

**Hercules Managements Ltd., Guardian Finance of Canada Ltd. and Max Freed** *Appellants (Plaintiffs/Respondents)*

and

**Friendly Family Farms Ltd., Woodvale Enterprises Ltd., Arlington Management Consultants Ltd., Emarjay Holdings Ltd. and David Korn** *(Plaintiffs)*

v.

**Ernst & Young and Alexander Cox** *Respondents (Defendants/Applicants)*

and

**Max Freed, David Korn and Marshall Freed** *(Third Parties)*

and

**The Canadian Institute of Chartered Accountants** *Intervener*

INDEXED AS: HERCULES MANagements LTD. v. ERNST & YOUNG

File No.: 24882.

1996: December 6; 1997: May 22.

Present: La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Negligence — Negligent misrepresentation — Auditors' report prepared for company — Report required by statute — Individual investors alleging investment losses and losses in value of existing shareholdings incurred because of reliance on audit reports — Whether auditors owed individual investors a duty of care with respect to the investment losses and the losses in the*

**Hercules Managements Ltd., Guardian Finance of Canada Ltd. et Max Freed** *Appellants (Demandeurs-intimés)*

et

**Friendly Family Farms Ltd., Woodvale Enterprises Ltd., Arlington Management Consultants Ltd., Emarjay Holdings Ltd. et David Korn** *(Demandeurs)*

c.

**Ernst & Young et Alexander Cox** *Intimés (Défendeurs-requérants)*

et

**Max Freed, David Korn et Marshall Freed** *(Tiers)*

et

**L'Institut canadien des comptables agréés** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: HERCULES MANagements LTD. c. ERNST & YOUNG

N° du greffe: 24882.

1996: 6 décembre; 1997: 22 mai.

Présents: Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Rapport de vérification préparé pour une société — Rapport exigé par la loi — Investisseurs alléguant à titre individuel avoir subi des pertes en matière de placement et des pertes quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification — Les vérificateurs avaient-ils une obligation de diligence envers les investisseurs à titre individuel quant aux pertes subies en matière de placement et aux pertes subies quant à la valeur de leurs participa-*

*value of existing shareholdings — Whether the rule in Foss v. Harbottle affects the appellants' action.*

Northguard Acceptance Ltd. (“NGA”) and Northguard Holdings Ltd. (“NGH”) carried on business lending and investing money on the security of real property mortgages. The appellant Guardian Finance of Canada Ltd. (“Guardian”) was the sole shareholder of NGH and it held non-voting class B shares in NGA. The appellants Hercules Managements Ltd. (“Hercules”) and Max Freed were also shareholders in NGA. At all relevant times, ownership in the corporations was separated from management. The respondent Ernst & Young was originally hired by NGA and NGH in 1971 to perform annual audits of their financial statements and to provide audit reports to the companies' shareholders. The partner in charge of the audits for the years 1980 and 1981, Cox, held personal investments in some of the syndicated mortgages administered by NGA and NGH.

In 1984, both NGA and NGH went into receivership. The appellants, and a number of other shareholders or investors in NGA, brought an action against the respondents in 1988 alleging that the audit reports for the years 1980, 1981 and 1982 were negligently prepared and that in reliance on these reports, they suffered various financial losses. They also alleged that a contract existed between themselves and the respondents in which the respondents explicitly undertook to protect the shareholders' individual interests in the audits as distinct from the interests of the corporations themselves.

The respondents brought a motion for summary judgment in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking to have the plaintiffs' claims dismissed. The grounds for the motion were (a) that there was no contract between the plaintiffs and the respondents; (b) that the respondents did not owe the individual plaintiffs any duty of care in tort; and (c) that the claims asserted by the plaintiffs could only properly be brought by the corporations themselves and not by the shareholders individually. The motions judge granted the motion with respect to four plaintiffs, including the appellants, and dismissed their actions on the basis that they raised no genuine issues for trial. By agreement, the claims of the remaining plaintiffs were adjourned *sine die*. An appeal to the Manitoba Court of Appeal was unanimously dismissed with costs.

*tions existantes? — La règle de Foss c. Harbottle influence-t-elle sur l'action des appelants?*

Northguard Acceptance Ltd. («NGA») et Northguard Holdings Ltd. («NGH») exploitaient un commerce de prêts et de placements garantis par des hypothèques immobilières. L'appelante Guardian Finance of Canada Ltd. («Guardian») était l'unique actionnaire de NGH et possédait des actions de classe B sans droit de vote de NGA. Les appelants Hercules Managements Ltd. («Hercules») et Max Freed étaient aussi des actionnaires de NGA. Pendant toute la période pertinente, la propriété des sociétés était séparée de la gestion. NGA et NGH ont retenu les services de l'intimée Ernst & Young pour la première fois en 1971, pour effectuer les vérifications annuelles de leurs états financiers et fournir à leurs actionnaires des rapports de vérification. Cox, l'associé responsable des vérifications pour les années 1980 et 1981, avait lui-même effectué des placements dans certaines hypothèques consortiales gérées par NGA et NGH.

En 1984, NGA et NGH ont toutes deux été mises sous séquestre. Les appelants, de même qu'un certain nombre d'actionnaires ou d'investisseurs de NGA, ont intenté, en 1988, une action contre les intimés, en faisant valoir que les rapports de vérification relatifs aux années 1980, 1981 et 1982 avaient été préparés avec négligence, et qu'ils avaient subi diverses pertes financières en se fiant à ces rapports. Ils ont aussi allégué qu'il existait, entre eux et les intimés, un contrat par lequel les intimés s'étaient explicitement engagés à protéger, dans les vérifications, les droits individuels des actionnaires, par opposition aux droits des sociétés elles-mêmes.

Les intimés ont déposé en Cour du Banc de la Reine du Manitoba une motion visant à obtenir un jugement sommaire rejetant les actions des demandeurs. À l'appui de leur motion, ils ont allégué a) qu'aucun contrat ne liait les demandeurs et les intimés, b) que les intimés n'avaient envers chacun des demandeurs aucune obligation de diligence en matière délictuelle, et c) que les actions engagées par les demandeurs ne pouvaient être engagées à bon droit que par les sociétés elles-mêmes, et non par les actionnaires à titre individuel. Le juge des motions a accueilli la motion à l'égard de quatre demandeurs, dont les appelants, et a rejeté leurs actions pour le motif qu'elles ne soulevaient aucune question en litige. Il a été convenu que les actions des autres demandeurs seraient ajournées *sine die*. L'appel interjeté devant la Cour d'appel du Manitoba a été rejeté à l'unanimité, avec dépens.

At issue here are: (1) whether the respondents owe the appellants a duty of care with respect to (a) the investment losses they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports, and (b) the losses in the value of their existing shareholdings they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports; and (2) whether the rule in *Foss v. Harbottle* (which provides that individual shareholders have no cause of action in law for any wrongs done to the corporation) affects the appellants' action.

*Held:* The appeal should be dismissed.

Four preliminary matters were addressed before the principal issue. Firstly, the question to be decided on a motion for summary judgment under rule 20 of the Manitoba *Court of Queen's Bench Rules* is whether there is a genuine issue for trial. Although a defendant who seeks dismissal of an action has an initial burden of showing that the case is one in which the existence of a genuine issue is a proper question for consideration, it is the plaintiff who must then, according to the rule, establish his claim as being one with a real chance of success. Thus, the appellants (who were the plaintiffs-respondents on the motion) bore the burden of establishing that their claim had "a real chance of success". Secondly, no contract existed between the appellant shareholders and the respondents and, in any event, the contract claim was not properly before this Court. Consequently, the appellants' submissions in this regard must fail. Thirdly, the independence requirements set out in s. 155 of the Manitoba *Corporations Act* do not themselves give rise to a cause of action in negligence. Similarly, breach of those independence requirements could not establish a duty of care in tort. Finally, it was not necessary to inquire into whether the appellants actually relied on the audited reports prepared by the respondents because the finding of an absence of a duty of care rendered the question of actual reliance inconsequential.

The existence of a duty of care in tort is to be determined through an application of the two-part *Anns/Kamloops* test (*Anns v. Merton London Borough Council; Kamloops (City of) v. Nielsen*). That approach should be taken here. To create a "pocket" of negligent misrepresentation cases in which the existence of a duty of care is determined differently from other negligence

Il s'agit, en l'espèce, de savoir, premièrement, si les intimés ont une obligation de diligence envers les appelants quant a) aux pertes en matière de placement que ces derniers auraient subies en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982 et b) aux pertes qu'ils auraient subies quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982; et deuxièmement, si la règle de *Foss c. Harbottle* (qui prévoit que les actionnaires n'ont, à titre individuel, aucune cause d'action en droit pour les préjudices causés à la société) influe sur l'action des appelants.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

Quatre questions préliminaires sont abordées avant la question principale. Premièrement, la question à trancher dans le cas d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire en vertu de l'art. 20 des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba est de savoir s'il existe une question en litige. Bien qu'il incombe d'abord au défendeur qui demande le rejet d'une action de prouver que l'affaire est un cas où il convient d'examiner s'il existe une question en litige, il incombe ensuite au demandeur, selon la règle, d'établir que son action a vraiment des chances de réussir. Ainsi, les appelants (qui étaient les demandeurs-intimés lors de la motion) étaient tenus d'établir que leur action avait «vraiment des chances de réussir». Deuxièmement, il n'existe aucun contrat entre les actionnaires appelants et les intimés et, de toute façon, notre Cour n'est pas saisie à juste titre de l'action relative à un contrat. Par conséquent, les arguments invoqués à cet égard par les appelants doivent échouer. Troisièmement, les exigences en matière d'indépendance établies à l'art. 155 de la *Loi sur les corporations* du Manitoba ne donnent pas naissance en soi à une cause d'action pour négligence. De même, le non-respect de ces exigences en matière d'indépendance ne pourrait pas établir l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle. Enfin, il n'est pas nécessaire d'examiner si les appelants se sont vraiment fiés aux rapports de vérification préparés par les intimés, parce que la conclusion à l'absence d'obligation de diligence fait perdre toute importance à la question de savoir si on s'est vraiment fié aux rapports en question.

L'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle doit être déterminée par l'application du critère à deux volets énoncé dans les arrêts *Anns* et *Kamloops (Anns c. Merton London Borough Council; Kamloops (Ville de) c. Nielsen)*. Cette méthode devrait être utilisée en l'espèce. Il serait incorrect de créer une «poche» de cas de déclaration inexacte faite par négli-

cases would be incorrect. Whether the respondents owe the appellants a duty of care for their allegedly negligent preparation of the audit reports, therefore, depends on (a) whether a *prima facie* duty of care is owed, and (b) whether that duty, if it exists, is negated or limited by policy considerations.

The existence of a relationship of “neighbourhood” or “proximity” distinguishes those circumstances in which the defendant owes a *prima facie* duty of care to the plaintiff from those where no such duty exists. In the context of a negligent misrepresentation action, deciding whether a *prima facie* duty of care exists necessitates an investigation into whether the defendant-representor and the plaintiff-representee can be said to be in a relationship of proximity or neighbourhood. The term “proximity” itself is nothing more than a label expressing a result, judgment or conclusion and does not, in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination.

“Proximity” in negligent misrepresentation cases pertains to some aspect of the relationship of reliance. It inheres when (a) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation, and (b) reliance by the plaintiff would, in the particular circumstances of the case, be reasonable.

Looking to whether reliance by the plaintiff would be reasonable in determining whether a *prima facie* duty of care exists (as opposed to looking at reasonable foreseeability alone) is not to abandon the basic tenets underlying the first branch of the *Anns/Kamloops* test. While specific inquiries into the reasonableness of the plaintiff’s expectations are not normally required in the context of physical damage cases (since the law has come to recognize implicitly that plaintiffs are reasonable in expecting that defendants will take reasonable care of their persons and property), such an inquiry is necessary in the negligent misrepresentation context. This is because reliance by a plaintiff on a defendant’s representation will not always be reasonable. Only by inquiring into the reasonableness of the plaintiff’s reliance will the *Anns/Kamloops* test be applied consistently in both contexts.

gence où l’existence d’une obligation de diligence serait déterminée différemment des autres cas de négligence. La question de savoir si les intimés ont une obligation de diligence envers les appelants quant aux rapports de vérification qu’ils auraient préparés avec négligence, dépend donc a) de la question de savoir s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, et b) de celle de savoir si cette obligation, le cas échéant, est annihilée ou limitée par des considérations de principe.

L’existence d’un lien «étroit» permet de distinguer les cas où le défendeur a une obligation *prima facie* de diligence envers le demandeur, de ceux où il n’existe aucune obligation de cette nature. Dans le contexte d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence, pour décider s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, il faut examiner si on peut dire qu’il existe un lien étroit entre le défendeur auteur de la déclaration et le demandeur à qui la déclaration a été faite. L’expression «lien étroit» elle-même n’exprime rien de plus qu’un résultat, un jugement ou une conclusion et elle ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique.

Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, le «lien étroit» se rapporte à un aspect du rapport de confiance. Il existe a) lorsque le défendeur devrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fiera à sa déclaration, et b) lorsqu’il serait raisonnable que le demandeur s’y fie dans les circonstances particulières de l’affaire.

Se demander si la confiance du demandeur serait raisonnable aux fins de déterminer s’il existe une obligation *prima facie* de diligence (au lieu d’examiner la question de la prévisibilité raisonnable seulement) ne revient pas à abandonner les préceptes fondamentaux du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Bien qu’il ne soit pas nécessaire habituellement d’examiner précisément la question du caractère raisonnable des attentes du demandeur dans les cas de dommages matériels (étant donné que la loi en est venue à reconnaître implicitement qu’il est raisonnable que le demandeur s’attende à ce que le défendeur prenne un soin raisonnable de ses biens et de sa personne), un tel examen est nécessaire dans le contexte d’une déclaration inexacte faite par négligence. Il en est ainsi parce que la confiance accordée par le demandeur à la déclaration du défendeur n’est pas toujours raisonnable. Ce n’est qu’en examinant le caractère raisonnable de la confiance du demandeur que le critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* sera appliqué uniformément dans les deux contextes.

The reasonable foreseeability/reasonable reliance test for determining a *prima facie* duty of care is somewhat broader than the tests used both in the cases decided before *Anns* and in those that have rejected the *Anns* approach. Those cases typically require (a) that the defendant know the identity of either the plaintiff or the class of plaintiffs who will rely on the statement, and (b) that the reliance losses claimed by the plaintiff stem from the particular transaction in respect of which the statement at issue was made. In reality, inquiring into such matters is nothing more than a means by which to circumscribe — for reasons of policy — the scope of a representor’s potentially infinite liability. In other words, adding further requirements to the duty of care test provides a means by which concerns that are extrinsic to simple justice — but that are, nevertheless, fundamentally important — may be taken into account in assessing whether the defendant should be compelled to compensate the plaintiff for losses suffered.

In light of this Court’s endorsement of the *Anns/Kamloops* test, enquiries concerning (a) the defendant’s knowledge of the identity of the plaintiff (or of the class of plaintiffs) and (b) the use to which the statements at issue are put may now quite properly be conducted in the second branch of that test when deciding whether policy considerations ought to negate or limit a *prima facie* duty that has already been found to exist. Criteria that in other cases have been used to define the legal test for the duty of care can now be recognized as policy-based ways by which to curtail liability and they can appropriately be considered under the policy branch of the *Anns/Kamloops* test.

The fundamental policy consideration that must be addressed in negligent misrepresentation actions centres around the possibility that the defendant might be exposed to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”. While the criteria of reasonable foreseeability and reasonable reliance serve to distinguish cases where a *prima facie* duty is owed from those where it is not, these criteria can, in certain types of situations, quite easily be satisfied and, absent some means by which to circumscribe the ambit of the duty, the prospect of limitless liability will loom. The general area of auditors’ liability is a case in point.

Le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer l’existence d’une obligation *prima facie* de diligence est un peu plus large que les critères utilisés dans la jurisprudence qui a précédé l’arrêt *Anns* et dans celle qui a rejeté la méthode de l’arrêt *Anns*. Cette jurisprudence requiert habituellement a) que le défendeur connaisse le demandeur ou la catégorie de demandeurs qui se fieront à la déclaration, et b) que les pertes que le demandeur allègue avoir subies en raison de la confiance qu’il a accordée découlent de l’opération même visée par la déclaration en cause. En réalité, l’examen de ces questions n’est rien de plus qu’un moyen de circonscrire — pour des raisons de principe — la portée de la responsabilité potentiellement infinie de l’auteur des déclarations. Autrement dit, ajouter d’autres conditions au critère applicable pour déterminer s’il existe une obligation de diligence offre un moyen de prendre en considération des questions qui n’ont rien à voir avec la simple justice — mais qui ont néanmoins une importance fondamentale — pour déterminer si le défendeur devrait être forcé d’indemniser le demandeur pour les pertes qu’il a subies.

Vu l’approbation par notre Cour du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, les examens concernant a) la connaissance du demandeur (ou de la catégorie de demandeurs) par le défendeur et b) l’utilisation qui est faite des déclarations en cause peuvent maintenant être effectués tout à fait à bon droit dans le cadre du second volet de ce critère, lorsqu’il est question de décider si des considérations de principe devraient annihiler ou limiter une obligation *prima facie* dont on a déjà conclu à l’existence. Les critères qui ont été utilisés dans d’autres cas pour définir le critère juridique applicable pour déterminer l’existence d’une obligation de diligence peuvent donc maintenant être reconnus comme un moyen, fondé sur des principes, de diminuer la responsabilité, et ils peuvent être pris en considération à bon droit en vertu du volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* qui a trait aux questions de principe.

La considération de principe fondamentale qui doit être abordée dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence est axée sur la possibilité que le défendeur encoure «une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l’égard d’une catégorie indéterminée». Alors que les critères de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable servent à distinguer les cas où il existe une obligation *prima facie* de ceux où il n’en existe pas, dans certains types de situations, il peut être très facile de respecter ces critères et, en l’absence de moyen de circonscrire l’étendue de l’obligation, la perspective d’une responsa-

Here, the problem of indeterminate liability will often arise because the reasonable foreseeability/reasonable reliance test for ascertaining a *prima facie* duty of care may be satisfied in many, even if not all, such cases.

While policy concerns surrounding indeterminate liability will serve to negate a *prima facie* duty of care in many auditors' negligence cases, there may be particular situations where such concerns do not inhere. The specific factual matrix of a given case may render it an "exception" to the general class of cases, in that while considerations of proximity might militate in favour of finding that a duty of care inhere, the typical policy considerations stemming from indeterminate liability do not arise.

This concept can be articulated within the framework of the *Anns/Kamloops* test. Under this test, factors such as (1) whether the defendant knew the identity of the plaintiff (or the class of plaintiff) and (2) whether the defendant's statements were used for the specific purpose or transaction for which they were made ought properly to be considered in the "policy" branch of the test once the first branch concerning "proximity" has been found to be satisfied. The absence of these factors will normally mean that concerns over indeterminate liability inhere and, therefore, that the *prima facie* duty of care will be negated. Their presence, however, will mean that worries stemming from indeterminacy should not arise since the scope of liability is sufficiently delimited. In such cases, policy considerations will not override a positive finding on the first branch of the *Anns/Kamloops* test and a duty of care will quite properly be found to exist.

On the facts of this case, the respondents clearly owed a *prima facie* duty of care to the appellants. Firstly, the possibility that the appellants would rely on the audited financial statements in conducting their affairs and that they might suffer harm if the reports were negligently prepared must have been reasonably foreseeable to the respondents. Secondly, reliance on the audited statements by the appellant shareholders would, on the facts, be reasonable given both the relationship between the

bilité illimitée planera. Le domaine général de la responsabilité des vérificateurs est un bon exemple typique. En l'espèce, le problème de la responsabilité indéterminée se posera souvent parce que le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer s'il existe une obligation *prima facie* de diligence peut être respecté dans un bon nombre de ces cas, même si ce ne sont pas tous ces cas.

Bien que les questions de principe entourant la responsabilité indéterminée contribueront à annihiler une obligation *prima facie* de diligence dans bien des cas de négligence de vérificateurs, il peut y avoir des situations particulières où de telles questions ne se poseront pas. Le contexte particulier d'une affaire donnée peut en faire une «exception» à la catégorie générale d'affaires, en ce sens que, alors que des considérations de lien étroit pourraient militer en faveur d'une conclusion à l'existence d'une obligation de diligence, les considérations de principe qui émanent habituellement de la responsabilité indéterminée ne se posent pas.

Cette notion peut être formulée dans le cadre du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Selon ce critère, des facteurs comme (1) la question de savoir si le défendeur connaissait le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et (2) celle de savoir si les déclarations du défendeur ont été utilisées dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels elles ont été faites devraient être pris en considération pour l'application du volet du critère qui a trait aux «questions de principe», une fois que l'on a conclu qu'il a été satisfait au premier volet concernant le «lien étroit». L'absence de ces facteurs signifiera habituellement qu'il existe des craintes relatives à la responsabilité indéterminée et que, par conséquent, l'obligation *prima facie* de diligence sera annihilée. Leur présence, cependant, signifiera que l'indétermination ne devrait pas être un sujet d'inquiétude, étant donné que l'étendue de la responsabilité est suffisamment délimitée. En pareils cas, des considérations de principe ne l'emporteront pas sur une conclusion positive relativement au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, et il sera tout à fait possible de conclure à bon droit à l'existence d'une obligation de diligence.

D'après les faits de la présente affaire, les intimés avaient nettement une obligation *prima facie* de diligence envers les appelants. Premièrement, la possibilité que les appelants se fient aux états financiers vérifiés pour gérer leurs affaires et qu'ils subissent un préjudice si les rapports étaient préparés avec négligence doit avoir été raisonnablement prévisible pour les intimés. Deuxièmement, il était raisonnable que les actionnaires appelants se fient aux états vérifiés compte tenu à la fois

parties and the nature of the statements themselves. The first branch of the *Anns/Kamloops* test is therefore satisfied.

As regards the second branch of this test, it is clear that the respondents knew the identity of the appellants when they provided the audit reports. In determining whether this case is an "exception" to the generally prevailing policy concerns regarding auditors, the central question is therefore whether the appellants can be said to have used the audit reports for the specific purpose for which they were prepared. The answer will determine whether policy considerations surrounding indeterminate liability ought to negate the *prima facie* duty of care owed by the respondents.

