

**Canadian Imperial Bank of Commerce**  
*Appellant*

v.

**Howard Green and Anne Bell** *Respondents*

and

**Gerald McCaughey, Tom Woods,  
Brian G. Shaw and Ken Kilgour** *Appellants*

v.

**Howard Green and Anne Bell** *Respondents*

and

**Canadian Foundation for Advancement  
of Investor Rights, Shareholder Association  
for Research and Education,  
Ontario Securities Commission and  
Insurance Bureau of Canada** *Interveners*

- and -

**IMAX Corporation, Richard L. Gelfond,  
Bradley J. Wechsler, Francis T. Joyce,  
Neil S. Braun, Kenneth G. Copland,  
Garth M. Girvan, David W. Leebron and  
Kathryn A. Gamble** *Appellants*

v.

**Marvin Neil Silver  
and Cliff Cohen** *Respondents*

and

**Canadian Foundation for Advancement  
of Investor Rights and  
Ontario Securities Commission** *Interveners*

**Banque Canadienne Impériale  
de Commerce** *Appelante*

c.

**Howard Green et Anne Bell** *Intimés*

et

**Gerald McCaughey, Tom Woods,  
Brian G. Shaw et Ken Kilgour** *Appellants*

c.

**Howard Green et Anne Bell** *Intimés*

et

**Fondation canadienne pour l'avancement  
des droits des investisseurs,  
Shareholder Association for Research  
and Education, Commission des  
valeurs mobilières de l'Ontario et  
Bureau d'assurance du Canada** *Intervenants*

- et -

**IMAX Corporation, Richard L. Gelfond,  
Bradley J. Wechsler, Francis T. Joyce,  
Neil S. Braun, Kenneth G. Copland,  
Garth M. Girvan, David W. Leebron et  
Kathryn A. Gamble** *Appellants*

c.

**Marvin Neil Silver  
et Cliff Cohen** *Intimés*

et

**Fondation canadienne pour l'avancement  
des droits des investisseurs et  
Commission des valeurs mobilières  
de l'Ontario** *Intervenantes*

- and -

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney and  
Anthony P. Puppi** *Appellants*

v.

**Trustees of the Millwright Regional Council  
of Ontario Pension Trust Fund** *Respondent*

and

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney and  
Anthony P. Puppi** *Appellants*

v.

**Nabil Berzi** *Respondent*

and

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney and  
Anthony P. Puppi** *Appellants*

v.

**Huacheng Xing** *Respondent*

and

**Canadian Foundation for Advancement  
of Investor Rights and  
Ontario Securities Commission** *Interveners*

**INDEXED AS: CANADIAN IMPERIAL BANK OF  
COMMERCE v. GREEN**

**2015 SCC 60**

File Nos.: 35807, 35811, 35813.

2015: February 9; 2015: December 4.

Present: McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell,  
Moldaver, Karakatsanis, Gascon and Côté JJ.

- et -

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney et  
Anthony P. Puppi** *Appelants*

c.

**Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie  
du Millwright Regional Council  
of Ontario** *Intimé*

et

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney et  
Anthony P. Puppi** *Appelants*

c.

**Nabil Berzi** *Intimé*

et

**Celestica Inc., Stephen W. Delaney et  
Anthony P. Puppi** *Appelants*

c.

**Huacheng Xing** *Intimé*

et

**Fondation canadienne pour l'avancement  
des droits des investisseurs et  
Commission des valeurs mobilières  
de l'Ontario** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : BANQUE CANADIENNE IMPÉRIALE DE  
COMMERCE c. GREEN**

**2015 CSC 60**

N<sup>os</sup> du greffe : 35807, 35811, 35813.

2015 : 9 février; 2015 : 4 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges  
Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Gascon  
et Côté.

## ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Securities — Class actions — Limitation of actions — Statutory action for secondary market misrepresentation — Suspension of limitation period — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation in s. 138.3 of Securities Act — Leave required to commence statutory action under s. 138.8 of Securities Act — Limitation period for statutory action expiring prior to leave being granted — Whether s. 28 of Class Proceedings Act, 1992, operates to suspend limitation period applicable to statutory action before leave to commence statutory action is granted — Whether statutory action time-barred — If yes, whether statutory action can be saved by order granting leave nunc pro tunc or doctrine of special circumstances — Whether threshold of reasonable possibility of success applies for leave to commence statutory action under s. 138.3 of Securities Act — Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, c. 6, s. 28 — Securities Act, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 138.3, 138.8, 138.14.*

