante de contrats de cautionnement. Il ressort simplement du contrat que le débiteur principal doit être avisé des modifications importantes et y consentir. Il va sans dire qu'une caution qui, en vertu d'une clause de débiteur principal, a le droit d'être avisée des modifications importantes peut, aux termes du contrat, renoncer à ces droits. Cependant, en l'absence d'une renonciation claire à ces droits, une telle caution doit être avisée des modifications importantes et y consentir pour être liée par celles-ci.

L'appelante prétend que les mots de la clause 34 [TRADUCTION] «nous, lesdites cautions, [...] conven[ons], promett[ons] et accept[ons] [...] à titre de débiteurs principaux et non de cautions» indiquent que l'intimé est lié à titre de débiteur principal, sans cependant jouir des droits et avantages d'un débiteur principal, comme le droit d'être avisé d'un renouvellement et la possibilité de négocier et d'accepter les conditions de ce renouvellement. Adopter ce point de vue me semble injuste et déraisonnable.

21

The mortgagor as a principal debtor must be given notice of the renewal agreement. This is evident from the requirement that the mortgagor sign the renewal agreement. The principal debtor clause converts the guarantor into a full-fledged principal debtor with all the duties and obligations which that term implies. If the guarantor is to be responsible to the lending institution as a "full-fledged principal debtor" then he or she is entitled to the same notice of a renewal agreement as the principal debtor mortgagor. That is undoubtedly the reason the standard form of the renewal agreement provides a place for the guarantor to sign. Not just fairness and equity but the designation of the guarantor as a principal debtor leads to the conclusion that the guarantor must have notice of and agree to the renewal before he is bound by its terms. A guarantor reading clause 34 would be led to believe that as a principal debtor he would have the same notice of a renewal agreement as would the principal debtor mortgagor. If a lending institution wishes to have the guarantor obligated as a principal debtor, then the guarantor must be entitled to the same rights as the principal debtor which would include both notice and agreement as a party to a renewal.

22

Even if it were thought that the principal debtor clause does not convert the guarantor into a principal debtor, the equitable or common law rules relieving the surety from liability where the contract has been materially altered by the creditor and the principal debtor without notice to the surety would apply, in the absence of an express agreement to the contrary. The question is whether in this case, either as principal debtor or as surety, the guarantor has expressly contracted out of the normal protections accorded to him. This question must be determined as a matter of interpretation of the clauses of the agreement, through consideration of the transaction as a whole, and the application of the appropriate rules of construction.

Le débiteur hypothécaire doit, à titre de débiteur principal, être avisé de la convention de renouvellement. Cela ressort clairement de l'exigence que le débiteur hypothécaire signe la convention de renouvellement. La clause de débiteur principal transforme la caution en un débiteur principal à part entière qui assume toutes les responsabilités et les obligations que cette expression implique. Si la caution doit être responsable envers l'établissement de crédit à titre de «débiteur principal à part entière», elle a alors le droit d'être avisée de la convention de renouvellement au même titre que le débiteur principal qu'est le débiteur hypothécaire. C'est sans doute la raison pour laquelle la formule type de la convention de renouvellement comporte un espace pour la signature de la caution. Non seulement la justice et l'*equity*, mais aussi la désignation de la caution à titre de débiteur principal mènent à la conclusion que la caution doit être avisée du renouvellement et y consentir pour être liée par ses conditions. Une caution qui lirait la clause 34 serait amenée à croire qu'à titre de débiteur principal elle serait avisée du renouvellement de la convention au même titre que le débiteur principal qu'est le débiteur hypothécaire. Si un établissement de crédit souhaite que la caution soit liée à titre de débiteur principal, alors la caution doit avoir les mêmes droits que le débiteur principal, y compris celui d'être avisée d'un renouvellement et d'y consentir à titre de partie.

Même si l'on pensait que la clause de débiteur principal ne transforme pas la caution en un débiteur principal, les règles d'*equity* et de common law qui libèrent la caution de sa responsabilité, lorsque le créancier et le débiteur principal ont modifié sensiblement le contrat sans l'aviser, s'appliqueraient, en l'absence d'un consentement explicite à ce qu'il en soit autrement. En l'espèce, il s'agit de savoir si, soit à titre de débiteur principal, soit à titre de garant, la caution a expressément renoncé par contrat aux protections qui lui sont normalement accordées. Pour répondre à cette question, il faut interpréter les clauses de la convention en fonction de l'ensemble de l'opération, et appliquer les règles d'interprétation appropriées.

Effect of the Renewal Agreement

In my view, the renewal agreement must be considered an integral part of the transaction. There are two aspects of the renewal agreement itself which lead to the conclusion that the guarantor is not to be bound. First, the renewal agreement is once again a standard form prepared and used by the bank and it calls for the signature of the guarantor. It must be assumed that all these standard form agreements prepared by the bank as a lending institution were meant to mesh with and complement each other. The requirement by the standard form of a signature by the guarantor then supports the respondent's position that he was not, by the terms of the original loan agreement, deprived of the equitable and common law protection ordinarily extended to guarantors. Rather, he was expected to sign the renewal agreement. His signature would confirm his notice of the agreement and his consent to it.

The appellant submitted that the renewal agreement is simply an extension of the original mortgage which was contemplated by the terms of that mortgage. This submission should not be accepted. The original mortgage was for a period of three years, a term not uncommon in today's mortgage market. The renewal agreement provides for an agreement as to the term of a new mortgage and the new rate of interest. The document itself appears to indicate that the renewal agreement constitutes a new mortgage arrangement. This can be gathered from the provision which reads:

All the covenants, conditions, powers and matters in the said mortgage shall apply to and form part of this agreement, except those amended herein. [Emphasis added.]

The standard form indicates that many variations in the original mortgage are to be agreed upon. For example, the mortgagor can select the length of the term of the loan; the rate of interest is to be agreed upon between the mortgagor and the lending institution. If the renewal agreement is no

Effet de la convention de renouvellement

À mon avis, la convention de renouvellement doit être considérée comme une partie intégrante de l'opération. Deux aspects de la convention de renouvellement elle-même mènent à la conclusion que la caution ne doit pas être liée. Premièrement, je le répète, la convention de renouvellement est une formule type préparée et utilisée par la banque, qui requiert la signature de la caution. Il faut présumer que toutes ces conventions types préparées par la banque, à titre d'établissement de crédit, sont destinées à s'agencer et à se compléter mutuellement. Le fait que la formule type requiert la signature de la caution appuie alors la thèse de l'intimé selon laquelle, aux termes de la convention de prêt initiale, il n'a pas été dépouillé de la protection que l'*equity* et la common law accordent généralement aux cautions. Au contraire, on s'attendait à ce qu'il signe la convention de renouvellement. Sa signature confirmerait qu'il avait été avisé de la convention et qu'il y consentait.

L'appelante soutient que la convention de renouvellement est une simple prorogation de l'hypothèque initiale, prévue dans l'hypothèque même. Il n'y a pas lieu de retenir cet argument. L'hypothèque initiale était pour une durée de trois ans, ce qui n'est pas inhabituel dans le marché hypothécaire actuel. La convention de renouvellement comporte une entente sur la durée d'une nouvelle hypothèque et un nouveau taux d'intérêt. Le document même paraît indiquer que la convention de renouvellement constitue une nouvelle convention hypothécaire. Cela peut se déduire de la disposition qui prévoit:

[TRADUCTION] Tous les engagements, conditions, pouvoirs et questions inclus dans ladite hypothèque s'appliquent à la présente convention et en font partie, sauf dans la mesure des modifications apportées aux présentes. [Je souligne.]

La formule type indique que bien des modifications de l'hypothèque initiale doivent faire l'objet d'un consentement. Par exemple, le débiteur hypothécaire peut choisir l'échéance du prêt; le taux d'intérêt doit être fixé par convention entre le débiteur hypothécaire et l'établissement de crédit. Si la

more than the extension of the original mortgage, the mischief that that position creates becomes obvious. What if the renewal provided for an extension of the term to 25 years at a substantially increased rate of interest? What if the situation with regard to the security had changed remarkably as a result of new zoning regulations or a new building code or there had been a marked change of use in the surrounding lands? To say that despite the changed circumstances the guarantor is, beyond the strict terms of the agreement, bound without any notice to an indefinite guarantee of a mortgage containing substantial changes in the term of the loan and the interest rate is worrisome indeed.

26

Further, it is significant that the renewal agreement states that the terms of the old mortgage will form part of the agreement. By doing so it indicates that this is a new agreement rather than merely an extension of an old agreement. This serves to strengthen my view that the respondent was no longer bound by the terms of the original guarantee upon the execution without notice to him of the renewal agreement.

Significance of Clause 7 of the Original Agreement

27

The reasons of Finlayson and Carthy J.J.A. forming the majority of this case in the Court of Appeal are in my view correct. Finlayson J.A. wrote ((1994), 20 O.R. (3d) 499, at p. 513):

The reference in cl. 7 to the renewal agreement taking priority over subsequent encumbrancers indicates to me that the mortgagee was not directing its corporate mind to the guarantors when negotiating this document. . . . Certainly, there is no express reference to the renewal agreement in cl. 34. On balance, and keeping in mind that these documents were all drawn and presented by the mortgagee, I conclude that the renewal agreement was a material change to the original mortgage debt not contemplated by the language of the guarantee and has the effect of releasing the guarantors from their obligations as sureties.

convention de renouvellement n'est rien de plus qu'une prorogation de l'hypothèque initiale, le tort causé par cette position devient évident. Que penser d'un renouvellement qui prorogerait la durée de l'hypothèque à 25 ans, à un taux d'intérêt sensiblement supérieur? Que penser d'un changement marqué de la situation de la caution qui résulterait d'un nouveau règlement de zonage ou d'un nouveau code du bâtiment, ou d'une modification sensible de l'utilisation des terrains environnants? Affirmer que, malgré les nouvelles circonstances, la caution est, au-delà des conditions strictes de la convention et en l'absence d'avis, tenue de garantir de façon indéfinie une hypothèque sensiblement modifiée quant à la durée du prêt et quant au taux d'intérêt a de quoi inquiéter.

Il est en outre significatif que la convention de renouvellement prévoit que les conditions de l'ancienne hypothèque feront partie de la convention. Elle indique ainsi qu'il s'agit d'une nouvelle convention plutôt qu'une simple prorogation de l'ancienne. Cela renforce mon opinion que l'intimé n'est plus lié par les conditions du cautionnement initial depuis que la convention de renouvellement a été signée sans qu'il en soit avisé.

L'importance de la clause 7 dans la convention initiale

À mon avis, les motifs que la Cour d'appel à la majorité, composée des juges Finlayson et Carthy, a exposés en l'espèce sont exacts. Le juge Finlayson écrit ((1994), 20 O.R. (3d) 499, à la p. 513):

[TRADUCTION] Dans la clause 7, la mention que la convention de renouvellement a priorité sur toute charge ultérieure m'indique que la personne morale créancière hypothécaire ne songeait pas aux cautions en négociant le présent document [. . .] Certes, il n'y a aucune mention expresse de la convention de renouvellement dans la clause 34. Tout bien considéré et compte tenu du fait que ces documents ont tous été préparés et présentés par la créancière hypothécaire, je conclus que la convention de renouvellement constituait une modification importante de la dette hypothécaire initiale, qui n'était pas prévue par le libellé du cautionnement et qui a pour effet de libérer les cautions de leurs obligations à ce titre.

Carthy J.A.'s interpretation of the contract supports that of Finlayson J.A. but emphasizes different aspects. First, he stresses that clause 34 makes no reference to renewals. In his view, this is significant because it is a term commonly used with respect to mortgages and it is explicitly used in other clauses such as clause 7. Moreover, he found that clause 34 is perfectly capable of coherently referring to changes in the terms within the period of the original mortgage itself.

It is, I think, noteworthy and telling that clause 7 specifically distinguishes between extensions and renewals both in its heading and its text. This leads me to conclude that these terms do not refer to the same eventuality. Since clause 7 so carefully distinguishes between extensions and renewals, they must be referring to different situations. Both *Black's* legal dictionary and *The Oxford Dictionary* give separate and distinct definitions of the terms extension and renewal. *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979) at p. 1165 defines "renewal" as "[t]he act of renewing or reviving. A revival or rehabilitation of an expiring subject; that which is made anew or re-established" while it defines "extension" at p. 523 as "[a]n increase in length of time (e.g. of expiration date of lease, or due date of note). The word 'extension' ordinarily implies the existence of something to be extended". This clearly indicates that an "extension" refers to extending an agreement which already exists, while a renewal refers to the revival of an agreement which has expired. This distinction is confirmed by *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9th ed. 1995) at p. 476, which defines "extend" as "lengthen or make larger in space or time" while "renew" is defined at p. 1164 as "revive; regenerate; make new again; restore to the original state". It follows that the failure to refer to a renewal agreement or even to a renewal in clause 34 strongly suggests that it has no application to a renewal. If the lending institutions wished to have clause 34 apply to renewals, it would be a simple matter to use the specific term

L'interprétation donnée au contrat par le juge Carthy appuie celle du juge Finlayson, mais elle met l'accent sur des aspects différents. Premièrement, le juge Carthy souligne que la clause 34 ne mentionne pas les renouvellements. À son avis, cela est révélateur parce que c'est une condition courante en matière d'hypothèque et qu'on y recourt expressément dans d'autres clauses comme la clause 7. De plus, il a conclu que la clause 34 est parfaitement susceptible de renvoyer de façon cohérente à des modifications des conditions pendant la durée de l'hypothèque initiale même.

Il est, je pense, remarquable et révélateur que la clause 7 distingue expressément les prorogations des renouvellements, tant dans sa rubrique que dans son texte même. Cela m'amène à conclure que ces deux termes ne désignent pas la même chose. Étant donné que la clause 7 distingue avec tant de soin les prorogations des renouvellements, ces termes doivent désigner des choses différentes. Tant le dictionnaire juridique *Black's* que *The Oxford Dictionary* donnent des définitions différentes des termes *extension* (prorogation) et *renewal* (renouvellement). *Black's Law Dictionary* (5^e éd. 1979), à la p. 1165, définit le terme «*renewal*» («renouvellement») comme [TRADUCTION] «[l']action de renouveler ou de remettre en vigueur; la remise en état d'une chose qui vient à expiration; chose faite à nouveau ou rétablie», alors qu'il définit le terme «*extension*» («prorogation»), à la p. 523, comme étant [TRADUCTION] «[u]n accroissement de la durée (par exemple, de l'échéance d'un bail ou d'un billet). Le mot «*extension*» («prorogation») implique ordinairement l'existence d'une chose qui doit être prorogée». Cela indique clairement qu'une «prorogation» désigne la prolongation d'une convention qui existe déjà, alors que le renouvellement désigne la remise en vigueur d'une convention expirée. *The Concise Oxford Dictionary of Current English* (9^e éd. 1995), à la p. 476, confirme cette distinction en définissant «*extend*» par [TRADUCTION] «allonger ou accroître dans l'espace ou dans le temps» alors que «*renew*» est défini à la p. 1164 comme [TRADUCTION] «remettre en vigueur; régénérer; rénover; rétablir dans l'état original». Il s'ensuit que l'absence de mention d'une convention de renouvelle-

which is well known in the commercial world of mortgages.

ment ou même d'un renouvellement dans la clause 34 donne fortement à penser qu'elle ne s'applique pas à un renouvellement. Si les établissements de crédit souhaitaient que la clause 34 s'applique aux renouvellements, il leur suffirait d'utiliser ce terme spécifique bien connu dans le milieu des prêts hypothécaires.

30 Finally, the renewal agreement refers to incorporating the mortgage terms into the agreement. Clause 3 of the renewal agreement provides that:

All the covenants, conditions, powers and matters in the said mortgage shall apply to and form part of this agreement, except those amended herein. [Emphasis added.]

Finalement, la convention de renouvellement mentionne l'incorporation des conditions de l'hypothèque dans la convention. La clause 3 de la convention de renouvellement prévoyait:

[TRADUCTION] Tous les engagements, conditions, pouvoirs et questions inclus dans ladite hypothèque s'appliquent à la présente convention et en font partie, sauf dans la mesure des modifications apportées aux présentes. [Je souligne.]

This, too, suggests that the renewal agreement is a new agreement and not an extension, since the original mortgage terms are only incorporated to the extent that they are not altered by the renewal. Although clause 34 contemplates a change in the interest rate, an extension would not ordinarily involve an alteration of the original terms, but rather a continuation of the same terms over a longer time period.

Cela aussi donne à penser que la convention de renouvellement est une nouvelle convention et non une prorogation, étant donné que les conditions de l'hypothèque initiale sont incorporées seulement dans la mesure où elles ne sont pas modifiées par le renouvellement. Bien que la clause 34 envisage une modification du taux d'intérêt, une prorogation comporte normalement non pas une modification des conditions initiales, mais plutôt le maintien des mêmes conditions pour une période plus longue.

31 The appellant sought comfort from *Co-operative Trust Co. of Canada v. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90 (Sask. Q.B.). In that case, Armstrong J. noted that in some cases, a mortgage extension or renewal agreement could have exactly the same effect as a new mortgage. However, he concluded, correctly I believe, that on the facts of that case, there was no evidence to support the contention that the mortgage extension agreement was in fact a new mortgage. In my view, such a determination will involve a review of the particular guarantee clause and the whole transaction between the parties. The appellant also referred to the decisions in *Royal Trust Corp. of Canada v. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287 (P.E.I. C.A.), and *Veteran Appliance Service Co. v. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117 (Q.B.). In both those decisions, the terms renewal and extension agreement were used interchangeably. Yet I think that it becomes clear in reading both these decisions that this was not a

L'appelante a invoqué la décision *Co-operative Trust Co. of Canada c. Kirkby*, [1986] 6 W.W.R. 90 (B.R. Sask.). Dans cette décision, le juge Armstrong a fait remarquer que, dans certains cas, une prorogation d'hypothèque ou une convention de renouvellement peuvent avoir exactement le même effet qu'une nouvelle hypothèque. Il a toutefois conclu, à juste titre selon moi, que, d'après les faits de cette affaire, il n'y avait aucune preuve à l'appui de l'argument selon lequel la convention de prorogation de l'hypothèque était, en fait, une nouvelle hypothèque. À mon avis, pour décider cela, il faut examiner la clause de cautionnement en question et l'ensemble de l'opération conclue par les parties. L'appelante a aussi mentionné les décisions *Royal Trust Corp. of Canada. c. Reid* (1985), 40 R.P.R. 287 (C.A. Î.-P.-É.), et *Veteran Appliance Service Co. c. 109272 Development Ltd.* (1985), 67 A.R. 117 (B.R.). Dans ces deux affaires, les expressions «convention de renouvellement» et

central or major issue in the case. To repeat, it will be a question of fact to be determined on the particular transaction, agreement and circumstances presented in each case whether a renewal agreement is a new contract or simply an extension of the existing agreement.

It follows I find that the words used in clauses 34 and 7 are sufficiently clear to conclude that the guarantor did not waive his equitable and common law rights either as a principal debtor or as a guarantor. The renewal agreement which was entered into without notice to, or the agreement of, the guarantor materially altered the provisions of the original loan agreement. The guarantor was thereby relieved of his obligation.

If the wording of the two clauses should be found to be ambiguous, the *contra proferentem* rule must be applied against the bank. The wording of clause 34 binding the guarantor to variations in the event of an extension of the mortgage should not be applied to bind the guarantor to a renewal without notice since there is ambiguity as to whether clause 34 applies to renewals at all. In these circumstances as well, the guarantor should be relieved of liability.

Disposition

I would dismiss the appeal with costs.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I substantially agree with my colleague Justice Iacobucci's reasons and the result he reaches. I have only one comment which relates to the judicial interpretation methodology relied upon by my colleague.

«convention de prorogation» ont été utilisées indifféremment. Je pense cependant qu'il devient évident, à la lecture de ces deux décisions, que ce n'était pas alors une question majeure ou importante. Je le répète, la question de savoir si une convention de renouvellement est un nouveau contrat ou une simple prorogation de la convention existante est une question de fait qui doit être tranchée en fonction de l'opération, de la convention et des circonstances en cause dans chaque affaire.

Je conclus donc que les mots utilisés dans les clauses 34 et 7 sont suffisamment clairs pour conclure que la caution n'a pas renoncé aux droits que l'*equity* et la common law lui confèrent à titre de débiteur principal ou de caution. La convention de renouvellement qui a été conclue sans qu'avis ne soit donné à la caution, ou sans le consentement de cette dernière, a modifié sensiblement les dispositions de la convention de prêt initiale. La caution a ainsi été libérée de son obligation.

Si l'on conclut que le texte des deux clauses est ambigu, il faut appliquer la règle *contra proferentem* au détriment de la banque. Le texte de la clause 34 liant la caution aux modifications qui peuvent être apportées en cas de prorogation de l'hypothèque ne devrait pas être interprété de manière à lier la caution à un renouvellement effectué sans donner avis, étant donné qu'il y a ambiguïté quant à savoir si la clause 34 s'applique de quelque façon que ce soit aux renouvellements. Dans ces circonstances aussi, la caution devrait être libérée de sa responsabilité.

Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Je suis substantiellement d'accord avec les motifs de mon collègue le juge Iacobucci et le résultat auquel il arrive. Mon seul commentaire portera sur la méthode d'interprétation judiciaire utilisée par mon collègue.

36

The “modern contextual approach” is, in my view, the standard, normative approach to judicial interpretation, and one may exceptionally resort to the old “plain meaning” rule in appropriate circumstances. One example of the latter is statutory interpretation in the area of taxation, where the words and expressions used in legislative provisions quite often have a well-defined “plain meaning” within the business community.

37

In the case at bar, our Court is called upon to determine the appropriate definition of the phrase “the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment”, in the context and factual situation of the instant case.

38

My colleague decides the issue by going through a contractual interpretation exercise as follows. Firstly, the impugned contractual provisions are reviewed in the context of the whole contract. Secondly, the issue of the *contra proferentem* rule is addressed. Thirdly, the issue of the difference between “accommodating” and “compensated” sureties is examined. Fourthly, an authoritative academic text is relied upon: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996).