The respondent auditors' purpose in preparing the reports was to assist the collectivity of shareholders of the audited companies in their task of overseeing management. The respondents did not prepare the audit reports in order to assist the appellants in making personal investment decisions or, indeed, for any purpose other than the standard statutory one. The only purpose for which the reports could have been used so as to give rise to a duty of care on the part of the respondents, therefore, is as a guide for the shareholders, as a group, in supervising or overseeing management.

In light of this finding, the specific claims of the appellants could each be assessed. Those claims were in respect of: (1) moneys injected into NGA and NGH by Hercules and Freed, and (2) the devaluation of existing equity caused by the appellants' alleged inability (a) to oversee personal investments properly, and (b) to supervise the management of the corporations with a view to protecting their personal holdings.

As regards the first claim, the appellants alleged that they relied on the respondents' audit reports for the purpose of making individual investments. Since this was not a purpose for which the reports were prepared, policy concerns surrounding indeterminate liability are not obviated and these claims must fail. Similarly, the first branch of the appellants' second claim must fail since monitoring existing personal investments is likewise not a purpose for which the audited statements were prepared.

With respect to the second branch relating to the devaluation of appellants' equity, the appellants' position may at first seem consistent with the purpose for

du lien entre les parties et de la nature des états eux-mêmes. Il a donc été satisfait au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*.

Quant au deuxième volet de ce critère, il est évident que les intimés connaissaient l'identité des appelants lorsqu'ils ont fourni les rapports de vérification. Pour déterminer si la présente affaire constitue une «exception» aux questions de principe qui se posent généralement au sujet des vérificateurs, la question cruciale est donc de savoir si on peut affirmer que les appelants ont utilisé les rapports de vérification aux fins mêmes pour lesquelles ils avaient été préparés. La réponse à cette question déterminera si des considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée devraient annihiler l'obligation *prima facie* de diligence des intimés.

Le dessein que les vérificateurs intimés voulaient accomplir en préparant les rapports en question était d'aider la collectivité des actionnaires des sociétés vérifiées à en surveiller la gestion. Les intimés n'ont pas préparé les rapports de vérification afin d'aider les appelants à prendre des décisions personnelles en matière de placement ou pour toute autre fin que celle prévue normalement par la loi. Par conséquent, la seule fin pour laquelle les rapports auraient pu être utilisés de façon à engendrer une obligation de diligence de la part des intimés aurait été de servir à guider les actionnaires, en tant que groupe, dans la supervision ou la surveillance de la gestion de la société.

Compte tenu de cette conclusion, chacune des actions particulières des appelants peut être appréciée. Ces actions portaient sur (1) les sommes injectées dans NGA et NGH par Hercules et Freed, et (2) la dévaluation d'un droit existant sur l'actif causée par l'incapacité dans laquelle les appelants auraient été a) de bien surveiller des placements personnels et b) de superviser la gestion des sociétés en vue de protéger leurs portefeuilles personnels.

Quant à la première action, les appelants prétendent qu'ils se sont fiés aux rapports de vérification des intimés pour faire des placements individuels. Puisque les rapports n'ont pas été préparés à cette fin, les questions de principe entourant la responsabilité indéterminée ne sont pas évitées et ces actions doivent échouer. De même, le premier volet de la deuxième action des appelants doit échouer puisque la surveillance de placements personnels existants n'est pas une fin pour laquelle les états vérifiés ont été préparés.

En ce qui concerne le deuxième volet relatif à la dévaluation du droit des appelants sur l'actif, le point de vue des appelants peut, à première vue, sembler compa-

which the reports were prepared. In reality, however, their claim did not involve the purpose of overseeing management *per se*. Rather, it ultimately depended on being able to use the auditors' reports for the individual purpose of overseeing their own investments. Thus, the purpose for which the reports were used was not, in fact, consistent with the purpose for which they were prepared. The policy concerns surrounding indeterminate liability accordingly inhered and the *prima facie* duty of care was negated in respect of this claim as well.

The absence of a duty of care with respect to the appellant's alleged inability to supervise management in order to monitor their individual investments is consistent with the rule in *Foss v. Harbottle* which provides that individual shareholders have no cause of action for wrongs done to the corporation. When, as a collectivity, shareholders oversee the activities of a corporation through resolutions adopted at shareholder meetings, they assume what may be seen to be a "managerial" role. In this capacity, they cannot properly be understood to be acting simply as individual holders of equity. Rather, their collective decisions are made in respect of the corporation itself. Any duty owed by auditors in respect of this aspect of the shareholders' functions is owed not to shareholders *qua* individuals, but rather to all shareholders as a group, acting in the interests of the corporation. Since the decisions taken by the collectivity of shareholders are in respect of the corporation's affairs, the shareholders' reliance on negligently prepared audit reports in taking such decisions will result in a wrong to the corporation for which the shareholders cannot, as individuals, recover. A derivative action would have been the proper method of proceeding with respect to this claim.

#### Cases Cited

**Considered:** *Fidkalo v. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); **referred to:** *Foss v. Harbot-*

tible avec la fin pour laquelle les rapports ont été préparés. En réalité, cependant, leur action n'a rien à voir avec l'objet même de surveiller la gestion de la société. Elle dépend plutôt, en fin de compte, de la capacité d'utiliser les rapports des vérificateurs aux fins individuelles de surveiller leurs propres placements. Ainsi, la fin pour laquelle les rapports ont été utilisés était, en fait, incompatible avec la fin pour laquelle ils ont été préparés. Les questions de principe entourant la responsabilité indéterminée se posent donc et l'obligation *prima facie* de diligence est également annihilée relativement à cette action.

L'absence d'obligation de diligence relativement à l'incapacité dans laquelle les appelants auraient été de superviser la gestion de la société afin de surveiller leurs placements individuels est compatible avec la règle de *Foss c. Harbottle* qui prévoit que les actionnaires n'ont, à titre individuel, aucune cause d'action pour les préjudices causés à la société. Lorsque, collectivement, ils surveillent les activités d'une société au moyen des résolutions qu'ils adoptent lors des assemblées des actionnaires, les actionnaires assument ce qu'on peut considérer comme un «rôle de gestion». À ce titre, ils ne peuvent être considérés à bon droit comme agissant simplement à titre de détenteurs individuels d'un droit sur l'actif. Au contraire, leurs décisions collectives sont prises à l'égard de la société même. Toute obligation que les vérificateurs auraient relativement à cet aspect des fonctions des actionnaires existerait, par conséquent, non pas en faveur des actionnaires à titre individuel, mais plutôt en faveur de tous les actionnaires, en tant que groupe agissant dans l'intérêt de la société. Puisque les décisions prises collectivement par les actionnaires ont trait aux affaires de la société, la confiance que les actionnaires auront accordée, en les prenant, à des rapports de vérification préparés avec négligence causera un préjudice à la société dont les actionnaires ne peuvent pas se faire indemniser à titre individuel. Il aurait convenu, à ce chapitre, de recourir à une action oblique.

#### Jurisprudence

**Arrêts examinés:** *Fidkalo c. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267; *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); **arrêts men-**

*tle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189; *Hercules Management Ltd. v. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216; *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205; *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87; *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *Scott Group Ltd. v. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *H. Rosenblum (1983), Inc. v. Adler*, 461 A.2d 138; *Roman Corp. Ltd. v. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248; *Roman Corp. v. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10; *Prudential Assurance Co. v. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] 1 All E.R. 354; *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216.

#### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16.  
*Companies Act 1985* (U.K.), 1985, c. 6.  
*Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, ss. 149(1), 155(1), (2), (6), 163(1), 232.  
*Court of Queen's Bench Rules*, Man. Reg. 553/88, Rule 20.03(1).

#### Authors Cited

Cheffins, Brian R. "Auditors' Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow" (1991), 18 *C.B.L.J.* 118.  
 Cherniak, Earl A., and Kirk F. Stevens. "Two Steps Forward or One Step Back? *Ann's* at the Crossroads in Canada" (1992), 20 *C.B.L.J.* 164.  
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994.  
 Fleming, J. G. "The Negligent Auditor and Shareholders" (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349.  
 Ivankovich, Ivan F. "Accountants and Third-Party Liability — Back to the Future" (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 505.  
 McHugh, M. H. "Neighbourhood, Proximity and Reliance". In P. D. Finn, ed., *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.  
 Sexton, J. Edgar, and John W. Stevens. "Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities". In Meredith Memorial Lectures 1983-84, *Professional Responsi-*

*tionnés: Foss c. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189; *Hercules Management Ltd. c. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216; *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205; *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87; *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Scott Group Ltd. c. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164; *H. Rosenblum (1983), Inc. c. Adler*, 461 A.2d 138; *Roman Corp. Ltd. c. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248; *Roman Corp. v. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10; *Prudential Assurance Co. c. Newman Industries Ltd. (No. 2)*, [1982] 1 All E.R. 354; *Goldex Mines Ltd. c. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216.

#### Lois et règlements cités

*Companies Act 1985* (R.-U.), 1985, ch. 6.  
*Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 149(1), 155(1), (2), (6), 163(1), 232.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, ch. B.16.  
*Règles de la Cour du Banc de la Reine*, règl. du Man. 553/88, art. 20.03(1).

#### Doctrine citée

Cheffins, Brian R. «Auditors' Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow» (1991), 18 *C.B.L.J.* 118.  
 Cherniak, Earl A., and Kirk F. Stevens. «Two Steps Forward or One Step Back? *Ann's* at the Crossroads in Canada» (1992), 20 *C.B.L.J.* 164.  
 Feldthusen, Bruce. *Economic Negligence*, 3rd ed. Scarborough: Carswell, 1994.  
 Fleming, J. G. «The Negligent Auditor and Shareholders» (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349.  
 Ivankovich, Ivan F. «Accountants and Third-Party Liability — Back to the Future» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 505.  
 McHugh, M. H. «Neighbourhood, Proximity and Reliance». In P. D. Finn, ed., *Essays on Torts*. Sydney: Law Book Co., 1989.  
 Sexton, J. Edgar, and John W. Stevens. «Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities». Dans Conférences commémoratives Meredith 1983-84, *La res-*

*bility in Civil Law and Common Law.* Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985, 88.

Stapleton, Jane. "Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda" (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.

Wiener, Howard B. "Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation" (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1995), 102 Man. R. (2d) 241, 93 W.A.C. 241, 125 D.L.R. (4th) 353, 19 B.L.R. (2d) 137, 24 C.C.L.T. (2d) 284, dismissing an appeal from judgment by Dureault J. Appeal dismissed.

*Mark M. Schulman, Q.C., and Brian A. Crane, Q.C.,* for the appellants.

*Robert P. Armstrong, Q.C., and Thor J. Hansell,* for the respondents.

*W. Ian C. Binnie, Q.C., and Geoff R. Hall,* for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

<sup>1</sup> LA FOREST J. — This appeal arises by way of motion for summary judgment. It concerns the issue of whether and when accountants who perform an audit of a corporation's financial statements owe a duty of care in tort to shareholders of the corporation who claim to have suffered losses in reliance on the audited statements. It also raises the question of whether certain types of claims against auditors may properly be brought by shareholders as individuals or whether they must be brought by the corporation in the form of a derivative action.

#### Facts

<sup>2</sup> Northguard Acceptance Ltd. ("NGA") and Northguard Holdings Ltd. ("NGH") carried on business lending and investing money on the security of real property mortgages. The appellant Guardian Finance of Canada Ltd. ("Guardian") was the sole shareholder of NGH and it held non-

*ponsabilité professionnelle de droit civil et de common law.* Faculty of Law, McGill University. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1985, 88.

Stapleton, Jane. «Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249.

Wiener, Howard B. «Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation» (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1995), 102 Man. R. (2d) 241, 93 W.A.C. 241, 125 D.L.R. (4th) 353, 19 B.L.R. (2d) 137, 24 C.C.L.T. (2d) 284, qui a rejeté l'appel interjeté contre un jugement du juge Dureault. Pourvoi rejeté.

*Mark M. Schulman, c.r., et Brian A. Crane, c.r.,* pour les appelants.

*Robert P. Armstrong, c.r., et Thor J. Hansell,* pour les intimés.

*W. Ian C. Binnie, c.r., et Geoff R. Hall,* pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi tire son origine d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire et porte sur la question de savoir si, et dans quels cas, des comptables qui effectuent une vérification des états financiers d'une société ont une obligation de diligence en matière délictuelle envers les actionnaires de cette société qui prétendent avoir subi des pertes en se fiant aux états vérifiés. Il soulève aussi la question de savoir si certains types de recours contre les vérificateurs peuvent être valablement exercés par des actionnaires à titre individuel ou s'ils doivent l'être sous forme d'action oblique par la société.

#### Les faits

Northguard Acceptance Ltd. («NGA») et Northguard Holdings Ltd. («NGH») exploitaient un commerce de prêts et de placements garantis par des hypothèques immobilières. L'appelante Guardian Finance of Canada Ltd. («Guardian») était l'unique actionnaire de NGH et possédait des

voting class B shares in NGA. The appellants Hercules Managements Ltd. (“Hercules”) and Max Freed were also shareholders in NGA. At all relevant times, ownership in the corporations was separated from management. The respondent Ernst & Young (formerly known as Clarkson Gordon) is a firm of chartered accountants that was originally hired by NGA and NGH in 1971 to perform annual audits of their financial statements and to provide audit reports to the companies’ shareholders. The partner in charge of the audits for the years 1980 and 1981 is the respondent William Alexander Cox. Mr. Cox held personal investments in some of the syndicated mortgages administered by NGA and NGH.

In 1984, both NGA and NGH went into receivership. The appellants, as well as Friendly Family Farms Ltd. (“F.F. Farms”), Woodvale Enterprises Ltd. (“Woodvale”), Arlington Management Consultants Ltd. (“Arlington”), Emarjay Holdings Ltd. (“Emarjay”) and David Korn (all of whom were shareholders or investors in NGA) brought an action against the respondents in 1988 alleging that the audit reports for the years 1980, 1981 and 1982 were negligently prepared and that in reliance on these reports, they suffered various financial losses. More specifically, the appellant Hercules sought damages for advances totalling \$600,000 which it made to NGA in January and February of 1983, and the appellant Freed sought damages for monies he added to an investment account in NGH in 1982. All the plaintiffs claimed damages in tort for the losses they suffered in the value of their existing shareholdings. In addition to their tort claims, the plaintiffs also alleged that a contract existed between themselves and the respondents in which the respondents explicitly undertook, as of 1978, to protect the shareholders’ individual interests in the audits as distinct from the interests of the corporations themselves.

After a series of amendments to the initial statement of claim, over 40 days of discovery, and

actions de classe B sans droit de vote de NGA. Les appelants Hercules Managements Ltd. («Hercules») et Max Freed étaient aussi des actionnaires de NGA. Pendant toute la période pertinente, la propriété des sociétés était séparée de la gestion. L’intimée Ernst & Young (auparavant connue sous le nom de Clarkson Gordon) est un cabinet de comptables agréés dont NGA et NGH ont retenu les services pour la première fois, en 1971, pour effectuer les vérifications annuelles de leurs états financiers et fournir à leurs actionnaires des rapports de vérification. L’associé responsable des vérifications pour les années 1980 et 1981 est l’intimé William Alexander Cox, qui avait lui-même effectué des placements dans certaines hypothèques consortiales gérées par NGA et NGH.

En 1984, NGA et NGH ont toutes deux été mises sous séquestre. Les appelants, de même que Friendly Family Farms Ltd. («F.F. Farms»), Woodvale Entreprises Ltd. («Woodvale»), Arlington Management Consultants Ltd. («Arlington»), Emarjay Holdings Ltd. («Emarjay») et David Korn (tous des actionnaires ou investisseurs de NGA) ont intenté, en 1988, une action contre les intimés, en faisant valoir que les rapports de vérification relatifs aux années 1980, 1981 et 1982 avaient été préparés avec négligence, et qu’ils avaient subi diverses pertes financières en se fiant à ces rapports. Plus précisément, l’appelante Hercules a réclamé des dommages-intérêts pour les avances totales de 600 000 \$ qu’elle avait consenties à NGA en janvier et février 1983, et l’appelant Freed a réclamé des dommages-intérêts pour les sommes qu’il avait ajoutées dans un compte de placement de NGH, en 1982. Tous les demandeurs ont réclamé des dommages-intérêts fondés sur la responsabilité délictuelle pour les pertes qu’ils ont subies quant à la valeur de leurs participations existantes. En plus de leurs actions en responsabilité délictuelle, les demandeurs ont allégué qu’il existait, entre eux et les intimés, un contrat par lequel les intimés s’étaient explicitement engagés, dès 1978, à protéger, dans les vérifications, les droits individuels des actionnaires, par opposition aux droits des sociétés elles-mêmes.

Après une série de modifications apportées à la déclaration initiale, plus de 40 jours d’interroga-

3

4

numerous pre-trial conferences and case management sessions, the respondents brought a motion for summary judgment in the Manitoba Court of Queen's Bench seeking to have the plaintiffs' claims dismissed. The grounds for the motion were (a) that there was no contract between the plaintiffs and the respondents; (b) that the respondents did not owe the individual plaintiffs any duty of care in tort; and (c) that the claims asserted by the plaintiffs could only properly be brought by the corporations themselves and not by the shareholders individually. The motions judge granted the motion with respect to the plaintiffs Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian and Freed and dismissed their actions on the basis that they raised no genuine issues for trial. By agreement, the claims of the remaining plaintiffs were adjourned *sine die*. An appeal to the Manitoba Court of Appeal by Hercules, Guardian and Freed was unanimously dismissed with costs. Leave to appeal to this Court was granted on March 7, 1996 and the appeal was heard on December 6, 1996.

#### Judicial History

##### *Manitoba Court of Queen's Bench*

<sup>5</sup> Dureault J. began his reasons by noting that only the claims of Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian and Freed had to be addressed since, by agreement, the claims of the other plaintiffs had been adjourned. He then proceeded to set out the appropriate test to be applied in summary judgment motions. Referring to Rule 20.03(1) of the Manitoba *Court of Queen's Bench Rules*, Reg. 553/88, (which governs summary judgment motions) and citing *Fidkalo v. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267 (C.A.), he explained that while the defendant bears the initial burden of proving that the case is one where the question whether there exists a genuine issue for trial can properly be raised, the plaintiff bears the subsequent burden of establishing that his claim has a real chance of success.

toire préalable et de nombreuses conférences préparatoires au procès et séances de gestion de dossier, les intimés ont déposé en Cour du Banc de la Reine du Manitoba une motion visant à obtenir un jugement sommaire rejetant les actions des demandeurs. À l'appui de leur motion, ils ont allégué a) qu'aucun contrat ne liait les demandeurs et les intimés, b) que les intimés n'avaient envers chacun des demandeurs aucune obligation de diligence en matière délictuelle, et c) que les actions engagées par les demandeurs ne pouvaient être engagées à bon droit que par les sociétés elles-mêmes, et non par les actionnaires à titre individuel. Le juge des motions a accueilli la motion à l'égard des demandeurs Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian et Freed, et a rejeté leurs actions pour le motif qu'elles ne soulevaient aucune question en litige. Il a été convenu que les actions des autres demandeurs seraient ajournées *sine die*. L'appel interjeté devant la Cour d'appel du Manitoba par Hercules, Guardian et Freed a été rejeté à l'unanimité, avec dépens. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 7 mars 1996 et le pourvoi a été entendu le 6 décembre de la même année.

#### Historique des procédures judiciaires

##### *Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Le juge Dureault a entamé ses motifs en faisant remarquer que seules les actions intentées par Hercules, F.F. Farms, Woodvale, Guardian et Freed devaient être examinées, étant donné qu'il avait été convenu d'ajourner les actions des autres demandeurs. Il a ensuite entrepris d'énoncer le critère à appliquer aux motions visant à obtenir un jugement sommaire. Se référant au par. 20.03(1) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, règl. 553/88, (qui régit les motions visant à obtenir un jugement sommaire) et citant l'arrêt *Fidkalo c. Levin* (1992), 76 Man. R. (2d) 267 (C.A.), il a expliqué que, tandis qu'il incombe d'abord au défendeur de prouver que l'affaire est un cas où il convient de se demander s'il existe une question en litige, il incombe ensuite au demandeur d'établir que son action a vraiment des chances de réussir.

After rejecting the claim of the plaintiff F.F. Farms on the ground that it failed from the outset to establish any cause of action, Dureault J. turned to the more substantive issues in the motion. He began by addressing the question whether the plaintiffs *qua* shareholders may properly bring an action for the devaluation in their shareholdings in NGA and NGH, and held that

... shareholders have no cause of action in law for any wrongs which may have been inflicted upon a corporation. This principle of law is often referred to as “the rule in *Foss v. Harbottle*”. The plaintiff shareholders are trying to get around this principle. At best, if any wrong was done in the conduct of the defendants’ audits, it was done to [NGA] and [NGH] and cannot be considered an injury sustained by the shareholders.

Dureault J. found on this basis that the claims of Hercules, Guardian, Woodvale and Freed did not disclose any genuine issue for trial since they ought to have been brought by the corporations and not by the plaintiffs as individual shareholders.

The motions judge next addressed the question whether any duty of care in tort was owed by the defendants to the plaintiffs in their capacities as either shareholders or investors in the audited corporations. He noted that

[g]enerally speaking, the law requires more than foreseeability and reliance. Actual knowledge on the part of the accountant/auditor of the limited class that will use and rely on the statements, referred to as the “proximity test”, is also required.

Adopting the defendants’ submissions on this issue, Dureault J. found that no duty of care was owed the plaintiffs because the audited statements were not prepared specifically for the purpose of assisting them in making investment decisions.

Finally, Dureault J. addressed the plaintiffs’ claim that their losses stemmed from a breach of contract by the defendants. He recognized that the engagement of the auditors by the corporations is a contractual relationship, but rejected the contention

Après avoir rejeté l’action de la demanderesse F.F. Farms pour le motif qu’elle n’avait pas établi, au départ, l’existence d’une cause d’action, le juge Dureault est passé aux questions ayant trait davantage au fond de la motion. Il a commencé par se demander si les demandeurs pouvaient à bon droit, en leur qualité d’actionnaires, intenter une action pour la dévaluation de leurs participations dans NGA et NGH, et il a statué que

[TRADUCTION] ... les actionnaires n’ont aucune cause d’action en droit pour les préjudices que leur société peut avoir subi. Ce principe de droit est souvent désigné sous le nom de «règle de *Foss c. Harbottle*». Les actionnaires demandeurs tentent de contourner cette règle. Au mieux, si un préjudice a été causé au cours des vérifications effectuées par les défendeurs, il a été causé à [NGA] et [NGH], et ne peut être considéré comme ayant été subi par les actionnaires.