*Civil procedure — Class actions — Preferable procedure — Plaintiffs in three class proceedings claiming damages under common law tort of negligent misrepresentation and under statutory cause of action for secondary market misrepresentation — Whether Court of Appeal erred in holding that five of seven common issues relating to common law misrepresentation claim should be certified.*

The appeals in these three cases (*CIBC*, *IMAX* and *Celestica*) stem from motions in class proceedings brought before different judges of the Ontario Superior Court of Justice. In each case, the respondent plaintiffs claimed damages under the common law tort of negligent misrepresentation and pleaded an intention to claim damages under the statutory cause of action in s. 138.3 of Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act* (“OSA”) for alleged misrepresentations in respect of shares trading in the secondary market. None of the plaintiffs obtained leave to commence the statutory action, required under

## EN APPEL DE LA COUR D’APPEL DE L’ONTARIO

*Valeurs mobilières — Recours collectifs — Prescription — Action prévue par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — Suspension du délai de prescription — Dommages-intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d’action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de l’art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières — Autorisation requise par l’art. 138.8 de la Loi sur les valeurs mobilières pour intenter l’action prévue par la loi — Délai de prescription pour intenter l’action échu avant que l’autorisation ne soit accordée — L’article 28 de la Loi de 1992 sur les recours collectifs a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à l’action prévue par la loi avant que l’autorisation d’intenter celle-ci ne soit accordée? — L’action prévue par la loi est-elle prescrite? — Si oui, peut-elle être sauvegardée par une ordonnance accordant l’autorisation nunc pro tunc ou par la doctrine des circonstances particulières? — Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable d’avoir gain de cause s’applique-t-il à la demande d’autorisation d’intenter une action en vertu de l’art. 138.3 de la Loi sur les valeurs mobilières? — Loi de 1992 sur les recours collectifs, L.O. 1992, c. 6, art. 28 — Loi sur les valeurs mobilières, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 138.3, 138.8, 138.14.*

*Procédure civile — Recours collectifs — Procédure constituant le meilleur moyen — Dommages-intérêts réclamés par les demandeurs dans trois recours collectifs pour délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et sur le fondement de la cause d’action pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire — La Cour d’appel a-t-elle commis une erreur en concluant que cinq des sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law devaient être autorisées?*

Les pourvois dans ces trois causes (*CIBC*, *IMAX* et *Celestica*) découlent de motions dans le cadre de recours collectifs présentées devant des juges différents de la Cour supérieure de justice de l’Ontario. Dans chacune des causes, les demandeurs intimés réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et ont plaidé qu’ils avaient l’intention de réclamer des dommages-intérêts en se fondant sur la cause d’action prévue à l’art. 138.3 de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* («LVM») de l’Ontario pour la présentation présumément

s. 138.8 *OSA*, before commencing the class proceeding based on the common law cause of action. In all of the cases, the limitation period for the statutory action, if not suspended, would have run out prior to leave being obtained. In *CIBC*, the motion for leave was filed before the expiry of the limitation period; in *IMAX*, the motion for leave was filed and argued before the expiry of the limitation period; and in *Celestica*, the motion for leave was filed after the expiry of the limitation period.

Section 28 of the *Class Proceedings Act, 1992* (“*CPA*”) operates to suspend the limitation period for a cause of action asserted in a class proceeding in favour of the members of a class on the commencement of the class proceeding. During the course of the class proceedings at issue in these appeals, the Ontario Court of Appeal released its decision in another matter, *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569 (“*Timminco*”), in which it interpreted the application of s. 28 *CPA* to the limitation period in s. 138.14 *OSA* for the first time. The panel held that s. 28 *CPA* did not operate to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* until leave was obtained under s. 138.8 *OSA*. The motion judges considering the issue of leave to commence the statutory action in the present cases found that they were bound by *Timminco*. The motion judges in *IMAX* and *Celestica* applied the common law doctrines of *nunc pro tunc* and special circumstances to save the statutory claims in those proceedings from being statute-barred. The motion judge in *CIBC* found that those doctrines were inapplicable, and that the statutory claim could not be saved.