39

Thus, after reviewing the provisions in their immediate context, the contract as a whole, the consequences of proposed interpretations, the applicable presumptions and rules of interpretation, and admissible external aids, my colleague comes to a contextual interpretation of the impugned phrase. I fully agree with both the process used and the conclusions he arrived at. However, with respect, that process is not an application of the “plain meaning” approach: in fact, the “modern contextual approach” to judicial interpretation is the one that is actually used in the instant case.

40

I agree with my colleague that “[t]he rules respecting the interpretation of guarantees are essentially the same as the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally”. But the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally are essentially the

La «méthode contextuelle moderne» est, à mon avis, la méthode normative standard d'interprétation judiciaire même s'il y a lieu, exceptionnellement, de recourir à l'ancienne règle du «sens ordinaire» lorsque les circonstances s'y prêtent. Par exemple, il y a l'interprétation des lois en matière fiscale, dans lesquelles on utilise des mots et expressions qui ont bien souvent un «sens ordinaire» bien défini dans le monde des affaires.

En l'espèce, notre Cour est appelée à définir l'expression [TRADUCTION] «l'attribution d'un délai de paiement [...] ou la modification de[s] conditions de paiement», selon le contexte et les faits de la présente affaire.

Mon collègue tranche la question en adoptant la démarche suivante en matière d'interprétation des contrats. Premièrement, les dispositions contractuelles attaquées sont examinées dans le contexte du contrat dans son ensemble. Deuxièmement, la question de la règle *contra proferentem* est abordée. Troisièmement, la question de la différence entre la caution «de complaisance» et la caution «rétribuée» est analysée. Quatrièmement, un texte de doctrine faisant autorité est invoqué: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996).

Ainsi, après avoir examiné les dispositions dans leur contexte immédiat, le contrat dans son ensemble, les conséquences des interprétations proposées, les présomptions et les règles d'interprétation applicables, ainsi que les sources acceptables d'aide extérieure, mon collègue arrive à une interprétation contextuelle de l'expression contestée. Je suis entièrement d'accord avec la démarche adoptée et les conclusions auxquelles il est arrivé. En toute déférence, cependant, cette démarche ne constitue pas une application de la méthode du «sens ordinaire»: en fait, c'est la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation judiciaire qui est utilisée en l'espèce.

Je conviens avec mon collègue que «[l]es règles applicables à l'interprétation des cautionnements sont essentiellement les mêmes que celles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général». Mais les règles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général sont

same as the rules for statutory interpretation. As Lord Blackburn stated in *River Wear Commissioners v. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), at pp. 763-65:

... I shall therefore state, as precisely as I can, what I understand from the decided cases to be the principles on which the Courts of Law act in construing instruments in writing; and a statute is an instrument in writing. In all cases the object is to see what is the intention expressed by the words used....

In construing written instruments I think the same principle applies. In the cases of wills the testator is speaking of and concerning all his affairs;...

In the case of a contract, the two parties are speaking of certain things only... [In both cases] the Court... declares what the intention, indicated by the words used under such circumstances, really is.

And this, as applied to the construction of statutes, is no new doctrine... My Lords, *mutatis mutandis*, I think this is applicable to the construction of statutes as much as of wills. And I think it is correct. [Emphasis added.]

Therefore, the "modern contextual approach" for statutory interpretation, with appropriate adaptations, is equally applicable to contractual interpretation. Statutory interpretation and contractual interpretation are but two species of the general category of judicial interpretation. In the instant case, the methodological reference provided by R. Sullivan in *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 131, applies equally to contractual interpretation:

There is only one rule in modern interpretation, namely, courts are obliged to determine the meaning of [that which is to be judicially interpreted] in its total context, having regard to [its] purpose..., the consequences of proposed interpretations, the presumptions and special rules of interpretation, as well as admissible external aids. In other words, the courts must consider and take into account all relevant and admissible indicators of [...] meaning. After taking these into account, the court must then adopt an interpretation that is appropriate. An appropriate interpretation is one that can be justified in terms of (a) its plausibility, that is, its compliance with the [...] text; (b) its efficacy, that is, its promotion of the [...] purpose; and (c) its acceptability,

essentiellement les mêmes que les règles d'interprétation des lois. Comme lord Blackburn l'affirme dans *River Wear Commissioners c. Adamson* (1877), 2 App. Cas. 743 (H.L.), aux pp. 763 à 765:

[TRADUCTION] ... j'exposerai donc de façon aussi précise que possible quels sont, d'après moi, les principes établis dans la jurisprudence, sur lesquels les cours de justice se fondent pour interpréter un instrument. Dans tous les cas il s'agit de découvrir quelle est l'intention exprimée par les mots employés. ...

Je pense que le même principe s'applique à l'interprétation des instruments. Dans le cas d'un testament, le testateur parle de toutes ses affaires; ...

Dans le cas d'un contrat, les deux parties parlent de certaines choses seulement, [...] [Dans les deux cas] la cour [...] énonce quelle est réellement l'intention indiquée par les mots employés dans ces circonstances.

Et cela n'est pas un principe nouveau en matière d'interprétation des lois. [...] Vos Seigneuries, je pense que cela s'applique *mutatis mutandis* à l'interprétation des lois autant qu'à celle des testaments. Et je pense qu'il est bien qu'il en soit ainsi. [Je souligne.]

Par conséquent, la «méthode contextuelle moderne» d'interprétation des lois s'applique également, avec les adaptations nécessaires, à l'interprétation des contrats. L'interprétation des lois et l'interprétation des contrats ne sont que deux subdivisions de la grande catégorie de l'interprétation judiciaire. En l'espèce, la méthodologie exposée par R. Sullivan dans *Driedger on the Construction of Statutes* (3^e éd. 1994), à la p. 131, s'applique également à l'interprétation des contrats:

[TRADUCTION] Il n'existe qu'une seule règle d'interprétation moderne: les tribunaux sont tenus de déterminer le sens de [ce qui doit être interprété judiciairement] dans son contexte global, en tenant compte de [son] objet [...], des conséquences des interprétations proposées, des présomptions et des règles spéciales d'interprétation, ainsi que des sources acceptables d'aide extérieure. Autrement dit, les tribunaux doivent tenir compte de tous les indices pertinents et acceptables du sens d'un texte [...]. Cela fait, ils doivent ensuite adopter l'interprétation qui est appropriée. L'interprétation appropriée est celle qui peut être justifiée en raison a) de sa plausibilité, c'est-à-dire sa conformité avec le texte [...], b) de son efficacité, dans le sens où elle favorise la réalisation

that is, the outcome is reasonable and just. [Emphasis added.]

42

This methodology was indeed the one followed by my colleague. In the case at bar, however, the resulting interpretation did not really come from the "plain meaning" of the words, but from their "meaning in law", because they are "legal terms of art". As Lord Diplock explained in *Sydall v. Castings Ltd.*, [1967] 1 Q.B. 302, at pp. 313-14:

Documents which are intended to give rise to legally enforceable rights and duties contemplate enforcement by due process of law which involves their being interpreted by courts composed of judges, each one of whom has his personal idiosyncrasies of sentiment and upbringing, not to speak of age. Such documents would fail in their object if the rights and duties which could be enforced depended on the personal idiosyncrasies of the individual judge or judges upon whom the task of construing them chanced to fall. It is to avoid this that lawyers, whose profession it is to draft and to construe such documents, have been compelled to evolve an English language, of which the constituent words and phrases are more precise in their meaning than they are in the language of Shakespeare or of any of the passengers on the Clapham omnibus this morning. These words and phrases to which a more precise meaning is so ascribed are called by lawyers "terms of art" but are in popular parlance known as "legal jargon". [Emphasis added.]

43

After having specified the nature of "legal terms of art", Lord Diplock stated the basic rule of judicial interpretation, as well as the methodology, that are applicable in that context (at p. 314):

The words and phrases... which are "terms of art" must therefore be given the meaning which attaches to them as terms of art;...

The lexicon of terms of art is to be found in the decided cases and in the textbooks consulted by legal practitioners.

44

It is quite obvious that where courts expound judicial interpretations of "legal terms of art" using such external aids as legal textbooks, the resulting

tion de l'objet du texte [...], et c) de son acceptabilité, dans le sens où le résultat est raisonnable et juste. [Je souligne.]

En réalité, c'est cette méthode que mon collègue a suivie. En l'espèce, cependant, l'interprétation qui en a résulté ne découlait pas vraiment du «sens ordinaire» des mots, mais plutôt de leur «sens en droit» parce que ce sont des «termes techniques propres au domaine juridique». Comme lord Diplock l'a expliqué dans *Sydall c. Castings Ltd.* [1967] 1 Q.B. 302, aux pp. 313 et 314:

[TRADUCTION] Les documents qui visent à donner naissance à des droits et à des obligations exécutoires sur le plan juridique envisagent leur mise à exécution par application régulière de la loi, ce qui comprend leur interprétation par des tribunaux composés de juges dont chacun a son propre tempérament issu de ses sentiments, de son éducation, et évidemment de son âge. Ces documents n'atteindraient pas leur objectif si les droits et obligations qui pourraient être mis à exécution dépendaient du tempérament personnel du ou des juges qui seraient appelés à les interpréter. C'est pour éviter cela que les avocats, dont c'est la profession de rédiger et d'interpréter ces documents, ont dû mettre au point une langue anglaise composée de mots et d'expressions ayant un sens plus précis que ceux utilisés par Shakespeare ou par n'importe quel usager du transport en commun de Clapham, ce matin. Ces mots et expressions auxquels est ainsi attribué un sens plus précis sont qualifiés de «termes techniques» par les avocats, mais dans le langage populaire, ils sont connus sous le nom de «jargon juridique». [Je souligne.]

Après avoir précisé la nature des «termes techniques propres au domaine juridique», lord Diplock a formulé la règle fondamentale d'interprétation judiciaire et la méthode applicables dans ce contexte (à la p. 314):

[TRADUCTION] Les mots et expressions [...] qui sont des «termes techniques» doivent donc recevoir le sens qui leur est propre en tant que termes techniques;...

Le lexique des termes techniques se trouve dans la jurisprudence et les ouvrages consultés par les praticiens du droit.

Il est tout à fait évident que, lorsque les tribunaux interprètent un «terme technique propre au domaine juridique» en recourant à des sources

1996 CanLII 182 (SCC)

outcome cannot appropriately be labelled a “plain meaning” definition.

Where an instrument uses a legal term of art, there is a presumption that the term of art is used in its correct legal sense: *Inland Revenue Commissioners v. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197 (Ch.; Megarry J.).

This is the presumption that is resorted to by my colleague Iacobucci J. when he makes use of admissible external aids — i.e.: McGuinness, *supra*, — in determining the correct meaning of the phrase “to give time”. As McGuinness reviews extensive case-law authority that establishes the generally accepted “meaning in law” of these “legal terms of art”, it is an admissible external aid to judicial interpretation: see *Driedger, supra*, at pp. 428, 468 and 474; see also P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at pp. 449-53 and 457-58.

Subject to the above considerations, I concur with my colleague’s disposition of the appeal.

The reasons of Gonthier and Iacobucci JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting) — This appeal raises questions regarding the proper method for interpreting guarantees. Specifically, we are asked to determine whether the wording of the contract in issue was clear enough to waive the guarantors’ equitable right to be released when the principal loan was renewed.

I. Background

On February 20, 1987, the appellant Manulife Bank of Canada (at the time known as The Regional Trust Company) made a loan of \$275,000 to Dina Conlin. The loan was for a term of three years and bore interest at the rate of 11.5 percent

d’aide extérieure comme des ouvrages juridiques, on ne peut, à juste titre, dire que la définition ainsi obtenue repose sur le «sens ordinaire» du terme en cause.

Lorsqu’un instrument emploie un terme technique propre au domaine juridique, ce terme technique est présumé être employé dans son sens juridique exact: *Inland Revenue Commissioners c. Williams*, [1969] 1 W.L.R. 1197 (Ch., le juge Megarry).

C’est la présomption à laquelle recourt mon collègue le juge Iacobucci lorsqu’il utilise une source acceptable d’aide extérieure, soit l’ouvrage de McGuinness, *op. cit.*, pour déterminer le sens exact de l’expression [TRADUCTION] «accorder un délai». Comme McGuinness passe en revue une jurisprudence abondante qui établit le «sens en droit» généralement accepté de ces «termes techniques propres au domaine juridique», il s’agit d’une source d’aide extérieure acceptable en matière d’interprétation judiciaire: voir *Driedger, op. cit.*, aux pp. 428, 468 et 474; voir également P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2^e éd. 1990), aux pp. 516 à 520, de même qu’à la p. 526.

Sous réserve de ces considérations, je souscris à la façon dont mon collègue tranche le pourvoi.

Version française des motifs des juges Gonthier et Iacobucci rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident) — Le présent pourvoi soulève des questions concernant la bonne façon d’interpréter les contrats de cautionnement. Plus précisément, on nous demande de déterminer si le libellé du contrat en cause était suffisamment clair pour constituer une renonciation du droit en *equity* des cautions d’être libérées de leur obligation lorsque le prêt principal a été renouvelé.

I. Le contexte

Le 20 février 1987, l’appelante, la Banque Manuvie du Canada (à l’époque connue sous le nom de «La Compagnie de Fiducie Régionale») a accordé un prêt de 275 000 \$ à Dina Conlin. Le prêt était consenti pour une période de trois ans et

per annum. Dina Conlin provided security for the loan in the form of a first mortgage against lands located in Welland, Ontario.

il portait intérêt au taux de 11,5 pour 100 par année. Dina Conlin a offert en garantie de remboursement une première hypothèque sur des terrains situés à Welland (Ontario).

50 The terms of the loan required the signature of two guarantors: the respondent John Joseph Conlin, who was the mortgagor's husband; and Conlin Engineering and Planning Limited, an Ontario corporation. In clause 34 of the mortgage agreement, the two promised, "as principal debtors and not as sureties", to pay the money secured by the mortgage. They further agreed to all of the particular conditions and stipulations of the mortgage which were binding upon the mortgagor.

Les conditions du prêt exigeaient la signature de deux cautions: l'intimé John Joseph Conlin, qui était l'époux de la débitrice hypothécaire, et Conlin Engineering and Planning Limited, une société ontarienne. À la clause 34 de la convention hypothécaire, les deux se sont engagés, [TRADUCTION] «à titre de débiteurs principaux et non de cautions», à rembourser la somme garantie par l'hypothèque. Ils ont aussi accepté toutes les autres conditions et stipulations de l'hypothèque qui liaient la débitrice hypothécaire.

51 The guarantee was to remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". The liability of the guarantors was stated to be continuous, subsisting "until payment in full of the principal sum and all other moneys hereby secured".

Le cautionnement devait demeurer valide [TRADUCTION] «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». La responsabilité des cautions était qualifiée de continue et elle devait subsister [TRADUCTION] «jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes».

52 In 1989, the respondent and Dina Conlin separated.

En 1989, l'intimé et Dina Conlin se sont séparés.

53 In 1990, shortly before the mortgage was to mature, Dina Conlin and the appellant executed an agreement which renewed the mortgage for a further three-year term at a yearly interest rate of 13 percent. The renewal forms provided spaces for the signature of the "registered owner" and the "guarantor", but the agreement was signed only by Dina Conlin. The respondent had no notice or knowledge of the renewal.

En 1990, peu avant que l'hypothèque vienne à échéance, Dina Conlin et l'appelante ont signé une convention de renouvellement de l'hypothèque pour une autre période de trois ans, à un taux d'intérêt de 13 pour 100 par année. Les formules de renouvellement comportaient un espace pour la signature du [TRADUCTION] «propriétaire enregistré» et de la «caution», mais la convention n'a été signée que par Dina Conlin. L'intimé n'a reçu aucun avis et n'a pas eu connaissance du renouvellement.

54 In March of 1992, Dina Conlin defaulted on the mortgage.

En mars 1992, il y a eu défaut de paiement de l'hypothèque de la part de Dina Conlin.

55 After fruitless efforts to sell the Welland lands, the bank initiated proceedings for summary judgment against Dina Conlin and the guarantors. The bank claimed the principal owing under the mort-

Après avoir vainement tenté de vendre les terrains de Welland, la banque a engagé des procédures pour obtenir un jugement sommaire contre Dina Conlin et les cautions. La banque réclamait le

gage with interest at the rate of 13 percent per annum. Judgment was obtained on the motion. However, a majority of the Court of Appeal set aside the judgment and dismissed the action against the respondent: (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143.

II. Relevant Contractual Provisions

(7) RENEWAL OR EXTENSION OF TIME

PROVIDED that no extension of time given by the Mortgagee to the Mortgagor, or anyone claiming under it, or any other dealing by the Mortgagee with the owner of the equity of redemption of said lands, shall in any way affect or prejudice the rights of the Mortgagee against the Mortgagor or any other person liable for the payment of the monies hereby secured, and that this Mortgage may be renewed by an agreement in writing for any term with or without an increased rate of interest, or amended from time to time as to any of its terms including without limitation increasing the interest rate or principal amount notwithstanding that there may be subsequent encumbrances. And it shall not be necessary to register any such agreement in order to retain the priority of this Mortgage so altered over any instrument delivered or registered subsequent to this Mortgage.

(34) GUARANTEE AND INDEMNITY

IT IS A CONDITION of the making of the loan secured by the within mortgage that the covenants set forth herein should be entered into by us, the Guarantors, namely John Joseph Conlin and Conlin Engineering & Planning Ltd. and now we the said Guarantors, and each of us, on behalf of ourselves, our respective heirs, executors, administrators and assigns, in consideration of the making of the said loan by the Mortgagee, do hereby jointly and severally covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties, that we and each of us shall and will well and truly pay or cause to be paid to the Mortgagee, the principal sum and all other moneys hereby secured, together with interest upon the same on the days and times and in the manner set forth in this mortgage, and will in all matters pertain-

capital dû en vertu de l'hypothèque, avec intérêts au taux de 13 pour 100 par année. La banque a obtenu gain de cause relativement à cette requête. Cependant, la Cour d'appel à la majorité a infirmé ce jugement et rejeté l'action intentée contre l'intimé: (1994), 20 O.R. (3d) 499, 120 D.L.R. (4th) 234, 41 R.P.R. (2d) 283, 75 O.A.C. 117, 17 B.L.R. (2d) 143.

II. Dispositions contractuelles pertinentes

[TRADUCTION]

(7) RENOUVELLEMENT OU PROROGATION DE DÉLAI

POURVU qu'aucune prorogation de délai accordée par le créancier hypothécaire au débiteur hypothécaire, ou à toute personne cherchant à s'en prévaloir, ou qu'aucune autre négociation entre le créancier hypothécaire et le détenteur du droit de rachat desdits terrains n'affecte ou ne compromette de quelque façon que ce soit les droits que le créancier hypothécaire peut exercer contre le débiteur hypothécaire ou toute autre personne responsable du paiement des sommes garanties par les présentes, et que la présente hypothèque puisse être renouvelée par convention écrite pour quelque durée que ce soit, avec ou sans augmentation du taux d'intérêt, ou que l'une ou l'autre de ses conditions puisse être modifiée à l'occasion, notamment, sans limiter la portée de ce qui précède, que le taux d'intérêt ou le capital puisse être augmenté nonobstant toute charge ultérieure. Et il ne sera pas nécessaire d'enregistrer une telle convention pour conserver la priorité de rang de l'hypothèque ainsi modifiée par rapport à tout instrument délivré ou enregistré après la présente hypothèque.

(34) CAUTIONNEMENT ET INDEMNITÉ

EST UNE CONDITION du prêt garanti par la présente hypothèque que nous, les cautions, à savoir John Joseph Conlin et Conlin Engineering & Planning Ltd., souscrivions aux engagements stipulés aux présentes, et que, par conséquent, nous, lesdites cautions, en notre propre nom, au nom de nos héritiers, exécuteurs, administrateurs et ayants droit respectifs, en contrepartie dudit prêt consenti par le créancier hypothécaire, conventions, promettions et acceptions solidairement, aux présentes, à titre de débiteurs principaux et non de cautions, ensemble ou individuellement, de payer ou de faire payer bel et bien au créancier hypothécaire le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes, de même que les intérêts sur ces sommes au moment et de la manière stipulés dans la présente hypothèque, et que,

ing to this mortgage well and truly do, observe, fulfill and keep all and singular the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations contained in this mortgage, and do hereby agree to all the covenants, provisos, conditions, agreements and stipulations by this mortgage made binding upon the Mortgagor; and do further agree that this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon or the giving of a release or partial release or covenant not to sue to any of us; and we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us or any of us and without relieving us from our liability hereunder, which shall be a continuous liability and shall subsist until payment in full of the principal sum and all other moneys hereby secured.

relativement à toute question concernant la présente hypothèque, nous observions, remplissions et respections bel et bien tous et chacun des engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque, et que, par les présentes, nous convenions de respecter tous les engagements, réserves, conditions, conventions et stipulations de la présente hypothèque qui lie le débiteur hypothécaire; et que nous convenions que cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt, ou le fait que l'une ou l'autre de nous obtienne une libération complète ou partielle ou un engagement de ne pas faire l'objet de poursuites; et que nous convenions toutes et chacune que le créancier hypothécaire puisse renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d'autres engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis à toutes ou à l'une ou l'autre de nous, et sans que cela nous libère de notre responsabilité continue aux termes des présentes, qui subsistera jusqu'au paiement complet du capital et de toutes les autres sommes garantis par les présentes.

1996 CanLII 182 (SCC)

III. Judgments Appealed From

A. *Ontario Court (General Division)*

In a very succinct judgment, Killeen J. granted the bank's motion for summary judgment against both Dina Conlin and the respondent. He found that, according to the "clear and unequivocal language" of clauses 7 and 34, the respondent was liable under his guarantee despite the renewal of the mortgage and despite the increase in the rate of interest: "In my view, there is no escape for the guarantor".