Le juge Dureault a conclu, pour ce motif, que les actions intentées par Hercules, Guardian, Woodvale et Freed ne révélaient l’existence d’aucune question en litige étant donné qu’elles auraient dû être intentées par les sociétés et non par les demandeurs en leur qualité individuelle d’actionnaires.

Le juge des motions a ensuite examiné la question de savoir si les défendeurs avaient une obligation de diligence en matière délictuelle envers les demandeurs en leur qualité soit d’actionnaires soit d’investisseurs des sociétés qui avaient fait l’objet des vérifications. Il a noté que,

[TRADUCTION] [e]n général, la loi exige davantage que la prévisibilité et la confiance. La connaissance véritable par le comptable-vérificateur de la catégorie limitée de personnes qui utiliseront les états et s’y fieront, aussi appelée «critère du lien étroit», est aussi requise.

Retenant les arguments des défendeurs sur cette question, le juge Dureault a décidé qu’il n’existait aucune obligation de diligence envers les demandeurs parce que les états vérifiés n’avaient pas été préparés spécialement pour les aider à prendre des décisions en matière de placement.

Enfin, le juge Dureault a examiné l’allégation des demandeurs selon laquelle leurs pertes découlaient d’une inexécution de contrat par les défendeurs. Il a reconnu que la mission confiée aux vérificateurs par les sociétés était un lien contractuel,

6

7

8

that this relationship can be extended to include the shareholders so as to permit them to bring personal actions against the auditors in the event of breach. Finding that none of the plaintiffs' claims raised a genuine issue for trial, Dureault J. granted the motion with costs.

*Manitoba Court of Appeal* (1995), 102 Man. R. (2d) 241 (Philp, Lyon and Helper JJ.A.)

9

An appeal was brought to the Manitoba Court of Appeal by Hercules, Guardian and Freed. Helper J.A., writing for the court, began her reasons by finding that the learned motions judge had correctly applied the *Fidkalo* test for summary judgment motion under Rule 20.03(1). She also distinguished that test from that applicable on a motion to strike pleadings on the ground that, unlike the situation on a motion to strike, a Rule 20 motion requires an examination of the evidence in support of the plaintiff's claim.

10

Turning to the question whether the respondents owed a duty of care in tort to the appellants, Helper J.A. noted the latter's two alternative submissions. The first (at p. 244) was that

... a common law duty of care arose ... because the respondents knew or ought to have known: i) that the appellants were relying on the audited statements and the services and advice provided by the respondents; ii) the purpose for which the appellants would rely upon the respondents' services and statements; iii) that the appellants did so rely upon those audited statements for investment and other purposes; and iv) that the respondents breached their duties to the appellants thereby causing them a financial loss.

In response to this claim, Helper J.A. explained, the respondents contended that the appellants were simply trying to avoid the rule in *Foss v. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189 (H.L.), by asserting their claims as individual shareholders rather than by way of derivative action. The respondents

mais il a rejeté la prétention que ce lien pouvait être étendu de manière à inclure les actionnaires et à leur permettre d'intenter des actions personnelles contre les vérificateurs en cas d'inexécution. Concluant qu'aucune des actions des demandeurs ne soulevait une question en litige, le juge Dureault a accueilli la motion, avec dépens.

*Cour d'appel du Manitoba* (1995), 102 Man. R. (2d) 241 (les juges Philp, Lyon et Helper)

Hercules, Guardian et Freed ont interjeté appel devant la Cour d'appel du Manitoba. Dans les motifs qu'elle a rédigés au nom de la cour, le juge Helper a commencé par conclure que le juge des motions avait appliqué correctement le critère de *Fidkalo* en matière de motion visant à obtenir un jugement sommaire au sens du par. 20.03(1) des Règles. Elle a aussi distingué ce critère de celui applicable à une motion visant à radier un acte de procédure pour le motif que, contrairement à la situation qui existe dans le cas d'une motion visant à obtenir une radiation, une motion fondée sur l'art. 20 des Règles requiert un examen de la preuve à l'appui de l'action du demandeur.

Quant à savoir si les intimés avaient une obligation de diligence en matière délictuelle envers les appelants, le juge Helper a relevé les deux arguments subsidiaires de ces derniers. Le premier (à la p. 244) voulait que

[TRADUCTION] ... il y [ait eu] obligation de diligence en vertu de la common law [...] parce que les intimés savaient ou auraient dû savoir: i) que les appelants se fiaient aux états vérifiés de même qu'aux services et aux conseils fournis par les intimés, ii) à quelles fins les appelants s'en remettraient aux services et aux états fournis par les intimés, iii) que les appelants se sont effectivement fiés à ces états vérifiés pour leurs placements et à d'autres fins, et iv) que les intimés ont manqué à leurs obligations envers les appelants et leur ont ainsi causé une perte financière.

Le juge Helper a expliqué qu'en réponse à cet argument les intimés ont prétendu que les appelants tentaient simplement d'échapper à la règle établie dans *Foss c. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189 (H.L.), en procédant en leur qualité individuelle d'actionnaires au lieu d'intenter une

also argued that they had no knowledge that investments would be made on the basis of the audited statements and that there was no evidence to support the contention that they ought to have known that their reports would be relied upon in this manner. Finally, Helper J.A. noted, the respondents asserted that there was no evidence demonstrating that the appellants had, in fact, relied on the audited statements at issue.

In analysing this first main submission, Helper J.A. undertook a thorough review of *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, where the House of Lords considered the question of the scope of the duty of care owed by auditors to shareholders and investors. After reviewing the Canadian case law on the matter, she concluded, at p. 248, that

[t]he appellants were unable to direct this court to any evidence in support of their position which was ignored by the motions judge. Nor am I persuaded that the order dismissing the appellants' claims is contrary to the existing jurisprudence.

The evidence showed that the auditors had prepared the annual reports to comply with their statutory obligations. There was a total absence of evidence to indicate the respondents knew the appellants would rely upon the reports for any specific purpose or that the appellants did rely upon the reports before infusing more capital into their companies. The appellants were content to allow management to continue running the companies despite a drop in profitability reflected in the 1982 audited report and invested more capital in the face of that report. The evidence filed in opposition to the motion did not support the appellants' claim on this issue.

In the view of the Manitoba Court of Appeal, then, the first of the appellants' submissions regarding the existence of a duty of care could not succeed.

The appellants' second main submission concerning the existence of a duty of care consisted in an allegation that the respondent auditors contravened the statutory independence requirements set out in s. 155 of the Manitoba *Corporations Act*,

action oblique. Les intimés ont aussi fait valoir qu'ils ignoraient que des placements seraient faits sur la foi des états vérifiés et qu'il n'y avait aucune preuve à l'appui de la prétention qu'ils auraient dû savoir que leurs rapports serviraient à cette fin. Finalement, le juge Helper a fait remarquer que les intimés ont affirmé qu'il n'y avait aucune preuve que les appelants s'en étaient effectivement remis aux états vérifiés en question.

En analysant ce premier argument principal, le juge Helper a entrepris de faire un examen approfondi de l'arrêt *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568, dans lequel la Chambre des lords a étudié la question de l'étendue de l'obligation de diligence que les vérificateurs ont envers les actionnaires et investisseurs. Après avoir examiné la jurisprudence canadienne en la matière, elle conclut, à la p. 248, que

[TRADUCTION] [L]es appelants ont été incapables d'indiquer à notre cour quelque preuve que ce soit à l'appui de leur opinion que le juge des motions n'aurait pas pris en considération. Je ne suis pas non plus convaincue que l'ordonnance rejetant les actions des appelants soit contraire à la jurisprudence existante.

La preuve a révélé que les vérificateurs avaient préparé les rapports annuels comme la loi les oblige à le faire. Il n'y avait absolument aucune preuve que les intimés savaient que les appelants se fieraient à ces rapports à des fins précises, ou que les appelants se sont effectivement fiés à ces rapports pour investir plus de capitaux dans leurs sociétés. Les appelants se sont contentés de permettre aux dirigeants des sociétés de rester en poste malgré la baisse de rentabilité constatée dans le rapport de 1982, et ils ont investi plus de capitaux à la lumière de ce rapport. La preuve déposée à l'encontre de la motion ne justifiait pas l'allégation des appelants sur cette question.

La Cour d'appel du Manitoba était donc d'avis que le premier argument des appelants concernant l'existence d'une obligation de diligence ne pouvait pas être retenu.

Le second argument principal des appelants concernant l'existence d'une obligation de diligence était que les vérificateurs intimés avaient contrevenu aux exigences en matière d'indépendance énoncées à l'art. 155 de la *Loi sur les corporations*

11

12

R.S.M. 1987, c. C225, and that this in itself gave rise to a cause of action in the individual shareholders. The relevant portions of s. 155 are as follows:

**155(1)** Subject to subsection (5), a person is disqualified from being an auditor of a corporation if he is not independent of the corporation, all of its affiliates, and the directors or officers of the corporation and its affiliates.

**155(2)** For the purposes of this section,

- (a) independence is a question of fact; and
- (b) a person is deemed not to be independent if he or his business partner
  - (i) is a business partner, a director, an officer or an employee of the corporation or any of its affiliates, or a business partner of any director, officer or employee of the corporation or any of its affiliates, or
  - (ii) beneficially owns or controls, directly or indirectly, a material interest in the securities of the corporation or any of its affiliates, or
  - (iii) has been a receiver, receiver-manager, liquidator or trustee in bankruptcy of the corporation or any of its affiliates within two years of his proposed appointment as auditor of the corporation.

**155(6)** The shareholders of a corporation may resolve to appoint as auditor, a person otherwise disqualified under subsections (1) and (2) if the resolution is consented to by all the shareholders including shareholders not otherwise entitled to vote.

Specifically, the appellants alleged that because s. 155(6) of the Act allows a single shareholder to exercise a veto power over the appointment of the auditors, each shareholder also has a right of action against the auditors where damage has been occasioned by a breach of the independence requirement in s. 155(2). Helper J.A. rejected this submission both on the ground that it was unsupported by authority and on the basis that the wording of

du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. C225, et que cela, faisait naître en soi une cause d'action en faveur des actionnaires pris individuellement. Les passages pertinents de l'art. 155 sont les suivants:

**155(1)** Sous réserve du paragraphe (5), pour être vérificateur, il faut être indépendant de la corporation, des personnes morales de son groupe et de leurs administrateurs ou dirigeants.

**155(2)** Pour l'application du présent article:

- a) l'indépendance est une question de fait;
- b) est réputée ne pas être indépendante la personne qui, ou dont l'associé:
  - (i) ou bien est associé, administrateur, dirigeant ou employé de la corporation, d'une personne morale de son groupe ou de leurs administrateurs, dirigeants ou employés,
  - (ii) ou bien est le propriétaire véritable ou détient, directement ou indirectement, le contrôle d'une partie importante des valeurs mobilières de la corporation ou de l'une des personnes morales de son groupe,
  - (iii) ou bien a été séquestre, séquestre-gérant, liquidateur ou syndic de faillite de la corporation ou d'une personne morale de son groupe dans les deux ans précédant la proposition de sa nomination au poste de vérificateur.

**155(6)** Les actionnaires de la corporation peuvent décider de nommer, à titre de vérificateur, une personne qui ne possède pas les qualités requises prévues aux paragraphes (1) et (2) si tous les actionnaires, y compris ceux qui ne sont pas habiles à voter par ailleurs, ont consenti à l'adoption de la résolution.

Plus précisément, les appelants ont allégué que, parce que le par. 155(6) de la Loi accorde à tout actionnaire un droit de veto à l'égard de la nomination des vérificateurs, chaque actionnaire possède aussi un droit d'action contre les vérificateurs lorsqu'un préjudice résulte du non-respect de l'exigence d'indépendance prévue au par. 155(2). Le juge Helper a rejeté cet argument à la fois pour le motif qu'il n'était étayé ni par la jurisprudence ni par la doctrine, et pour le motif que le texte de l'art. 155, dans l'ensemble, ne porte pas à croire

s. 155 as a whole does not suggest the interpretation urged by the appellants.

Finally, Helper J.A. addressed the appellants' contractual claim and held that the respondents' engagement to audit the financial statements of NGA and NGH in accordance with the Act did not give rise to a contractual relationship between them and the appellants. Similarly, she found the appellants could not sue on the contract between the corporations and the respondent Ernst & Young because of the lack of privity. Finding no evidence to support the existence of the requisite contractual relationship, Helper J.A. rejected the appellants' claim in this regard. For all these reasons, the Court of Appeal unanimously dismissed the appeal with costs.

#### Issues

The issues in this case may be stated as follows:

- (1) Do the respondents owe the appellants a duty of care with respect to
  - (a) the investment losses they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports; and
  - (b) the losses in the value of their existing shareholdings they incurred allegedly as a result of reliance on the 1980-82 audit reports?
- (2) Does the rule in *Foss v. Harbottle* affect the appellants' action?

#### Analysis

##### *Preliminary Matters*

Four preliminary matters should be addressed before turning to the principal issues in this appeal. The first concerns the procedure to be followed in a motion for summary judgment brought under Rule 20.03(1) of the Manitoba *Court of Queen's Bench Rules*. That rule provides as follows:

qu'il devrait être interprété de la manière préconisée par les appelants.

13  
Finalement, le juge Helper a abordé l'allégation des appelants quant à l'existence d'un lien contractuel et a décidé que la mission confiée aux intimés de vérifier les états financiers de NGA et NGH conformément à la Loi ne créait pas de lien contractuel entre eux et les appelants. De même, elle a statué que les appelants ne pouvaient pas tenter une action fondée sur le contrat conclu entre les sociétés et l'intimée Ernst & Young, en raison de l'absence de lien de droit contractuel. Concluant à l'absence de preuve à l'appui de l'existence du lien contractuel requis, le juge Helper a rejeté l'action des appelants à cet égard. Pour toutes ces raisons, la Cour d'appel a rejeté à l'unanimité l'appel, avec dépens.

#### Les questions en litige

14  
En l'espèce, les questions en litige peuvent être formulées de la façon suivante:

- (1) Les intimés ont-ils une obligation de diligence envers les appelants quant
  - a) aux pertes en matière de placement que ces derniers auraient subies en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982, et
  - b) aux pertes qu'ils auraient subies quant à la valeur de leurs participations existantes, en se fiant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982?
- (2) La règle de *Foss c. Harbottle* influe-t-elle sur l'action des appelants?

#### Analyse

##### *Questions préliminaires*

15  
Il y a lieu d'aborder quatre questions préliminaires avant de passer à l'examen des principales questions en litige dans le présent pourvoi. La première concerne la procédure à suivre dans le cas d'une motion visant à obtenir un jugement sommaire fondée sur le par. 20.03(1) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, qui se lit ainsi:

**20.03(1)** 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.

I would agree with both the Court of Appeal and the motions judge in their endorsement of the procedure set out in *Fidkalo, supra*, at p. 267, namely:

The question to be decided on a rule 20 motion is whether there is a genuine issue for trial. Although a defendant who seeks dismissal of an action has an initial burden of showing that the case is one in which the existence of a genuine issue is a proper question for consideration, it is the plaintiff who must then, according to the rule, establish his claim as being one with a real chance of success.

In the instant case, then, the appellants (who were the plaintiffs-respondents on the motion) bore the burden of establishing that their claim had “a real chance of success”. They bear the same burden in this Court.

<sup>16</sup> The second preliminary matter concerns the appellants’ claim that as a result of a meeting in the summer of 1978 between David Korn, Max Freed and the respondent Cox and in light of an engagement letter sent by the respondents to NGA and NGH in 1981, a contract was formed between the shareholders of the audited corporations, on the one hand, and the respondents, on the other. This purported contract ostensibly required the respondents to conduct their audits for the benefit of the shareholders themselves and not merely for the benefit of the corporations. I have reviewed the portions of the record upon which the appellants base this submission and I am unable to find that the requisite elements of contract formation inhere on the facts. In any event, as the respondents pointed out, the appellants’ request to amend their pleadings before trial to include a claim for breach of contract was denied by Kennedy J. and no appeal was brought from that decision. (See: *Hercules Management Ltd. v. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216 (Q.B.)) I would find, therefore, that the claim in breach of contract is not

**20.03(1)** Le tribunal, s’il est convaincu qu’une demande ou une défense ne soulève pas de question en litige, rend un jugement sommaire en conséquence.

Je suis d’accord tant avec la Cour d’appel qu’avec le juge des motions quant à leur approbation de la procédure établie dans l’arrêt *Fidkalo*, précité, à la p. 267, à savoir:

[TRADUCTION] La question à trancher dans le cas d’une motion fondée sur l’art. 20 des Règles est de savoir s’il existe une question en litige. Bien qu’il incombe d’abord au défendeur qui demande le rejet d’une action de prouver que l’affaire est un cas où il convient d’examiner s’il existe une question en litige, il incombe ensuite au demandeur, selon la règle, d’établir que son action a vraiment des chances de réussir.

En l’espèce, les appelants (qui étaient les demandeurs-intimés lors de la motion) étaient donc tenus d’établir que leur action avait «vraiment des chances de réussir». Ils ont la même obligation devant notre Cour.

La deuxième question préliminaire concerne l’allégation des appelants que, à la suite d’une rencontre à laquelle ont participé David Korn, Max Freed et l’intimé Cox à l’été 1978, et à la lumière d’une lettre de mission envoyée par les intimés à NGA et à NGH en 1981, un contrat a été conclu entre, d’une part, les actionnaires des sociétés vérifiées et, d’autre part, les intimés. Ce prétendu contrat obligeait manifestement les intimés à effectuer leurs vérifications au profit des actionnaires eux-mêmes, et non pas simplement au profit des sociétés. J’ai examiné les parties du dossier sur lesquelles les appelants fondent leur allégation et je suis incapable de conclure que les éléments requis pour qu’il y ait contrat se dégagent des faits. De toute façon, comme les intimés l’ont fait remarquer, la demande que les appelants ont présentée en vue de modifier leurs actes de procédure avant le procès, de manière à y inclure une action pour inexécution de contrat, a été rejetée par le juge Kennedy, et cette décision n’a fait l’objet d’aucun appel. (Voir *Hercules Management Ltd. c. Clarkson Gordon* (1994), 91 Man. R. (2d) 216 (B.R.)) Par conséquent, je suis d’avis que notre Cour n’est pas saisie à juste titre de l’action pour inexécution de contrat et que les arguments

properly before this Court and that the appellants' submissions in this regard must fail.

Thirdly, the appellants allege that the respondent Cox's investments in certain syndicated mortgages administered by NGA and NGH constituted a breach of the statutory independence requirements set out in s. 155 of the *Manitoba Corporations Act* and that such a breach either gives rise to a private law cause of action or, alternatively, that it provides an independent basis for finding a duty of care in a tort action. Assuming without deciding that the respondent Cox was in breach of the independence requirements set out in that section, I would agree with Helper J.A. in finding that the section does not, in and of itself, give rise to a cause of action in negligence; see: *R. in right of Canada v. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 S.C.R. 205. Similarly, I cannot see how breach of the independence requirements could establish a duty of care in tort. This does not mean, of course, that the statutory audit requirements set out in the *Manitoba Corporations Act* are entirely irrelevant to the appellants' claim. Rather, it simply means that a breach of the independence provisions does not, by itself, give rise either to an independent right of action or to a duty of care.

The final preliminary matter concerns whether or not the appellants actually relied on the 1980-82 audited reports prepared by the respondents. More specifically, the appellants allege that the Court of Appeal erred in finding, at p. 248, that

[t]here was a total absence of evidence to indicate the respondents knew the appellants would rely upon the reports for any specific purpose or that the appellants did rely upon the [1980-82] reports before infusing more capital into their companies. The appellants were content to allow management to continue running the companies despite a drop in profitability reflected in the 1982 audited report and invested capital in the face of that report. The evidence filed in opposition to the motion did not support the appellants' claim on this issue. [Emphasis added.]

invoqués à cet égard par les appelants doivent échouer.

Troisièmement, les appelants allèguent que les placements de l'intimé Cox dans certaines hypothèques consortiales gérées par NGA et NGH allaient à l'encontre des exigences en matière d'indépendance établies à l'art. 155 de la *Loi sur les corporations* du Manitoba, et que cela engendre une cause d'action de droit privé, ou, subsidiairement, fournit une raison indépendante de conclure à l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle. À supposer sans en décider que l'intimé Cox n'ait pas respecté les exigences en matière d'indépendance énoncées à cet article, je serais d'accord avec le juge Helper pour conclure que cet article ne donne pas naissance en soi à une cause d'action pour négligence; voir *R. du chef du Canada c. Saskatchewan Wheat Pool*, [1983] 1 R.C.S. 205. De même, je ne puis voir comment le non-respect des exigences en matière d'indépendance pourrait établir l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle. Cela ne signifie pas, évidemment, que les exigences en matière de vérification prescrites par la *Loi sur les corporations* du Manitoba ne sont absolument pas pertinentes quant à l'action des appelants. Au contraire, cela signifie simplement qu'une violation des dispositions d'indépendance ne donne pas naissance en soi à un droit d'action indépendant ni à une obligation de diligence.

La dernière question préliminaire est de savoir si les appelants se sont vraiment fiés aux rapports de vérification des années 1980 à 1982, préparés par les intimés. Plus précisément, les appelants allèguent que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant, à la p. 248, que

[TRADUCTION] [i]l n'y avait absolument aucune preuve que les intimés savaient que les appelants se fieraient à ces rapports à des fins précises, ou que les appelants se sont effectivement fiés à ces rapports [de 1980 à 1982] pour investir plus de capitaux dans leurs sociétés. Les appelants se sont contentés de permettre aux dirigeants des sociétés de rester en poste malgré la baisse de rentabilité constatée dans le rapport de 1982, et ils ont investi plus de capitaux à la lumière de ce rapport. La preuve déposée à l'encontre de la motion ne justifiait pas l'allégation des appelants sur cette question. [Je souligne.]

17

18

Needless to say, actual reliance is a necessary element of an action in negligent misrepresentation and its absence will mean that the plaintiff cannot succeed in holding the defendant liable for his or her losses; see: *Queen v. Cognos Inc.*, [1993] 1 S.C.R. 87, at p. 110. In light of my disposition on the duty of care issue, however, it is unnecessary to inquire into this matter here — the absence of a duty of care renders inconsequential the question of actual reliance. Having dealt with all four preliminary matters, then, I can now turn to a discussion of the principal issues in this appeal.