In *CIBC*, in addition to the limitation period issue, the defendants challenged the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA* and the plaintiffs sought certification for seven common issues relating to the common law misrepresentation claim. Despite his finding that the statutory action was statute-barred, the motion judge interpreted s. 138.8 *OSA* as establishing a relatively low threshold. With respect to certification of the issues, the motion judge held that reliance, a necessary element of a common law misrepresentation claim, was not an issue that was capable of

inexacte de faits à l’égard du commerce d’actions sur le marché secondaire. Aucun des demandeurs n’a obtenu l’autorisation d’intenter l’action prévue par la loi (ou action légale), autorisation exigée aux termes de l’art. 138.8 de la *LVM*, avant d’introduire le recours collectif fondé sur la cause d’action en common law. Dans tous les dossiers, le délai de prescription pour intenter l’action prévue par la loi, s’il n’était pas suspendu, aurait expiré avant l’obtention de l’autorisation. Dans *CIBC*, la motion demandant l’autorisation a été déposée dans le délai fixé par la loi; dans *IMAX*, la motion demandant l’autorisation a été déposée et plaidée dans le délai fixé par la loi; dans *Celestica*, la motion demandant l’autorisation a été déposée après l’expiration du délai.

L’article 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs* (« *LRC* ») a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d’action invoquée dans un recours collectif en faveur des membres du groupe à l’introduction du recours collectif. Pendant que les recours collectifs en cause dans les présents pourvois étaient en instance, la Cour d’appel de l’Ontario a rendu sa décision dans une autre affaire, *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569 (« *Timminco* »), où elle a interprété pour la première fois l’application de l’art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM*. La formation a statué que l’art. 28 de la *LRC* n’avait pas pour effet de suspendre le délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM* jusqu’à ce que l’autorisation soit obtenue conformément à l’art. 138.8 de la même loi. Les juges saisis des motions demandant l’autorisation d’intenter l’action prévue par la loi dans les présents dossiers se sont estimés liés par l’arrêt *Timminco*. Les juges saisis des motions dans *IMAX* et *Celestica* ont appliqué les doctrines de *nunc pro tunc* et des circonstances particulières, reconnues en common law, pour empêcher la prescription des actions prévues par la loi dans ces dossiers. Dans *CIBC*, le juge des motions a conclu que ces doctrines n’étaient pas applicables et que l’action prévue par la loi ne pouvait être sauvegardée.

Dans l’affaire *CIBC*, en plus de la question du délai de prescription, les défendeurs ont contesté le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu’il demande l’autorisation au titre de l’art. 138.8 de la *LVM* et les demandeurs ont sollicité la certification du recours collectif quant à sept questions communes relatives à la réclamation pour déclaration inexacte en common law. Même s’il a conclu que l’action prévue par la loi était prescrite, le juge des motions a jugé que l’art. 138.8 de la *LVM* établit un critère préliminaire relativement peu élevé. Quant à la certification des questions, le juge des

resolution on a common basis, and that a class proceeding would not be the preferable procedure for resolving a reliance-based claim. He refused to certify all seven issues relating to the common law misrepresentation claim.

On appeal, the three cases were heard together by a five-member panel of the Ontario Court of Appeal. The panel unanimously overruled the interpretation of *Timminco*, holding that s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period for all class members once the statutory cause of action is asserted in a class proceeding by a representative plaintiff, even if leave has not yet been granted under s. 138.8 *OSA*, as long as the facts that found the action and the intent to seek leave to commence the action have been pleaded. As a result, the court concluded that in all three cases, the plaintiffs' statutory claims for secondary market misrepresentation were not statute-barred. With respect to the threshold to be met for leave to be granted under s. 138.8 *OSA*, the Court of Appeal upheld the interpretation of the motion judge in *CIBC*. Finally, the Court of Appeal upheld the motion judge's decision in *CIBC* not to certify the issues relating to reliance and damages, but it held that five out of the seven issues proposed by the plaintiffs related to the intent and conduct of the defendant *CIBC* and should be certified as against that defendant in order to advance the litigation against it.

*Held* (McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part): The appeals in *CIBC* should be dismissed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred. McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would allow the appeals on this issue. Cromwell J. would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeals. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeals. On the issues of the threshold for leave and the certification of common issues, a unanimous court would dismiss the appeals.

motions a conclu que la question de savoir si une personne s'est fiée aux déclarations inexactes, élément nécessaire du recours de common law pour déclaration inexacte, n'est pas une question susceptible d'être traitée collectivement et qu'un recours collectif ne serait pas le meilleur moyen de régler une action fondée sur le fait que le demandeur s'est fié aux déclarations. Il a refusé de certifier les sept questions relatives à l'action en common law pour déclaration inexacte.