B. *Ontario Court of Appeal* (1994), 20 O.R. (3d) 499

(a) *Finlayson J.A.*

Finlayson J.A. first considered the following language in clause 34: "the said guarantors . . . covenant, promise and agree as principal debtors and not as sureties . . ." (emphasis added). He found an apparent inconsistency between this last phrase and the fact that, on the face of the contract, the respondent appeared to be signing as a surety and not as a principal debtor. Having briefly discussed the difference between contracts of

III. Juridictions inférieures

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)*

Dans un jugement très succinct, le juge Killeen a fait droit à la requête de la banque visant à obtenir un jugement sommaire contre Dina Conlin et l'intimé. Il a conclu que, selon le [TRADUCTION] «texte clair et net» des clauses 7 et 34, l'intimé était responsable en vertu de son cautionnement malgré le renouvellement de l'hypothèque et l'augmentation du taux d'intérêt: [TRADUCTION] «À mon avis, la caution n'a aucune échappatoire»

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1994), 20 O.R. (3d) 499

a) Le juge Finlayson

Le juge Finlayson a d'abord examiné le passage suivant de la clause 34: «nous, lesdites cautions [. . .] conven[ons], promett[ons] et accept[ons] [. . .] à titre de débiteurs principaux et non de cautions» (je souligne). Il a conclu que ce passage semblait incompatible avec le fait qu'à la lecture du contrat l'intimé paraissait signer à titre de caution et non de débiteur principal. Après avoir brièvement analysé la différence entre les contrats

indemnity and contracts of guarantee, Finlayson J.A. concluded that it was unnecessary to resolve the exact nature of the guarantor's status, stating: "the reference to the guarantor as principal debtor can be disregarded for the purposes of this appeal" (p. 511).

Finlayson J.A. then turned to the main issue of whether the renewal agreement extinguished the respondent's liability under his guarantee. He noted that, in equity, either an increase of the interest rate or an extension of the mortgage's term constitutes a material change of the original contract which will extinguish a guarantor's liability.

Therefore, it was necessary to determine whether clause 34 constituted a waiver, on the part of the sureties, of these equitable rights. After reviewing several cases where the language of a particular guarantee was held to embrace a renewal agreement, Finlayson J.A. stated that "each of these cases must be confined to its own wording" (pp. 511-12). Furthermore, the language of the Manulife guarantee clause did not, in the opinion of Finlayson J.A., clearly contemplate the renewal agreement. Accordingly, the material change to the loan, effected through the renewal agreement, released the guarantors from their respective obligations.

(b) Carthy J.A. (concurring with Finlayson J.A. in the result)

Carthy J.A. began by stating that the law has always treated sureties as "favoured" creditors. While a surety can contract out of his legal rights, the language used to do so must be clear.

Applying a "strict" interpretation to the loan agreement, Carthy J.A. concluded that the guarantee agreement was not "explicit enough to embrace a renewal" (p. 515). Furthermore, he found that the wording of clause 7 did not stipulate clearly that the loan could be renewed by an agreement which

d'indemnité et les contrats de cautionnement, le juge Finlayson a conclu qu'il n'était pas nécessaire de déterminer le statut exact de la caution, affirmant qu'[TRADUCTION] «aux fins du présent appel, il est possible de ne pas tenir compte de la mention de la caution en tant que débiteur principal» (p. 511).

Le juge Finlayson a ensuite examiné la question principale de savoir si la convention de renouvellement avait mis fin à la responsabilité qui incombait à l'intimé en vertu du cautionnement qu'il avait consenti. Il a fait remarquer qu'en *equity* une augmentation du taux d'intérêt ou une prorogation de l'hypothèque constituent une modification importante du contrat initial, qui met fin à la responsabilité d'une caution.

Il était donc nécessaire de déterminer si la clause 34 constituait une renonciation, de la part des cautions, à ces droits en *equity*. Après avoir examiné plusieurs affaires où on a jugé que le texte d'un cautionnement englobait une convention de renouvellement, le juge Finlayson a affirmé que [TRADUCTION] «chacune de ces affaires doit se limiter à son propre libellé» (pp. 511 et 512). En outre, le texte de la clause de cautionnement de Manuvie ne prévoyait pas clairement, selon le juge Finlayson, la convention de renouvellement. Par conséquent, la modification importante apportée au contrat de prêt au moyen de la convention de renouvellement libérait les cautions de leurs obligations respectives.

(b) Le juge Carthy (souscrivant à l'opinion du juge Finlayson quant au résultat)

Le juge Carthy a commencé par affirmer que le droit a toujours considéré les cautions comme des créanciers «privilegiés». Une caution peut renoncer par contrat aux droits que lui confère la loi, mais cela doit être fait en termes clairs.

Interprétant «restrictivement» la convention de prêt, le juge Carthy a conclu que la convention de cautionnement n'était pas [TRADUCTION] «suffisamment explicite pour comprendre un renouvellement» (p. 515). Il a, en outre, conclu que le texte de la clause 7 ne stipulait pas clairement que le

was not signed by the guarantors. The guarantors had not waived their equitable rights and, accordingly, the renewal agreement extinguished their liability.

(c) Robins J.A. (dissenting)

63

Robins J.A. first reviewed the rule in *Holme v. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.) which states that any material variation of the principal contract without the surety's consent will discharge the surety. He went on to note that a guarantor can contract out of this equitable protection.

64

Robins J.A. then looked at the terms of clause 34 which stated that the guarantee would remain binding "notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon". He concluded that these words clearly contemplated both the extension of the mortgage's term and the increase in the interest rate, as implemented by the renewal agreement. In other words, by clause 34, the guarantors waived their equitable rights to be released from their obligations in the event of these particular changes to the loan contract.

65

Having decided that the respondent was liable as a guarantor, Robins J.A. did not find it necessary to consider whether the guarantors were, in fact, "principal debtors".

66

However, while he found the respondent to be liable under the guarantee, Robins J.A. would have varied the order of the motions court judge such that Conlin would only be liable for the principal amount secured under the mortgage and interest thereon calculated at 11.5 percent per annum. He based this variation on the finding that the guarantors agreed to be liable for the moneys secured under the original mortgage. In his view, although they agreed to be liable notwithstanding any

prêt pourrait être renouvelé au moyen d'une convention non signée par les cautions. Les cautions n'avaient pas renoncé à leurs droits en *equity* et, par conséquent, la convention de renouvellement mettait fin à leur responsabilité.

c) Le juge Robins (dissident)

Le juge Robins a d'abord examiné la règle établie dans l'arrêt *Holme c. Brunskill* (1878), 3 Q.B.D. 495 (C.A.), selon laquelle toute modification importante du contrat principal sans le consentement de la caution libère cette dernière. Puis, il a fait remarquer qu'une caution peut renoncer par contrat à cette protection dont il bénéficie en *equity*.

Le juge Robins a ensuite examiné le texte de la clause 34 qui prévoit que le cautionnement demeure valide [TRADUCTION] «nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt». Il a conclu que ces mots prévoyaient clairement à la fois la prorogation de l'hypothèque et l'augmentation du taux d'intérêt effectuées par la convention de renouvellement. Autrement dit, à la clause 34, les cautions avaient renoncé à leur droit en *equity* d'être libérées de leurs obligations dans le cas où de telles modifications seraient apportées au contrat de prêt.

Ayant décidé que l'intimé était responsable à titre de caution, le juge Robins n'a pas considéré nécessaire de déterminer si les cautions étaient, en fait, des «débiteurs principaux».

Toutefois, bien qu'il ait conclu que l'intimé était responsable en vertu du cautionnement consenti, le juge Robins aurait modifié l'ordonnance du juge des requêtes, de manière à ce que Conlin ne soit responsable que du capital garanti en vertu de l'hypothèque et des intérêts sur ce montant calculés au taux de 11,5 pour 100 par année. Il a fondé cette modification sur la conclusion que les cautions avaient convenu d'être responsables des sommes garanties en vertu de l'hypothèque initiale. À son avis, bien qu'elles aient convenu d'être responsables nonobstant toute modification du taux d'in-

1996 CanLII 182 (SCC)

change in the interest rate, they did not agree to be liable for that higher rate of interest.

IV. Issues

Before our Court, the appellant raised a threshold issue of jurisdiction. It claimed that the Court of Appeal had erred in dismissing the action when that order was not requested by either party at the motion for summary judgment or on appeal and when neither counsel nor the courts ever discussed this form of relief. Accordingly, there are two major issues before us:

1. Did the majority of the Ontario Court of Appeal exceed its jurisdiction in allowing the appeal and dismissing the action, rather than sending the matter back to trial?
2. Under the terms of the loan agreement, was the respondent John Joseph Conlin released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage, when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased, without notice to the respondent?

V. Analysis

A. *Did the Court of Appeal have jurisdiction to dismiss the action as against the respondent?*

Section 134(1) of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, states as follows:

134. — (1) Unless otherwise provided, a court to which an appeal is taken may,

- (a) make any order or decision that ought to or could have been made by the court or tribunal appealed from;
- (b) order a new trial;
- (c) make any other order or decision that is considered just.

The order originally appealed from was granted on a motion for summary judgment brought by the bank. The respondent Conlin had brought no cross-motion for summary judgment dismissing the action. There had been no examination for discovery and no trial. Given that an appeal court may not make an order which the trial judge would not

térêt, elles n'avaient pas convenu d'être responsables relativement à ce taux d'intérêt majoré.

IV. Questions en litige

Devant notre Cour, l'appelante a soulevé une question de compétence préliminaire. Elle a allégué que la Cour d'appel avait commis une erreur en rejetant l'action alors que cela ne lui avait été demandé ni par l'une ou l'autre des parties à la requête en obtention d'un jugement sommaire, ni en appel, et alors que ni les avocats ni les cours n'avaient parlé de cette forme de réparation. Par conséquent, deux questions principales se posent devant nous:

1. La Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a-t-elle excédé sa compétence en accueillant l'appel et en rejetant l'action, au lieu de renvoyer l'affaire au procès?
2. En vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé John Joseph Conlin a-t-il été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garantis par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans qu'il en soit informé?

V. Analyse

A. *La Cour d'appel avait-elle compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé?*

Le paragraphe 134(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, se lit ainsi:

134 (1) Sauf disposition contraire, le tribunal saisi d'un appel peut:

- a) rendre l'ordonnance ou la décision que le tribunal dont il y a appel aurait dû ou pu rendre;
- b) ordonner un nouveau procès;
- c) rendre toute ordonnance ou toute décision qu'il estime juste.

L'ordonnance qui a fait l'objet d'un appel au départ a été accordée à la suite de la requête de la banque visant à obtenir un jugement sommaire. L'intimé Conlin n'avait déposé aucune requête incidente pour faire rejeter l'action par jugement sommaire. Il n'y avait eu ni interrogatoire préalable ni procès. L'appelante a soutenu devant nous

have had the jurisdiction to make (*Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101 (C.A.), at p. 110), the appellant argued before us that the Court of Appeal had jurisdiction only to set aside the order for summary judgment and send the matter back for trial. The question to be answered, therefore, is whether the motions court judge had the jurisdiction to dismiss the action against the respondent.

que la Cour d'appel n'avait compétence que pour annuler l'ordonnance de jugement sommaire et renvoyer l'affaire au procès, étant donné qu'une cour d'appel ne peut pas délivrer une ordonnance que le juge du procès n'aurait pas eu le pouvoir de rendre (*Re Rotenberg and Borough of York (No. 2)* (1976), 13 O.R. (2d) 101 (C.A.), à la p. 110). Il s'agit donc de savoir si le juge des requêtes avait compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé.

The original motion for summary judgment was brought pursuant to Rule 20 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. Rule 20.04(2) states:

La requête initiale en obtention d'un jugement sommaire était fondée sur l'art. 20 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, règl. 194. Le paragraphe 20.04(2) se lit ainsi:

Where the court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the court shall grant summary judgment accordingly.

Le tribunal, s'il est convaincu qu'une demande ou une défense ne soulève pas de question litigieuse, rend un jugement sommaire en conséquence.

Rule 20.04(4) states:

Le paragraphe 20.04(4) prévoit ceci:

Where the court is satisfied that the only genuine issue is a question of law, the court may determine the question and grant judgment accordingly, ...

Le tribunal, s'il est convaincu que la seule question litigieuse porte sur une question de droit, peut trancher cette question et rendre un jugement en conséquence. ...

The interpretive guide to the Rules is set out in Rule 1.04(1):

Le paragraphe 1.04(1) énonce la façon d'interpréter les Règles:

These rules shall be liberally construed to secure the just, most expeditious and least expensive determination of every civil proceeding on its merits.

Les présentes règles doivent recevoir une interprétation large afin d'assurer la résolution équitable sur le fond de chaque instance civile, de la façon la plus expéditive et la moins onéreuse.

Considered in light of Rule 1.04(1), in my opinion, Rules 20.04(2) and (4) gave Killeen J. the jurisdiction to dismiss the action against the respondent. The motions court judge could either have found that there was no genuine issue for trial or he could have found that the only genuine issue was an issue of law. In either case, it would have been within his jurisdiction and, by extension, within the jurisdiction of the Court of Appeal, to dispose of the matter by dismissing Manulife's claim.

J'estime qu'à la lumière du par. 1.04(1) les par. 20.04(2) et (4) conféraient au juge Killeen compétence pour rejeter l'action intentée contre l'intimé. Le juge des requêtes aurait pu conclure soit qu'il n'y avait pas de question litigieuse soit que la seule question litigieuse portait sur une question de droit. Dans un cas comme dans l'autre, lui-même et, par extension, la Cour d'appel auraient eu compétence pour trancher l'affaire en rejetant la demande de Manuvie.

However, the appellant further argues that Finlayson and Carthy J.J.A. erred in basing their decisions on the unproven assertion that Conlin had never consented to the 1990 renewal agreement. The appellant claims that it had no opportunity to

Toutefois, l'appelante prétend, en outre, que les juges Finlayson et Carthy de la Cour d'appel ont commis une erreur en fondant leurs décisions sur l'affirmation non prouvée que Conlin n'avait jamais consenti à la convention de renouvellement

fully test Conlin's affidavit evidence with regard to consent and that, therefore, it was denied the right to have its case fully heard.

I do not agree with this assertion. The appellant did, in fact, have the opportunity to test Conlin's evidence. Rule 39.02(1) of the *Rules of Civil Procedure* says that a party to a motion may cross-examine the deponent of any affidavit served by a party who is adverse in interest on the motion. However, the bank chose not to exercise this right and left Conlin's evidence unchallenged. Therefore, in my opinion, the appellant was not deprived of its right to have its case fully heard and to test all of the respondent's evidence.

This case is far from the circumstances that arose in *Keltic Leasing Corp. v. Curtis* (1993), 133 N.B.R. (2d) 73 (C.A.). In that case, the trial judge erred in making a finding of fact on a question which had not been addressed at all by the parties. The Court of Appeal found that this deprived the plaintiff of its right to adduce evidence in support of its position. However, in the case before us, the question of Conlin's consent, or lack thereof, to the renewal agreement was addressed before Killeen J. and, as discussed above, the appellant had full opportunity to counter this with evidence to the contrary.

For these reasons, it is my view that there is no reason to interfere with the Court of Appeal's procedural handling of this case.

B. *Under the terms of the loan agreement, was the respondent released from his promise to pay the principal sum and other moneys secured by the mortgage when the term of the mortgage was extended and the rate of interest increased without the respondent's consent?*

de 1990. L'appelante fait valoir qu'elle n'a pas eu l'occasion de vérifier pleinement l'exactitude du témoignage par affidavit de Conlin concernant le consentement et que, par conséquent, on lui a refusé le droit de faire entendre pleinement sa preuve.

Je ne suis pas de cet avis. L'appelante a bel et bien eu la possibilité de vérifier l'exactitude du témoignage de Conlin. Le paragraphe 39.02(1) des *Règles de procédure civile* prévoit qu'une partie à une requête peut contre-interroger le déposant d'un affidavit signifié par une partie ayant des intérêts opposés relativement à cette requête. Toutefois, la banque a choisi de ne pas exercer ce droit et de ne pas contester le témoignage de Conlin. Par conséquent, je suis d'avis qu'on n'a pas refusé à l'appelante le droit de faire entendre pleinement sa preuve et de vérifier l'exactitude de tout le témoignage de l'intimé.

Les circonstances de la présente affaire sont loin de ressembler à celles dont il était question dans l'arrêt *Keltic Leasing Corp. c. Curtis* (1993), 133 R. N.-B. (2^e) 73 (C.A.). Dans cette affaire, le juge du procès avait erronément tiré une conclusion de fait sur une question qui n'avait pas été abordée par les parties. La Cour d'appel a conclu que cela avait privé la demanderesse de son droit de présenter des éléments de preuve à l'appui de sa thèse. Cependant, dans l'affaire qui nous est soumise, la question du consentement ou de l'absence de consentement de Conlin à la convention de renouvellement a été abordée devant le juge Killeen et, comme nous l'avons vu précédemment, l'appelante a eu pleinement l'occasion de répliquer à cela au moyen d'une preuve contraire.

Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il n'y a aucune raison d'intervenir dans la façon dont la Cour d'appel a procédé en l'espèce.

B. *En vertu des conditions de la convention de prêt, l'intimé a-t-il été libéré de sa promesse de payer le capital et les autres sommes garanties par l'hypothèque, lorsque l'hypothèque a été prorogée et le taux d'intérêt augmenté, sans son consentement?*

76

It is well accepted that any material variation of the terms of a contract between debtor and creditor, which is prejudicial to the guarantor and which is made without the guarantor's consent, will discharge the guarantor: *Holme v. Brunskill*, *supra*, at pp. 505-6; *Bank of Montreal v. Wilder*, [1986] 2 S.C.R. 551, at p. 562. An increase in the rate of interest and an extension of the time for payment are both material changes to the loan agreement sufficient to discharge a surety: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2nd ed. 1996), at ¶¶ 10.23 and 10.51.

77

However, this right to be discharged as a result of a material variation of the principal contract can be waived by the surety. As McIntyre J. said in *Bauer v. Bank of Montreal*, [1980] 2 S.C.R. 102, at p. 107, "it is open to the parties to make their own arrangements, and a surety is competent to contract himself out of the protection of the equitable rule". The question to be resolved, therefore, is whether clause 34 amounts to a waiver of the respondent's equitable rights. Before dealing with this question, I believe it would be helpful to discuss briefly some of the interpretive principles relating to guarantees.

(a) Interpretive principles relating to guarantees

78

In my opinion, there is no special rule of construction for guarantees. Guarantee contracts are basically contracts, like any others, and should be construed according to the ordinary rules of contractual interpretation. As McGuinness states, *supra*, at p. 238, "The rules respecting the interpretation of guarantees are essentially the same as the rules which govern the interpretation of deeds and contracts generally."

79

The cardinal interpretive rule of contracts is that the court should give effect to the intentions of parties as expressed in their written document. As Estey J. said in *Consolidated-Bathurst Export Ltd. v. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 S.C.R. 888, at p. 899, quoting Meredith J.A. in *Pense v. Northern Life Assurance Co.*

Il est bien reconnu que toute modification importante des conditions d'un contrat entre un débiteur et un créancier qui est préjudiciable à la caution et qui est faite sans son consentement, libère cette dernière: *Holme c. Brunskill*, précité, aux pp. 505 et 506; *Banque de Montréal c. Wilder*, [1986] 2 R.C.S. 551, à la p. 562. Une augmentation du taux d'intérêt et une prorogation du délai de paiement sont toutes deux des modifications importantes de la convention de prêt qui sont suffisantes pour libérer une caution: K. P. McGuinness, *The Law of Guarantee* (2^e éd. 1996), aux ¶¶ 10.23 et 10.51.

Cependant, la caution peut renoncer à ce droit d'être libérée en raison d'une modification importante du contrat principal. Comme le juge McIntyre l'a dit dans *Bauer c. Banque de Montréal*, [1980] 2 R.C.S. 102, à la p. 107: «les parties peuvent conclure leur propre entente, et une caution peut renoncer à la protection de la règle d'*equity*». Il s'agit donc de savoir si la clause 34 équivaut à une renonciation par l'intimé aux droits qui lui sont reconnus en *equity*. Avant d'examiner cette question, je crois qu'il serait utile d'analyser brièvement certains principes d'interprétation en matière de cautionnement.

a) Principes d'interprétation en matière de cautionnement

À mon avis, il n'existe aucune règle particulière d'interprétation des cautionnements. Les contrats de cautionnement sont au fond des contrats comme les autres, qui devraient être interprétés selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. Comme McGuinness l'affirme, *op. cit.*, à la p. 238: [TRADUCTION] «Les règles applicables à l'interprétation des cautionnements sont essentiellement les mêmes que celles qui régissent l'interprétation des actes et des contrats en général».

La principale règle d'interprétation des contrats veut que les tribunaux mettent à exécution les intentions que les parties ont exprimées dans leur document écrit. Comme le juge Estey l'a dit dans l'arrêt *Exportations Consolidated Bathurst Ltée c. Mutual Boiler and Machinery Insurance Co.*, [1980] 1 R.C.S. 888, à la p. 899, en citant les pro-

1996 CanLII 182 (SCC)

(1907), 15 O.L.R. 131, at p. 137: “[In all contracts], effect must be given to the intention of the parties, to be gathered from the words they have used.” The court will deviate from the plain meaning of the words only if a literal interpretation of the contractual language would lead either to an absurd result or to a result which is “plainly repugnant to the intention of the parties”: McGuinness, *supra*, at p. 239; and see the reasons of Estey J. in *Consolidated-Bathurst*, *supra*, at p. 901.

When interpreting guarantees, like other contracts, the court may apply the *contra proferentem* rule where the wording of the guarantee supports more than one meaning. According to this rule, the ambiguity will be resolved in favour of the party who did not draft the contract. This is an interpretive rule of last resort, to be used only when all other means of ascertaining the intentions of the parties, as expressed by their written contract, have failed. See the words of Cartwright J. in *Stevenson v. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] S.C.R. 936, at p. 953. As Lindley L.J. said in *Cornish v. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453, at p. 456:

... this principle ought only to be applied for the purpose of removing a doubt, not for the purpose of creating a doubt, or magnifying an ambiguity, when the circumstances of the case raise no real difficulty.