*Issue 1: Whether the Respondents owe the Appellants a Duty of Care*

(i) Introduction

<sup>19</sup> It is now well established in Canadian law that the existence of a duty of care in tort is to be determined through an application of the two-part test first enunciated by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), at pp. 751-52:

First one has to ask whether, as between the alleged wrongdoer and the person who has suffered damage there is a sufficient relationship of proximity or neighbourhood such that, in the reasonable contemplation of the former, carelessness on his part may be likely to cause damage to the latter — in which case a prima facie duty of care arises. Secondly, if the first question is answered affirmatively, it is necessary to consider whether there are any considerations which ought to negative, or to reduce or limit the scope of the duty or the class of person to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise. . . .

While the House of Lords rejected the *Anns* test in *Murphy v. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, and in *Caparo, supra*, at p. 574, per Lord Bridge and at pp. 585-86, per Lord Oliver (citing Brennan J. in *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), at pp. 43-44), the basic approach that test embodies has repeat-

Il va sans dire que le fait de s'être fié est un élément nécessaire d'une action pour déclaration inexacte faite par négligence, et que l'inexistence de ce fait signifie que le demandeur ne peut tenir avec succès le défendeur responsable de ses pertes; voir *Queen c. Cognos Inc.*, [1993] 1 R.C.S. 87, à la p. 110. Cependant, compte tenu de ma décision sur la question de l'obligation de diligence, il n'est pas nécessaire d'examiner cette question ici — l'absence d'obligation de diligence fait perdre toute importance à la question de savoir si on s'est vraiment fié aux rapports en question. Les quatre questions préliminaires étant réglées, je vais maintenant pouvoir procéder à l'analyse des questions principales soulevées dans le présent pourvoi.

*Question 1: Les intimés ont-ils une obligation de diligence envers les appelants?*

(i) Introduction

Il est maintenant bien établi en droit canadien que l'existence d'une obligation de diligence en matière délictuelle doit être déterminée par l'application du critère à deux volets que lord Wilberforce a énoncé, pour la première fois, dans l'arrêt *Anns c. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728 (H.L.), aux pp. 751 et 752:

[TRADUCTION] En premier lieu, il faut se demander s'il existe, entre l'auteur allégué de la faute et la personne qui a subi le préjudice, un lien suffisamment étroit de proximité ou de voisinage pour que le manque de diligence de la part de l'auteur de la faute puisse raisonnablement être perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice à l'autre personne — auquel cas il existe, à première vue, une obligation de diligence. Si on répond par l'affirmative à la première question, il faut se demander en second lieu s'il existe des motifs de rejeter ou de restreindre la portée de l'obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient ou les dommages qui peuvent découler de l'inexécution de cette obligation . . .

Bien que la Chambre des lords ait rejeté le critère de l'arrêt *Anns* dans *Murphy c. Brentwood District Council*, [1991] 1 A.C. 398, et dans *Caparo*, précité, à la p. 574, lord Bridge, et aux pp. 585 et 586, lord Oliver (citant le juge Brennan dans *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), aux pp. 43 et 44), notre Cour a, à maintes

edly been accepted and endorsed by this Court. (See, e.g.: *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *London Drugs Ltd. v. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 S.C.R. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 v. Bird Construction Co.*, [1995] 1 S.C.R. 85.)

In *Kamloops*, *supra*, at pp. 10-11, Wilson J. restated Lord Wilberforce's test in the following terms:

- (1) is there a sufficiently close relationship between the parties (the [defendant] and the person who has suffered the damage) so that, in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part might cause damage to that person? If so,
- (2) are there any considerations which ought to negative or limit (a) the scope of the duty and (b) the class of persons to whom it is owed or (c) the damages to which a breach of it may give rise?

As will be clear from the cases earlier cited, this two-stage approach has been applied by this Court in the context of various types of negligence actions, including actions involving claims for different forms of economic loss. Indeed, it was implicitly endorsed in the context of an action in negligent misrepresentation in *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206, at pp. 218-19. The same approach to defining duties of care in negligent misrepresentation cases has also been taken in other Commonwealth courts. In *Scott Group Ltd. v. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553, for example, a case that dealt specifically with auditors' liability for negligently prepared audit reports, the *Anns* test was adopted and applied by a majority of the New Zealand Court of Appeal.

reprises, accepté et approuvé la méthode fondamentale que ce critère comporte. (Voir, par exemple, *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *London Drugs Ltd. c. Kuehne & Nagel International Ltd.*, [1992] 3 R.C.S. 299; *Winnipeg Condominium Corporation No. 36 c. Bird Construction Co.*, [1995] 1 R.C.S. 85.)

Dans l'arrêt *Kamloops*, précité, aux pp. 10 et 11, le juge Wilson reformule ainsi le critère de lord Wilberforce:

- 1) y a-t-il des relations suffisamment étroites entre les parties ([le défendeur] et la personne qui a subi les dommages) pour que [le défendeur] ai[t] pu raisonnablement prévoir que [son] manque de diligence pourrait causer des dommages à la personne en cause? Dans l'affirmative,
- 2) existe-t-il des motifs de restreindre ou de rejeter a) la portée de l'obligation et b) la catégorie de personnes qui en bénéficient ou c) les dommages auxquels un manquement à l'obligation peut donner lieu?

Comme il ressort de la jurisprudence mentionnée antérieurement, notre Cour a adopté cette méthode en deux temps dans le contexte de divers types d'actions pour négligence, notamment, les actions relatives à différentes formes de perte économique. En fait, cette méthode a reçu, dans l'arrêt *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, aux pp. 218 et 219, une approbation tacite dans le contexte d'une action pour déclaration inexacte faite par négligence. D'autres tribunaux du Commonwealth ont utilisé la même méthode pour définir les obligations de diligence en matière de déclaration inexacte faite par négligence. Dans l'arrêt *Scott Group Ltd. c. McFarlane*, [1978] 1 N.Z.L.R. 553, par exemple, une affaire où il était précisément question de la responsabilité de vérificateurs relativement à des rapports de vérification préparés avec négligence, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a, à la majorité, adopté et appliqué le critère de l'arrêt *Anns*.

21

I see no reason in principle why the same approach should not be taken in the present case. Indeed, to create a “pocket” of negligent misrepresentation cases (to use Professor Stapleton’s term) in which the existence of a duty of care is determined differently from other negligence cases would, in my view, be incorrect; see: Jane Stapleton, “Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda” (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249. This is not to say, of course, that negligent misrepresentation cases do not involve special considerations stemming from the fact that recovery is allowed for pure economic loss as opposed to physical damage. Rather, it is simply to posit that the same general framework ought to be used in approaching the duty of care question in both types of case. Whether the respondents owe the appellants a duty of care for their allegedly negligent preparation of the 1980-82 audit reports, then, will depend on (a) whether a *prima facie* duty of care is owed, and (b) whether that duty, if it exists, is negated or limited by policy considerations. Before analysing the merits of this case, it will be useful to set out in greater detail the principles governing this appeal.

(ii) The *Prima Facie* Duty of Care

22

The first branch of the *Anns/Kamloops* test demands an inquiry into whether there is a sufficiently close relationship between the plaintiff and the defendant that in the reasonable contemplation of the latter, carelessness on its part may cause damage to the former. The existence of such a relationship — which has come to be known as a relationship of “neighbourhood” or “proximity” — distinguishes those circumstances in which the defendant owes a *prima facie* duty of care to the plaintiff from those where no such duty exists. In the context of a negligent misrepresentation action, then, deciding whether or not a *prima facie* duty of care exists necessitates an investigation into whether the defendant-representor and the plain-

Je ne vois aucune raison de principe de ne pas utiliser la même méthode en l’espèce. En fait, j’estime qu’il serait incorrect de créer une [TRADUCTION] «poche» de cas de déclaration inexacte faite par négligence (pour reprendre l’expression du professeur Stapleton) où l’existence d’une obligation de diligence serait déterminée différemment des autres cas de négligence; voir Jane Stapleton, «Duty of Care and Economic Loss: a Wider Agenda» (1991), 107 *L.Q. Rev.* 249. Cela ne veut pas dire, évidemment, que les cas de déclaration inexacte faite par négligence ne comportent pas des considérations spéciales émanant du fait que l’indemnisation est permise pour une perte purement économique, et non pour des dommages matériels. Cela revient plutôt simplement à présupposer l’on devrait recourir au même cadre général pour aborder la question de l’obligation de diligence dans les deux genres de cas. La question de savoir si les intimés ont une obligation de diligence envers les appelants quant aux rapports de vérification des années 1980 à 1982 qu’ils auraient préparés avec négligence, dépendra donc a) de la question de savoir s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, et b) de celle de savoir si cette obligation, le cas échéant, est annihilée ou limitée par des considérations de principe. Avant d’analyser le fond de la présente affaire, il sera utile d’exposer plus en détail les principes qui régissent le pourvoi.

(ii) L’obligation *prima facie* de diligence

Selon le premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, il faut se demander s’il existe, entre le demandeur et le défendeur, un lien suffisamment étroit pour que le manque de diligence de la part de ce dernier puisse être raisonnablement perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice au demandeur. L’existence d’un tel lien — qu’on en est venu à appeler «lien étroit» — permet de distinguer les cas où le défendeur a une obligation *prima facie* de diligence envers le demandeur, de ceux où il n’existe aucune obligation de cette nature. Ainsi, dans le contexte d’une action pour déclaration inexacte faite par négligence, pour décider s’il existe une obligation *prima facie* de diligence, il faut examiner si on peut dire qu’il

tiff-representee can be said to be in a relationship of proximity or neighbourhood.

What constitutes a “relationship of proximity” in the context of negligent misrepresentation actions? In approaching this question, I would begin by reiterating the position I took in *Norsk, supra*, at pp. 1114-15, that the term “proximity” itself is nothing more than a label expressing a result, judgment or conclusion; it does not, in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination. This view was also explicitly adopted by Stevenson J. in *Norsk, supra*, at p. 1178, and McLachlin J. also appears to have accepted it when she wrote, at p. 1151, of that case that “[p]roximity may usefully be viewed, not so much as a test in itself, but as a broad concept which is capable of subsuming different categories of cases involving different factors”; see also: M. H. McHugh, “Neighbourhood, Proximity and Reliance”, in P. D. Finn, ed., *Essays on Torts* (1989), 5, at pp. 36-37; and John G. Fleming, “The Negligent Auditor and Shareholders” (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349, at p. 351, where the author refers to proximity as a “vacuous test”. While *Norsk, supra*, was concerned specifically with whether or not a defendant could be held liable for “contractual relational economic loss” (as I called it, at p. 1037), I am of the view that the same observations with respect to the term “proximity” are applicable in the context of negligent misrepresentation. In order to render “proximity” a useful tool in defining when a duty of care exists in negligent misrepresentation cases, therefore, it is necessary to infuse that term with some meaning. In other words, it is necessary to set out the basis upon which one may properly reach the conclusion that proximity inheres between a representor and a representee.

This can be done most clearly as follows. The label “proximity”, as it was used by Lord Wilber-

existe un lien étroit entre le défendeur auteur de la déclaration et le demandeur à qui la déclaration a été faite.

Qu’est-ce qui constitue un «lien étroit» dans le contexte des actions pour déclaration inexacte faite par négligence? Pour répondre à cette question, je commencerais par réitérer le point de vue que j’ai adopté dans l’arrêt *Norsk*, précité, aux pp. 1114 et 1115, selon lequel l’expression «lien étroit» elle-même n’exprime rien de plus qu’un résultat, un jugement ou une conclusion; elle ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique. Le juge Stevenson a lui aussi adopté expressément ce point de vue dans l’arrêt *Norsk*, précité, à la p. 1178, et le juge McLachlin paraît aussi l’accepter lorsqu’elle écrit, à la p. 1151 de cet arrêt, que «[l]e lien étroit peut être utilement considéré non pas tellement comme un critère en soi, mais comme une notion large qui peut inclure différentes catégories d’affaires comportant différents facteurs»; voir également: M. H. McHugh, «Neighbourhood, Proximity and Reliance», dans P. D. Finn, dir., *Essays on Torts* (1989), 5, aux pp. 36 et 37, et John G. Fleming, «The Negligent Auditor and Shareholders» (1990), 106 *L.Q. Rev.* 349, à la p. 351, où l’auteur qualifie de [TRADUCTION] «vide de sens» le critère du lien étroit. Alors que l’arrêt *Norsk*, précité, portait précisément sur la question de savoir si un défendeur pouvait être tenu responsable d’une «perte économique relationnelle découlant d’un contrat» (selon mon expression, à la p. 1037), je suis d’avis que les mêmes observations relatives aux termes «lien étroit» s’appliquent dans le contexte d’une déclaration inexacte faite par négligence. Afin de faire du «lien étroit» un moyen utile de déterminer quand une obligation de diligence existe dans des cas de déclaration inexacte faite par négligence, il est donc nécessaire d’attribuer un certain sens à cette expression. En d’autres termes, il est nécessaire d’établir ce qui permet à bon droit de conclure à l’existence d’un lien étroit entre l’auteur d’une déclaration et celui à qui il l’a faite.

Il est très évident que cela peut se faire de la façon suivante. L’expression «lien étroit», utilisée

force in *Anns, supra*, was clearly intended to connote that the circumstances of the relationship inhering between the plaintiff and the defendant are of such a nature that the defendant may be said to be under an obligation to be mindful of the plaintiff's legitimate interests in conducting his or her affairs. Indeed, this idea lies at the very heart of the concept of a "duty of care", as articulated most memorably by Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, at pp. 580-81. In cases of negligent misrepresentation, the relationship between the plaintiff and the defendant arises through reliance by the plaintiff on the defendant's words. Thus, if "proximity" is meant to distinguish the cases where the defendant has a responsibility to take reasonable care of the plaintiff from those where he or she has no such responsibility, then in negligent misrepresentation cases, it must pertain to some aspect of the relationship of reliance. To my mind, proximity can be seen to inhere between a defendant-representor and a plaintiff-representee when two criteria relating to reliance may be said to exist on the facts: (a) the defendant ought reasonably to foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (b) reliance by the plaintiff would, in the particular circumstances of the case, be reasonable. To use the term employed by my colleague, Iacobucci J., in *Cognos, supra*, at p. 110, the plaintiff and the defendant can be said to be in a "special relationship" whenever these two factors inhere.

par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns*, précité, visait clairement à laisser entendre que les circonstances entourant le lien existant entre le demandeur et le défendeur sont telles qu'on peut affirmer que le défendeur est tenu de se soucier des intérêts légitimes du demandeur dans la gestion de ses affaires. En fait, cette idée est au cœur même du concept d'«obligation de diligence», comme l'a si remarquablement affirmé lord Atkin dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562, aux pp. 580 et 581. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, le lien entre le demandeur et le défendeur émane de la confiance du demandeur dans les propos du défendeur. Par conséquent, si le «lien étroit» doit permettre de distinguer les cas où le défendeur a la responsabilité de faire preuve de diligence raisonnable envers le demandeur de ceux où il n'a pas cette responsabilité, alors, dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, il doit se rapporter à un aspect du rapport de confiance. À mon avis, on peut considérer qu'il existe un lien étroit entre le défendeur auteur de la déclaration et le demandeur à qui il l'a faite lorsque l'on peut affirmer, à partir des faits, qu'il existe deux critères relatifs à la confiance: a) le défendeur devrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fiera à sa déclaration, et b) il serait raisonnable que le demandeur s'y fie dans les circonstances particulières de l'affaire. Pour reprendre l'expression que mon collègue le juge Iacobucci a utilisée, à la p. 110 de l'arrêt *Cognos*, précité, on peut dire qu'il existe un «lien spécial» entre le demandeur et le défendeur lorsque ces deux facteurs sont présents.

25

I should pause here to explain that, in my view, to look to whether or not reliance by the plaintiff on the defendant's representation would be reasonable in determining whether or not a *prima facie* duty of care exists in negligent misrepresentation cases as opposed to looking at reasonable foreseeability alone is not, as might first appear, to abandon the basic tenets underlying the first branch of the *Anns/Kamloops* formula. The purpose behind the *Anns/Kamloops* test is simply to ensure that enquiries into the existence of a duty of care in negligence cases is conducted in two parts: The first involves discerning whether, in a given situa-

Je tiens ici à prendre le temps d'expliquer que, à mon avis, se demander s'il serait raisonnable que le demandeur se fie à la déclaration du défendeur, aux fins de déterminer s'il existe une obligation *prima facie* de diligence dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, au lieu d'examiner la question de la prévisibilité raisonnable seulement, ne revient pas, comme il pourrait sembler à prime abord, à abandonner les préceptes fondamentaux du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Le critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* a simplement pour objet de garantir que l'examen qui vise à déterminer s'il existe une obligation de

tion, a duty of care would be imposed by law; the second demands an investigation into whether the legal duty, if found, ought to be negated or ousted by policy considerations. In the context of actions based on negligence causing physical damage, determining whether harm to the plaintiff was reasonably foreseeable to the defendant is alone a sufficient criterion for deciding proximity or neighbourhood under the first branch of the *Anns/Kamloops* test because the law has come to recognize (even if only implicitly) that, absent a voluntary assumption of risk by him or her, it is always reasonable for a plaintiff to expect that a defendant will take reasonable care of the plaintiff's person and property. The duty of care inquiry in such cases, therefore, will always be conducted under the assumption that the plaintiff's expectations of the defendant are reasonable.

In negligent misrepresentation actions, however, the plaintiff's claim stems from his or her detrimental reliance on the defendant's (negligent) statement, and it is abundantly clear that reliance on the statement or representation of another will not, in all circumstances, be reasonable. The assumption that always inheres in physical damage cases concerning the reasonableness of the plaintiff's expectations cannot, therefore, be said to inhere in reliance cases. In order to ensure that the same factors are taken into account in determining the existence of a duty of care in both instances, then, the reasonableness of the plaintiff's reliance must be considered in negligent misrepresentation actions. Only by doing so will the first branch of the *Kamloops* test be applied consistently in both contexts.

As should be evident from its very terms, the reasonable foreseeability/reasonable reliance test for determining a *prima facie* duty of care is some-

diligence dans les affaires de négligence soit effectué en deux temps: il faut d'abord se demander si, dans une situation donnée, la loi imposerait une obligation de diligence; le cas échéant, il faut ensuite se demander si cette obligation légale devrait être annihilée ou supplantée par des considérations de principe. Dans le contexte d'une action pour négligence causant des dommages matériels, il suffit de déterminer si le préjudice causé au demandeur pouvait raisonnablement être prévu par le défendeur, pour décider s'il existe un lien étroit au sens du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, parce que la loi en est venue à reconnaître (même si ce n'est qu'implicitement) que, sauf lorsqu'il assume volontairement le risque, il est toujours raisonnable que le demandeur s'attende à ce que le défendeur prenne un soin raisonnable de ses biens et de sa personne. Par conséquent, en pareils cas, l'examen visant à déterminer s'il existe une obligation de diligence sera toujours fait en tenant pour acquis que les attentes du demandeur à l'égard du défendeur sont raisonnables.

Dans les actions pour déclaration inexacte faite par négligence, cependant, l'action du demandeur découle de la confiance qu'il a, à son détriment, accordée à la déclaration (faite par négligence) du défendeur, et il est tout à fait clair que la confiance accordée à l'affirmation ou à la déclaration d'une autre personne ne sera pas raisonnable dans tous les cas. On ne peut donc pas affirmer que l'hypothèse concernant le caractère raisonnable des attentes du demandeur, qui existe toujours dans les cas de dommages matériels, a cours dans les affaires de confiance. Pour garantir que les mêmes facteurs soient pris en considération dans les deux cas pour déterminer s'il existe une obligation de diligence, il faut alors examiner le caractère raisonnable de la confiance du demandeur dans les actions pour déclaration inexacte faite par négligence. Ce n'est qu'ainsi que le premier volet du critère de l'arrêt *Kamloops* sera appliqué uniformément dans les deux contextes.

Comme il devrait ressortir de ses termes mêmes, le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer

26

27

what broader than the tests used both in the cases decided before *Anns*, *supra*, and in those that have rejected the *Anns* approach. Rather than stipulating simply that a duty of care will be found in any case where reasonable foreseeability and reasonable reliance inhere, those cases typically require (a) that the defendant know the identity of either the plaintiff or the class of plaintiffs who will rely on the statement, and (b) that the reliance losses claimed by the plaintiff stem from the particular transaction in respect of which the statement at issue was made. This narrower approach to defining the duty can be seen in a number of the more prominent English decisions dealing either with auditors' liability specifically or with liability for negligent misstatements generally. (See, e.g.: *Candler v. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), at pp. 181-82 and p. 184, *per* Denning L.J. (dissenting); *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Caparo, supra*, *per* Lord Bridge, at p. 576, and *per* Lord Oliver, at p. 589.) It is also evident in the approach taken by this Court in *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466.

l'existence d'une obligation *prima facie* de diligence est un peu plus large que les critères utilisés dans la jurisprudence qui a précédé l'arrêt *Anns*, précité, et dans celle qui a rejeté la méthode de l'arrêt *Anns*. Au lieu de préciser simplement qu'il y aura une obligation de diligence dans tous les cas où il y avait prévisibilité raisonnable et confiance raisonnable, cette jurisprudence requiert habituellement a) que le défendeur connaisse le demandeur ou la catégorie de demandeurs qui se fieront à la déclaration, et b) que les pertes que le demandeur allègue avoir subies en raison de la confiance qu'il a accordée découlent de l'opération même visée par la déclaration en cause. Cette façon plus stricte d'aborder la définition de l'obligation peut être constatée dans un certain nombre d'arrêts anglais majeurs portant soit précisément sur la responsabilité des vérificateurs, soit sur la responsabilité générale en matière de déclaration inexacte faite par négligence. (Voir, par exemple, *Candler c. Crane, Christmas & Co.*, [1951] 2 K.B. 164 (C.A.), aux pp. 181, 182 et 184, le lord juge Denning (dissident); *Hedley Byrne & Co. c. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Caparo*, précité, lord Bridge, à la p. 576, et lord Oliver, à la p. 589.) Cela ressort aussi de la méthode adoptée par notre Cour dans *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466.

28

While I would not question the conclusions reached in any of these judgments, I am of the view that inquiring into such matters as whether the defendant had knowledge of the plaintiff (or class of plaintiffs) and whether the plaintiff used the statements at issue for the particular transaction for which they were provided is, in reality, nothing more than a means by which to circumscribe — for reasons of policy — the scope of a representor's potentially infinite liability. As I have already tried to explain, determining whether "proximity" exists on a given set of facts consists in an attempt to discern whether, as a matter of simple justice, the defendant may be said to have had an obligation to be mindful of the plaintiff's interests in going about his or her business. Requiring, in addition to proximity, that the defendant know the identity of the plaintiff (or class of plaintiffs) and that the plaintiff use the statements in question for the specific purpose for

Bien que je ne mette pas en doute les conclusions tirées dans l'un ou l'autre de ces jugements, j'estime qu'examiner des questions comme celles de savoir si le défendeur connaissait le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et si le demandeur a utilisé les déclarations en cause aux fins de l'opération qu'elles visaient n'est, en réalité, rien de plus qu'un moyen de circonscrire — pour des raisons de principe — la portée de la responsabilité potentiellement infinie de l'auteur des déclarations. Comme j'ai déjà tenté de l'expliquer, pour déterminer s'il existe un «lien étroit» compte tenu d'un ensemble de faits donné, il faut tenter de savoir si, pour des raisons de simple justice, l'on peut affirmer que le défendeur était tenu de se soucier des intérêts du demandeur dans le cours de ses propres affaires. Exiger, en plus du lien étroit, que le défendeur connaisse le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et que le demandeur utilise les déclarations en question aux fins précises pour lesquelles

which they were prepared amounts, in my opinion, to a tacit recognition that considerations of basic fairness may sometimes give way to other pressing concerns. Plainly stated, adding further requirements to the duty of care test provides a means by which policy concerns that are extrinsic to simple justice — but that are, nevertheless, fundamentally important — may be taken into account in assessing whether the defendant should be compelled to compensate the plaintiff for losses suffered. In other words, these further requirements serve a policy-based limiting function with respect to the ambit of the duty of care in negligent misrepresentation actions.

This view is confirmed by the judgments themselves. In *Caparo*, *supra*, at p. 576, for example, Lord Bridge refers to the criteria of knowledge of the plaintiff (or class of plaintiffs) and use of the statements for the intended transaction as a “limit or control mechanism . . . imposed on the liability of the wrongdoer towards those who have suffered some economic damage in consequence of his negligence” (emphasis added). Similarly, in *Haig*, *supra*, at p. 476, Dickson J. (as he then was) explicitly discusses the policy concern arising from unlimited liability before finding that the statements at issue in *Haig* were used for the very purpose for which they were prepared and that the appropriate test for a duty of care in the case before him was “actual knowledge of the limited class that will use and rely on the statement”. (See also *Candler*, *supra*, at p. 183, *per* Denning L.J. (dissenting).) Certain scholars have adopted this view of the case law as well. (See, e.g.: Bruce Feldthusen, *Economic Negligence* (3rd ed. 1994), at pp. 93-100, where the author explains that the approach taken in both *Haig*, *supra*, and *Caparo*, *supra*, toward defining the duty of care was motivated by underlying policy concerns; see also: Earl A. Cherniak and Kirk F. Stevens, “Two Steps Forward or One Step Back? *Anns* at the Crossroads in Canada” (1992), 20 *C.B.L.J.* 164, and Ivan F. Ivankovich, “Accountants and Third-Party Liabil-

ils ont été préparés revient, à mon avis, à une reconnaître tacitement que des considérations d’équité fondamentale peuvent parfois céder le pas à d’autres préoccupations urgentes. Tout simplement, ajouter d’autres conditions au critère applicable pour déterminer s’il existe une obligation de diligence offre un moyen de prendre en considération des questions de principe qui n’ont rien à voir avec la simple justice — mais qui ont néanmoins une importance fondamentale — pour déterminer si le défendeur devrait être forcé d’indemniser le demandeur pour les pertes qu’il a subies. En d’autres termes, ces autres conditions jouent un rôle restrictif fondé sur des principes quant à l’étendue de l’obligation de diligence dans les actions pour déclaration inexacte faite par négligence.

Ce point de vue est confirmé par les arrêts eux-mêmes. Dans *Caparo*, précité, à la p. 576, par exemple, lord Bridge renvoie au critère de la connaissance du demandeur (ou de la catégorie de demandeurs) et de l’utilisation des déclarations aux fins de l’opération voulue, comme étant un [TRANSDUCTION] «mécanisme de restriction ou de contrôle [ . . . ] imposé à la responsabilité de l’auteur d’un préjudice économique financier envers ceux qui l’ont subi par suite de sa négligence» (je souligne). De même, dans l’arrêt *Haig*, précité, à la p. 476, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) analyse explicitement la question de principe soulevée par la responsabilité illimitée, avant de conclure que les états en cause dans *Haig* ont été utilisés aux fins mêmes pour lesquelles ils avaient été préparés, et que le critère applicable pour déterminer l’existence d’une obligation de diligence dans l’affaire qui lui était soumise était la «connaissance expresse de la catégorie de personnes qui va utiliser l’état et s’y fier». (Voir également *Candler*, précité, à la p. 183, le lord juge Denning (dissident).) Certains auteurs de doctrine ont aussi adopté ce point de vue de la jurisprudence. (Voir, par exemple, Bruce Feldthusen, *Economic Negligence* (3<sup>e</sup> éd. 1994), aux pp. 93 à 100, où l’auteur explique que la méthode adoptée dans les arrêts *Haig* et *Caparo*, précités, pour définir l’obligation de diligence était motivée par des questions de

ity — Back to the Future” (1991), 23 *Ottawa L. Rev.* 505, at p. 518.)

principe sous-jacentes; voir également Earl A. Cherniak et Kirk F. Stevens, «Two Steps Forward or One Step Back? *Anns* at the Crossroads in Canada» (1992), 20 *C.B.L.J.* 164, et Ivan F. Ivanovich, «Accountants and Third-Party Liability — Back to the Future» (1991), 23 *R.D. Ottawa* 505, à la p. 518.)

30

In light of this Court’s endorsement of the *Anns/Kamloops* test, however, enquiries concerning (a) the defendant’s knowledge of the identity of the plaintiff (or of the class of plaintiffs) and (b) the use to which the statements at issue are put may now quite properly be conducted in the second branch of that test when deciding whether or not policy considerations ought to negate or limit a *prima facie* duty that has already been found to exist. In other words, criteria that in other cases have been used to define the legal test for the duty of care can now be recognized for what they really are — policy-based means by which to curtail liability — and they can appropriately be considered under the policy branch of the *Anns/Kamloops* test. To understand exactly how this may be done and how these criteria are pertinent to the case at bar, it will first be useful to set out the prevailing policy concerns in some detail.

### (iii) Policy Considerations

31

As Cardozo C.J. explained in *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y.C.A. 1931), at p. 444, the fundamental policy consideration that must be addressed in negligent misrepresentation actions centres around the possibility that the defendant might be exposed to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”. This potential problem can be seen quite vividly within the framework of the *Anns/Kamloops* test. Indeed, while the criteria of reasonable foreseeability and reasonable reliance serve to distinguish cases where a *prima facie* duty is owed from those where it is not, it is nevertheless true that in certain types of situations these

Cependant, vu l’approbation par notre Cour du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, les examens concernant a) la connaissance du demandeur (ou de la catégorie de demandeurs) par le défendeur, et b) l’utilisation qui est faite des déclarations en cause peuvent maintenant être effectués tout à fait à bon droit dans le cadre du second volet de ce critère, lorsqu’il est question de décider si des considérations de principe devraient annihiler ou limiter une obligation *prima facie* dont on a déjà conclu à l’existence. En d’autres termes, les critères qui ont été utilisés dans d’autres cas pour définir le critère juridique applicable pour déterminer l’existence d’une obligation de diligence peuvent maintenant être reconnus pour ce qu’ils sont réellement — un moyen, fondé sur des principes, de diminuer la responsabilité — et ils peuvent être pris en considération à bon droit en vertu du volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* qui a trait aux questions de principe. Pour comprendre exactement comment cela peut être fait, et en quoi ces critères sont pertinents en l’espèce, il sera utile de commencer par exposer de façon assez détaillée les questions de principe prédominantes.

### (iii) Les considérations de principe

Comme le juge en chef Cardozo l’a expliqué dans *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (C.A.N.Y. 1931), à la p. 444, la considération de principe fondamentale qui doit être abordée dans les affaires de déclaration inexacte faite par négligence est axée sur la possibilité que le défendeur encoure [TRADUCTION] «une responsabilité pour un montant indéterminé pour un temps indéterminé à l’égard d’une catégorie indéterminée». Ce problème potentiel peut être perçu de façon tout à fait saisissante dans la structure même du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. En fait, alors que les critères de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable servent à distinguer les cas où il

criteria can, quite easily, be satisfied and absent some means by which to circumscribe the ambit of the duty, the prospect of limitless liability will loom.

The general area of auditors' liability is a case in point. In modern commercial society, the fact that audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential take-over bidders, investors, etc.) for a wide variety of purposes will almost always be reasonably foreseeable to auditors themselves. Similarly, the very nature of audited financial statements — produced, as they are, by professionals whose reputations (and, thereby, whose livelihoods) are at stake — will very often mean that any of those people would act wholly reasonably in placing their reliance on such statements in conducting their affairs. These observations are consistent with the following remarks of Dickson J. in *Haig, supra*, at pp. 475-76, with respect to the accounting profession generally:

The increasing growth and changing role of corporations in modern society has been attended by a new perception of the societal role of the profession of accounting. The day when the accountant served only the owner-manager of a company and was answerable to him alone has passed. The complexities of modern industry combined with the effects of specialization, the impact of taxation, urbanization, the separation of ownership from management, the rise of professional corporate managers, and a host of other factors, have led to marked changes in the role and responsibilities of the accountant, and in the reliance which the public must place upon his work. The financial statements of the corporations upon which he reports can affect the economic interests of the general public as well as of shareholders and potential shareholders.

(See also: Cherniak and Stevens, *supra*, at pp. 169-70.) In light of these considerations, the reasonable foreseeability/reasonable reliance test for ascertaining a *prima facie* duty of care may well be satisfied in many (even if not all) negligent misstate-

existe une obligation *prima facie* de ceux où il n'en existe pas, il n'en est pas moins vrai que, dans certains types de situations, il peut être très facile de respecter ces critères et que, en l'absence de moyen de circonscrire l'étendue de l'obligation, la perspective d'une responsabilité illimitée planera.

Le domaine général de la responsabilité des vérificateurs est un bon exemple typique. Dans le monde commercial contemporain, les vérificateurs eux-mêmes peuvent presque toujours raisonnablement prévoir que différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d'une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront, pour toute une gamme de raisons, à leurs rapports de vérification. De façon similaire, la nature même des états financiers vérifiés — qui sont produits par des professionnels dont la réputation (et, par conséquent, le gagne-pain) est en jeu — signifiera très souvent que n'importe qui parmi ces gens agirait de façon tout à fait raisonnable en se fiant à ces états pour gérer ses affaires. Ces observations sont compatibles avec les remarques suivantes que le juge Dickson a faites, dans l'arrêt *Haig*, précité, aux pp. 475 et 476, relativement à la profession de comptable en général:

L'expansion et l'évolution des compagnies dans la société moderne se sont accompagnées d'une nouvelle perception du rôle social de la profession de comptable. L'époque où le comptable ne travaillait que pour le propriétaire-directeur d'une compagnie et n'était responsable qu'envers lui seul est révolue. La complexité de l'industrie moderne alliée aux effets de la spécialisation, aux répercussions de l'imposition, de l'urbanisation, la distinction entre la propriété et la direction, l'ascension des directeurs généraux professionnels et nombre d'autres facteurs ont sensiblement modifié le rôle et les responsabilités du comptable ainsi que la confiance que le public doit accorder à son travail. Par les rapports qu'il dresse sur la situation financière des compagnies, il peut influencer les intérêts économiques du grand public comme des actionnaires actuels ou éventuels.

(Voir également Cherniak et Stevens, *loc. cit.*, aux pp. 169 et 170.) À la lumière de ces considérations, le critère de la prévisibilité raisonnable et de la confiance raisonnable applicable pour déterminer s'il existe une obligation *prima facie* de diligence

ment suits against auditors and, consequently, the problem of indeterminate liability will often arise.

peut bien être respecté dans maintes actions (même si ce ne sont pas toutes les actions) intentées contre des vérificateurs pour renseignements inexacts donnés par négligence et, par conséquent, le problème de la responsabilité indéterminée se posera souvent.

33

Certain authors have argued that imposing broad duties of care on auditors would give rise to significant economic and social benefits in so far as the spectre of tort liability would act as an incentive to auditors to produce accurate (i.e., non-negligent) reports. (See, e.g.: Howard B. Wiener, “Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation” (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.) I would agree that deterrence of negligent conduct is an important policy consideration with respect to auditors’ liability. Nevertheless, I am of the view that, in the final analysis, it is outweighed by the socially undesirable consequences to which the imposition of indeterminate liability on auditors might lead. Indeed, while indeterminate liability is problematic in and of itself inasmuch as it would mean that successful negligence actions against auditors could, at least potentially, be limitless, it is also problematic in light of certain related problems to which it might give rise.

Certains auteurs ont fait valoir qu’imposer des obligations générales de diligence aux vérificateurs engendrerait des avantages économiques et sociaux importants dans la mesure où le spectre de la responsabilité en matière délictuelle inciterait les vérificateurs à produire des rapports exacts (c.-à-d. non préparés avec négligence). (Voir, par exemple, Howard B. Wiener, «Common Law Liability of the Certified Public Accountant for Negligent Misrepresentation» (1983), 20 *San Diego L. Rev.* 233.) Je conviens que la dissuasion d’adopter une conduite négligente est une considération de principe importante en ce qui concerne la responsabilité des vérificateurs. Néanmoins, je suis d’avis qu’en définitive les conséquences sociales non souhaitables que pourrait entraîner l’imposition d’une responsabilité indéterminée aux vérificateurs l’emportent sur cette considération. En fait, bien que la responsabilité indéterminée pose un problème en soi, en ce sens qu’elle signifierait que les actions pour négligence intentées avec succès contre des vérificateurs pourraient, au moins potentiellement, être illimitées, elle pose aussi un problème compte tenu de certaines autres difficultés connexes qu’elle pourrait causer.

34

Some of the more significant of these problems are thus set out in Brian R. Cheffins, “Auditors’ Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow” (1991), 18 *C.B.L.J.* 118, at pp. 125-27:

Certains des problèmes les plus graves sont exposés ainsi dans Brian R. Cheffins, «Auditors’ Liability in the House of Lords: A Signal Canadian Courts Should Follow» (1991), 18 *C.B.L.J.* 118, aux pp. 125 à 127:

In addition to providing only limited benefits, imposing widely drawn duties of care on auditors would probably generate substantial costs. . . .

[TRADUCTION] En plus de ne produire que des avantages limités, l’imposition d’une obligation générale de diligence aux vérificateurs entraînerait probablement des coûts importants . . .

One reason [for this] is that auditors would expend more resources trying to protect themselves from liability. For example, insurance premiums would probably rise since insurers would anticipate more frequent claims. Also, auditors would probably incur higher costs since they would try to rely more heavily on exclusion

L’une des raisons [qui expliquent cela] est que les vérificateurs utiliseraient davantage de ressources pour tenter de se protéger contre la responsabilité. Par exemple, les primes d’assurance augmenteraient probablement, étant donné que les assureurs s’attendraient à des réclamations plus fréquentes. De plus, les vérifica-

clauses. Hiring lawyers to draft such clauses might be expensive because only the most carefully constructed provisions would be likely to pass judicial scrutiny . . .

Finally, auditors' opportunity costs would increase. Whenever members of an accounting firm have to spend time and effort preparing for litigation, they forego revenue generating accounting activity. More trials would mean that this would occur with greater frequency.

The higher costs auditors would face as a result of broad duties of care could have a widespread impact. For example, the supply of accounting services would probably be reduced since some marginal firms would be driven to the wall. Also, because the market for accounting services is protected by barriers to entry imposed by the profession, the surviving firms would pass [*sic*] at least some of the increased costs to their clients.

Professor Ivankovich describes similar sources of concern. While he acknowledges certain social benefits to which expansive auditors' liability might conduce, he also recognizes the potential difficulties associated therewith (at pp. 520-21):

... [expansive auditors' liability] is also likely to increase the time expended in the performance of accounting services. This will trigger a predictable negative impact on the timeliness of the financial information generated. It is equally likely to increase the cost of professional liability insurance and reduce its availability, and to increase the cost of accounting services which, as a result, may become less generally available. Additionally, it promotes "free ridership" on the part of reliant third parties and decreases their incentive to exercise greater vigilance and care and, as well, presents an increased risk of fraudulent claims.

Even though I do not share the discomfort apparently felt by Professors Cheffins and Ivankovich with respect to using an *Anns*-type test in the context of negligent misrepresentation actions (See:

teurs feraient probablement face à des coûts plus élevés étant donné qu'ils essaieraient d'invoquer davantage des clauses d'exclusion. Le recours aux services d'avocats pour la rédaction de ces clauses pourrait être coûteuse, étant donné que seules les stipulations les plus soigneusement rédigées seraient susceptibles de résister à l'examen judiciaire. . .

Finalement, les coûts d'opportunité des vérificateurs augmenteraient. Chaque fois que les membres d'un cabinet de comptables doivent consacrer du temps et des efforts pour se préparer à un litige, ils doivent renoncer à une activité comptable qui produit un revenu. Un plus grand nombre de procès signifierait qu'une telle situation serait plus fréquente.

La hausse des coûts à laquelle les vérificateurs feraient face, en raison d'une obligation générale de diligence, pourrait avoir une incidence d'une grande envergure. Par exemple, la prestation de services de comptabilité serait probablement réduite du fait que certains cabinets marginaux seraient acculés au pied du mur. En outre, étant donné que le marché des services de comptabilité est protégé par des barrières corporatives, les cabinets survivants refileraient au moins une partie de la hausse des coûts à leurs clients.

Le professeur Ivankovich énonce d'autres sources semblables d'inquiétude. Tout en reconnaissant qu'une responsabilité accrue des vérificateurs pourrait engendrer certains avantages sociaux, il reconnaît aussi les difficultés qui sont susceptibles d'en découler (aux pp. 520 et 521):

[TRADUCTION] . . . [une responsabilité accrue des vérificateurs] est susceptible d'accroître le temps consacré à la prestation des services de comptabilité. Cela aura un effet négatif prévisible sur l'actualité des renseignements financiers fournis. Elle est également susceptible d'accroître le coût de l'assurance-responsabilité professionnelle et d'en réduire la disponibilité, ainsi que d'augmenter le coût des services de comptabilité qui peuvent, en conséquence de cela, devenir moins disponibles en général. De plus, elle favorise la «resquille» chez des tiers confiants et diminue leur motivation à faire preuve de plus de vigilance et de prudence, et elle accroît aussi le risque de réclamations frauduleuses.

Bien que je ne ressent pas le malaise que ressentent apparemment les professeurs Cheffins et Ivankovich à l'égard de l'utilisation d'un critère du type de l'arrêt *Anns* dans le contexte d'actions pour

Cheffins, *supra*, at pp. 129-31, and Ivankovich, *supra*, at p. 530), I nevertheless agree with their assessment of the possible consequences to both auditors and the public generally if liability for negligently prepared audit reports were to go unchecked.

déclaration inexacte faite par négligence (voir Cheffins, *loc. cit.*, aux pp. 129 à 131, et Ivankovich, *loc. cit.*, à la p. 530), je suis néanmoins d'accord avec leur appréciation des conséquences possibles tant pour les vérificateurs que pour le public en général si jamais la responsabilité pour les rapports de vérification préparés avec négligence n'est pas sanctionnée.

35

I should, at this point, explain that I am aware of the arguments put forth by certain scholars and judges to the effect that concerns over indeterminate liability have sometimes been overstated. (See, e.g.: J. Edgar Sexton and John W. Stevens, "Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities", in *Professional Responsibility in Civil Law and Common Law* (Meredith Memorial Lectures, McGill University, 1983-84) (1985), 88, at pp. 101-2; and *H. Rosenblum (1983), Inc. v. Adler*, 461 A.2d 138 (N.J. 1983), at p. 152, *per* Schreiber J.) Arguments to this effect rest essentially on the premise that actual liability will be limited in so far as a plaintiff will not be successful unless both negligence and reliance are established in addition to a duty of care. While it is true that damages will not be owing by the defendant unless these other elements of the cause of action are proved, neither the difficulty of proving negligence nor that of proving reliance will preclude a disgruntled plaintiff from bringing an action against an auditor and such actions would, we may assume, be all the more common were the establishment of a duty of care in any given case to amount to nothing more than a mere matter of course. This eventuality could pose serious problems both for auditors, whose legal costs would inevitably swell, and for courts, which, no doubt, would feel the pressure of increased litigation. Thus, the prospect of burgeoning negligence suits raises serious concerns, even if we assume that the arguments positing proof of negligence and reliance as a barrier to liability are correct. In my view, therefore, it makes more sense to circumscribe the ambit of the duty of care than to assume that difficulties in proving negligence and reliance will afford sufficient protection to auditors, since this approach avoids both

Je tiens ici à expliquer que je suis conscient des arguments avancés par certains auteurs de doctrine et des juges, selon lesquels les craintes relatives à la responsabilité indéterminée ont parfois été exagérées. (Voir, par exemple, J. Edgar Sexton et John W. Stevens, «Accountants' Legal Responsibilities and Liabilities», dans *La responsabilité professionnelle de droit civil et de common law* (Conférences commémoratives Meredith, Université McGill, 1983-84) (1985), 88, aux pp. 101 et 102, et *H. Rosenblum (1983), Inc. c. Adler*, 461 A.2d 138 (N.J. 1983), à la p. 152, le juge Schreiber.) Les arguments en ce sens reposent essentiellement sur la prémisse que la responsabilité réelle sera limitée dans la mesure où le demandeur n'aura gain de cause que si l'existence de négligence et de confiance est établie, en plus de celle d'une obligation de diligence. Bien qu'il soit vrai que le défendeur ne devra aucuns dommages-intérêts à moins que ces autres éléments de la cause d'action ne soient établis, ni la difficulté d'établir la négligence ni celle d'établir la confiance n'empêcheront un demandeur mécontent d'intenter une action contre un vérificateur, et de telles actions seraient, pouvons-nous le supposer, d'autant plus fréquentes si, dans toute affaire, la preuve de l'existence d'une obligation de diligence n'était rien de plus que quelque chose de tout à fait normal. Cette éventualité pourrait causer de graves problèmes tant aux vérificateurs, dont les frais de justice augmenteraient inévitablement, qu'aux tribunaux qui, sans aucun doute, sentiraient la pression d'un plus grand nombre de litiges. Ainsi, la perspective d'une multiplication des actions pour négligence suscite des craintes sérieuses, même en supposant que les arguments qui posent la preuve de la négligence et de la confiance comme un obstacle à la responsabilité sont exacts. J'estime donc qu'il est plus logique de circonscrire l'étendue de l'obliga-

“indeterminate liability” and “indeterminate litigation”.