There is some suggestion in the case law that guarantee agreements entered into by an “uncompensated” or “accommodating” surety will be interpreted more strictly than those entered into by a compensated surety. In this respect, most notable is the decision of the Court in *Citadel General Assurance Co. v. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 S.C.R. 513.

In that case, the respondent, Johns-Manville, had entered into a contract with a supplier. That supplier had entered into a payment bond which named the appellant, Citadel, as guarantor of the supply contract. A condition of the bond was that

pos tenus par le juge Meredith dans *Pense c. Northern Life Assurance Co.* (1907), 15 O.L.R. 131, à la p. 137: «[Dans tous les contrats], il faut donner effet à l'intention des parties qui se dégagent des mots qu'elles ont employés.» La cour ne s'écartera du sens ordinaire des mots que si une interprétation littérale des termes du contrat menait à un résultat absurde ou à un résultat [TRADUCTION] «nettement inconciliable avec l'intention des parties»: McGuinness, *op. cit.*, à la p. 239; voir aussi les motifs du juge Estey dans l'arrêt *Consolidated Bathurst*, précité, à la p. 901.

Pour interpréter un cautionnement, la cour peut, comme pour les autres contrats, appliquer la règle *contra proferentem* lorsqu'il est possible d'attribuer plus d'un sens au texte du cautionnement. Selon cette règle, l'ambiguïté doit être dissipée en faveur de la partie qui n'a pas rédigé le contrat. Il s'agit d'une règle d'interprétation de dernier recours, qui ne doit être utilisée que lorsque tous les autres moyens de vérifier les intentions des parties, exprimées par écrit dans leur contrat, ont échoué. Voir les propos du juge Cartwright dans l'arrêt *Stevenson c. Reliance Petroleum Ltd.*, [1956] R.C.S. 936, à la p. 953. Comme le lord juge Lindley l'a affirmé dans *Cornish c. Accident Insurance Co.* (1889), 23 Q.B.D. 453, à la p. 456:

[TRADUCTION] ... ce principe ne devrait être appliqué que pour dissiper un doute, et non pour créer un doute ou amplifier une ambiguïté, quand les circonstances de l'affaire ne posent aucune difficulté réelle.

La jurisprudence laisse entendre jusqu'à un certain point qu'une convention de cautionnement souscrite par une caution «non rétribuée» ou «de complaisance» sera interprétée d'une façon plus restrictive que celle souscrite par une caution rétribuée. À cet égard, l'arrêt de notre Cour *Citadel General Assurance Co. c. Johns-Manville Canada Inc.*, [1983] 1 R.C.S. 513, est des plus remarquables.

Dans cette affaire, l'intimée, Johns-Manville, avait conclu un contrat avec un fournisseur. Ce fournisseur avait souscrit un cautionnement qui désignait l'appelante, Citadel, comme caution du contrat d'approvisionnement. Une condition du

no suit could be commenced under the bond without proper notice being given to the appellant surety and to the supplier. The supplier defaulted and the respondent commenced an action against the guarantor, Citadel. The respondent gave proper notice to the guarantor. However, while notice was given to the supplier, it did not strictly comply with the requirements of the bonding agreement. The guarantor denied liability under the bond on the basis that the notice provisions of the bond had not been complied with.

cautionnement était qu'aucune poursuite ne pouvait être engagée en vertu du cautionnement sans qu'un avis approprié n'en soit donné à la caution appelante et au fournisseur. Le fournisseur a manqué à ses obligations et l'intimée a intenté une action contre la caution Citadel. L'intimée a donné un avis approprié à la caution. Toutefois, bien qu'un avis ait été donné au fournisseur, il ne satisfaisait pas strictement aux exigences de la convention de cautionnement. La caution a affirmé qu'elle n'était pas responsable en vertu du cautionnement, pour le motif que les dispositions du cautionnement relatives à l'avis n'avaient pas été respectées.

83

The Court rejected this argument and held that the guarantor was liable under the bonding agreement despite the respondent's failure to comply strictly with the terms of the contract. The basis for the decision was that guarantee agreements entered into for valuable consideration should be interpreted according to the ordinary rules of contractual construction. In *obiter*, McIntyre J., at pp. 521 and 523, went on to suggest that a different, stricter rule would apply to guarantors who had not received compensation:

In respect of them [i.e., uncompensated sureties], the law has been astute to protect them by strictly construing their obligations and limiting them to the precise terms of the contract of surety. Any material variation in the terms of the guaranteed indebtedness and any extension of time or postponement of the debtor's obligation, or any discharge or relinquishment of any security for the debt without the consent of the surety will discharge him. In other words, courts have adopted the *strictissimi juris* construction of the surety contract.

... surety contracts should be more liberally construed in favour of claimants in the case of compensated sureties than in the case of accommodation sureties.

La Cour a rejeté cet argument et a statué que la caution était responsable en vertu de la convention de cautionnement malgré le défaut de l'intimée de respecter strictement les conditions du contrat. La raison de cette décision était que les conventions de cautionnement souscrites à titre onéreux devaient être interprétées selon les règles ordinaires d'interprétation des contrats. Dans une opinion incidente, aux pp. 521 et 523, le juge McIntyre a laissé entendre qu'une règle différente plus stricte s'appliquerait aux cautions non rétribuées:

En ce qui les concerne [les cautions non rétribuées], la loi s'est avisée de les protéger en interprétant leurs obligations de façon stricte et en les limitant aux conditions précises du contrat de cautionnement. Toute modification substantielle des conditions de la dette garantie, toute prorogation de délai ou tout délai accordé au débiteur, toute remise ou abandon de sûreté à l'égard de la dette sans le consentement de la caution libérerait cette dernière. En d'autres termes, les cours ont adopté une interprétation *strictissimi juris* du contrat de cautionnement.

... il faut interpréter les contrats de cautionnement plus libéralement en faveur des réclamants s'il s'agit de cautions rétribuées plutôt que de cautions de complaisance.

84

In my opinion, the above statement should be understood in the context in which it was made. In *Citadel General Assurance*, the issue was not one of contractual interpretation. Rather, it was a question of what consequences were to flow from a clear breach of the contract. For these reasons, it is my view that the comments in *Citadel General Assurance* are not a sufficient basis for holding

À mon avis, l'énoncé qui précède doit être interprété dans son contexte. Dans l'arrêt *Citadel General Assurance*, le litige ne portait pas sur une interprétation de contrat. Il s'agissait plutôt de déterminer quelles conséquences découleraient d'une violation claire du contrat. Pour ces motifs, je suis d'avis que les commentaires faits dans *Citadel General Assurance* ne sont pas suffisants pour

generally that guarantee contracts should be subject to special, stricter rules of interpretation if the guarantor has not received compensation.

(b) Application of the rules of interpretation to the contract between Conlin and Manulife

In applying the above principles to this case, a number of sub-questions arise from the arguments of the parties which I now will address.

(i) *Does clause 34 amount to a waiver of the respondent's equitable rights?*

By clause 34, the guarantors agree to remain bound by the guarantee contract notwithstanding the giving of time for payment of the mortgage or the varying of the rate of interest.

The respondent argued that clause 34 does not include a waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of a renewal of the mortgage. According to this argument, since the renewal agreement constituted a material change, it discharged the guarantors.

It is true, as the respondent contends, that clause 34 does not refer to "renewal" agreements by name. However, the clause does contain a clear waiver of the guarantors' right to be discharged in the event of an extension of time or an increase in the rate of interest:

... this covenant shall bind us, and each of us notwithstanding the giving of time for payment of this mortgage or the varying of the terms of payment hereof or the rate of interest hereon ...

The respondent maintained that a renewal was not the same thing as the giving of time for payment. He pointed out that clause 7 uses the term "renewal" while clause 34 does not. According to this line of argument, if the parties had intended the guarantee agreement to include a waiver of the right of discharge in the event of a renewal of the

conclure, de manière générale, que les contrats de cautionnement devraient être sujets à des règles d'interprétation spéciales plus strictes dans le cas d'une caution non rétribuée.

(b) Application des règles d'interprétation au contrat conclu par Conlin et Manuvie

Si on applique les principes susmentionnés à la présente affaire, les arguments des parties soulèvent un certain nombre de questions que je vais maintenant aborder.

(i) *La clause 34 équivaut-elle à une renonciation par l'intimé à ses droits en equity?*

À la clause 34, les cautions consentent à rester liées par le contrat de cautionnement nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de l'hypothèque ou la modification du taux d'intérêt.

L'intimé fait valoir que la clause 34 ne comprend pas une renonciation au droit des cautions d'être libérées en cas de renouvellement de l'hypothèque. Selon cet argument, puisque la convention de renouvellement constituait une modification importante, elle a libéré les cautions.

Il est vrai, comme le prétend l'intimé, que la clause 34 ne mentionne pas expressément les conventions de «renouvellement». La clause contient, cependant, une renonciation claire au droit des cautions d'être libérées dans le cas d'une prorogation de délai ou d'une augmentation du taux d'intérêt:

[TRADUCTION] ... cet engagement nous liera toutes, ensemble et individuellement, nonobstant l'attribution d'un délai de paiement de la présente hypothèque ou la modification de ses conditions de paiement ou de son taux d'intérêt ...

L'intimé a soutenu qu'un renouvellement n'était pas la même chose que l'attribution d'un délai de paiement. Il a fait remarquer que la clause 7 utilise le mot «renouvellement» alors que la clause 34 ne le fait pas. Selon ce raisonnement, si les parties avaient voulu inclure dans la convention de cautionnement une renonciation au droit à la libération

mortgage, they would have said so explicitly in clause 34.

However, I do not find this argument persuasive. The plain ordinary meaning of the words, “the giving of time for payment . . . or the varying of the terms of payment” encompasses the renewal agreement. Through this agreement, the appellant bank extended the term of the loan by three years and increased the rate of interest charged on the debt. I can see no support for the respondent’s contention that the “giving of time for payment”, as detailed in clause 34, does not include the giving of time for payment as effected by the renewal agreement.

In his book *The Law of Guarantee*, *supra*, at p. 556, McGuinness discusses the effect of agreements “to give time” to the principal debtor and says that the “giving of time” includes those agreements “which provide specifically for an extension of time for performance. . . . [for] further time in which to pay . . . the guaranteed debt”. This is precisely what the renewal agreement accomplished and, thus, this is what was contemplated by the language of the guarantee agreement.

In other words, what we must consider is the substantive effect of the renewal agreement, rather than the form of the instrument by which it was executed. The parties did use a renewal agreement, but, at bottom, that renewal agreement extended the time for payment and increased the interest rate, events that are expressly covered in clause 34.

With respect, I do not agree with Carthy J.A. when he says that the words “notwithstanding the giving of time for payment” should be interpreted to refer only to forbearance by the bank to pursue remedies during the original term of the mortgage. This is a case where we should heed the warning of Lindley L.J. in *Cornish v. Accident Insurance Co.*, *supra*, and not use the *contra proferentem* doctrine in any guise to create a doubt, or to mag-

en cas de renouvellement de l’hypothèque, elles l’auraient fait explicitement à la clause 34.

Toutefois, je ne considère pas cet argument persuasif. Le sens clair et ordinaire des mots [TRADUCTION] «l’attribution d’un délai de paiement [. . .] ou la modification de[s] conditions de paiement» comprend la convention de renouvellement. Grâce à cette convention, la banque appelante a prorogé le prêt pour une durée de trois ans et a augmenté le taux d’intérêt applicable à la dette. Je ne vois rien qui justifie la prétention de l’intimé que «l’attribution d’un délai de paiement», mentionnée dans la clause 34, ne comprend pas l’attribution d’un délai de paiement en vertu de la convention de renouvellement.

Dans son ouvrage intitulé *The Law of Guarantee*, *op. cit.*, à la p. 556, McGuinness analyse l’effet des conventions [TRADUCTION] «accordant un délai» au débiteur principal et affirme que l’[TRADUCTION] «attribution d’un délai» comprend toutes les conventions «qui prévoient expressément une prorogation du délai d’exécution [. . .] [afin] de disposer d’un plus long délai pour payer [. . .] la dette garantie». C’est précisément ce qui a été réalisé par la convention de renouvellement et c’est donc ce qui était prévu par le texte de la convention de cautionnement.

En d’autres termes, il faut prendre en considération l’effet réel de la convention de renouvellement, plutôt que la forme de l’instrument par lequel elle a été mise à exécution. Les parties ont bel et bien conclu une convention de renouvellement, mais, au fond, cette convention de renouvellement prorogeait le délai de paiement et augmentait le taux d’intérêt, ce qui était expressément prévu à la clause 34.

En toute déférence, je ne suis pas d’accord avec le juge Carthy lorsqu’il affirme que les mots [TRADUCTION] «nonobstant l’attribution d’un délai de paiement» devraient être interprétés de manière à désigner seulement une abstention de la part de la banque d’intenter un recours pendant la durée initiale de l’hypothèque. Il s’agit ici d’une affaire où nous devrions tenir compte de la mise en garde du lord juge Lindley dans *Cornish c. Accident Insur-*

nify an ambiguity. Like Killeen J., I am of the view that the plain wording of the agreement in question raises no real difficulty.

(ii) *Under clause 34, did the appellant have to notify the guarantors of the renewal agreement?*

One of the last phrases of clause 34 reads as follows: “we and each of us agree that the Mortgagee may waive breaches and accept other covenants, sureties or securities without notice to us” (emphasis added). By contrast, the preceding phrase which waives the guarantors’ rights to be discharged in the event of certain material changes to the principal contract does not contain this phrase, “without notice to us”. The respondent contends that this omission means that, if the bank failed to notify the guarantors of the relevant material changes, the guarantors would be discharged from their obligations. Because the respondent received no notice of the renewal agreement, he was released from his liability.

Again, I am unable to agree with this line of argument. As already stated, the language of clause 34 is clear: the guarantor unconditionally promises to remain bound notwithstanding the extending of time or the changing of the rate of interest charged. It is rather odd to infer a condition of notice when the undertaking is so clear and unambiguous. Of course, the parties could have included a requirement of notice, but, as the language of the waiver in clause 34 is so clear, they would have had to do so explicitly. It may be that the insertion of the words “without notice to us”, in connection with the waiver of breaches and the accepting of other covenants, sureties or securities, was simply made out of an abundance of caution, but, regardless, this cannot affect the clear waiver relating to extending time and changing the interest rate.

ance Co., précité, et ne pas appliquer la règle *contra proferentem* de manière à créer un doute ou à amplifier une ambiguïté. À l’instar du juge Killeen, je suis d’avis que le texte clair de la convention en cause ne pose aucune difficulté réelle.

(ii) *En vertu de la clause 34, l’appelante était-elle tenue d’aviser les cautions de la convention de renouvellement?*

L’une des dernières phrases de la clause 34 se lit ainsi: [TRADUCTION] «nous conven[ons] toutes et chacune que le créancier hypothécaire [peut] renoncer au droit de résiliation pour violation et accepter d’autres engagements, cautionnements ou sûretés sans nous donner avis» (je souligne). Par contre, la phrase précédente, qui écarte les droits des cautions d’être libérées dans le cas où certaines modifications importantes seraient apportées au contrat principal ne renferme pas l’expression «sans nous donner avis». L’intimé soutient que cette omission signifie que si la banque n’avisait pas les cautions des modifications importantes pertinentes, les cautions seraient libérées de leurs obligations. Puisque l’intimé n’a reçu aucun avis de la convention de renouvellement, il est libéré de sa responsabilité.

Là encore, je suis incapable de souscrire à ce raisonnement. Comme je l’ai déjà affirmé, le texte de la clause 34 est clair: la caution promet, de façon inconditionnelle, de demeurer liée nonobstant la prorogation du délai ou la modification du taux d’intérêt imposé. Il est plutôt étrange de déduire l’existence d’une exigence d’avis en présence d’un engagement aussi clair et net. Évidemment, les parties auraient pu inclure une exigence d’avis, mais, étant donné la clarté du texte de la renonciation figurant à la clause 34, il leur aurait fallu le faire explicitement. Il se peut que l’inclusion des mots «sans nous donner avis», relativement à la renonciation au droit de résiliation pour violation et à l’acceptation d’autres engagements, cautionnements ou sûretés, ait été faite simplement par excès de prudence, mais, néanmoins, cela ne saurait pas affecter la renonciation claire relative à la prorogation de délai et à la modification du taux d’intérêt.

(iii) *What is the effect of the respondent promising "as a principal debtor and not as a surety"?*

(iii) *Quel est l'incidence du fait que l'intimé a promis «à titre de débiteur principal et non de caution»?*

96 Clause 34 provides that the respondent and Conlin Engineering enter the agreement "as principal debtors and not as sureties". In his concurring judgment, Carthy J.A. reasoned that, as "principal debtors", the guarantors would be "expected" to be signatories to the renewal agreement. With respect, I do not agree.

La clause 34 prévoit que l'intimé et Conlin Engineering concluent la convention [TRADUCTION] «à titre de débiteurs principaux et non de cautions». Dans ses motifs concordants, le juge Carthy a considéré qu'on «s'attendrait» à ce que, à titre de «débiteurs principaux», les cautions soient signataires de la convention de renouvellement. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis.

97 I agree with Robins J.A.'s conclusion that the evident intention of the parties, in using this kind of language, was to preserve the liability of the surety even in circumstances where the principal obligation was no longer enforceable, although I express no opinion on whether the language is sufficient to accomplish such an objective. In any event, it is unnecessary to consider whether this clause was sufficient to turn clause 34 into an indemnity agreement, because I am of the opinion that the respondent is liable as a guarantor.

Je suis d'accord avec la conclusion du juge Robins que les parties avaient manifestement l'intention, en utilisant cette terminologie, de maintenir la responsabilité de la caution même dans le cas où l'obligation principale ne pourrait plus être exécutée, quoique je n'exprime aucune opinion quant à savoir si cette terminologie est suffisante pour permettre d'atteindre un tel objectif. De toute façon, il n'est pas nécessaire de déterminer si cette clause était suffisante pour faire de la clause 34 une convention d'indemnisation, parce que je suis d'avis que l'intimé est responsable à titre de caution.

(iv) *What is the significance of the fact that the renewal form provides a space for the guarantor's signature?*

(iv) *Quelle importance faut-il attacher au fait que la formule de renouvellement comportait un espace pour la signature de la caution?*

98 The respondent points to the fact that the renewal agreement had a space for the signature of the guarantor as proof that the reasonable expectations of the parties were that, in the absence of the guarantors' consent to a renewal agreement, any such agreement would discharge the guarantors. With respect, I do not agree.

L'intimé souligne que le fait que la convention de renouvellement comportait un espace pour la signature de la caution prouve que les parties s'attendaient raisonnablement à ce qu'en l'absence du consentement des cautions à une convention de renouvellement, cette convention libérerait ces dernières. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

99 Our primary task is to determine the meaning of the guarantee contained in clause 34. This agreement was entered into in 1987. The wording or form of another subsequent contract, entered into three years later, cannot change the meaning of the original agreement. In my opinion, the space for the guarantors' signature on the renewal agreement is not helpful in trying to interpret the guarantee contract.

Il nous incombe, d'abord et avant tout, de déterminer le sens du cautionnement contenu dans la clause 34. Cette convention a été signée en 1987. Le texte ou la forme d'un autre contrat conclu trois ans plus tard ne saurait changer le sens de la convention initiale. À mon avis, l'espace prévu pour la signature de la caution dans la convention de renouvellement n'est d'aucune utilité pour tenter d'interpréter le contrat de cautionnement.

(v) *What exactly is the extent of the respondent's obligation?*

The respondent promised to guarantee the payment of the money secured by the 1987 mortgage. In my view, the terms of that mortgage determine the extent of the respondent's liability. Clause 34 does include a waiver of the guarantors' rights to be discharged in the case of material variation of the terms of the loan agreement. However, the fact that the renewal agreement does not discharge the respondent does not mean that the respondent is liable for the money secured by that renewal agreement — a contract to which he never consented. In clause 34, the guarantors promise to pay "the principal sum and all other moneys hereby secured" (emphasis added), i.e., secured by the original mortgage agreement. In other words, the respondent is not liable for interest at the increased rate of 13 percent. Rather, his responsibility, as specified in the 1987 agreement, and as found by Robins J.A. in the Court of Appeal, is to repay the balance owing on the principal sum with interest charged at the rate of 11.5 percent.

VI. Disposition

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, with costs here and below, set aside the judgment of the Court of Appeal, and substitute therefor an order to the effect that the respondent is liable under his guarantee to pay the balance owing on the principal amount with interest at 11.5 percent per annum.

Appeal dismissed with costs, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and IACOBUCCI JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Lee, Bowden, Concord, Ontario.

Solicitors for the respondent: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London, Ontario.

(v) *Quelle est exactement l'étendue de l'obligation de l'intimé?*

L'intimé a promis de garantir le paiement des sommes garanties par l'hypothèque de 1987. J'estime que les conditions de cette hypothèque déterminent l'étendue de la responsabilité de l'intimé. La clause 34 comprend bel et bien une renonciation aux droits des cautions d'être libérées dans le cas où une modification importante serait apportée aux conditions de la convention de prêt. Toutefois, le fait que la convention de renouvellement ne libère pas l'intimé ne signifie pas qu'il est responsable des sommes garanties par cette convention de renouvellement — un contrat auquel il n'a jamais consenti. À la clause 34, les cautions promettent de payer [TRADUCTION] «le capital et toutes les autres sommes garantis par les présentes» (je souligne), c.-à-d. garantis par la convention hypothécaire initiale. En d'autres termes, l'intimé n'est pas responsable des intérêts calculés au taux majoré de 13 pour 100 par année. La responsabilité qui lui incombe en vertu de la convention de 1987, et selon ce que le juge Robins de la Cour d'appel a conclu, est plutôt de rembourser le solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

VI. Dispositif

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens devant toutes les cours, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et d'y substituer une ordonnance selon laquelle l'intimé a, en vertu de son cautionnement, la responsabilité de payer le solde exigible du capital, avec intérêts calculés au taux de 11,5 pour 100 par année.