As I have thus far attempted to demonstrate, the possible repercussions of exposing auditors to indeterminate liability are significant. In applying the two-stage *Anns/Kamloops* test to negligent misrepresentation actions against auditors, therefore, policy considerations reflecting those repercussions should be taken into account. In the general run of auditors' cases, concerns over indeterminate liability will serve to negate a *prima facie* duty of care. But while such concerns may exist in most such cases, there may be particular situations where they do not. In other words, the specific factual matrix of a given case may render it an “exception” to the general class of cases in that while (as in most auditors' liability cases) considerations of proximity under the first branch of the *Anns/Kamloops* test might militate in favour of finding that a duty of care inheres, the typical concerns surrounding indeterminate liability do not arise. This needs to be explained.

As discussed earlier, looking to factors such as “knowledge of the plaintiff (or an identifiable class of plaintiffs) on the part of the defendant” and “use of the statements at issue for the precise purpose or transaction for which they were prepared” really amounts to an attempt to limit or constrain the scope of the duty of care owed by the defendants. If the purpose of the *Anns/Kamloops* test is to determine (a) whether or not a *prima facie* duty of care exists and then (b) whether or not that duty ought to be negated or limited, then factors such as these ought properly to be considered in the second branch of the test once the first branch concerning “proximity” has been found to be satisfied. To my

tion de diligence que de tenir pour acquis que la difficulté de prouver l'existence de négligence et de confiance protégera suffisamment les vérificateurs, étant donné que cette méthode permet d'éviter tant la «responsabilité indéterminée» que les «litiges indéterminés».

Comme j'ai tenté de le démontrer jusqu'à maintenant, les répercussions possibles du fait que les vérificateurs soient exposés à une responsabilité indéterminée sont importantes. En appliquant le critère à deux volets des arrêts *Anns* et *Kamloops* aux actions intentées contre des vérificateurs pour déclaration inexacte faite par négligence, il faudrait donc tenir compte des considérations de principe qui reflètent ces répercussions. Dans le cours normal des affaires mettant en cause des vérificateurs, les craintes relatives à la responsabilité indéterminée contribueront à annihiler une obligation *prima facie* de diligence. Mais, bien que ces craintes puissent exister dans la plupart de ces cas, il peut y avoir des situations particulières où il n'y en a pas. En d'autres termes, le contexte particulier d'une affaire donnée peut en faire une «exception» à la catégorie générale d'affaires, en ce sens que, alors que des considérations de lien étroit en vertu du premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* pourraient militer en faveur d'une conclusion à l'existence d'une obligation de diligence (comme dans la plupart des cas de responsabilité de vérificateurs), les craintes qui entourent habituellement la responsabilité indéterminée n'existent pas. Cela nécessite une explication.

Comme nous l'avons vu, l'examen de facteurs comme la «connaissance du demandeur (ou d'une catégorie distinctive de demandeurs) par le défendeur» et l'«utilisation des déclarations en cause dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels ils ont été préparés» revient, en réalité, à tenter de limiter ou de circonscrire la portée de l'obligation de diligence des défendeurs. Si le critère des arrêts *Anns* et *Kamloops* vise à déterminer a) s'il existe une obligation *prima facie* de diligence et b) si cette obligation devrait être annihilée ou limitée, alors il conviendrait que des facteurs comme ceux-là soient pris en considération pour l'application du second volet du critère, une fois que l'on a con-

mind, the presence of such factors in a given situation will mean that worries stemming from indeterminacy should not arise, since the scope of potential liability is sufficiently delimited. In other words, in cases where the defendant knows the identity of the plaintiff (or of a class of plaintiffs) and where the defendant's statements are used for the specific purpose or transaction for which they were made, policy considerations surrounding indeterminate liability will not be of any concern since the scope of liability can readily be circumscribed. Consequently, such considerations will not override a positive finding on the first branch of the *Anns/Kamloops* test and a duty of care may quite properly be found to exist.

clu qu'il a été satisfait au premier volet concernant le «lien étroit». À mon avis, la présence de ces facteurs dans une situation donnée signifiera que l'indétermination ne devrait pas être un sujet d'inquiétude, étant donné que l'étendue d'une responsabilité éventuelle est suffisamment délimitée. En d'autres termes, dans les cas où le défendeur connaît le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et où les déclarations du défendeur sont utilisées précisément dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels elles ont été faites, les considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée sont dénuées d'intérêt étant donné que l'étendue de la responsabilité peut facilement être circonscrite. Par conséquent, ces considérations ne l'emporteront pas sur une conclusion positive relativement au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, et il sera tout à fait possible de conclure à bon droit à l'existence d'une obligation de diligence.

38 As I see it, this line of reasoning serves to explain the holding of Cardozo J. (as he then was) in *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y.C.A. 1922). There, the New York Court of Appeals held that the defendant weigher was liable in damages for having negligently prepared a weight certificate he knew would be given to the plaintiff, who relied upon it for the specific purpose for which it was issued. In reaching his decision, Cardozo J. explicitly noted that the weight certificate was used for the very "end and aim of the transaction" and not for any collateral or unintended purpose (*Glanzer, supra*, at p. 275). On the facts of *Glanzer, supra*, then, the scope of the defendant's liability could readily be delimited and indeterminacy, therefore, was not a concern.

Selon moi, ce raisonnement permet d'expliquer la décision du juge Cardozo (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (C.A.N.Y. 1922). Dans cette affaire, la Court of Appeals de New York a statué que le défendeur peseur était responsable des dommages résultant de la négligence dont il avait fait preuve en préparant un certificat de pesée qui, à sa connaissance, serait remis au demandeur, qui s'y était fié aux fins pour lesquelles il avait été délivré. En rendant sa décision, le juge Cardozo a fait remarquer expressément que le certificat de pesée avait été utilisé précisément [TRADUCTION] «aux fins de l'opération», et non pour quelque fin connexe ou non voulue (*Glanzer, précité*, à la p. 275). Alors, d'après les faits de l'arrêt *Glanzer, précité*, la responsabilité du défendeur pouvait être facilement délimitée et la question de l'indétermination ne se posait donc pas.

39 The same idea serves to explain the rationale underlying the seminal judgment of the House of Lords in *Hedley Byrne, supra*. While that case did not involve an action against auditors, similar concerns about indeterminate liability were, nonetheless, clearly relevant. On the facts of *Hedley Byrne, supra*, the defendant bank provided a negli-

La même idée permet d'expliquer le raisonnement de l'arrêt charnière de la Chambre des lords *Hedley Byrne, précité*. Même s'il n'était pas question, dans cette affaire, d'une action contre des vérificateurs, des craintes similaires au sujet d'une responsabilité indéterminée étaient néanmoins clairement pertinentes. Selon les faits de *Hedley*

gently prepared credit reference in respect of one of its customers to another bank which, to the knowledge of the defendants, passed on the information to the plaintiff for a stipulated purpose. The plaintiff relied on the credit reference for the specific purpose for which it was prepared. The House of Lords found that but for the presence of a disclaimer, the defendants would have been liable to the plaintiff in negligence. While indeterminate liability would have raised some concern to the Lords had the plaintiff not been known to the defendants or had the credit reference been used for a purpose or transaction other than that for which it was actually prepared, no such difficulties about indeterminacy arose on the particular facts of the case.

This Court's decision in *Haig, supra*, can be seen to rest on precisely the same basis. There, the defendant accountants were retained by a Saskatchewan businessman, one Scholler, to prepare audited financial statements of Mr. Scholler's corporation. At the time they were engaged, the accountants were informed by Mr. Scholler that the audited statements would be used for the purpose of attracting a \$20,000 investment in the corporation from a limited number of potential investors. The audit was conducted negligently and the plaintiff investor, who was found to have relied on the audited statements in making his investment, suffered a loss. While Dickson J. was clearly cognizant of the potential problem of indeterminacy arising in the context of auditors' liability (at p. 476), he nevertheless found that the defendants owed the plaintiff a duty of care. In my view, his conclusion was eminently sound given that the defendants were informed by Mr. Scholler of the class of persons who would rely on the report and the report was used by the plaintiff for the specific purpose for which it was prepared. Dickson J. himself expressed this idea as follows, at p. 482:

*Byrne*, précité, la banque défenderesse avait donné, au sujet de l'un de ses clients, des références de crédit préparées avec négligence à une autre banque qui, à la connaissance de la défenderesse, avait transmis l'information à la demanderesse dans un but précis. La demanderesse s'était fiée aux références de crédit aux fins pour lesquelles elles avaient été préparées. La Chambre des lords a conclu que, n'eût été la présence d'une clause d'exonération, la défenderesse aurait été reconnue responsable pour cause de négligence envers la demanderesse. Même si la responsabilité indéterminée aurait suscité une certaine inquiétude chez les lords juges si la demanderesse n'avait pas été connue de la défenderesse ou si les références de crédit avaient été utilisées dans le but ou aux fins d'une opération autres que ceux pour lesquels elles avaient été préparées, les faits de cette affaire n'ont posé aucune difficulté au sujet de l'indétermination.

L'arrêt *Haig*, précité, de notre Cour peut être considéré comme reposant précisément sur le même fondement. Dans cet arrêt, un homme d'affaires de la Saskatchewan, un dénommé Scholler, avait retenu les services des comptables défendeurs pour qu'ils préparent les états financiers vérifiés de sa société. Au moment d'être embauchés, les comptables ont été informés par M. Scholler que les états vérifiés serviraient à inciter un nombre limité d'investisseurs potentiels à investir 20 000 \$ dans la société. La vérification a été effectuée avec négligence et l'investisseur demandeur qui, a-t-on conclu, s'était fié aux états vérifiés pour faire son placement, a subi une perte. Bien que le juge Dickson ait été nettement au courant du problème potentiel de l'indétermination dans le contexte de la responsabilité de vérificateurs (à la p. 476), il a néanmoins conclu que les défendeurs avaient une obligation de diligence envers le demandeur. À mon avis, cette conclusion est très bien fondée, vu que les défendeurs avaient été informés par M. Scholler de la catégorie de personnes qui se fieraient au rapport et que ce rapport avait été utilisé par le demandeur aux fins mêmes pour lesquelles il avait été préparé. Le juge Dickson a lui-même exprimé cette idée de la façon suivante, à la p. 482:

The case before us is closer to *Glanzer* than to *Ultramares*. The very end and aim of the financial statements prepared by the accountants in the present case was to secure additional financing for the company from [a Saskatchewan government agency] and an equity investor; the statements were required primarily for these third parties and only incidentally for use by the company.

On the facts of *Haig*, then, the auditors were properly found to owe a duty of care because concerns over indeterminate liability did not arise. I would note that this view of the rationale behind *Haig*, *supra*, is shared by Professor Feldthusen. (See Feldthusen, *supra*, at pp. 98-100.)

41 The foregoing analysis should render the following points clear. A *prima facie* duty of care will arise on the part of a defendant in a negligent misrepresentation action when it can be said (a) that the defendant ought reasonably to have foreseen that the plaintiff would rely on his representation and (b) that reliance by the plaintiff, in the circumstances, would be reasonable. Even though, in the context of auditors' liability cases, such a duty will often (even if not always) be found to exist, the problem of indeterminate liability will frequently result in the duty being negated by the kinds of policy considerations already discussed. Where, however, indeterminate liability can be shown not to be a concern on the facts of a particular case, a duty of care will be found to exist. Having set out the law governing the appellants' claims, I now propose to apply it to the facts of the appeal.

(iv) Application to the Facts

42 In my view, there can be no question that a *prima facie* duty of care was owed to the appellants by the respondents on the facts of this case. As regards the criterion of reasonable foreseeability, the possibility that the appellants would rely on the audited financial statements in conducting their affairs and that they may suffer harm if the reports

L'affaire qui nous occupe ressemble davantage à *Glanzer* qu'à *Ultramares*. En l'espèce, l'objet véritable des états financiers dressés par les comptables était d'assurer à la compagnie l'aide financière [d'un organisme gouvernemental de la Saskatchewan] et d'un investisseur de capitaux; les états avaient été demandés en premier lieu pour ces tiers et seulement accessoirement pour la compagnie.

Ainsi, compte tenu des faits de l'arrêt *Haig*, on a conclu à bon droit que les vérificateurs avaient une obligation de diligence, parce que les craintes concernant une responsabilité indéterminée n'existaient pas. Je ferais remarquer que cette perception du raisonnement qui sous-tend l'arrêt *Haig*, précité, est partagée par le professeur Feldthusen. (Voir Feldthusen, *op. cit.*, aux pp. 98 à 100.)

L'analyse qui précède devrait permettre d'éclaircir les points suivants. Une obligation *prima facie* de diligence incombe au défendeur dans une action pour déclaration inexacte faite par négligence lorsqu'on peut affirmer a) que le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration, et b) que la confiance accordée par le demandeur était raisonnable dans les circonstances. Même si, en matière de responsabilité des vérificateurs, on conclut souvent (quoique pas toujours) à l'existence d'une telle obligation, le problème de la responsabilité indéterminée fait souvent en sorte que l'obligation est annihilée par le genre de considérations de principe déjà analysées. Cependant, lorsqu'il est possible de démontrer que la question de la responsabilité indéterminée ne se pose pas d'après les faits d'une affaire donnée, on conclura à l'existence d'une obligation de diligence. Après avoir énoncé le droit applicable aux actions des appelants, je me propose maintenant de l'appliquer aux faits du présent pourvoi.

(iv) Application aux faits

À mon avis, il n'y a pas de doute que, d'après les faits de la présente affaire, les intimés avaient une obligation *prima facie* de diligence envers les appelants. En ce qui a trait au critère de la prévisibilité raisonnable, la possibilité que les appelants se fient aux états financiers vérifiés pour gérer leurs affaires et qu'ils subissent un préjudice si les

were negligently prepared must have been reasonably foreseeable to the respondents. This is confirmed simply by the fact that shareholders generally will often choose to rely on audited financial statements for a wide variety of purposes. It is further confirmed by the fact that under ss. 149(1) and 163(1) of the Manitoba *Corporations Act*, it is patently clear that audited financial statements are to be placed before the shareholders at the annual general meeting. The relevant portions of those sections read as follows:

**149(1)** The directors of a corporation shall place before the shareholders at every annual meeting

. . . .

(b) the report of the auditor, if any; and

. . . .

**163(1)** An auditor of a corporation shall make the examination that is in his opinion necessary to enable him to report in the prescribed manner on the financial statements required by this Act to be placed before the shareholders, except such financial statements or part thereof as relate to the period referred to in sub-clause 149(1)(a)(ii).

In my view, it would be untenable to argue in the face of these provisions that some form of reliance by shareholders on the audited reports would be unforeseeable.

Similarly, I would find that reliance on the audited statements by the appellant shareholders would, on the facts of this case, be reasonable. Professor Feldthusen (at pp. 62-63) sets out five general *indicia* of reasonable reliance; namely:

- (1) The defendant had a direct or indirect financial interest in the transaction in respect of which the representation was made.
- (2) The defendant was a professional or someone who possessed special skill, judgment, or knowledge.
- (3) The advice or information was provided in the course of the defendant's business.

rappports étaient préparés avec négligence doit avoir été raisonnablement prévisible pour les intimés. Cela est confirmé simplement par le fait qu'en général les actionnaires choisissent souvent de se fier à des états financiers vérifiés à des fins très diverses. Cela est en outre confirmé par le fait que, en vertu des par. 149(1) et 163(1) de la *Loi sur les corporations* du Manitoba, il est manifeste que des états financiers vérifiés doivent être présentés aux actionnaires lors de leur assemblée générale annuelle. Les parties pertinentes de ses paragraphes sont les suivantes:

**149(1)** Les administrateurs doivent, à l'assemblée annuelle, présenter aux actionnaires:

. . . .

b) le rapport du vérificateur, s'il a été établi;

. . . .

**163(1)** Le vérificateur doit procéder à l'examen qu'il estime nécessaire pour faire rapport, de la manière prescrite, sur les états financiers que la présente loi ordonne de présenter aux actionnaires, à l'exception des états financiers se rapportant à la période visée au sous-alinéa 149(1)a(ii).

À mon avis, on ne pourrait pas soutenir, à la lecture de ces dispositions, qu'il était imprévisible que les actionnaires se fieraient de quelque manière que ce soit aux rapports vérifiés.

De même, je concluais que, d'après les faits de la présente affaire, il était raisonnable que les actionnaires appelants se fient aux états vérifiés. Le professeur Feldthusen (aux pp. 62 et 63) énonce cinq indices généraux de confiance raisonnable, soit:

[TRADUCTION]

- (1) Le défendeur avait directement ou indirectement un intérêt financier dans l'opération visée par la déclaration.
- (2) Le défendeur était un professionnel ou une personne possédant des aptitudes, une capacité de discernement ou des connaissances particulières.
- (3) Le conseil ou le renseignement a été donné dans le cours des affaires du défendeur.

- (4) The information or advice was given deliberately, and not on a social occasion.
- (5) The information or advice was given in response to a specific enquiry or request.

While these *indicia* should not be understood to be a strict “test” of reasonableness, they do help to distinguish those situations where reliance on a statement is reasonable from those where it is not. On the facts here, the first four of these *indicia* clearly inhere. To my mind, then, this aspect of the *prima facie* duty is unquestionably satisfied on the facts.

44

Having found a *prima facie* duty to exist, then, the second branch of the *Anns/Kamloops* test remains to be considered. It should be clear from my comments above that were auditors such as the respondents held to owe a duty of care to plaintiffs in all cases where the first branch of the *Anns/Kamloops* test was satisfied, the problem of indeterminate liability would normally arise. It should be equally clear, however, that in certain cases, this problem does not arise because the scope of potential liability can adequately be circumscribed on the facts. An investigation of whether or not indeterminate liability is truly a concern in the present case is, therefore, required.

45

At first blush, it may seem that no problems of indeterminate liability are implicated here and that this case can easily be likened to *Glanzer, supra*, *Hedley Byrne, supra*, and *Haig, supra*. After all, the respondents knew the very identity of all the appellant shareholders who claim to have relied on the audited financial statements through having acted as NGA’s and NGH’s auditors for nearly 10 years by the time the first of the audit reports at issue in this appeal was prepared. It would seem plausible to argue on this basis that because the identity of the plaintiffs was known to the respondents at the time of preparing the 1980-82 reports, no concerns over indeterminate liability arise.

- (4) Le renseignement ou le conseil a été donné délibérément, et non dans le cadre d’un événement social.
- (5) Le renseignement ou le conseil a été donné en réponse à une question précise.

Même si ces indices ne devraient pas être considérés comme un «critère» strict de caractère raisonnable, ils aident à distinguer les situations où il est raisonnable de se fier à une déclaration de celles où il n’est pas raisonnable de le faire. Les quatre premiers indices sont nettement présents d’après les faits de la présente affaire. Je considère donc que, d’après les faits, cet aspect de l’obligation *prima facie* a été respecté.

Ayant conclu à l’existence d’une obligation *prima facie*, il me reste à examiner le deuxième volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*. Il devrait ressortir clairement des commentaires que j’ai faits plus haut que si on concluait que des vérificateurs comme les intimés ont une obligation de diligence envers les demandeurs dans tous les cas où il a été satisfait au premier volet du critère des arrêts *Anns* et *Kamloops*, le problème de la responsabilité indéterminée se poserait normalement. Toutefois, il devrait être également clair que, dans certains cas, ce problème ne se pose pas parce que l’étendue de la responsabilité éventuelle peut être suffisamment circonscrite selon les faits. Il est donc nécessaire de se demander si la question de la responsabilité indéterminée se pose réellement en l’espèce.

À première vue, il peut sembler qu’il n’y a aucun problème de responsabilité indéterminée ici et que la présente affaire peut facilement être assimilée aux arrêts *Glanzer, Hedley Byrne* et *Haig*, précités. Après tout, les intimés connaissaient exactement l’identité de tous les actionnaires appelants qui affirment s’être fiés aux états financiers vérifiés, du fait qu’ils étaient les vérificateurs de NGA et de NGH depuis près de 10 ans lorsqu’ils ont préparé le premier des rapports en cause dans le présent pourvoi. Il semblerait plausible de soutenir, compte tenu de cela, parce que l’identité des demandeurs étaient connue des intimés au moment de la préparation des rapports de 1980 à 1982, aucune crainte ne se pose au sujet de la responsabilité indéterminée.

To arrive at this conclusion without further analysis, however, would be to move too quickly. While knowledge of the plaintiff (or of a limited class of plaintiffs) is undoubtedly a significant factor serving to obviate concerns over indeterminate liability, it is not, alone, sufficient to do so. In my discussion of *Glanzer, supra*, *Hedley Byrne, supra*, and *Haig, supra*, I explained that indeterminate liability did not inhere on the specific facts of those cases not only because the defendant knew the identity of the plaintiff (or the class of plaintiffs) who would rely on the statement at issue, but also because the statement itself was used by the plaintiff for precisely the purpose or transaction for which it was prepared. The crucial importance of this additional criterion can clearly be seen when one considers that even if the specific identity or class of potential plaintiffs is known to a defendant, use of the defendant's statement for a purpose or transaction other than that for which it was prepared could still lead to indeterminate liability.

For example, if an audit report which was prepared for a corporate client for the express purpose of attracting a \$10,000 investment in the corporation from a known class of third parties was instead used as the basis for attracting a \$1,000,000 investment or as the basis for inducing one of the members of the class to become a director or officer of the corporation or, again, as the basis for encouraging him or her to enter into some business venture with the corporation itself, it would appear that the auditors would be exposed to a form of indeterminate liability, even if they knew precisely the identity or class of potential plaintiffs to whom their report would be given. With respect to the present case, then, the central question is whether or not the appellants can be said to have used the 1980-82 audit reports for the specific purpose for which they were prepared. The answer to this question will determine whether or not policy considerations surrounding indeterminate liability ought to negate the *prima facie* duty of care owed by the respondents.

Tirer cette conclusion sans approfondir l'analyse serait cependant aller trop vite. Bien qu'il ne fasse aucun doute que la connaissance du demandeur (ou d'une catégorie limitée de demandeurs) est un facteur important pour parer aux craintes relatives à la responsabilité indéterminée, elle n'est pas suffisante à elle seule pour le faire. Dans l'analyse que j'ai faite des arrêts *Glanzer*, *Hedley Byrne* et *Haig*, précités, j'ai expliqué qu'il n'y avait pas de responsabilité indéterminée d'après les faits de ces affaires, non seulement parce que le défendeur connaissait le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) qui se fierait au relevé en cause, mais aussi parce que le relevé même avait été utilisé par le demandeur exactement dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels il avait été préparé. On peut voir clairement l'importance cruciale de cet autre critère lorsque l'on considère que, même si le défendeur connaît précisément l'identité ou la catégorie de demandeurs potentiels, l'utilisation de l'état dressé par le défendeur dans un autre but ou aux fins d'une autre opération que ceux pour lesquels il a été préparé pourrait encore mener à une responsabilité indéterminée.

Par exemple, si un rapport de vérification préparé pour une entreprise cliente, dans le but exprès d'inciter une catégorie connue de tiers à investir une somme de 10 000 \$ dans l'entreprise, était plutôt utilisé pour attirer un investissement de 1 000 000 \$ ou pour inciter un membre de cette catégorie à devenir administrateur ou dirigeant de l'entreprise ou, encore, pour l'encourager à se lancer dans une opération commerciale avec l'entreprise même, il apparaîtrait que les vérificateurs seraient exposés à une forme de responsabilité indéterminée, même s'ils connaissaient précisément l'identité ou la catégorie des demandeurs potentiels à qui leur rapport serait remis. En ce qui concerne la présente affaire, la question cruciale est donc de savoir si on peut affirmer que les appellants ont utilisé les rapports de vérification de 1980 à 1982 aux fins mêmes pour lesquelles ils avaient été préparés. La réponse à cette question déterminera si des considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée devraient annihiler l'obligation *prima facie* de diligence des intimés.

48

What, then, is the purpose for which the respondents' audit statements were prepared? This issue was eloquently discussed by Lord Oliver in *Caparo, supra*, at p. 583:

My Lords, the primary purpose of the statutory requirement that a company's accounts shall be audited annually is almost self-evident. . . . The management is confided to a board of directors which operates in a fiduciary capacity and is answerable to and removable by the shareholders who can act, if they act at all, only collectively and only through the medium of a general meeting. Hence the legislative provisions requiring the board annually to give an account of its stewardship to a general meeting of the shareholders. This is the only occasion in each year on which the general body of shareholders is given the opportunity to consider, to criticise and to comment on the conduct by the board of the company's affairs, to vote the directors' recommendation as to dividends, to approve or disapprove the directors' remuneration and, if thought desirable, to remove and replace all or any of the directors. It is the auditors' function to ensure, so far as possible, that the financial information as to the company's affairs prepared by the directors accurately reflects the company's position in order first, to protect the company itself from the consequences of undetected errors or, possibly, wrongdoing . . . and, second, to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company's affairs and to exercise their collective powers to reward or control or remove those to whom that conduct has been confided. [Emphasis added.]

Similarly, Farley J. held in *Roman Corp. Ltd. v. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248 (Gen. Div.), at p. 260 (hereinafter *Roman I*) that

as a matter of law the only purpose for which shareholders receive an auditor's report is to provide the shareholders with information for the purpose of overseeing the management and affairs of the corporation and not for the purpose of guiding personal investment decisions or personal speculation with a view to profit.

(See also: *Roman Corp. v. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10 (Ont. Gen. Div.)) Lord Oliver was referring to the relevant provisions of the U.K. *Companies Act 1985* (U.K.), 1985, c. 6, in making his pronouncements, and Farley J.

Quelles sont donc les fins pour lesquelles les états vérifiés ont été préparés par les intimés? Cette question a été éloquemment analysée par lord Oliver dans l'arrêt *Caparo*, précité, à la p. 583:

[TRADUCTION] Vos Seigneuries, la principale raison pour laquelle la Loi exige que les comptes d'une société soient vérifiés annuellement est presque évidente en soi. [. . .] La gestion est confiée à un conseil d'administration qui agit à titre de fiduciaire et doit répondre aux actionnaires qui peuvent le destituer. Ces actionnaires ne peuvent agir, s'ils décident de le faire, que collectivement et au moyen d'une assemblée générale. D'où les dispositions de la Loi exigeant que le conseil rende compte de sa gérance annuellement à une assemblée générale des actionnaires. Chaque année, c'est la seule occasion où l'ensemble des actionnaires a la possibilité d'examiner, de critiquer et de commenter la gestion des affaires de la société par le conseil d'administration, de voter sur les recommandations des administrateurs quant aux dividendes, d'approuver ou non la rémunération des administrateurs et, s'ils le jugent souhaitable, de destituer et de remplacer l'ensemble ou une partie des administrateurs. Il appartient aux vérificateurs de s'assurer, autant que possible, que l'information financière relative aux affaires de la société préparée par les administrateurs reflète exactement la situation de la société, afin, premièrement, de protéger la société elle-même contre les conséquences d'erreurs ou, peut-être, de fautes non décelées [. . .] et, deuxièmement, de fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner soigneusement la gestion des affaires de la société et d'exercer leurs pouvoirs collectifs de récompenser, de contrôler ou de destituer ceux à qui cette gestion a été confiée. [Je souligne.]

De même, le juge Farley a statué dans *Roman Corp. Ltd. c. Peat Marwick Thorne* (1992), 11 O.R. (3d) 248 (Div. gén.), à la p. 260 (ci-après *Roman I*) que

[TRADUCTION] sur le plan du droit, le rapport des vérificateurs que les actionnaires reçoivent ne vise qu'à leur fournir des renseignements qui leur permettront de surveiller la gestion et les affaires de la société, et non à les guider dans des décisions personnelles d'investir ou de spéculer dans le but de réaliser un gain.

(Voir aussi *Roman Corp. c. Peat Marwick Thorne* (1993), 12 B.L.R. (2d) 10 (Div. gén. Ont.)) En tenant ses propos, lord Oliver faisait allusion aux dispositions pertinentes de la *Companies Act 1985* (R.-U.), 1985, ch. 6, et le juge Farley a rendu son

rendered his judgment against the backdrop of the statutory audit requirements set out in the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16.

To my mind, the standard purpose of providing audit reports to the shareholders of a corporation should be regarded no differently under the analogous provisions of the Manitoba *Corporations Act*. Thus, the directors of a corporation are required to place the auditors' report before the shareholders at the annual meeting in order to permit the shareholders, as a body, to make decisions as to the manner in which they want the corporation to be managed, to assess the performance of the directors and officers, and to decide whether or not they wish to retain the existing management or to have them replaced. On this basis, it may be said that the respondent auditors' purpose in preparing the reports at issue in this case was, precisely, to assist the collectivity of shareholders of the audited companies in their task of overseeing management.

The appellants, however, submit that, in addition to this statutorily mandated purpose, the respondents further agreed to perform their audits for the purpose of providing the appellants with information on the basis of which they could make personal investment decisions. They base this claim largely on a conversation that allegedly took place at the 1978 meeting between Mr. Cox, Mr. Freed and Mr. Korn, as well as on certain passages of the engagement letter sent to them by the respondents. I have read the relevant portions of the record on this question and I am unable to accept the appellants' submission. Indeed, on examination for discovery, Mr. Freed discussed the engagement letter of the respondents and stated as follows:

Q It is this that you say is the document that says, it will speak for itself, but you interpret it to mean that they [the respondents] will look after your interests specifically [*sic*]? . . .

A I am saying that I took for granted that that was their duty.

jugement dans le contexte des exigences de vérification imposées par la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16.

Dans mon esprit, le but normal de la présentation de rapports de vérification aux actionnaires d'une société ne devrait pas être considéré différemment sous le régime des dispositions analogues contenues dans la *Loi sur les corporations* du Manitoba. Ainsi, les administrateurs d'une société doivent présenter le rapport des vérificateurs aux actionnaires, lors de l'assemblée annuelle, afin de leur permettre, en tant qu'entité, de prendre des décisions quant à la façon dont ils veulent que la société soit gérée, d'évaluer le rendement des administrateurs et des dirigeants, et de décider s'ils veulent les garder en poste ou les remplacer. On peut donc dire que le dessein que les vérificateurs intimés voulaient accomplir, en l'espèce, en préparant les rapports en question était précisément d'aider la collectivité des actionnaires des sociétés vérifiées à en surveiller la gestion.

Les appelants soutiennent cependant que, en plus de ce but imposé par la Loi, les intimés ont aussi consenti à effectuer leurs vérifications afin de fournir aux appelants des renseignements sur lesquels ils pourraient se fonder pour prendre des décisions personnelles en matière de placement. Ils fondent en grande partie cet argument sur une conversation qui aurait eu lieu lors de la rencontre de 1978 à laquelle ont pris part MM. Cox, Freed et Korn, de même que sur certains passages de la lettre de mission que leur avaient envoyée les intimés. J'ai lu les parties du dossier qui se rapportent à cette question et je suis incapable de retenir l'argument des appelants. En fait, lors de l'interrogatoire préalable, M. Freed a affirmé ce qui suit au sujet de la lettre de mission des intimés:

[TRADUCTION]

Q C'est ce que vous dites être le document qui dit, cela se passera de commentaires, mais vous considérez que cela signifie qu'ils [les intimés] s'occuperont précisément de vos intérêts?

R Je dis que j'ai tenu pour acquis qu'ils étaient obligés de le faire.

49

50

Q I see. All right. Was there ever anything in writing specifically that says that is your duty, is to look after my interests, I am away all the time?

A I am not aware.

Q Either, from you, or to you in that respect?

A I am not aware of any.

Q This letter happens to say, "We are always prepared upon instruction to extend our services beyond these required procedures." Did you ever give them any additional instructions?

A No. I never saw them.

Q Nor did you communicate with them in writing, or otherwise? Is that right?

A Not that I recall.

Similarly, the transcript of Mr. Korn's examination for discovery reveals the following exchange:

Q You emphasized [at the 1978 meeting] you say to Mr. Cox that because you were no longer in the management stream or chain, you would be relying more on the audited statements?

A Yes, and that — well, I wanted a sort of commitment that he understood that he was the shareholders' auditor and I did refer to the fact that he had [a] close personal association with Mr. Morris and he said no, he fully understood, have no fear.

Q Did you consider that to be a change from the normal kind of audit engagement, or were you just emphasizing something that was part of the normal audit engagement?

A I just pointed out the change. As a matter of fact, he already knew about the change.

. . . .

Q But my question was whether you considered that to be any kind of alteration from the usual audit engagement process.

A Well, that's what happened. That's the fact that I said it to him and those are the words I said, and however he took it, that's however he took it.

Q Je vois. Très bien. Y avait-il un écrit quelconque qui précisait que c'est votre devoir, c'est de vous occuper de mes intérêts, je suis toujours absent?

R Je ne sais pas.

Q Soit de votre part, ou qui vous est destiné à cet égard?

R Je n'en connais aucun.

Q Il se trouve que cette lettre dit: «Nous sommes toujours disposés, si on nous demande de le faire, à étendre nos services au-delà de ces procédures prescrites.» Leur avez-vous jamais donné d'autres directives?

R Non, je ne les ai jamais vus.

Q Vous n'avez pas communiqué non plus avec eux par écrit ou autrement? N'est-ce pas?

R Pas que je me souviens.

De même, la transcription de l'interrogatoire préalable de M. Korn révèle l'échange suivant:

[TRADUCTION]

Q Vous avez souligné [lors de la rencontre de 1978] que vous avez dit à M. Cox que, parce que nous ne faisiez plus partie de la chaîne de gestion, vous vous fieriez davantage aux états vérifiés?

R Oui, et que — eh bien, je voulais qu'il me jure en quelque sorte qu'il avait compris qu'il était le vérificateur des actionnaires et je lui ai bel et bien mentionné qu'il existait une association personnelle étroite entre lui et M. Morris, et il m'a dit non, il comprenait parfaitement, n'avez crainte.

Q Considériez-vous que cela constituait un changement par rapport à la mission de vérification normale, ou ne faisiez-vous que souligner quelque chose qui faisait partie de la mission de vérification normale?

R Je n'ai fait que souligner le changement. En fait, il était déjà au courant de ce changement.

. . . .

Q Mais ma question était de savoir si vous considériez cela comme une espèce de modification par rapport au processus normal d'une mission de vérification?

R Eh bien, c'est ce qui est arrivé. C'est un fait que je lui ai dit cela, et ce sont les mots que j'ai utilisés, et quelle que soit la façon dont il les a interprétés, c'est ainsi qu'il les a interprétés.

Q But I'm asking you if you considered that to be a change from a normal audit engagement.

A Well, I'm not — whether that was — whether those words were some sort of special instructions, those were the words and I guess there will be experts to say what consequences should have flown [*sic*] from them, and I'm not here as an expert on audit —

Q I'm entitled to know what you consider to be the case.

A Well, I made it clear that he should remember that he's the shareholders' auditor, that Clarkson was the shareholders' auditor, notwithstanding his personal relationship with Murray Morris.

Q Auditors are always the shareholders' auditors, are they not?

A And that's what I — if they are, they are.

Q And that's in fact what they are always?

A Well, that's good, I'm glad to hear that, glad to hear you say it.

Q Do you agree?

A That the auditors are the shareholders' auditors?

Q Yes.

A I agree precisely.

To my mind, these passages serve to demonstrate that despite the appellants' submissions, the respondents did not, in fact, prepare the audit reports in order to assist the appellants in making personal investment decisions or, indeed, for any purpose other than the standard statutory one. This finding accords with that of Helper J.A. in the Court of Appeal, and nothing in the record before this Court suggests the contrary.

It follows from the foregoing discussion that the only purpose for which the 1980-82 reports could have been used in such a manner as to give rise to a duty of care on the part of the respondents is as a guide for the shareholders, as a group, in supervising or overseeing management. In assessing whether this was, in fact, the purpose to which the appellants purport to have put the audited reports,

Q Mais je vous demande si vous avez considéré que cela était un changement par rapport à la mission de vérification normale.

R Eh bien, je ne suis pas — si c'était — si ces mots étaient un genre de directive particulière, c'étaient les mots utilisés et je suppose qu'il y aura des experts qui diront quelles conséquences auraient dû en découler, et je ne suis pas ici en tant qu'expert en matière de vérification —

Q J'ai le droit de savoir ce que vous en pensez.

R Eh bien, j'ai dit clairement qu'il devrait se rappeler qu'il était le vérificateur des actionnaires, que Clarkson était le vérificateur des actionnaires, nonobstant sa relation personnelle avec Murray Morris.

Q Les vérificateurs ne sont-ils pas toujours les vérificateurs des actionnaires?

R Et c'est ce que j'ai — s'ils le sont, ils le sont.

Q Et, en fait, c'est ce qu'ils sont toujours?

R Eh bien, c'est bon. Je suis heureux de l'entendre, heureux de vous l'entendre dire.

Q Êtes-vous d'accord?

R Pour dire que les vérificateurs sont les vérificateurs des actionnaires?

Q Oui.

R Je suis tout à fait d'accord.

À mon avis, ces passages démontrent que, en dépit des allégations des appelants, les intimés n'ont pas, en fait, préparé les rapports de vérification afin d'aider les appelants à prendre des décisions personnelles en matière de placement ou pour toute autre fin que celle prévue normalement par la loi. Cette conclusion est conforme à celle tirée par le juge Helper en Cour d'appel, et rien ne laisse entendre le contraire dans le dossier soumis à notre Cour.

Il découle de l'analyse qui précède que la seule fin pour laquelle les rapports de 1980 à 1982 auraient pu être utilisés de façon à engendrer une obligation de diligence de la part des intimés aurait été de servir à guider les actionnaires, en tant que groupe, dans la supervision ou la surveillance de la gestion de la société. Pour décider si c'était effectivement le but auquel les appelants ont voulu que

it will be useful to take each of the appellants' claims in turn. First, the appellant Hercules seeks compensation for its \$600,000 injection of capital into NGA over January and February of 1983 and the appellant Freed seeks damages commensurate with the amount of money he contributed in 1982 to his investment account in NGH. Secondly, all the appellants seek damages for the losses they suffered in the value of their existing shareholdings.

les rapports d'évaluation servent, il sera utile d'examiner à tour de rôle chacune des actions des appelants. Premièrement, l'appelante Hercules demande à être indemnisée pour les 600 000 \$ qu'elle a injectés dans NGA en janvier et février 1983, et l'appelant Freed réclame des dommages-intérêts correspondant à la somme qu'il a versée dans son compte de placement de NGH, en 1982. Deuxièmement, tous les appelants réclament des dommages-intérêts pour les pertes qu'ils ont subies quant à la valeur de leurs participations existantes.

52 The claims of Hercules and Mr. Freed with respect to their 1982-83 investments can be addressed quickly. The essence of these claims must be that these two appellants relied on the respondents' reports in deciding whether or not to make further investments in the audited corporations. In other words, Hercules and Mr. Freed are claiming to have relied on the audited reports for the purpose of making personal investment decisions. As I have already discussed, this is not a purpose for which the respondents in this case can be said to have prepared their reports. In light of the dissonance between the purpose for which the reports were actually prepared and the purpose for which the appellants assert they were used, then, the claims of Hercules and Mr. Freed with respect to their investment losses are not such that the concerns over indeterminate liability discussed above are obviated; *viz.*, if a duty of care were owed with respect to these investment transactions, there would seem to be no logical reason to preclude a duty of care from arising in circumstances where the statements were used for any other purpose of which the auditors were equally unaware when they prepared and submitted their report. On this basis, therefore, I would find that the *prima facie* duty that arises respecting this claim is negated by policy considerations and, therefore, that no duty of care is owed by the respondents in this regard.

Les actions de Hercules et de M. Freed en ce qui concerne leurs placements de 1982 et 1983 peuvent être réglées rapidement. Elles doivent signifier, pour l'essentiel, que ces deux appelants se sont fiés aux rapports des intimés pour décider de faire ou non d'autres placements dans les sociétés vérifiées. En d'autres termes, Hercules et M. Freed prétendent qu'ils se sont fiés aux rapports de vérification pour prendre des décisions personnelles en matière de placement. Comme je l'ai déjà dit, on ne peut affirmer en l'espèce que les intimés ont préparé leurs rapports à cette fin. Compte tenu de la discordance entre la fin à laquelle les rapports ont réellement été préparés et la fin à laquelle les appelants affirment les avoir utilisés, les actions de Hercules et de M. Freed relatives à leurs pertes en matière de placement ne sont pas de nature à parer aux craintes concernant la responsabilité indéterminée, qui ont été analysées plus haut; autrement dit, s'il existait une obligation de diligence à l'égard de ces placements, il semblerait n'y avoir aucune raison logique d'empêcher la naissance d'une obligation de diligence dans les cas où les états ont été utilisés à toute autre fin également inconnue des vérificateurs lorsqu'ils ont préparé et présenté leur rapport. Je suis donc d'avis de conclure, pour ce motif, que l'obligation *prima facie* qui existe à l'égard de cette action est annihilée par des considérations de principe et que, par conséquent, les intimés n'ont aucune obligation de diligence à cet égard.

53 With respect to the claim concerning the loss in value of their existing shareholdings, the appellants make two submissions. First, they claim that they relied on the 1980-82 reports in monitoring

En ce qui concerne l'action concernant la perte de valeur de leurs participations existantes, les appelants avancent deux arguments. Premièrement, ils soutiennent qu'ils se sont fiés aux rapports de

the value of their equity and that, owing to the (allegedly) negligent preparation of those reports, they failed to extract it before the financial demise of NGA and NGH. Secondly, and somewhat more subtly, the appellants submit that they each relied on the auditors' reports in overseeing the management of NGA and NGH and that had those reports been accurate, the collapse of the corporations and the consequential loss in the value of their shareholdings could have been avoided.

To my mind, the first of these submissions suffers from the same difficulties as those regarding the injection of fresh capital by Hercules and Mr. Freed. Whether the reports were relied upon in assessing the prospect of further investments or in evaluating existing investments, the fact remains that the purpose to which the respondents' reports were put, on this claim, concerned individual or personal investment decisions. Given that the reports were not prepared for that purpose, I find for the same reasons as those earlier set out that policy considerations regarding indeterminate liability inhere here and, consequently, that no duty of care is owed in respect of this claim.

As regards the second aspect of the appellants' claim concerning the losses they suffered in the diminution in value of their equity, the analysis becomes somewhat more intricate. The essence of the appellants' submission here is that the shareholders would have supervised management differently had they known of the (alleged) inaccuracies in the 1980-82 reports, and that this difference in management would have averted the demise of the audited corporations and the consequent losses in existing equity suffered by the shareholders. At first glance, it might appear that the appellants' claim implicates a use of the audit reports which is commensurate with the purpose for which the reports were prepared, i.e., overseeing or supervising management. One might argue on this basis that a duty of care should be found to inhere because, in view of this compatibility between

1980 à 1982 pour surveiller la valeur de leur droit sur l'actif et que, en raison de la négligence dont on aurait fait preuve en préparant ces rapports, ils n'ont pu l'extraire avant l'effondrement financier de NGA et de NGH. Deuxièmement, et de façon un peu plus subtile, les appelants prétendent que chacun d'eux s'est fié aux rapports des vérificateurs pour surveiller la gestion de NGA et NGH et que, si ces rapports avaient été exacts, l'effondrement des sociétés et la perte de valeur de leurs participations qui s'est ensuivie auraient pu être évités.

À mon avis, le premier de ces arguments pose les mêmes difficultés que celles qui ont trait à l'injection de nouveaux capitaux par Hercules et M. Freed. Peu importe que l'on se soit fié ou non à ces rapports pour évaluer les chances d'autres placements ou pour évaluer les placements existants, il reste que la fin à laquelle les rapports des intimés ont été utilisés, selon cet argument, concernait des décisions individuelles ou personnelles en matière de placement. Étant donné que ces rapports n'ont pas été préparés à cette fin, je conclus, pour les mêmes motifs que j'ai exposés précédemment, qu'il existe, en l'espèce, des considérations de principe concernant la responsabilité indéterminée et que, par conséquent, il n'existe aucune obligation de diligence à l'égard de cette action.