Pourvoi rejeté avec dépens, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et IACOBUCCI sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Lee, Bowden, Concord (Ontario).

Procureurs de l'intimé: Siskind, Cromarty, Ivey & Dowler, London (Ontario).

TAB 4

Morley Shafron *Appellant*

v.

**KRG Insurance Brokers (Western)
Inc.** *Respondent***INDEXED AS: SHAFRON v. KRG INSURANCE
BROKERS (WESTERN) INC.****Neutral citation: 2009 SCC 6.**

File No.: 31981.

2008: October 16; 2009: January 23.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps,
Abella, Charron and Rothstein JJ.**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA***Contracts — Employment contracts — Restrictive
covenants — Geographic scope of restrictive covenant
ambiguous — Whether notional severance or rectifica-
tion may be invoked to resolve ambiguity or to render
unreasonable restriction reasonable.**Employment law — Fiduciary and equitable obli-
gations — Employee leaving his employment in insur-
ance agency to work for another agency as insurance
salesman — Former employer alleging that employee
breached fiduciary duty not to use confidential infor-
mation and solicit its clients — Whether employee owed
former employer fiduciary and equitable obligations.*

In 1987, S sold his insurance agency to KRG. KRG renamed the agency KRG Western and in 1991, sold the agency to another party. S was employed by KRG Western from 1987 to 2001 pursuant to a series of employment contracts. Each employment contract contained a similarly worded restrictive covenant in which S agreed that for three years after leaving his employment for any reason other than termination without cause, he will not be employed in the business of insurance brokerage within the “Metropolitan City of Vancouver”. In January 2001, S began working as an insurance salesman for another agency in Richmond, B.C. KRG Western commenced an action to enforce the restrictive covenant. It also claimed that S had breached fiduciary and equitable obligations. The trial judge dismissed

Morley Shafron *Appelant*

c.

**KRG Insurance Brokers (Western)
Inc.** *Intimée***RÉPERTORIÉ : SHAFRON c. KRG INSURANCE
BROKERS (WESTERN) INC.****Référence neutre : 2009 CSC 6.**

N° du greffe : 31981.

2008 : 16 octobre; 2009 : 23 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie,
LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein.**EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
COLOMBIE-BRITANNIQUE***Contrats — Contrats de travail — Clauses restric-
tives — Portée géographique d'une clause restrictive
ambiguë — Peut-on utiliser les théories de la divisibilité
fictive ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté
ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable
devienne raisonnable?**Droit de l'emploi — Obligations fiduciaires et en
equity — Employé quittant son emploi dans une agence
d'assurances pour travailler comme vendeur d'assur-
ance dans une autre agence — Allégation par l'ancien
employeur d'un manquement par l'employé à son obli-
gation fiduciaire de ne pas utiliser de renseignements
confidentiels ni solliciter ses clients — L'employé avait-il
des obligations fiduciaires et en equity envers son ancien
employeur?*

En 1987, S a vendu son agence d'assurances à KRG. KRG a rebaptisé l'agence KRG Western et l'a vendue à un tiers en 1991. S a travaillé pour KRG Western de 1987 à 2001 en vertu d'une série de contrats de travail. Chaque contrat de travail contenait une clause restrictive formulée en des termes similaires dans laquelle S s'engageait à ne pas travailler dans une entreprise de courtage d'assurance dans « l'agglomération de la ville de Vancouver » pendant les trois années suivant son départ pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé. En janvier 2001, S a commencé à travailler comme vendeur d'assurance dans une autre agence à Richmond, C.-B. KRG Western a intenté une action pour réclamer l'application de la clause restrictive. Elle soutenait aussi que S avait manqué à ses

the action, finding that the term “Metropolitan City of Vancouver” in the restrictive covenant is neither clear, certain nor reasonable. He also found that S owed no fiduciary duty to KRG Western. The Court of Appeal set aside the decision. While the court found that there was no fiduciary duty, it held that the restrictive covenant was enforceable. The court agreed that the term “Metropolitan City of Vancouver” is ambiguous; however, it applied the doctrine of notional severance and held that the term means the “City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby”.

Held: The appeal should be allowed.

The Court of Appeal erred when it substituted the phrase “City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby” for the “Metropolitan City of Vancouver”. The term “Metropolitan City of Vancouver” was uncertain and ambiguous. Nothing demonstrates a mutual understanding of the parties at the time they entered into the contract as to what geographic area the restrictive covenant covered and it was inappropriate for the Court of Appeal to re-write the covenant. In this case, neither blue-pencil severance nor rectification can be applied to re-write the restrictive covenant. Notional severance cannot be applied to a restrictive covenant. Also, the findings that S was not a fiduciary and did not abuse confidential information belonging to KRG Western are not pure questions of law. These findings were based on evidence at trial and must stand in the absence of any palpable and overriding error by the trial judge. [2] [13] [58]

Restrictive covenants generally are restraints of trade and contrary to public policy. Freedom to contract, however, requires an exception for reasonable restrictive covenants. Normally, the reasonableness of a covenant will be determined by its geographic and temporal scope as well as the extent of the activity sought to be prohibited. Reasonableness cannot be determined if a covenant is ambiguous in the sense that what is prohibited is not clear as to activity, time, or geography. An ambiguous restrictive covenant is by definition, *prima facie* unreasonable and unenforceable. The onus is on the party seeking to enforce the restrictive covenant to show that it is reasonable and a party seeking to enforce an ambiguous covenant will be unable

obligations fiduciaires et en equity. Le juge de première instance a rejeté l'action, ayant conclu que l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » employée dans la clause restrictive n'était ni claire, ni précise, ni raisonnable. Il a aussi conclu que S n'avait aucune obligation fiduciaire envers KRG Western. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Elle a conclu qu'il n'existait pas d'obligation fiduciaire, mais que la clause restrictive était applicable. La cour estimait que l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë; elle a toutefois appliqué la théorie de la divisibilité fictive pour l'interpréter comme englobant « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ».

Arrêt : Le pourvoi est accueilli.

La Cour d'appel a eu tort de remplacer « l'agglomération de la ville de Vancouver » par « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ». L'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver » était imprécise et déraisonnable. Rien ne révèle que les parties s'étaient entendues sur la portée géographique de la clause restrictive lors de la conclusion du contrat et la Cour d'appel ne pouvait pas récrire la clause. En l'espèce, ni la technique du trait de crayon bleu, ni la théorie de la rectification ne peuvent être appliquées pour récrire la clause restrictive. La théorie de la divisibilité fictive ne peut pas être appliquée à une clause restrictive. En outre, les conclusions que S n'avait pas d'obligations fiduciaires et n'a pas utilisé de renseignements confidentiels appartenant à la société KRG Western de façon irrégulière ne constituaient pas de pures questions de droit. Ces conclusions s'appuyaient sur la preuve présentée au procès et doivent être confirmées en l'absence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance. [2] [13] [58]

En général, les clauses restrictives constituent des restrictions au commerce et sont contraires à l'intérêt public. La liberté contractuelle exige toutefois que les clauses restrictives raisonnables fassent exception. Normalement, le caractère raisonnable d'une clause restrictive est apprécié en regard de sa portée géographique et de sa durée, ainsi que de l'ampleur des activités interdites. Lorsqu'une clause est ambiguë, en ce sens que l'interdiction n'est pas clairement définie quant à sa durée, à sa portée géographique ou à l'activité interdite, il est impossible d'en apprécier le caractère raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est par définition déraisonnable et inapplicable à première vue. C'est à la partie qui réclame l'application d'une clause

to demonstrate reasonableness. Restrictive covenants in employment contracts are scrutinized more rigorously than restrictive covenants in a sale of a business because there is often an imbalance in power between employees and employers and because a sale of a business often involves a payment for goodwill whereas no similar payment is made to an employee leaving his or her employment. In this case, the restrictive covenant arises in an employment contract and attracts the higher standard of scrutiny. [15-17] [21-23] [25-27] [43]

Notional severance, reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable, is not an appropriate mechanism to cure a defective restrictive covenant. Notional severance may be available where an objective bright line test exists to distinguish what is legal from what is not. There is no objective bright-line test for reasonableness and applying notional severance simply amounts to a court rewriting a covenant in a manner that it subjectively considers reasonable. Employers should not be invited to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the court will sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable. This would change the risks assumed by the parties and inappropriately increase the risk that an employee will be forced to abide by an unreasonable covenant. The Court of Appeal should not have attempted to resolve the ambiguity in this case by reading down the restrictive covenant according to its own notion of reasonableness and what it thought that the parties might have intended. [2] [31] [33] [39] [41] [47]

Blue-pencil severance, removing part of a contractual provision, may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant. Blue-pencil severance cannot be applied to remove the word “Metropolitan” from the restrictive covenant in this case because it is not merely a trivial part of the covenant agreed to by the parties. There is no evidence that the parties unquestioningly would have agreed to remove the word “Metropolitan” without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain. [2] [36] [50]

restrictive qu’il incombe de démontrer qu’elle est raisonnable, ce que la partie qui invoque une clause ambiguë est dans l’impossibilité de démontrer. Les clauses restrictives contenues dans les contrats de travail font l’objet d’un examen plus minutieux que celles qui figurent dans les contrats de vente d’une entreprise parce qu’il y a souvent inégalité de pouvoir entre employeur et employé et parce que la vente d’une entreprise comporte souvent un paiement pour l’achalandage, alors que l’employé qui quitte son emploi ne reçoit aucun paiement à ce titre. En l’espèce, la clause restrictive figure dans un contrat de travail et doit être examinée selon le critère plus rigoureux. [15-17] [21-23] [25-27] [43]

Il n’est pas possible de recourir à la divisibilité fictive, d’attribuer une interprétation atténuée à une disposition contractuelle de façon à la rendre légale et applicable, pour remédier aux lacunes d’une clause restrictive. La divisibilité fictive peut entrer en jeu lorsqu’il existe un critère de démarcation nette entre la légalité et l’illégalité. Il n’existe pas de critère de démarcation nette pour l’appréciation du caractère raisonnable et appliquer la théorie de la divisibilité fictive équivaut à récrire la clause selon ce que le tribunal estime raisonnable d’un point de vue subjectif. Les employeurs ne doivent pas être incités à rédiger des clauses restrictives d’une portée démesurée en s’attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu’ils jugent raisonnable. Cela modifierait les risques assumés par les parties et accroîtrait indûment le risque que l’employé soit contraint de consentir à une clause déraisonnable. La Cour d’appel n’aurait pas dû tenter de dissiper l’ambiguïté en donnant une interprétation atténuée de la clause restrictive selon ce qu’elle jugeait raisonnable et sa perception de l’intention possible des parties. [2] [31] [33] [39] [41] [47]

La technique du trait de crayon bleu, la suppression d’une partie d’une disposition contractuelle, devrait être appliquée avec parcimonie et uniquement dans les cas où la partie retranchée peut clairement être séparée du reste de la clause, est dénuée d’importance et ne fait pas partie de l’objet principal de la clause restrictive. On ne peut avoir recours à cette technique en l’espèce pour retrancher les mots « l’agglomération de » dans la clause restrictive parce que cette partie de la clause dont les parties ont convenu n’est pas dénuée d’importance. Rien ne démontre que les parties se seraient incontestablement entendues pour les supprimer sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché. [2] [36] [50]

Rectification cannot be invoked to resolve the ambiguity in this case. Rectification is used to restore what the parties' agreement actually was, were it not for the error in the written agreement. Here, there is no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract. Rather, they used an ambiguous term in the contract. KRG Western can point to no prior agreement, written or oral, that explains the term "Metropolitan City of Vancouver". [3] [57]

Cases Cited

Explained: *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249; **applied:** *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678; **not followed:** *T. S. Taylor Machinery Co. v. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281; *Putsman v. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637; *T. Lucas & Co. v. Mitchell*, [1974] Ch. 129; **referred to:** *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688; *Leather Cloth Co. v. Lorsche (1869)*, L.R. 9 Eq. 345; *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916; *Burgess v. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85; *Mason v. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724; *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Globex Foreign Exchange Corp. v. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Huddart, Thackray and Chiasson JJ.A.), 2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116, 390 W.A.C. 116, 64 B.C.L.R. (4th) 125, 25 B.L.R. (4th) 193, 45 C.C.L.I. (4th) 163, [2007] B.C.J. No. 261 (QL), 2007 CarswellBC 276, reversing a decision of Parrett J., 2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90, 30 C.C.L.I. (4th) 187, [2005] B.C.J. No. 2506 (QL), 2005 CarswellBC 2758. Appeal allowed.

Neo J. Tuytel and Valerie S. Dixon, for the appellant.

Frank G. Potts and Timothy J. Delaney, for the respondent.

Il n'est pas possible d'invoquer la rectification pour dissiper l'ambiguïté en l'espèce. La rectification sert à rétablir l'entente véritablement conclue par les parties, n'eût été l'erreur commise dans l'entente écrite. Ici, rien ne permet de croire que les parties auraient convenu d'une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d'autre dans le contrat. Elles ont plutôt utilisé une expression ambiguë dans le contrat écrit. KRG Western ne peut faire valoir aucune entente préalable, écrite ou verbale, qui expliquerait l'expression « l'agglomération de la ville de Vancouver ». [3] [57]

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249; **arrêt appliqué :** *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678; **arrêts non suivis :** *T. S. Taylor Machinery Co. c. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281; *Putsman c. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637; *T. Lucas & Co. c. Mitchell*, [1974] Ch. 129; **arrêts mentionnés :** *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535; *Herbert Morris, Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688; *Leather Cloth Co. c. Lorsche (1869)*, L.R. 9 Eq. 345; *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916; *Burgess c. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85; *Mason c. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724; *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571; *Globex Foreign Exchange Corp. c. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752; *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293; *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Huddart, Thackray et Chiasson), 2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116, 390 W.A.C. 116, 64 B.C.L.R. (4th) 125, 25 B.L.R. (4th) 193, 45 C.C.L.I. (4th) 163, [2007] B.C.J. No. 261 (QL), 2007 CarswellBC 276, qui a infirmé une décision du juge Parrett, 2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90, 30 C.C.L.I. (4th) 187, [2005] B.C.J. No. 2506 (QL), 2005 CarswellBC 2758. Pourvoi accueilli.

Neo J. Tuytel et Valerie S. Dixon, pour l'appellant.

Frank G. Potts et Timothy J. Delaney, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

Version française du jugement de la Cour rendu
par

ROTHSTEIN J. —

LE JUGE ROTHSTEIN —

I. Introduction

[1] The central issue in this appeal is whether, in an employment contract, the doctrine of severance may be invoked to resolve an ambiguous term in a restrictive covenant or render an unreasonable restriction in the covenant reasonable. The issue arises because the term “Metropolitan City of Vancouver” in the restrictive covenant contained in the contract between the parties has no legally defined meaning and is therefore ambiguous.

[2] Severance, when permitted, appears to take two forms. “Notional” severance involves reading down a contractual provision so as to make it legal and enforceable. “Blue-pencil” severance consists of removing part of a contractual provision. For reasons I set out below, notional severance is not an appropriate mechanism to cure a defective restrictive covenant. As for blue-pencil severance, it may only be resorted to in rare cases where the part being removed is trivial, and not part of the main purport of the restrictive covenant. These circumstances are not present in this case and hence the ambiguity cannot be cured by severing the word “Metropolitan”.

[3] A secondary issue is whether rectification may be invoked to resolve the ambiguity. In my opinion, it cannot. There is no indication that the parties agreed on something and then mistakenly included something else in the written contract. The doctrine of rectification cannot be invoked to rewrite the bargain between the parties.

I. Introduction

[1] La question qui est au cœur du présent pourvoi est celle de savoir si, dans le contexte d'un contrat de travail, il est possible d'invoquer la théorie de la divisibilité pour dissiper l'ambiguïté d'un terme dans une clause restrictive ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable y figurant devienne raisonnable. Cette question se pose en raison de l'ambiguïté de l'expression « Metropolitan City of Vancouver » (« l'agglomération de la ville de Vancouver ») utilisée dans la clause restrictive du contrat signé par les parties, mais dont le sens n'est pas défini en droit.

[2] Le recours à la divisibilité, lorsqu'il est permis, peut prendre deux formes. La « divisibilité fictive » permet d'attribuer une interprétation atténuée à une disposition contractuelle de façon à la rendre légale et applicable. La divisibilité pure et simple — ou « technique du trait de crayon bleu » — permet de supprimer une partie d'une disposition contractuelle. Pour les motifs exposés ci-après, il n'est pas possible de recourir à la divisibilité fictive pour remédier aux lacunes d'une clause restrictive. Quant à la divisibilité pure et simple, on ne peut y avoir recours que dans les rares cas où la partie supprimée est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la disposition. Ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce. Par conséquent, il n'est pas possible de dissiper l'ambiguïté en supprimant les mots « l'agglomération de » (« Metropolitan »).

[3] La question secondaire de savoir s'il est possible d'invoquer la rectification pour dissiper l'ambiguïté a aussi été soulevée. À mon avis, cela n'est pas possible. Rien n'indique que les parties auraient convenu d'une stipulation, puis auraient par erreur consigné une stipulation différente dans le contrat écrit. La théorie de la rectification ne peut pas être utilisée pour récrire le marché conclu par les parties.

II. Facts

[4] On December 31, 1987, Morley Shafron sold the shares he owned in his own insurance agency business, Morley Shafron Agencies Ltd. (“MSA”), to KRG Insurance Brokers Inc. for a total consideration of \$700,000. The name of his business was changed from MSA to KRG Insurance Brokers (Western) Inc. (“KRG Western”) following the sale. Shafron continued to be employed in the business.

[5] While there were a number of agreements between various parties over a period of some 12 years, it is not necessary to refer to all of them. I refer only to those relevant to the issues in this appeal. In early 1988, Shafron entered into a contract containing a non-competition clause with KRG Insurance Brokers Inc. and KRG Management Inc. (the owner of KRG Insurance Brokers Inc.). That contract contained the following terms, among others:

Employment of Shafron

3. The Corporation [KRG Management Inc.] agrees that it shall cause KRG Insurance [KRG Insurance Brokers Inc.] or MSA to engage and to continue to engage Shafron for the term of this agreement [until January 1, 1991] to provide to the Corporation in the Province of British Columbia such managerial and insurance brokerage services as may be required or reasonably requested by KRG Insurance including, but without limiting the generality of the foregoing;

. . .

Non-Competition

12. Shafron agrees that, upon his leaving the employment of MSA or KRG Insurance for any reason save and except for termination by KRG Insurance without cause, he shall not for a period of three (3) years thereafter, directly or indirectly, carry on, be employed in, or be interested in or permit his name to be used in connection with the business of insurance brokerage which is carried on within the metropolitan City of Vancouver. [Emphasis added.]

[6] On February 28, 1991, Shafron entered into a further employment contract with KRG Western,

II. Les faits

[4] Le 31 décembre 1987, Morley Shafron a vendu ses actions dans l’agence d’assurance dont il était propriétaire, Morley Shafron Agencies Ltd. (« MSA »), à KRG Insurance Brokers Inc. moyennant une contrepartie totale de 700 000 \$. Après la vente, son entreprise est devenue la KRG Insurance Brokers (Western) Inc. (« KRG Western »). M. Shafron a continué de travailler au sein de l’entreprise.

[5] Sur une période d’une douzaine d’années, plusieurs ententes ont été conclues entre diverses parties, mais il n’est pas nécessaire de faire état de chacune. Je mentionnerai uniquement les ententes qui ont un lien avec les questions en litige dans le pourvoi. Au début de 1988, M. Shafron a conclu avec KRG Insurance Brokers Inc. et KRG Management Inc. (propriétaire de KRG Insurance Brokers Inc.) un contrat qui contenait une clause de non-concurrence. Ce contrat comportait notamment les stipulations suivantes :

[TRADUCTION]

Emploi de M. Shafron

3. La Société [KRG Management Inc.] s’engage à veiller à ce que KRG Insurance [KRG Insurance Brokers Inc.] ou MSA embauche M. Shafron et le maintienne en fonction pour la durée de la présente entente [jusqu’au 1^{er} janvier 1991], afin que ce dernier fournisse à la Société, en Colombie-Britannique, les services de gestion et de courtage d’assurance qui sont requis ou qui peuvent raisonnablement lui être demandés par KRG Insurance, et notamment les services suivants;

. . .

Non-concurrence

12. Pendant une période de trois (3) ans suivant son départ de MSA ou de KRG Insurance pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé par KRG Insurance, M. Shafron s’engage à ne pas, même indirectement, exploiter une entreprise de courtage d’assurance, travailler pour une telle entreprise, y avoir des intérêts ni permettre l’utilisation de son nom en rapport avec une telle entreprise dans l’agglomération de la ville de Vancouver. [Je souligne.]

[6] Le 28 février 1991, M. Shafron a conclu avec KRG Western, l’intimée, un autre contrat de travail

the respondent, which was to expire on January 1, 1994, containing a non-competition clause in substantially the same form as in the 1988 agreement. This covenant provided:

13. Non-Competition

Shafron shall not, upon his leaving the employment of the Corporation [KRG Western] for any reason, save and except for termination by the Corporation or KRG Management without cause, for a period of three (3) years thereafter, directly or indirectly, carry on, be employed in, or be interested in or permit his name to be used in connection with the business of insurance brokerage which is carried on within the Metropolitan City of Vancouver. [Emphasis added.]

[7] On July 31, 1991, Intercity Investment Corporation (“Intercity”) acquired the shares of KRG Western. The February 28, 1991 employment contract provided that upon the sale of 50 percent or more of the shares of KRG Western, Shafron’s employment would terminate. In order to continue working for KRG Western, on August 1, 1991, Shafron entered into yet another employment contract with KRG Western, which was to expire on January 1, 1994, containing a restrictive covenant essentially identical to the language of the February 28, 1991 covenant. The only difference was the deletion of the words “or KRG Management” from the covenant. There were two additional renewals of this employment agreement in 1993 and 1998. The 1993 agreement expired on December 31, 1998 and the 1998 agreement expired on December 31, 2000. Each renewal included the same restrictive covenant as contained in the August 1, 1991 agreement.

[8] In December 2000, as the 1998 employment contract was about to expire, Shafron left KRG Western’s employment and in January 2001 began working as an insurance salesman for another agency, Shaw Insurance Agency Ltd. (“Shaw”), in Richmond.

[9] KRG Western commenced an action in the Supreme Court of British Columbia claiming that Shafron was wrongly competing with it in breach of the restrictive covenant. It also made additional

devant prendre fin le 1^{er} janvier 1994, qui contenait une clause de non-concurrence essentiellement identique à celle figurant dans le contrat de 1988. En voici le libellé :

[TRADUCTION]

13. Non-concurrence

Pendant une période de trois (3) ans suivant son départ de la Société [KRG Western] pour quelque raison que ce soit, sauf un congédiement non motivé par la Société ou KRG Management, M. Shafron s’engage à ne pas, même indirectement, exploiter une entreprise de courtage d’assurance, travailler pour une telle entreprise, y avoir des intérêts ni permettre l’utilisation de son nom en rapport avec une telle entreprise dans l’agglomération de la ville de Vancouver. [Je souligne.]

[7] Le 31 juillet 1991, Intercity Investment Corporation (« Intercity ») a acheté les actions de KRG Western. Aux termes du contrat de travail signé le 28 février 1991, l’emploi de M. Shafron devait prendre fin si KRG Western vendait au moins 50 p. 100 de ses actions. Afin de continuer de travailler pour KRG Western, M. Shafron a donc conclu avec la société, le 1^{er} août 1991, un autre contrat devant prendre fin le 1^{er} janvier 1994, qui contenait une clause restrictive dont le libellé était essentiellement identique à celui de la clause du 28 février 1991. Seule différence, les termes « ou KRG Management » n’y figuraient pas. Ce contrat de travail a été reconduit à deux reprises, soit en 1993 et en 1998. Les contrats signés en 1993 et en 1998 ont expiré respectivement le 31 décembre 1998 et le 31 décembre 2000. La clause restrictive contenue dans le contrat du 1^{er} août 1991 figurait dans chacun des renouvellements.

[8] En décembre 2000, à l’approche de la date d’expiration du contrat de travail de 1998, M. Shafron a quitté son emploi chez KRG Western. En janvier 2001, il a commencé à travailler comme vendeur d’assurance dans une autre agence, Shaw Insurance Agency Ltd. (« Shaw »), à Richmond.

[9] La société KRG Western a intenté en Cour suprême de la Colombie-Britannique une action dans laquelle elle faisait valoir que M. Shafron lui livrait une concurrence déloyale en violation de la

claims, one of which was that when he began working for Shaw, Shafron breached the fiduciary and equitable obligations he owed to KRG Western not to use confidential information and solicit KRG Western's clients.

[10] The trial judge, Parrett J., dismissed KRG Western's action (2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90). He found, among other things, that the term "Metropolitan City of Vancouver" was neither clear nor certain and, in any event, was unreasonable. He also found that Shafron owed no fiduciary duty to KRG Western and that he had not breached any duty relating to confidential information.

[11] The British Columbia Court of Appeal reversed the decision of the trial judge (2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116). While that court found Shafron owed no fiduciary duty to KRG Western, it held that the restrictive covenant was enforceable. In the view of the Court of Appeal, while the term "Metropolitan City of Vancouver" was ambiguous, it was possible to apply the doctrine of "notional" severance to construe it as applying to the City of Vancouver and municipalities contiguous to it. According to the Court of Appeal, the covenant would cover the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby.

[12] Having regard to this spatial area and the non-competition term of three years, the Court of Appeal found the covenant reasonable and therefore enforceable.

III. Issues

[13] The issues before this Court are:

- (1) whether the doctrine of severance or rectification may be applied to resolve an ambiguity in

clause restrictive. Elle soutenait aussi notamment que M. Shafron, lorsqu'il avait commencé à travailler chez Shaw, avait manqué à ses obligations fiduciaires et à ses obligations en equity envers KRG Western, qui lui interdisaient d'utiliser des renseignements confidentiels et de solliciter les clients de KRG Western.

[10] En première instance, le juge Parrett a rejeté l'action de KRG Western (2005 BCSC 1611, 12 B.L.R. (4th) 90). Il a notamment conclu que l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » n'était ni claire ni précise et qu'elle était de toute façon déraisonnable. Il a également conclu que M. Shafron n'avait aucune obligation fiduciaire envers la société KRG Western et n'avait commis aucun manquement à une obligation relative à l'utilisation de renseignements confidentiels.

[11] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé la décision du juge de première instance (2007 BCCA 79, 236 B.C.A.C. 116). Elle a conclu que M. Shafron n'avait aucune obligation fiduciaire envers la société KRG Western, mais que la clause restrictive était applicable. Même si elle estimait que l'expression [TRADUCTION] « l'agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë, la Cour d'appel a jugé possible de recourir à la théorie de la divisibilité « fictive » pour l'interpréter comme désignant la ville de Vancouver et les municipalités limitrophes. La Cour d'appel a conclu que la clause englobait la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire (University Endowment Lands) de l'Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby.

[12] Compte tenu du secteur géographique ainsi visé et de la période de non-concurrence de trois ans, la Cour d'appel a conclu que la clause était raisonnable et, partant, applicable.

III. Les questions en litige

[13] Notre Cour est appelée à se prononcer sur les questions suivantes :

- (1) Peut-on utiliser les théories de la divisibilité ou de la rectification pour dissiper l'ambiguïté

a restrictive covenant in an employment contract or render an unreasonable restriction in a covenant reasonable;

- (2) whether Shafron owed fiduciary and equitable obligations to KRG Western and, if so, whether they were breached.

The second issue may be disposed of quickly. The findings of the trial judge with respect to fiduciary obligations and the improper use of confidential information were based on evidence at trial. These are not pure questions of law. The Court of Appeal correctly did not interfere with the trial judge's conclusions on these issues. In the absence of palpable and overriding error by the trial judge, which KRG Western did not plead or demonstrate, the trial judge's conclusions — that Shafron was not a fiduciary and that he did not abuse confidential information belonging to KRG Western — must stand.

IV. Analysis

[14] Before dealing with the doctrine of severance, I will summarize the law on restrictive covenants.

A. *Reconciling Freedom of Contract and Public Policy Considerations Against Restraint of Trade*

[15] A restrictive covenant in a contract is what the common law refers to as a restraint of trade. Restrictive covenants are frequently found in agreements for the purchase and sale of a business and in employment contracts. A restrictive covenant precludes the vendor in the sale of a business from competing with the purchaser and, in an employment contract, the restrictive covenant precludes the employee, upon leaving employment, from competing with the former employer.

d'une clause restrictive contenue dans un contrat de travail ou pour faire en sorte qu'une restriction déraisonnable y figurant devienne raisonnable?

- (2) M. Shafron avait-il des obligations fiduciaires et des obligations en equity envers KRG Western et, dans l'affirmative, a-t-il manqué à ces obligations?

La deuxième question en litige peut être réglée rapidement. Le juge de première instance a fondé ses conclusions relatives aux obligations fiduciaires et à l'utilisation irrégulière de renseignements confidentiels sur la preuve présentée au procès. Il ne s'agit pas de pures questions de droit. C'est à juste titre que la Cour d'appel n'a pas modifié les conclusions du juge de première instance à ces égards. En l'absence d'une erreur manifeste et dominante de la part du juge de première instance, erreur que la société KRG Western n'a ni plaidée ni prouvée, il convient de confirmer les conclusions du juge de première instance selon lesquelles M. Shafron n'avait pas d'obligation fiduciaire et n'a pas utilisé de renseignements confidentiels appartenant à la société KRG Western de façon irrégulière.

IV. Analyse

[14] Avant de traiter de la théorie de la divisibilité, je résumerai les règles de droit régissant les clauses restrictives.

A. *Conciliation de la liberté de contracter et des considérations d'intérêt public défavorables à la restriction du commerce*

[15] Une clause restrictive figurant dans un contrat constitue ce que la common law désigne comme une restriction au commerce. Les conventions d'achat-vente d'une entreprise et les contrats de travail contiennent souvent une clause restrictive. Dans le premier cas, elle empêche le vendeur de l'entreprise de faire concurrence à l'acquéreur. Dans le second, elle empêche l'employé qui quitte son emploi de faire concurrence à son ancien employeur.

[16] Restrictive covenants give rise to a tension in the common law between the concept of freedom to contract and public policy considerations against restraint of trade. In the seminal decision of the House of Lords in *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535, this tension was explained. At common law, restraints of trade are contrary to public policy because they interfere with individual liberty of action and because the exercise of trade should be encouraged and should be free. Lord Macnaghten stated, at p. 565:

The public have an interest in every person's carrying on his trade freely: so has the individual. All interference with individual liberty of action in trading, and all restraints of trade of themselves, if there is nothing more, are contrary to public policy, and therefore void. That is the general rule.

[17] However, recognition of the freedom of the parties to contract requires that there be exceptions to the general rule against restraints of trade. The exception is where the restraint of trade is found to be reasonable. At p. 565, Lord Macnaghten continued:

But there are exceptions: restraints of trade and interference with individual liberty of action may be justified by the special circumstances of a particular case. It is a sufficient justification, and indeed it is the only justification, if the restriction is reasonable — reasonable, that is, in reference to the interests of the parties concerned and reasonable in reference to the interests of the public, so framed and so guarded as to afford adequate protection to the party in whose favour it is imposed, while at the same time it is in no way injurious to the public. That, I think, is the fair result of all the authorities. [Emphasis added.]

Therefore, despite the presumption that restrictive covenants are *prima facie* unenforceable, a reasonable restrictive covenant will be upheld.

[18] It is important at this juncture to differentiate between a contract for the sale of a business and an employment contract.

[19] In *Nordenfelt*, Lord Macnaghten pointed out that there is greater freedom to contract between

[16] Les clauses restrictives créent en common law une tension entre la liberté de contracter et les considérations d'intérêt public défavorables à une restriction au commerce. Cette tension a été expliquée dans l'arrêt clé de la Chambre des lords, *Nordenfelt c. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co.*, [1894] A.C. 535. En common law, les restrictions au commerce sont contraires à l'intérêt public parce qu'elles portent atteinte à la liberté d'action individuelle et parce que les activités commerciales doivent être favorisées et exercées en toute liberté. Lord Macnaghten s'est exprimé ainsi à la p. 565 :

[TRADUCTION] Il est de l'intérêt du public et aussi de l'individu que chaque personne exploite librement son commerce. Toute atteinte à la liberté individuelle en matière commerciale et toute pratique restrictive du commerce sont, à défaut d'autres circonstances, en elles-mêmes contraires à l'intérêt public et, partant, nulles. Voilà la règle générale.

[17] Toutefois, la reconnaissance de la liberté contractuelle des parties exige que la règle générale interdisant les restrictions au commerce souffre certaines exceptions. Il y a exception à la règle lorsqu'une restriction est jugée raisonnable. À la p. 565, lord Macnaghten a ajouté :

[TRADUCTION] Mais il existe des exceptions : les circonstances particulières d'un cas donné peuvent justifier certaines restrictions au commerce et atteintes à la liberté individuelle. Le fait qu'une restriction est raisonnable constitue une justification suffisante et, à vrai dire, la seule justification possible — raisonnable au regard des intérêts des parties concernées et au regard des intérêts du public, et formulée avec la circonspection nécessaire pour bien protéger la partie devant en bénéficier, sans toutefois causer un préjudice quelconque au public. C'est ce qui se dégage à mon avis de l'ensemble de la jurisprudence. [Je souligne.]

Bien qu'elle soit présumée inapplicable à première vue, une clause restrictive sera donc jugée valide si elle est raisonnable.

[18] Il importe ici de faire la différence entre un contrat de vente d'une entreprise et un contrat de travail.

[19] Dans *Nordenfelt*, lord Macnaghten a souligné qu'il existe une plus grande liberté de contracter

buyer and seller than between employer and employee. At p. 566, he wrote:

To a certain extent, different considerations must apply in cases of apprenticeship and cases of that sort, on the one hand, and cases of the sale of a business or dissolution of partnership on the other. A man is bound an apprentice because he wishes to learn a trade and to practise it. A man may sell because he is getting too old for the strain and worry of business, or because he wishes for some other reason to retire from business altogether. Then there is obviously more freedom of contract between buyer and seller than between master and servant or between an employer and a person seeking employment. [Emphasis added.]

Although the comments of Lord Macnaghten focus on apprenticeship, the same concept has been extended and applied to contracts between employers and employees.

[20] In the House of Lords' decision of *Herbert Morris, Ltd. v. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, Lord Atkinson made some observations on the difference between contracts of employment and those for sale of a business. He cited with approval *Leather Cloth Co. v. Lorsche* (1869), L.R. 9 Eq. 345, at p. 354, quoting James V.-C. in that case:

The principle is this: Public policy requires that every man shall be at liberty to work for himself, and shall not be at liberty to deprive himself or the State of his labour, skill, or talent, by any contract that he enters into. On the other hand, public policy requires that when a man has by skill or by any other means obtained something which he wants to sell, he should be at liberty to sell it in the most advantageous way in the market; and in order to enable him to sell it advantageously in the market it is necessary that he should be able to preclude himself from entering into competition with the purchaser.

Lord Atkinson then stated that “[t]hese considerations in themselves differentiate, in my opinion, the case of the sale of goodwill from the case of master and servant or employer and employee” (p. 701).

[21] The sale of a business often involves a payment to the vendor for goodwill. In consideration of

entre l'acquéreur et le vendeur qu'entre l'employeur et l'employé. Il a écrit, à la p. 566 :

[TRADUCTION] Dans une certaine mesure, des considérations différentes doivent intervenir dans les cas de formation en apprentissage et autres cas du même genre, d'une part, et dans les cas de vente d'une entreprise ou de dissolution d'une société, d'autre part. On se met en apprentissage parce qu'on souhaite apprendre un métier et l'exercer. On peut vendre son entreprise parce qu'on se sent trop vieux pour supporter la tension et les tracasseries qu'elle engendre, ou parce qu'on souhaite se retirer des affaires pour une autre raison. De toute évidence, il existe donc entre l'acquéreur et le vendeur une plus grande liberté de contracter qu'entre le maître et le serviteur ou entre l'employeur et la personne qui cherche un emploi. [Je souligne.]

Les propos de lord Macnaghten concernaient surtout la formation en apprentissage, mais la même notion a été élargie et appliquée aux contrats conclus entre employeurs et employés.

[20] Dans un arrêt de la Chambre des lords, *Herbert Morris, Ltd. c. Saxelby*, [1916] 1 A.C. 688, lord Atkinson a traité de la différence entre les contrats de travail et les contrats de vente d'une entreprise. Il a cité en les approuvant ces observations faites par le vice-chancelier James dans *Leather Cloth Co. c. Lorsche* (1869), L.R. 9 Eq. 345, p. 354 :

[TRADUCTION] Le principe est le suivant : L'intérêt public exige que chacun soit libre de travailler à son compte, mais ne soit pas libre de conclure un contrat qui le priverait ou priverait l'État de son travail, de ses compétences ou de son talent. En revanche, l'intérêt public exige que celui qui, grâce à ses compétences ou par tout autre moyen, a acquis une chose qu'il souhaite vendre, soit libre de la vendre de la façon la plus avantageuse sur le marché; et pour qu'il puisse la vendre de façon avantageuse sur le marché, il doit pouvoir s'engager à ne pas faire concurrence à l'acquéreur.

Lord Atkinson a ajouté que [TRADUCTION] « [c]es considérations permettent en elles-mêmes, selon moi, de distinguer la vente d'un achalandage de la relation entre maître et serviteur ou entre employeur et employé » (p. 701).

[21] Il est fréquent que le vendeur d'une entreprise reçoive une somme d'argent pour l'achalandage. En

the goodwill payment, the custom of the business being sold is intended to remain and reside with the purchaser. As Lord Ashbourne observed at p. 555 of *Nordenfelt*:

I think it is quite clear that the covenant must be taken as entered into in connection with the sale of the goodwill of the appellant's business, and that it was entered into with the plain and bona fide object of protecting that business.

And as stated by Dickson J. (as he then was) in *Elsley v. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 S.C.R. 916, at p. 924:

A person seeking to sell his business might find himself with an unsaleable commodity if denied the right to assure the purchaser that he, the vendor, would not later enter into competition.

See also *Burgess v. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85 (C.A.), per McLachlin J.A. (as she then was), at p. 95.

[22] The same considerations will not apply in the employer/employee context. No doubt an employee may build up a relationship with customers of the employer, but there is normally no payment for goodwill upon the employee leaving the employment of the employer. It is also accepted that there is generally an imbalance in power between employee and employer. For example, an employee may be at an economic disadvantage when litigating the reasonableness of a restrictive covenant because the employer may have access to greater resources (see, for example, *Elsley*, at p. 924, and *Mason v. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724 (H.L.), per Lord Moulton, at p. 745, quoted below at para. 33).

[23] The absence of payment for goodwill as well as the generally accepted imbalance in power between employee and employer justifies more rigorous scrutiny of restrictive covenants in employment contracts compared to those in contracts for the sale of a business.

contrepartie de la somme versée à ce titre, l'acheteur s'attend à ce que la clientèle de l'entreprise lui soit acquise et lui demeure fidèle. Dans *Nordenfelt*, lord Ashbourne a dit, à la p. 555 :

[TRADUCTION] Il me paraît très clair que la clause doit être considérée comme reliée à la vente de l'achalandage de l'entreprise de l'appelant et qu'elle visait manifestement et véritablement à protéger l'entreprise.

Je citerai aussi le juge Dickson (plus tard Juge en chef), qui a écrit ceci dans *Elsley c. J. G. Collins Insurance Agencies Ltd.*, [1978] 2 R.C.S. 916, p. 924 :

Celui qui cherche à vendre son entreprise peut se retrouver avec une chose invendable si on lui conteste le droit d'assurer l'acheteur que lui, le vendeur, ne lui fera pas concurrence plus tard.

Voir également *Burgess c. Industrial Frictions & Supply Co.* (1987), 12 B.C.L.R. (2d) 85 (C.A.), la juge McLachlin (plus tard Juge en chef du Canada), p. 95.

[22] Les mêmes considérations ne s'appliquent pas dans le contexte de la relation entre employeur et employé. Même si l'employé peut certainement nouer des liens avec les clients de son employeur, il ne reçoit généralement aucun paiement pour l'achalandage lorsqu'il quitte son emploi. Il est aussi reconnu qu'il y a généralement inégalité de pouvoir entre employeur et employé. Par exemple, l'employé qui conteste le caractère raisonnable d'une clause restrictive peut être désavantagé sur le plan financier parce qu'il ne dispose pas de ressources aussi considérables que celles auxquelles l'employeur peut avoir accès (voir, par exemple, *Elsley*, p. 924, et *Mason c. Provident Clothing and Supply Co.*, [1913] A.C. 724 (H.L.), lord Moulton, p. 745, cité plus loin au par. 33).

[23] L'absence de paiement pour l'achalandage, ainsi que l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé justifie un examen plus minutieux des clauses restrictives contenues dans les contrats de travail, par rapport à celles qui figurent dans les contrats de vente d'une entreprise.

[24] An initial question in the present case is whether the restrictive covenant at issue is properly characterized as being contained in an employment contract or a contract for the sale of a business. The December 31, 1987 agreement covering the sale of Shafron's business did not contain a restrictive covenant. However, the agreement he entered into in early 1988 did. Whether the restrictive covenant in the 1988 agreement should be construed as being in relation to the sale of the business and the \$700,000 goodwill payment is not the issue before the Court.

[25] After Shafron sold his business, KRG Western was sold again in 1991 to Intercity. Shafron received no payment on account of goodwill when the shares of KRG Western were sold to Intercity. The contract in which the restrictive covenant at issue in this case was contained was entered into in 1998, some 11 years after Shafron sold his business and after it was sold a second time. The 1998 employment contract was entirely independent of the 1987 sale agreement and 1988 agreement. The fact that the restrictive covenant in the 1998 employment contract originated in the 1988 agreement has no bearing on the interpretation of the 1998 employment contract. The 1998 agreement is an employment contract and, as found by the trial judge, the reasonableness of the restrictive covenant must stand up to the more rigorous test applicable to employment contracts.

B. *Determining Reasonableness*

[26] As a general rule, according to Dickson J. in *Elsley*, at p. 925, the geographic coverage of the covenant and the period of time in which it is effective have been used to determine whether a restrictive covenant is reasonable. The extent of the activity sought to be prohibited is also relevant.

[27] However, for a determination of reasonableness to be made, the terms of the restrictive covenant must be unambiguous. The reasonableness of a covenant cannot be determined without first

[24] La première question soulevée dans le pourvoi est de savoir si la clause restrictive en litige est à juste titre qualifiée de stipulation incluse dans un contrat de travail ou si elle fait partie du contrat de vente d'une entreprise. L'entente conclue le 31 décembre 1987 concernant la vente de l'entreprise de M. Shafron ne comportait pas de clause restrictive. Par contre, le contrat signé au début de l'année 1988 en contenait une. La Cour n'est pas appelée ici à déterminer si la clause restrictive figurant dans le contrat passé en 1988 devrait être interprétée comme liée à la vente de l'entreprise et à la somme de 700 000 \$ versée au titre de l'achalandage.