En ce qui a trait au deuxième aspect de l'action des appelants concernant les pertes qu'ils ont subies en raison de la diminution de la valeur de leur droit sur l'actif, l'analyse devient un peu plus complexe. Ici, les appelants font valoir essentiellement que les actionnaires auraient supervisé la gestion différemment s'ils avaient été au courant des (prétendues) inexactitudes dans les rapports de 1980 à 1982, et que cette différence dans la gestion aurait permis d'éviter l'effondrement des sociétés vérifiées et les pertes qui se sont ensuivies pour les actionnaires quant à leurs droits sur l'actif. À première vue, il pourrait paraître que la demande des appelants suppose une utilisation des rapports de vérification qui soit compatible avec la fin à laquelle ces rapports ont été préparés, c.-à-d., surveiller ou superviser la gestion. De là, on pourrait soutenir qu'il y a lieu de conclure à l'existence

54

55

actual use and intended purpose, no indeterminacy arises. In my view, however, this line of reasoning suffers from a subtle but fundamental flaw.

d'une obligation de diligence étant donné que, compte tenu de la compatibilité entre l'utilisation réelle et le but visé, il n'y a aucune indétermination. À mon avis, cependant, ce raisonnement présente une faille subtile, mais fondamentale.

56 As I have already explained, the purpose for which the audit reports were prepared in this case was the standard statutory one of allowing shareholders, as a group, to supervise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporations. In other words, it was, as Lord Oliver and Farley J. found in the cases cited above, to permit the shareholders to exercise their role, as a class, of overseeing the corporations' affairs at their annual general meetings. The purpose of providing the auditors' reports to the appellants, then, may ultimately be said to have been a "collective" one; that is, it was aimed not at protecting the interests of individual shareholders but rather at enabling the shareholders, acting as a group, to safeguard the interests of the corporations themselves. On the appellants' argument, however, the purpose to which the 1980-82 reports were ostensibly put was not that of allowing the shareholders as a class to take decisions in respect of the overall running of the corporation, but rather to allow them, as individuals, to monitor management so as to oversee and protect their own personal investments. Indeed, the nature of the appellants' claims (i.e. personal tort claims) requires that they assert reliance on the auditors' reports *qua* individual shareholders if they are to recover any personal damages. In so far as it must concern the interests of each individual shareholder, then, the appellants' claim in this regard can really be no different from the other "investment purposes" discussed above, in respect of which the respondents owe no duty of care.

Comme je l'ai déjà expliqué, les rapports de vérification ont été préparés, en l'espèce, dans le but normal, prévu par la Loi, de permettre aux actionnaires, en tant que groupe, de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement la bonne administration globale des sociétés. Autrement dit, comme l'ont conclu lord Oliver et le juge Farley dans les affaires précitées, il s'agissait de permettre aux actionnaires de jouer le rôle qui leur incombait, en tant que catégorie de personnes, de surveiller les affaires des sociétés, lors de leurs assemblées générales annuelles. On peut donc affirmer, en fin de compte, que les rapports des vérificateurs ont été présentés aux actionnaires à une fin «collective», c'est-à-dire, que le but était non pas de protéger les intérêts d'actionnaires pris individuellement, mais plutôt de permettre aux actionnaires, en tant que groupe, de protéger les intérêts des sociétés mêmes. Toutefois, selon l'argument des appelants, les rapports de 1980 à 1982 ont manifestement été utilisés non pas pour permettre aux actionnaires, en tant que catégorie de personnes, de prendre des décisions quant à l'exploitation générale de leur société, mais plutôt de leur permettre, à titre individuel, de contrôler la gestion de manière à surveiller et à protéger leurs propres placements personnels. En fait, la nature des actions des appelants (c.-à-d. des actions personnelles en responsabilité délictuelle) exige qu'ils allèguent s'être fiés aux rapports des vérificateurs en leur qualité individuelle d'actionnaires pour pouvoir être indemnisé de tout préjudice personnel. Ainsi, dans la mesure où elle doit concerner les intérêts de chaque actionnaire pris individuellement, l'action des appelants à cet égard ne saurait être vraiment différente des autres «fins de placement» analysées plus haut, à l'égard desquelles les intimés n'ont aucune obligation de diligence.

57 This argument is no different as regards the specific case of the appellant Guardian, which is the sole shareholder of NGH. The respondents' pur-

Cet argument n'est pas différent en ce qui concerne le cas particulier de l'appelante Guardian, qui est l'unique actionnaire de NGH. Nous devons

pose in providing the audited reports in respect of NGH was, we must assume, to allow Guardian to oversee management for the better administration of the corporation itself. If Guardian in fact chose to rely on the reports for the ultimate purpose of monitoring its own investment it must, for the policy reasons earlier set out, be found to have done so at its own peril in the same manner as shareholders in NGA. Indeed, to treat Guardian any differently simply because it was a sole shareholder would do violence to the fundamental principle of corporate personality. I would find in respect of both Guardian and the other appellants, therefore, that the *prima facie* duty of care owed to them by the respondents is negated by policy considerations in that the claims are not such as to bring them within the “exceptional” cases discussed above.

*Issue 2: The Effect of the Rule in Foss v. Harbottle*

All the participants in this appeal — the appellants, the respondents, and the intervener — raised the issue of whether the appellants’ claims in respect of the losses they suffered in their existing shareholdings through their alleged inability to oversee management of the corporations ought to have been brought as a derivative action in conformity with the rule in *Foss v. Harbottle* rather than as a series of individual actions. The issue was also raised and discussed in the courts below. In my opinion, a derivative action — commenced, as required, by an application under s. 232 of the *Manitoba Corporations Act* — would have been the proper method of proceeding with respect to this claim. Indeed, I would regard this simply as a corollary of the idea that the audited reports are provided to the shareholders as a group in order to allow them to take collective (as opposed to individual) decisions. Let me explain.

The rule in *Foss v. Harbottle* provides that individual shareholders have no cause of action in law for any wrongs done to the corporation and that if

présumer que, en présentant les rapports de vérification relatifs à NGH, les intimés ont voulu permettre à Guardian de surveiller la gestion de la société même en vue d’en assurer la meilleure administration. Si Guardian a choisi de se fier aux rapports pour surveiller, en fin de compte, son propre placement, il faut conclure, pour les raisons de principe exposées précédemment, qu’elle l’a fait à ses propres risques, de la même manière que les actionnaires de NGA. En fait, traiter Guardian différemment simplement parce qu’elle est actionnaire unique irait à l’encontre du principe fondamental de la personnalité morale des sociétés. Je suis donc d’avis de conclure, en ce qui concerne Guardian et les autres appelants, que l’obligation *prima facie* de diligence que les intimés ont envers eux est annihilée par des considérations de principe, en ce sens que leurs actions ne sont pas de nature à les situer dans les cas d’«exception» analysés plus haut.

*Question 2: L’incidence de la règle de Foss c. Harbottle*

Tous les participants au présent pourvoi — les appelants, les intimés et l’intervenant — ont soulevé la question de savoir si les actions des appelants pour les pertes qu’ils ont subies sur le plan de leurs participations existantes, en raison de l’incapacité dans laquelle ils auraient été de surveiller la gestion des sociétés, auraient dû être intentées sous forme d’action oblique, conformément à la règle de *Foss c. Harbottle*, au lieu de prendre la forme d’une série d’actions individuelles. Cette question a aussi été soulevée et analysée devant les tribunaux d’instance inférieure. À mon avis, il aurait convenu, à ce chapitre, de recourir à une action oblique — intentée, tel que requis, au moyen d’une demande fondée sur l’art. 232 de la *Loi sur les corporations* du Manitoba. En fait, je suis d’avis de considérer cela simplement comme un corollaire de l’idée que les rapports de vérification sont présentés aux actionnaires, en tant que groupe, pour leur permettre de prendre collectivement (et non individuellement) des décisions. Je m’explique.

La règle de *Foss c. Harbottle* prévoit que les actionnaires n’ont, à titre individuel, aucune cause d’action en droit pour les préjudices causés à la

58

59

an action is to be brought in respect of such losses, it must be brought either by the corporation itself (through management) or by way of a derivative action. The legal rationale behind the rule was eloquently set out by the English Court of Appeal in *Prudential Assurance Co. v. Newman Industries Ltd.* (No. 2), [1982] 1 All E.R. 354, at p. 367, as follows:

The rule [in *Foss v. Harbottle*] is the consequence of the fact that a corporation is a separate legal entity. Other consequences are limited liability and limited rights. The company is liable for its contracts and torts; the shareholder has no such liability. The company acquires causes of action for breaches of contract and for torts which damage the company. No cause of action vests in the shareholder. When the shareholder acquires a share he accepts the fact that the value of his investment follows the fortunes of the company and that he can only exercise his influence over the fortunes of the company by the exercise of his voting rights in general meeting. The law confers on him the right to ensure that the company observes the limitations of its memorandum of association and the right to ensure that other shareholders observe the rule, imposed on them by the articles of association. If it is right that the law has conferred or should in certain restricted circumstances confer further rights on a shareholder the scope and consequences of such further rights require careful consideration.

To these lucid comments, I would respectfully add that the rule is also sound from a policy perspective, inasmuch as it avoids the procedural hassle of a multiplicity of actions.

60

The manner in which the rule in *Foss v. Harbottle*, *supra*, operates with respect to the appellants' claims can thus be demonstrated. As I have already explained, the appellants allege that they were prevented from properly overseeing the management of the audited corporations because the respondents' audit reports painted a misleading picture of their financial state. They allege further that had they known the true situation, they would have intervened to avoid the eventuality of the corporations' going into receivership and the consequent loss of their equity. The difficulty with this submission, I have suggested, is that it fails to recognize that in supervising management, the shareholders must be seen to be acting as a body in

société et que, si une action doit être intentée pour les pertes subies en raison de ces préjudices, elle doit l'être soit par la société même (par l'entremise de la direction), soit par voie d'action oblique. Le raisonnement juridique qui sous-tend cette règle a été exposé avec éloquence par la Cour d'appel anglaise dans l'arrêt *Prudential Assurance Co. c. Newman Industries Ltd.* (No. 2), [1982] 1 All E.R. 354, à la p. 367:

[TRADUCTION] La règle [de *Foss c. Harbottle*] émane du fait qu'une société est une entité juridique distincte. Des droits et une responsabilité limités en découlent aussi. La société est responsable de ses contrats et des délits qu'elle commet; l'actionnaire n'assume pas cette responsabilité. La société acquiert des causes d'action pour inexécution de contrat et pour les délits qui lui causent un préjudice. L'actionnaire n'est investi d'aucune cause d'action. Lorsque l'actionnaire achète des actions, il accepte que la valeur de son placement suit le sort de la société et qu'il ne peut influencer sur le sort de la société que par l'exercice de ses droits de vote lors des assemblées générales. La loi lui confère le droit de s'assurer que la société respecte les limites de son acte constitutif et que les autres actionnaires respectent la règle qui leur est imposée par les statuts constitutifs. S'il est vrai que la loi a conféré ou devrait conférer, dans certaines circonstances limitées, d'autres droits à un actionnaire, l'étendue et les conséquences de ces autres droits requièrent un examen attentif.

À ces remarques claires, j'ajouterais que la règle est aussi valable en principe, dans la mesure où elle permet d'éviter les tracasseries procédurales d'une multitude d'actions.

La façon dont la règle de l'arrêt *Foss c. Harbottle*, précité, s'applique aux actions des appelants peut donc être démontrée. Comme je l'ai déjà expliqué, les appelants allèguent qu'ils ont été empêchés de surveiller correctement la gestion des sociétés vérifiées parce que les rapports de vérification des intimés traçaient un portrait trompeur de leur situation financière. Ils allèguent en outre que, s'ils avaient été au courant de la véritable situation, ils seraient intervenus pour éviter que les sociétés soient mises sous séquestre et pour éviter la perte consécutive de leur droit sur l'actif. Le problème que pose cet argument, comme je l'ai dit, est qu'il ne reconnaît pas que, lorsqu'ils surveillent la gestion, les actionnaires doivent être perçus comme

respect of the corporation's interests rather than as individuals in respect of their own ends. In a manner of speaking, the shareholders assume what may be seen to be a "managerial role" when, as a collectivity, they oversee the activities of the directors and officers through resolutions adopted at shareholder meetings. In this capacity, they cannot properly be understood to be acting simply as individual holders of equity. Rather, their collective decisions are made in respect of the corporation itself. Any duty owed by auditors in respect of this aspect of the shareholders' functions, then, would be owed not to shareholders *qua* individuals, but rather to all shareholders as a group, acting in the interests of the corporation. And if the decisions taken by the collectivity of shareholders are in respect of the corporation's affairs, then the shareholders' reliance on negligently prepared audit reports in taking such decisions will result in a wrong to the corporation for which the shareholders cannot, as individuals, recover.

This line of reasoning finds support in Lord Bridge's comments in *Caparo, supra*, at p. 580:

The shareholders of a company have a collective interest in the company's proper management and in so far as a negligent failure of the auditor to report accurately on the state of the company's finances deprives the shareholders of the opportunity to exercise their powers in general meeting to call the directors to book and to ensure that errors in management are corrected, the shareholders ought to be entitled to a remedy. But in practice no problem arises in this regard since the interest of the shareholders in the proper management of the company's affairs is indistinguishable from the interest of the company itself and any loss suffered by the shareholders . . . will be recouped by a claim against the auditor in the name of the company, not by individual shareholders. [Emphasis added.]

It is also reflected in the decision of Farley J. in *Roman I, supra*, the facts of which were similar to those of the case at bar. In that case, the plaintiff shareholders brought an action against the

agissant à titre d'entité à l'égard des intérêts de la société, plutôt qu'à titre individuel dans la poursuite de leurs propres fins. Pour ainsi dire, les actionnaires assument ce qu'on peut considérer comme un «rôle de gestion» lorsque, collectivement, ils surveillent les activités des administrateurs et des dirigeants au moyen des résolutions qu'ils adoptent lors des assemblées des actionnaires. À ce titre, ils ne peuvent être considérés à bon droit comme agissant simplement à titre de détenteurs individuels d'un droit sur l'actif. Au contraire, leurs décisions collectives sont prises à l'égard de la société même. Toute obligation que les vérificateurs auraient relativement à cet aspect des fonctions des actionnaires existerait, par conséquent, non pas en faveur des actionnaires à titre individuel, mais plutôt en faveur de tous les actionnaires, en tant que groupe agissant dans l'intérêt de la société. Et si les décisions prises collectivement par les actionnaires ont trait aux affaires de la société, alors la confiance que les actionnaires auront accordée, en les prenant, à des rapports de vérification préparés avec négligence causera un préjudice à la société dont les actionnaires ne peuvent pas se faire indemniser à titre individuel.

Ce raisonnement est étayé par les commentaires de lord Bridge dans l'arrêt *Caparo*, précité, à la p. 580:

[TRADUCTION] Les actionnaires d'une société ont collectivement droit à ce que la société soit gérée correctement et ils devraient avoir droit à un recours dans la mesure où le fait que le vérificateur ait omis par négligence de présenter un état exact de la situation financière de la société les empêche, lors d'une assemblée générale, d'exercer leurs pouvoirs de demander aux administrateurs de leur rendre des comptes et de s'assurer que les erreurs de gestion soient corrigées. Mais, en pratique, aucun problème ne se pose à cet égard étant donné que l'intérêt des actionnaires à ce que la société soit bien gérée est indissociable de l'intérêt de la société même, et que toute perte subie par les actionnaires [. . .] sera récupérée au moyen d'une action intentée contre le vérificateur au nom de la société, et non par des actionnaires à titre individuel. [Je souligne.]

Le même raisonnement ressort de la décision du juge Farley dans l'affaire *Roman I*, précitée, dont les faits sont semblables à ceux de la présente affaire. Dans cette affaire, les actionnaires deman-

defendant auditors alleging, *inter alia*, that the defendant's audit reports were negligently prepared. That negligence, the shareholders contended, prevented them from properly overseeing management which, in turn, led to the winding up of the corporation and a loss to the shareholders of their equity therein. Farley J. discussed the rule in *Foss v. Harbottle* and concluded that it operated so as to preclude the shareholders from bringing personal actions based on an alleged inability to supervise the conduct of management.

deurs avaient intenté une action contre les vérificateurs défendeurs en alléguant, notamment, que ces derniers avaient préparé leurs rapports de vérification avec négligence. Cette négligence, selon les actionnaires, les avait empêchés de surveiller correctement la gestion, ce qui avait entraîné la liquidation de la société et la perte des droits que les actionnaires avaient dans son actif. Le juge Farley a analysé la règle de *Foss c. Harbottle* et a conclu qu'elle s'appliquait de manière à empêcher les actionnaires d'intenter des actions personnelles fondées sur une allégation d'incapacité de surveiller la conduite de la direction.

<sup>62</sup> One final point should be made here. Referring to the case of *Goldex Mines Ltd. v. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216 (C.A.), the appellants submit that where a shareholder has been directly and individually harmed, that shareholder may have a personal cause of action even though the corporation may also have a separate and distinct cause of action. Nothing in the foregoing paragraphs should be understood to detract from this principle. In finding that claims in respect of losses stemming from an alleged inability to oversee or supervise management are really derivative and not personal in nature, I have found only that shareholders cannot raise individual claims in respect of a wrong done to the corporation. Indeed, this is the limit of the rule in *Foss v. Harbottle*. Where, however, a separate and distinct claim (say, in tort) can be raised with respect to a wrong done to a shareholder *qua* individual, a personal action may well lie, assuming that all the requisite elements of a cause of action can be made out.

Une dernière remarque s'impose ici. Invoquant l'arrêt *Goldex Mines Ltd. c. Revill* (1974), 7 O.R. (2d) 216 (C.A.), les appelants soutiennent que, lorsqu'un actionnaire, pris individuellement, a subi directement un préjudice, cet actionnaire peut avoir une cause d'action personnelle même si la société peut avoir elle aussi une cause d'action séparée et distincte. Rien, dans les paragraphes qui précèdent, ne devrait être interprété comme dérogeant à ce principe. En concluant que les actions relatives aux pertes découlant d'une prétendue incapacité de surveiller ou superviser la gestion sont en fait de nature oblique et non personnelle, je n'ai fait que conclure que les actionnaires ne peuvent pas, à titre individuel, intenter des actions pour un préjudice causé à la société. En fait, c'est la limite de la règle de *Foss c. Harbottle*. Cependant, lorsqu'une action séparée et distincte (en responsabilité délictuelle, par exemple) peut être intentée pour un préjudice causé à un actionnaire à titre individuel, il peut bien y avoir une cause d'action personnelle, à supposer qu'il soit possible de prouver l'existence de tous les éléments nécessaires d'une cause d'action.

<sup>63</sup> The facts of *Haig, supra*, provide the basis for an example of where such a claim might arise. Had the investors in that case been shareholders of the corporation, and had a similarly negligent report knowingly been provided to them by the auditors for a specified purpose, a duty of care separate and distinct from any duty owed to the audited corporation would have arisen in their favour, just as one arose in favour of Mr. Haig. While the corporation

Les faits de l'arrêt *Haig*, précité, peuvent servir à formuler un exemple où une telle action pourrait être intentée. Si les investisseurs, dans cette affaire, avaient été actionnaires de la société, et si les vérificateurs leur avaient sciemment fourni, à une fin précise, un rapport préparé de la même manière négligente, une obligation de diligence séparée et distincte de toute obligation envers la société vérifiée serait née en leur faveur, tout comme une telle

would have been entitled to claim damages in respect of any losses it might have suffered through reliance on the report (assuming, of course, that the report was also provided for the corporation's use), the shareholders in question would also have been able to seek personal compensation for the losses they suffered *qua* individuals through their personal reliance and investment. On the facts of this case, however, no claims of this sort can be established.

### Conclusion

In light of the foregoing, I would find that even though the respondents owed the appellants (*qua* individual claimants) a *prima facie* duty of care both with respect to the 1982-83 investments made in NGA and NGH by Hercules and Mr. Freed and with respect to the losses they incurred through the devaluation of their existing shareholdings, such *prima facie* duties are negated by policy considerations which are not obviated by the facts of the case. Indeed, to come to the opposite conclusion on these facts would be to expose auditors to the possibility of indeterminate liability, since such a finding would imply that auditors owe a duty of care to any known class of potential plaintiffs regardless of the purpose to which they put the auditors' reports. This would amount to an unacceptably broad expansion of the bounds of liability drawn by this Court in *Haig, supra*. With respect to the claim regarding the appellants' inability to oversee management properly, I would agree with the courts below that it ought to have been brought as a derivative action. On the basis of these considerations, I would find under Rule 20.03(1) of the Manitoba *Court of Queen's Bench Rules* that the appellants have failed to establish that their claims as alleged would have "a real chance of success".

I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

obligation est née en faveur de M. Haig. Même si la société avait eu le droit de réclamer des dommages-intérêts pour toute perte qu'elle aurait pu subir en se fiant au rapport (en supposant évidemment que le rapport a aussi été présenté en vue d'être utilisé par la société), les actionnaires en cause auraient également pu réclamer une indemnisation personnelle des pertes qu'ils ont subies, à titre individuel, en s'y fiant personnellement et en investissant. Toutefois, d'après les faits de la présente affaire, aucune réclamation de ce genre ne peut être établie.

### Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis de conclure que, même si les intimés avaient une obligation *prima facie* de diligence envers les appellants (à titre de réclamants individuels), tant en ce qui concerne les placements de 1982 et 1983 effectués dans NGA et NGH par Hercules et M. Freed que les pertes qu'ils ont subies à la suite de la dévaluation de leurs participations existantes, ces obligations *prima facie* sont annihilées par des considérations de principe auxquelles ne parent pas les faits de la présente affaire. En fait, conclure le contraire de ces faits exposerait les vérificateurs à une responsabilité indéterminée, étant donné qu'une telle conclusion impliquerait que les vérificateurs ont une obligation de diligence envers toute catégorie connue de demandeurs potentiels, quelle que soit la fin à laquelle ces derniers ont utilisé les rapports des vérificateurs. Cela reviendrait à repousser de manière inacceptable les limites de la responsabilité que notre Cour a tracées dans l'arrêt *Haig*, précité. En ce qui concerne l'action relative à l'incapacité des appelants de bien surveiller la gestion, je suis d'accord avec les tribunaux d'instance inférieure pour dire qu'elle aurait dû être intentée sous forme d'action oblique. Pour ces motifs, je suis d'avis de conclure, en vertu du par. 20.03(1) des *Règles de la Cour du Banc de la Reine* du Manitoba, que les appelants n'ont pas réussi à établir que leurs prétentions auraient «vraiment des chances de réussir».

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

64

65

*Solicitors for the appellants: Schulman & Schulman, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondents: Aikins, MacAulay, Thorvaldson, Winnipeg.*

*Solicitors for the intervener: McCarthy, Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des appelants: Schulman & Schulman, Winnipeg.*

*Procureurs des intimés: Aikins, MacAulay, Thorvaldson, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intervenant: McCarthy, Tétrault, Toronto.*