[25] Après la vente de son entreprise par M. Shafron, KRG Western a été revendue à Intercity en 1991. M. Shafron n'a reçu aucun paiement pour l'achalandage lors de la vente des actions de KRG Western à Intercity. Le contrat contenant la clause restrictive en litige dans le pourvoi a été conclu en 1998, soit après la revente de l'entreprise, quelque 11 ans après sa vente initiale par M. Shafron. Le contrat de travail conclu en 1998 était complètement indépendant de la convention de vente de 1987 et du contrat de 1988. Le fait que la clause restrictive incluse dans le contrat d'emploi de 1998 tire son origine du contrat conclu en 1988 n'a aucune incidence sur l'interprétation du contrat de travail de 1998. Le contrat passé en 1998 est un contrat de travail et, comme l'a conclu le juge de première instance, le caractère raisonnable de la clause restrictive doit être apprécié selon le critère plus rigoureux applicable à ce type de contrat.

B. *L'appréciation du caractère raisonnable*

[26] Règle générale, le caractère raisonnable d'une clause restrictive est apprécié en regard de sa portée géographique et de sa durée, conformément aux motifs exposés par le juge Dickson dans *Elsley*, à la p. 925. L'ampleur des activités interdites est également pertinente.

[27] Néanmoins, la question du caractère raisonnable ne pourra être tranchée que si les termes de la clause restrictive sont exempts d'ambiguïté. Il n'est pas possible de déterminer si une clause restrictive

establishing the meaning of the covenant. The onus is on the party seeking to enforce the restrictive covenant to show the reasonableness of its terms. An ambiguous restrictive covenant will be *prima facie* unenforceable because the party seeking enforcement will be unable to demonstrate reasonableness in the face of an ambiguity. As stated at the outset, the main difficulty that arises in this case is the ambiguity of the geographical restriction contained in the covenant. However, before turning to the case at hand, I will discuss the doctrine of severance as it applies to restrictive covenants in employment contracts.

[28] As we see in this case, the limits on geographic scope often give rise to questions of severance. Can a restrictive covenant that is unreasonably wide in its geographic scope be severed in some manner so as to leave in place what the court regards as reasonable?

C. Severance

[29] Where severance is permitted, there appears to be two types: “blue-pencil” severance and “notional” severance. Both types of severance have been applied in limited circumstances to remove illegal features of a contract so as to render the contract in conformity with the law. Blue-pencil severance was described in *Attwood v. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.), by Lord Sterndale as “effected when the part severed can be removed by running a blue pencil through it” (p. 578). In *Transport North American Express Inc. v. New Solutions Financial Corp.*, 2004 SCC 7, [2004] 1 S.C.R. 249, Bastarache J., in dissent, described this form of severance at para. 57:

Under the blue-pencil test, severance is only possible if the judge can strike out, by drawing a line through, the portion of the contract they want to remove, leaving the portions that are not tainted by illegality, without affecting the meaning of the part remaining.

est raisonnable sans que sa signification ait d’abord été établie. C’est à la partie qui réclame l’application d’une clause restrictive qu’il incombe de démontrer que sa teneur est raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est à première vue inapplicable parce que son ambiguïté place la partie qui l’invoque dans l’impossibilité d’en démontrer le caractère raisonnable. Comme je l’ai expliqué dès le départ, le principal problème en l’espèce tient à l’ambiguïté de la portée géographique de la clause restrictive. Toutefois, avant d’examiner l’affaire qui nous est soumise, je traiterai de l’application de la théorie de la divisibilité aux clauses restrictives stipulées dans les contrats de travail.

[28] Comme on le constate en l’espèce, les limites à la portée géographique soulèvent souvent la question de la divisibilité. Lorsque la portée géographique d’une clause restrictive est déraisonnable, est-il possible de lui appliquer la théorie de la divisibilité pour n’en conserver que ce que le tribunal juge raisonnable?

C. La divisibilité

[29] Lorsqu’il est permis de recourir à la divisibilité, celle-ci peut prendre deux formes : la divisibilité pure et simple, ou « technique du trait de crayon bleu », et la « divisibilité fictive ». Ces deux types de divisibilité ont été appliqués dans des circonstances limitées pour retrancher les éléments illégaux d’un contrat de manière à le rendre conforme au droit. Selon la description donnée par lord Sterndale dans *Attwood c. Lamont*, [1920] 3 K.B. 571 (C.A.), le recours à la divisibilité pure et simple est possible [TRADUCTION] « lorsqu’on peut supprimer la partie retranchée en la rayant d’un trait de crayon bleu » (p. 578). Dans *Transport North American Express Inc. c. New Solutions Financial Corp.*, 2004 CSC 7, [2004] 1 R.C.S. 249, le juge Bastarache, dissident, a décrit ce type de divisibilité dans les termes suivants, au par. 57 :

D’après le test du trait de crayon bleu, la divisibilité peut être appliquée uniquement lorsque le juge peut retrancher, en la raturant, la partie du contrat qu’on entend supprimer, tout en conservant les parties non viciées par l’illégalité, et ce sans que ne soit affecté le sens du reste du document.

[30] Notional severance involves reading down an illegal provision in a contract that would be unenforceable in order to make it legal and enforceable (see *Transport*, at para. 2). In *Transport*, the contract provided that interest was to be charged at a rate exceeding 60 percent contrary to s. 347 of the *Criminal Code*. There was no evidence of an intention to contravene this provision, and this was not a case of loan sharking. Arbour J. applied the doctrine of notional severance to effectively read down the interest rate to the legal statutory maximum of 60 percent.

[31] In *Transport*, a condition for application of the doctrine of notional severance appears to have been that what was illegal was easily determined by a bright-line provision in the *Criminal Code*. At para. 34, Arbour J. stated:

This legislatively mandated bright line [of 60 percent] distinguishes s. 347 cases from those involving provisions, for example, in restraint of trade, where there is no bright line.

It is apparent that Arbour J. would not have applied the doctrine of notional severance where there was no bright-line test for illegality. (See also *Globex Foreign Exchange Corp. v. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752, at para. 46.)

[32] It must be recognized, however, that the court is altering the terms of the original contract between the parties by applying the doctrine of severance, whether blue-pencil or notional. In *Transport*, Arbour J. observed at para. 30, that “[i]ndeed, all forms of severance alter the terms of the original agreement”. Where severance is applied, whether blue-pencil or notional, the purpose is to give effect to the intention of the parties when they entered into the contract. However, courts will be restrained in their application of severance because of the right of parties to freely contract and to choose the words that determine their obligations and rights.

[30] La divisibilité fictive consiste à donner une interprétation atténuée d’une clause contractuelle illégale, qui serait inapplicable, de façon à la rendre légale et applicable (voir *Transport*, par. 2). Dans *Transport*, le contrat prévoyait un taux d’intérêt supérieur à 60 p. 100, ce qui était contraire à l’art. 347 du *Code criminel*. Rien n’indiquait que les parties aient eu l’intention de contrevenir à cette disposition et il ne s’agissait pas d’une affaire de prêt usuraire. La juge Arbour a eu recours à la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux d’intérêt au taux maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi.

[31] Dans *Transport*, l’existence dans le *Code criminel* d’une ligne de démarcation nette permettant de déterminer facilement ce qui était illégal semble avoir été considérée comme une condition d’application de la théorie de la divisibilité fictive. Au paragraphe 34, la juge Arbour s’est exprimée ainsi :

Cette démarcation prescrite par la loi [60 p. 100] distingue les affaires fondées sur l’art. 347 de celles concernant les clauses — restreignant la liberté de commerce par exemple — à l’égard desquelles il n’existe pas de telle ligne de démarcation nette.

La juge Arbour n’aurait apparemment pas appliqué la théorie de la divisibilité fictive s’il n’avait pas existé de critère de démarcation nette entre la légalité et l’illégalité. (Voir aussi *Globex Foreign Exchange Corp. c. Kelcher*, 2005 ABCA 419, 262 D.L.R. (4th) 752, par. 46.)

[32] Il faut toutefois reconnaître que le tribunal modifie les stipulations du contrat original conclu entre les parties lorsqu’il applique la théorie de la divisibilité, qu’il s’agisse de la technique du trait de crayon bleu ou de la divisibilité fictive. Dans *Transport*, la juge Arbour a souligné, au par. 30, que « [d]e fait, toutes les techniques d’application de la divisibilité modifient les conditions de la convention originale ». L’application de la théorie de la divisibilité, pure et simple ou fictive, a pour objectif de donner effet à l’intention qu’avaient les parties au moment de la conclusion du contrat. Toutefois, les tribunaux disposeront d’une marge de manœuvre restreinte dans leur application de la théorie de la divisibilité en raison du droit des parties de contracter librement et de définir leurs droits et obligations dans les termes de leur choix.

D. *Blue-Pencil and Notional Severance Applied to Restrictive Covenants*

[33] Where the provision in question is a restrictive covenant in an employment contract, severance poses an additional concern. While the courts wish to uphold contractual rights and obligations between the parties, applying severance to an unreasonably wide restrictive covenant invites employers to draft overly broad restrictive covenants with the prospect that the courts will only sever the unreasonable parts or read down the covenant to what the courts consider reasonable. In *Mason*, Lord Moulton made the well-known statement to this effect at p. 745:

It would in my opinion be pessimi exempli if, when an employer had exacted a covenant deliberately framed in unreasonably wide terms, the Courts were to come to his assistance and, by applying their ingenuity and knowledge of the law, carve out of this void covenant the maximum of what he might validly have required. It must be remembered that the real sanction at the back of these covenants is the terror and expense of litigation, in which the servant is usually at a great disadvantage, in view of the longer purse of his master.

[34] Lord Moulton did not foreclose severance entirely. However, he considered it exceptional and applicable only where there could be a clear severance and, even then, only where the excess was of a trivial or technical nature. He stated at p. 745:

My Lords, I do not doubt that the Court may, and in some cases will, enforce a part of a covenant in restraint of trade, even though taken as a whole the covenant exceeds what is reasonable. But, in my opinion, that ought only to be done in cases where the part so enforceable is clearly severable, and even so only in cases where the excess is of trivial importance, or merely technical, and not a part of the main purport and substance of the clause. [Emphasis added.]

D. *L'application de la technique du trait de crayon bleu et de la divisibilité fictive aux clauses restrictives*

[33] Lorsque la stipulation en litige est une clause restrictive figurant dans un contrat de travail, l'application de la théorie de la divisibilité pose une difficulté supplémentaire. Bien que le souhait des tribunaux soit de donner effet aux droits et obligations stipulés par les parties, l'application de la théorie de la divisibilité à une clause restrictive d'une portée excessive incite en fait les employeurs à rédiger des clauses restrictives d'une portée démesurée en s'attendant à ce que les tribunaux en retranchent les éléments déraisonnables ou en donnent une interprétation atténuée selon ce qu'ils jugent raisonnable. Citons à ce propos, les célèbres observations faites par lord Moulton dans *Mason*, à la p. 745 :

[TRADUCTION] À mon avis, il serait absolument déplorable que les tribunaux viennent en aide à l'employeur qui a imposé une clause délibérément formulée dans des termes déraisonnablement larges et mettent à profit leur ingéniosité et leur connaissance du droit pour récupérer de cette clause nulle le maximum de ce que l'employeur aurait pu exiger en toute légitimité. Il ne faut pas oublier que la véritable sanction inscrite en filigrane dans ces clauses réside dans la terreur et les coûts d'une poursuite judiciaire, lors de laquelle l'employé se trouve habituellement désavantagé étant donné la bourse mieux garnie de son employeur.

[34] Lord Moulton n'a pas complètement exclu le recours à la divisibilité. Toutefois, il s'agissait pour lui d'une solution exceptionnelle, applicable uniquement aux stipulations clairement divisibles et, encore, à la condition qu'elles soient dénuées d'importance ou qu'elles soient de pure forme. Il s'est exprimé ainsi à la p. 745 :

[TRADUCTION] Vos seigneuries, je ne doute pas qu'il est possible, et qu'il arrivera dans certains cas, que la Cour applique une partie d'une clause restreignant la liberté de commerce, même si cette clause, prise globalement, va au-delà de ce qui est raisonnable. Mais à mon sens, cette solution ne devrait être retenue que dans les cas où la partie applicable est clairement divisible, et seulement lorsque les stipulations excessives sont dénuées d'importance ou sont de pure forme, et ne font partie ni de l'objet principal ni de la substance de la clause. [Je souligne.]

[35] Other cases have accepted that severance might be applied if the severed parts are independent of one another or can be severed without the severance affecting the meaning of the part remaining. See, for example, *T. S. Taylor Machinery Co. v. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281 (Man. C.A.), at p. 290, *Putsman v. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637 (Div. Ct.), at pp. 639-40, and *T. Lucas & Co. v. Mitchell*, [1974] Ch. 129 (C.A.), at p. 135.

[36] I think the approach of Lord Moulton in *Mason* is the appropriate view of the law rather than the approach taken in the cases cited in para. 35 above. I am of the opinion that blue-pencil severance may be resorted to sparingly and only in cases where the part being removed is clearly severable, trivial and not part of the main purport of the restrictive covenant. However, the general rule must be that a restrictive covenant in an employment contract found to be ambiguous or unreasonable in its terms will be void and unenforceable.

[37] However, I am also of the view that notional severance has no place in the construction of restrictive covenants in employment contracts. In my opinion, there are at least two reasons why it would be inappropriate to extend the doctrine of notional severance to the case of restrictive covenants in employment contracts.

[38] First, there is no bright-line test for reasonableness. In the case of a contract that provides for an illegal rate of interest, for example, notional severance has been used to bring the rate down to the legal rate of 60 percent. In *Transport*, the evidence was that the parties did not intend to enter into an illegal contract, and what must be done to make the contract legal was quite clear. The Court inferred that the parties' original common intention was to charge and pay the highest legal interest rate and notional severance was applied to read down the rate to the highest legal rate.

[35] Dans d'autres causes, on a estimé possible de recourir à la divisibilité si les parties retranchées sont indépendantes des autres ou peuvent être retranchées sans que le sens du reste du document ne soit affecté. Voir, par exemple, *T. S. Taylor Machinery Co. c. Biggar* (1968), 2 D.L.R. (3d) 281 (C.A. Man.), p. 290, *Putsman c. Taylor*, [1927] 1 K.B. 637 (C. div.), p. 639-640, et *T. Lucas & Co. c. Mitchell*, [1974] Ch. 129 (C.A.), p. 135.

[36] J'estime que la vision du droit qu'il faut retenir est celle qui se dégage du raisonnement de Lord Moulton dans *Mason*, et non celle exprimée dans la jurisprudence citée au par. 35 ci-dessus. Selon moi, la technique du trait de crayon bleu devrait être appliquée avec parcimonie, et uniquement dans les cas où la partie retranchée peut clairement être séparée du reste de la clause, est dénuée d'importance et ne fait pas partie de l'objet principal de la clause restrictive. Néanmoins, la règle générale doit être la suivante : une clause restrictive ambiguë ou déraisonnable figurant dans un contrat de travail est nulle et inapplicable.

[37] Je suis également d'avis que la théorie de la divisibilité fictive ne doit pas être appliquée pour interpréter les clauses restrictives d'un contrat de travail. À mon avis, il y a au moins deux raisons pour lesquelles il serait inopportun d'étendre la théorie de la divisibilité fictive aux clauses restrictives d'un contrat de travail.

[38] Premièrement, il n'existe pas de critère de démarcation nette pour l'appréciation du caractère raisonnable. Dans le cas d'un contrat qui prévoit un taux d'intérêt illégal, par exemple, la théorie de la divisibilité fictive a été appliquée pour ramener le taux au maximum de 60 p. 100 autorisé par la loi. Dans *Transport*, il ressortait de la preuve que les parties n'avaient pas l'intention de conclure un contrat illégal et il était très facile de déterminer ce qu'il fallait faire pour rendre le contrat conforme à la loi. La Cour a conclu que les parties avaient initialement l'intention commune d'exiger et de payer le taux d'intérêt légal le plus élevé et elle a appliqué la théorie de la divisibilité fictive pour ramener le taux au maximum prévu par la loi.

[39] In the case of an unreasonable restrictive covenant, while the parties may not have had the common intention that the covenant be unreasonable, there is no objective bright-line rule that can be applied in all cases to render the covenant reasonable. Applying notional severance in these circumstances simply amounts to the court rewriting the covenant in a manner that it subjectively considers reasonable in each individual case. Such an approach creates uncertainty as to what may be found to be reasonable in any specific case.

[40] Second, applying the doctrine of notional severance runs into the problem identified by Lord Moulton in *Mason*. It invites the employer to impose an unreasonable restrictive covenant on the employee with the only sanction being that if the covenant is found to be unreasonable, the court will still enforce it to the extent of what might validly have been agreed to.

[41] Not only would the use of notional severance change the terms of the covenant from the parties' initial agreement to what the court thinks they should have agreed to, it would also change the risks assumed by the parties. The restrictive covenant is sought by the employer. The obligation is on the employee. Having regard to the generally accepted imbalance of power between employers and employees, to introduce the doctrine of notional severance to read down an unreasonable restrictive covenant to what is reasonable provides no inducement to an employer to ensure the reasonableness of the covenant and inappropriately increases the risk that the employee will be forced to abide by an unreasonable covenant.

[42] For these reasons, the doctrine of notional severance does not apply in respect of restrictive covenants in employment contracts.

V. Application to This Case

[43] Normally, the reasonableness of a restrictive covenant is determined by considering the extent of the activity sought to be prohibited and the extent of the temporal and spatial scope of the prohibition.

[39] Dans le cas d'une clause restrictive déraisonnable, bien que les parties n'aient peut-être pas eu l'intention commune de stipuler une clause déraisonnable, il n'existe pas de règle objective de démarcation nette qui puisse être appliquée dans tous les cas pour obtenir une clause raisonnable. Appliquer la théorie de la divisibilité fictive dans ces circonstances équivaut à récrire la clause en lui attribuant le contenu que le tribunal estime raisonnable, d'un point de vue subjectif, dans chaque cas particulier. Cette façon de procéder engendre l'incertitude quant à ce qui peut être jugé raisonnable dans un cas donné.

[40] Deuxièmement, l'application de la théorie de la divisibilité fictive pose le problème décrit par lord Moulton dans *Mason*. Elle incite l'employeur à imposer une clause restrictive déraisonnable à l'employé en risquant, pour unique sanction, que le tribunal, s'il juge la clause déraisonnable, lui donne néanmoins effet dans la mesure de ce qui aurait pu être valablement stipulé par les parties.

[41] Non seulement le recours à la théorie de la divisibilité fictive modifierait la clause stipulée à l'origine par les parties en lui substituant celle dont le tribunal estime que les parties auraient dû convenir, mais encore elle modifierait les risques assumés par les parties. C'est l'employeur qui stipule la clause restrictive et c'est à l'employé qu'incombe l'obligation. Compte tenu de l'inégalité de pouvoir généralement reconnue entre employeur et employé, le recours à la théorie de la divisibilité fictive pour attribuer une interprétation atténuée raisonnable à une clause restrictive déraisonnable n'incite pas l'employeur à stipuler une clause raisonnable et accroît indûment le risque que l'employé soit contraint de consentir à une clause déraisonnable.

[42] Pour ces motifs, la théorie de la divisibilité fictive ne s'applique pas aux clauses restrictives d'un contrat de travail.

V. Application aux faits de l'espèce

[43] Le caractère raisonnable d'une clause restrictive s'apprécie habituellement au regard de l'ampleur des activités interdites ainsi que de la portée géographique et de la durée de l'interdiction. Le

This case is different because of the added issue of ambiguity. As indicated, a restrictive covenant is *prima facie* unenforceable unless it is shown to be reasonable. However, if the covenant is ambiguous, in the sense that what is prohibited is not clear as to activity, time, or geography, it is not possible to demonstrate that it is reasonable. Thus, an ambiguous restrictive covenant is, by definition, *prima facie* unreasonable and unenforceable. Only if the ambiguity can be resolved is it then possible to determine whether the unambiguous restrictive covenant is reasonable.

[44] The trial judge found that there was no legal or judicial definition of the term “Metropolitan City of Vancouver”. In finding that the spatial area covered by the restrictive covenant was not clear and certain, the trial judge referred to the evidence of the principal of KRG Western. At para. 56 of his reasons, he wrote:

Mr. Meier’s [principal of KRG Western] cross-examination at this trial was revealing as to what the parties had in mind when the phrase was used. At one point he testified that the phrase “means different things to different people”. As his evidence progressed he thought that what was intended was the Greater Vancouver Regional District but “not Lion’s Bay”. At another point he indicated that it meant “Vancouver and suburbs” and finally he defined it on a population base indicating he thought it included “1.4 million people”. During the course of his evidence he clearly indicated his belief that it was not limited to the City of Vancouver.

On the basis of this and other evidence, the trial judge found that the language of the restrictive covenant was neither clear nor certain and for this and other reasons dismissed the claim of KRG Western against Shafron.

[45] The Court of Appeal agreed that the term “Metropolitan City of Vancouver” was ambiguous. At para. 59, Chiasson J.A. wrote:

présent pourvoi se distingue en ce qu’il soulève en outre la question de l’ambiguïté de la clause. Comme nous l’avons vu, une clause restrictive est à première vue inapplicable, à moins qu’il ne soit démontré qu’elle est raisonnable. Mais si la clause est ambiguë, en ce sens que l’interdiction n’est pas clairement définie quant à sa durée, à sa portée géographique ou à l’activité interdite, il est impossible d’en démontrer le caractère raisonnable. Une clause restrictive ambiguë est donc par définition déraisonnable et inapplicable à première vue. C’est uniquement si l’ambiguïté peut être dissipée qu’il devient possible de déterminer si la clause restrictive non ambiguë est raisonnable.

[44] Le juge de première instance a constaté l’absence de définition législative ou jurisprudentielle de l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ». Il s’est reporté au témoignage du directeur de KRG Western pour conclure que le secteur géographique visé par la clause restrictive n’était ni clair ni précis. Voici ce qu’il a écrit au par. 56 de ses motifs :

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire de M. Meier [le directeur de KRG Western] pendant le procès est révélateur de ce que les parties avaient à l’esprit en utilisant cette expression. Il a déclaré à un moment que cette expression « a une signification différente pour des personnes différentes ». Plus loin dans son témoignage, il a dit croire qu’on voulait parler du District régional de Vancouver, mais « pas de Lion’s Bay ». À un autre moment, il a indiqué que cette expression désignait « Vancouver et sa banlieue », puis il a finalement défini l’expression en fonction de la population, précisant qu’elle incluait selon lui « 1,4 million de personnes ». Au cours de son témoignage, il a clairement indiqué que, dans son esprit, l’expression ne visait pas uniquement la ville de Vancouver.

Ce témoignage et d’autres éléments de preuve ont amené le juge de première instance à conclure que la clause restrictive n’était ni claire ni précise. Pour cette raison, et pour d’autres motifs, il a rejeté l’action intentée par KRG Western contre M. Shafron.

[45] La Cour d’appel a elle aussi jugé ambiguë l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ». Au paragraphe 59, le juge Chiasson a déclaré ce qui suit :

There is no fixed, recognized meaning for the phrase “Metropolitan City of Vancouver”. Various suggested meanings were provided at trial and in this Court. They served merely to reinforce the ambiguity of the phrase.

[46] However, the Court of Appeal was satisfied that “there is no doubt that the parties intended to prevent Mr. Shafron from competing in the City of Vancouver and an area beyond the City” (para. 80). It then determined that what “likely was in the reasonable contemplation of the parties when they made their agreement” (para. 63) was “the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby” (para. 61). In construing the ambiguous term “Metropolitan City of Vancouver” in the way it did, the Court of Appeal said that it relied on the doctrine of notional severance to resolve the ambiguity.

A. Severance Cannot Be Invoked to Resolve the Ambiguity

[47] With respect, I do not think that what the Court of Appeal did constituted notional severance. As explained above, in *Transport*, notional severance was used to read down an illegal provision in a contract to render it legal. That is not what the Court of Appeal purported to do in this case. It was in fact trying to resolve the ambiguity in the term “Metropolitan City of Vancouver” by reading down covenant according to its notion of reasonableness and what it thought the parties might have intended (paras. 59 and 63). As stated earlier, notional severance does not permit a court to rewrite a restrictive covenant in an employment contract in order to reflect its own view of what the parties’ consensus *ad idem* might have been or what the court thinks is reasonable in the circumstances.

[48] In the alternative, KRG Western submitted (at para. 116 of its factum) that, if this Court is unwilling to uphold the decision of the Court of Appeal which held that “Metropolitan City of Vancouver”

[TRADUCTION] Il n’existe aucune définition établie et reconnue de l’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver ». Diverses significations ont été proposées pendant le procès et devant notre Cour. Elles n’ont servi qu’à accentuer l’ambiguïté de cette expression.

[46] Toutefois, la Cour d’appel était convaincue que [TRADUCTION] « les parties avaient sans l’ombre d’un doute l’intention d’empêcher M. Shafron de faire concurrence à l’entreprise dans la ville de Vancouver et dans les environs » (par. 80). Elle a ensuite conclu que le secteur [TRADUCTION] « sans doute raisonnablement envisagé par les parties lorsqu’elles ont conclu l’entente » (par. 63) était composé de « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l’Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby » (par. 61). La Cour d’appel a dit s’être appuyée sur la théorie de la divisibilité fictive pour interpréter ainsi l’expression ambiguë [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ».

A. La divisibilité ne peut être invoquée pour dissiper l’ambiguïté

[47] En toute déférence, je ne crois pas que la Cour d’appel ait effectivement appliqué la théorie de la divisibilité fictive. Comme je l’ai expliqué précédemment, la Cour a appliqué la théorie de la divisibilité fictive dans *Transport* pour donner une interprétation atténuée d’une clause illégale afin de la rendre légale. Ce n’est pas ce que la Cour d’appel voulait faire en l’espèce. Elle essayait en fait de dissiper l’ambiguïté de l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » en donnant une interprétation atténuée de la clause selon ce qu’elle jugeait raisonnable et sa perception de l’intention possible des parties (par. 59 et 63). Comme je l’ai déjà indiqué, la théorie de la divisibilité fictive ne permet pas à un tribunal de récrire une clause restrictive d’un contrat de travail en accord avec sa propre perception du consensus auquel ont pu arriver les parties ou avec ce qu’il juge raisonnable dans les circonstances.

[48] KRG Western a fait valoir à titre subsidiaire (par. 116 de son mémoire) que, dans le cas où notre Cour ne serait pas disposée à confirmer la décision de la Cour d’appel interprétant

should be read to include “the City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby”, this Court should apply blue-pencil severance and remove the word “Metropolitan”. In my view, blue-pencil severance does not apply here.

[49] As I have stated, blue-pencil severance is to be applied narrowly, and only in particular circumstances. In *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. v. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (B.C.C.A.), Lambert J.A. stated, at pp. 305-6, that

the courts will only [apply blue pencil severance to] sever the covenant and expunge a part of it if the obligation that remains can fairly be said to be a sensible and reasonable obligation in itself and such that the parties would unquestionably have agreed to it without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain. . . . It is in that context that reference is made in the cases severing and expunging merely trivial or technical parts of an invalid covenant, which are not part of the main purport of the clause, in order to make it valid

[50] Removal of the word “Metropolitan” would leave behind only “City of Vancouver”. KRG Western, in its factum, stated that the “context makes it clear the parties intended the restricted area to cover not only the City of Vancouver, but also the suburbs immediately surrounding Vancouver” (para. 82). The Court of Appeal stated that the parties “clearly intended a geographic reach that included the City of Vancouver and something more” (para. 57 (emphasis added)). However, there is no evidence that the parties would have “unquestionably” agreed to remove the word “Metropolitan” “without varying any other terms of the contract or otherwise changing the bargain”. Blue-pencil severance is therefore not applicable in this case.

l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » comme désignant « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l’Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby », elle devrait appliquer la technique du trait de crayon bleu et supprimer les mots « l’agglomération de ». À mon avis, la divisibilité pure et simple ne s’applique pas en l’occurrence.

[49] Comme je l’ai expliqué, la divisibilité pure et simple doit être appliquée restrictivement, et uniquement dans des circonstances particulières. Dans *Canadian American Financial Corp. (Canada) Ltd. c. King* (1989), 60 D.L.R. (4th) 293 (C.A.C.-B.), le juge Lambert a déclaré, aux p. 305-306, que

[TRADUCTION] les tribunaux n’auront [recours à la technique du trait de crayon bleu pour] diviser la clause et en retrancher un élément que s’il est honnêtement possible de dire que l’obligation qui subsiste est en soi une obligation sensée et raisonnable sur laquelle les parties se seraient incontestablement entendues sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché. [. . .] C’est dans ce contexte qu’il est question, dans la jurisprudence, de la possibilité de diviser une clause invalide ou d’en supprimer des éléments qui sont dénués d’importance ou qui sont de pure forme, et qui sont étrangers à son objet principal, afin de la rendre valide

[50] En supprimant les mots « l’agglomération de », il ne resterait que les mots « la ville de Vancouver ». KRG Western écrit dans son mémoire qu’il [TRADUCTION] « ressort clairement du contexte que, pour les parties, le secteur géographique visé par la restriction devait inclure non seulement la ville de Vancouver, mais également ses banlieues immédiates » (par. 82). La Cour d’appel a estimé que les parties [TRADUCTION] « avaient clairement en tête une portée géographique qui comprenait la ville de Vancouver et quelque chose de plus » (par. 57 (je souligne)). Cependant, aucun élément de preuve ne démontre que les parties se seraient « incontestablement » entendues pour supprimer les mots « l’agglomération de » « sans changer quoi que ce soit aux autres clauses du contrat ni modifier autrement le marché ». La divisibilité pure et simple n’est par conséquent pas applicable en l’espèce.

B. *No Case Made Out for Rectification*

[51] KRG Western in its factum says that it was obvious that “something must have gone wrong with the language” of the covenant and that “Metropolitan City of Vancouver” is a “mistaken description” (paras. 75 and 78). This submission and KRG’s pleadings at first instance invite the Court to apply the doctrine of rectification to clarify the mistaken description.

[52] However, this is not a case in which rectification is properly applicable. In *Frederick E. Rose (London) Ltd. v. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), Denning L.J. stated at p. 461:

Rectification is concerned with contracts and documents, not with intentions. In order to get rectification it is necessary to show that the parties were in complete agreement on the terms of their contract, but by an error wrote them down wrongly; and in this regard, in order to ascertain the terms of their contract, you do not look into the inner minds of the parties — into their intentions — any more than you do in the formation of any other contract.

Here, there was nothing to indicate what the parties intended by the use of the term “Metropolitan” when they entered into the covenant and nothing to indicate that they agreed on an area and then mistakenly wrote down “Metropolitan”.

[53] In *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 SCC 19, [2002] 1 S.C.R. 678, Binnie J., at paras. 37-40, set out the necessary requirements for rectification: (1) the existence and content of the inconsistent prior oral agreement; (2) that the party seeking to uphold the terms of the written agreement knew or ought to have known about the lack of correspondence between the written document and the oral agreement, in circumstances amounting to fraud or the equivalent of fraud; and (3) “the precise form” in which the written instrument can be made to express the prior intention.

B. *Le droit à la rectification n’a pas été établi*

[51] Dans son mémoire, KRG Western affirme que, de toute évidence, [TRADUCTION] « il doit y avoir eu erreur dans le libellé » de la clause et que l’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » constitue une « description erronée » (par. 75 et 78). Cette prétention et les actes de procédure déposés par KRG en première instance invitent la Cour à appliquer la théorie de la rectification pour clarifier cette description erronée.

[52] Il ne s’agit cependant pas d’une affaire où la rectification est possible. Dans *Frederick E. Rose (London) Ltd. c. William H. Pim Jnr. & Co.*, [1953] 2 Q.B. 450 (C.A.), le lord juge Denning a apporté les précisions suivantes, à la p. 461 :

[TRADUCTION] La rectification concerne les contrats et les documents, et non les intentions. Pour obtenir une rectification, il faut démontrer que les parties étaient parfaitement d’accord sur les stipulations du contrat, mais qu’elles ont fait une erreur lorsqu’elles les ont consignées par écrit; et il n’y a pas davantage lieu à cet égard, pour établir les conditions du contrat conclu, de sonder la pensée des parties — de sonder leurs intentions — qu’il n’y a lieu de le faire à propos de la formation de tout autre contrat.

En l’espèce, rien n’indiquait ce que les parties avaient en tête en utilisant le mot « agglomération » lors de la conclusion du contrat et rien n’indiquait qu’elles s’étaient entendues sur un secteur géographique, puis avaient écrit le mot « agglomération » par erreur.

[53] Dans *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, 2002 CSC 19, [2002] 1 R.C.S. 678, le juge Binnie a énoncé, aux par. 37-40, les conditions préalables à la rectification : il faut (1) établir l’existence et la teneur de l’entente verbale antérieure incompatible; (2) prouver que la partie qui réclame l’application de l’entente écrite connaissait ou aurait dû connaître la discordance entre l’entente verbale et l’entente écrite, dans des circonstances qui constituent une fraude ou l’équivalent d’une fraude; et (3) démontrer « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé pour exprimer l’intention antérieure.

[54] In this case, KRG Western has shown no prior oral agreement, let alone the content of one. Rather, it simply asserts that “something must have gone wrong with the language” of the contract. Without pointing to a prior agreement that was departed from when the contract was put into writing, rectification is not available.

[55] In Binnie J.’s discussion of the “precise form” requirement, at para. 40, he stated:

The third hurdle is that Sylvan (Bell) [the respondent in that case] must show “the precise form” in which the written instrument can be made to express the prior intention (*Hart, supra, per Duff J.*, at p. 630). This requirement closes the “floodgates” to those who would invite the court to speculate about the parties’ unexpressed intentions, or impose what in hindsight seems to be a sensible arrangement that the parties might have made but did not. The court’s equitable jurisdiction is limited to putting into words that — and only that — which the parties had already orally agreed to.

In my view, the Court of Appeal imposed what in hindsight seemed to it to be a sensible arrangement that the parties might have made, but did not.

[56] I would also note Binnie J.’s comments, at para. 31:

In *Hart, supra*, at p. 630, Duff J. (as he then was) stressed that “[t]he power of rectification must be used with great caution”. Apart from everything else, a relaxed approach to rectification as a substitute for due diligence at the time a document is signed would undermine the confidence of the commercial world in written contracts.

[57] In this case, KRG Western can point to no prior agreement, written or oral, that explains the term “Metropolitan City of Vancouver”. Rectification is used to restore what the parties’ agreement actually was, were it not for the error in the written agreement. In the present case, there is no indication that the parties agreed on something

[54] En l’espèce, KRG Western n’a pas établi l’existence d’une entente verbale antérieure, et encore moins la teneur d’une telle entente. Elle affirme simplement qu’il [TRADUCTION] « doit y avoir eu erreur dans le libellé » du contrat. Pour demander une rectification, il faut impérativement faire valoir une entente antérieure à laquelle il aurait été dérogé lorsque le contrat a été consigné par écrit.

[55] Le juge Binnie a fait les observations suivantes, au par. 40, sur l’obligation de démontrer « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé :

Suivant le troisième obstacle, Sylvan (Bell) [l’intimée dans cette cause] doit démontrer [TRADUCTION] « de façon précise » comment l’écrit peut être formulé pour exprimer l’intention antérieure (*Hart*, précité, le juge Duff, p. 630). Cette exigence prévient « l’avalanche de poursuites » de la part de ceux qui inviteraient les tribunaux à spéculer sur les intentions inexprimées des parties ou à imposer ce qui, a posteriori, semble être un arrangement judicieux, qu’auraient pu conclure les parties mais qu’elles n’ont par ailleurs pas choisi. La compétence des tribunaux en equity se limite à exprimer en mots ce sur quoi — et uniquement ce sur quoi — les parties s’étaient déjà entendues verbalement.

J’estime que la Cour d’appel a imposé ce qui, a posteriori, lui semblait être un arrangement judicieux qu’auraient pu conclure les parties, mais qu’elles n’ont par ailleurs pas choisi.

[56] Je signalerais aussi les commentaires suivants faits par le juge Binnie au par. 31 :

Dans l’arrêt *Hart*, précité, p. 630, le juge Duff (plus tard Juge en chef du Canada) a souligné que [TRADUCTION] « [l]e pouvoir de rectification ne doit être utilisé qu’avec grande prudence ». Tout assouplissement de l’application de la rectification qui en ferait un substitut à l’exercice de diligence raisonnable lors de la signature d’un document aurait pour effet d’ébranler la confiance du monde des affaires à l’égard des contrats écrits.

[57] En l’espèce, KRG Western ne peut faire valoir aucune entente préalable, écrite ou verbale, qui expliquerait l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver ». La rectification a pour objet de rétablir l’entente véritablement conclue par les parties, n’eût été l’erreur commise dans l’entente écrite. Or dans le cas qui

and then mistakenly included something else in the written contract. Rather, they used an ambiguous term in the written contract. The original restrictive covenant was drafted by a Toronto lawyer who apparently did not know that “Metropolitan City of Vancouver” was not a legally defined term. The doctrine of rectification is not applicable.

VI. Conclusion

[58] In my respectful opinion, the Court of Appeal erred when it rewrote the restrictive covenant in this case to substitute for the “Metropolitan City of Vancouver” the “City of Vancouver, the University of British Columbia Endowment Lands, Richmond and Burnaby”. The term “Metropolitan City of Vancouver” was ambiguous and there was no context or other evidence demonstrating the mutual understanding of the parties at the time they entered into the contract as to what geographic area it covered. Further, the trial judge found that the restrictive covenant was unreasonable (para. 52). It was inappropriate for the Court of Appeal to rewrite the geographic scope in the restrictive covenant to what it thought was reasonable.

[59] I would allow the appeal with costs here and in the courts below and restore the judgment of the trial judge dismissing KRG Western’s action.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Clark Wilson, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Lindsay Kenney, Vancouver.

nous occupe, rien ne permet de croire que les parties auraient convenu d’une chose, puis inscrit par erreur quelque chose d’autre dans le contrat écrit. En fait, elles ont plutôt utilisé une expression ambiguë dans le contrat écrit. La clause restrictive originale a été rédigée par un avocat de Toronto qui, semble-t-il, ne savait pas que l’expression [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » n’avait pas de sens défini en droit. La théorie de la rectification ne s’applique pas.

VI. Conclusion

[58] À mon avis, la Cour d’appel a eu tort de récrire en l’espèce la clause restrictive pour remplacer [TRADUCTION] « l’agglomération de la ville de Vancouver » par « la ville de Vancouver, la dotation foncière universitaire de l’Université de la Colombie-Britannique, Richmond et Burnaby ». L’expression « l’agglomération de la ville de Vancouver » était ambiguë et il n’existait aucun contexte ni autre élément de preuve établissant que les parties s’étaient entendues, au moment de la conclusion du contrat, sur le secteur géographique visé par cette expression. Qui plus est, le juge de première instance a conclu que la clause restrictive était déraisonnable (par. 52). La Cour d’appel ne pouvait pas reformuler la portée géographique de la clause restrictive selon ce qui lui semblait raisonnable.

[59] Je suis d’avis d’accueillir le pourvoi avec dépens devant notre Cour et devant les juridictions inférieures et de rétablir la décision du juge de première instance rejetant l’action de KRG Western.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l’appelant : Clark Wilson, Vancouver.

Procureurs de l’intimée : Lindsay Kenney, Vancouver.

TAB 5

(7) In subsection (6), **disbursements** does not include payments made in the operation of a business of the insolvent person or bankrupt.

1992, c. 27, s. 89; 2005, c. 47, s. 115; 2007, c. 36, s. 58.

[Previous Version](#)

Advance notice

244 (1) A secured creditor who intends to enforce a security on all or substantially all of

- (a)** the inventory,
- (b)** the accounts receivable, or
- (c)** the other property

of an insolvent person that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person shall send to that insolvent person, in the prescribed form and manner, a notice of that intention.

Period of notice

(2) Where a notice is required to be sent under subsection (1), the secured creditor shall not enforce the security in respect of which the notice is required until the expiry of ten days after sending that notice, unless the insolvent person consents to an earlier enforcement of the security.

No advance consent

(2.1) For the purposes of subsection (2), consent to earlier enforcement of a security may not be obtained by a secured creditor prior to the sending of the notice referred to in subsection (1).

Exception

(3) This section does not apply, or ceases to apply, in respect of a secured creditor

- (a)** whose right to realize or otherwise deal with his security is protected by subsection 69.1(5) or (6); or
- (b)** in respect of whom a stay under sections 69 to 69.2 has been lifted pursuant to section 69.4.

Idem

(4) This section does not apply where there is a receiver in respect of the insolvent person.

1992, c. 27, s. 89; 1994, c. 26, s. 9(E).

Receiver to give notice

245 (1) A receiver shall, as soon as possible and not later than ten days after becoming a receiver, by appointment or otherwise, in respect of property of an insolvent person or a bankrupt, send a notice of that fact, in the prescribed form and manner, to the Superintendent, accompanied by the prescribed fee, and

(a) in the case of a bankrupt, to the trustee; or

(b) in the case of an insolvent person, to the insolvent person and to all creditors of the insolvent person that the receiver, after making reasonable efforts, has ascertained.

Idem

(2) A receiver in respect of property of an insolvent person shall forthwith send notice of his becoming a receiver to any creditor whose name and address he ascertains after sending the notice referred to in subsection (1).

Names and addresses of creditors

(3) An insolvent person shall, forthwith after being notified that there is a receiver in respect of any of his property, provide the receiver with the names and addresses of all creditors.

1992, c. 27, s. 89.

Receiver's statement

246 (1) A receiver shall, forthwith after taking possession or control, whichever occurs first, of property of an insolvent person or a bankrupt, prepare a statement containing the prescribed information relating to the receivership, and shall forthwith provide a copy thereof to the Superintendent and

(a) to the insolvent person or the trustee (in the case of a bankrupt); and

(b) to any creditor of the insolvent person or the bankrupt who requests a copy at any time up to six months after the end of the

TAB 6

shall be limited to relief that is reasonably necessary for the continued operations of the debtor company in the ordinary course of business during that period.

[2019, c. 29, s. 136.](#)

Rights of suppliers

11.01 No order made under section 11 or 11.02 has the effect of

- (a) prohibiting a person from requiring immediate payment for goods, services, use of leased or licensed property or other valuable consideration provided after the order is made; or
- (b) requiring the further advance of money or credit.

2005, c. 47, s. 128.

Stays, etc. — initial application

11.02 (1) A court may, on an initial application in respect of a debtor company, make an order on any terms that it may impose, effective for the period that the court considers necessary, which period may not be more than 10 days,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, all proceedings taken or that might be taken in respect of the company under the [Bankruptcy and Insolvency Act](#) or the [Winding-up and Restructuring Act](#);
- (b) restraining, until otherwise ordered by the court, further proceedings in any action, suit or proceeding against the company; and
- (c) prohibiting, until otherwise ordered by the court, the commencement of any action, suit or proceeding against the company.

Stays, etc. — other than initial application

(2) A court may, on an application in respect of a debtor company other than an initial application, make an order, on any terms that it may impose,

- (a) staying, until otherwise ordered by the court, for any period that the court considers necessary, all proceedings taken or that might

be taken in respect of the company under an Act referred to in paragraph (1)(a);

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

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

Burden of proof on application

(3) The court shall not make the order unless

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

(b) in the case of an order under subsection (2), the applicant also satisfies the court that the applicant has acted, and is acting, in good faith and with due diligence.

Restriction

(4) Orders doing anything referred to in subsection (1) or (2) may only be made under this section.

2005, c. 47, s. 128, 2007, c. 36, s. 62(F); [2019, c. 29, s. 137](#).

[Previous Version](#)

Stays — directors

11.03 (1) An order made under section 11.02 may provide that no person may commence or continue any action against a director of the company on any claim against directors that arose before the commencement of proceedings under this Act and that relates to obligations of the company if directors are under any law liable in their capacity as directors for the payment of those obligations, until a compromise or an arrangement in respect of the company, if one is filed, is sanctioned by the court or is refused by the creditors or the court.

Exception

(2) Subsection (1) does not apply in respect of an action against a director on a guarantee given by the director relating to the company's