En appel, les trois affaires ont été instruites ensemble par une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario. La formation a infirmé à l'unanimité l'arrêt *Timminco*, jugeant que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à tous les membres du groupe dès qu'un représentant des demandeurs invoque la cause d'action légale dans un recours collectif, et ce, même si l'autorisation n'a pas encore été accordée en application de l'art. 138.8 de la *LVM*, pourvu que les faits à l'origine de l'action et l'intention de demander l'autorisation d'intenter l'action aient été plaidés. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que dans les trois cas, les actions prévues par la loi intentées par les demandeurs pour déclaration inexacte des faits sur le marché secondaire n'étaient pas prescrites. Quant au critère préliminaire auquel il faut satisfaire pour que l'autorisation soit accordée en application de l'art. 138.8 de la *LVM*, la Cour d'appel a confirmé l'interprétation du juge des motions dans *CIBC*. Enfin, la Cour d'appel a confirmé la décision du juge des motions dans *CIBC* de ne pas certifier les questions relatives au fait de se fier aux déclarations et relatives aux dommages-intérêts, mais elle a conclu que cinq des sept questions proposées par les demandeurs se rapportaient à l'intention et à la conduite de la défenderesse *CIBC* et devaient être certifiées à l'encontre de cette défenderesse pour que la poursuite engagée contre elle aille de l'avant.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie) : Les pourvois dans l'affaire *CIBC* sont rejetés. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis d'accueillir les pourvois sur cette question. Le juge Cromwell est d'avis d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter les pourvois. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter les pourvois. Quant aux questions du critère préliminaire d'autorisation et de la certification des questions communes, les juges, à l'unanimité, sont d'avis de rejeter les pourvois.

*Held* (McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part): The appeal in *IMAX* should be dismissed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred. McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would allow the appeal with respect to the defendants who were not parties to the original statement of claim but would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeal with respect to the defendants who were parties to the original statement of claim. Cromwell J. would grant leave *nunc pro tunc* and dismiss the appeal with respect to all defendants. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeal.

*Held* (Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting): The appeal in *Celestica* should be allowed. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. find that the statutory action is time-barred and would allow the appeal. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the statutory action is not time-barred and would dismiss the appeal.

The issues are decided as follows:

1. On a majority reasoning by Côté J. (and McLachlin C.J. and Rothstein and Cromwell JJ.), s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* applicable to a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* at the time when the action is commenced, that is, when leave is granted under s. 138.8 *OSA* in a class proceeding. Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. (dissenting on this issue) would find that s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

2. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. hold that courts have the inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc* for leave to proceed with an action where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. In *CIBC*, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. would not exercise their discretion to grant such an order, but Cromwell J. would. In *IMAX*, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. are of the view that the motion judge exercised her discretion to grant such an

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi dans l'affaire *IMAX* est rejeté. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis d'accueillir le pourvoi à l'endroit des défendeurs qui n'étaient pas parties à la déclaration initiale, mais d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter le pourvoi à l'endroit des défendeurs qui étaient parties à la déclaration initiale. Le juge Cromwell est d'avis d'accorder l'autorisation *nunc pro tunc* et de rejeter le pourvoi à l'endroit de tous les défendeurs. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter le pourvoi.

*Arrêt* (les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon sont dissidents) : Le pourvoi dans l'affaire *Celestica* est accueilli. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que l'action prévue par la *LVM* est prescrite et sont d'avis d'accueillir le pourvoi. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon concluent que l'action prévue par la loi n'est pas prescrite et sont d'avis de rejeter le pourvoi.

Les questions en litige sont tranchées comme suit :

1. Selon une opinion majoritaire de la juge Côté (avec l'appui de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Cromwell), l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* et applicable à l'action prévue par l'art. 138.3 de la *LVM* au moment où l'action est intentée, c'est-à-dire dès lors que l'autorisation exigée par l'art. 138.8 de la *LVM* dans le contexte d'un recours collectif a été accordée. Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon (dissidents sur ce point) sont d'avis de conclure que l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law et plaide la cause d'action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

2. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* relativement à une demande d'autorisation d'intenter un recours lorsque l'autorisation est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Dans *CIBC*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis de ne pas exercer leur pouvoir discrétionnaire pour rendre une telle ordonnance, mais le juge

order correctly with respect to the defendants who were parties to the original statement of claim, but not in respect of the defendants who were not parties to any statement of claim at the time when argument on the leave application was concluded. Cromwell J. is of the view that the motion judge was correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion in respect of all of the defendants. In *Celestica*, McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. would deny the *nunc pro tunc* order.

3. McLachlin C.J. and Rothstein, Cromwell and Côté JJ. hold that the doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three cases since neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3 *OSA*.

4. Unanimous: the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA* is that there must be a reasonable or realistic chance that the action will succeed. Moldaver, Cromwell, Karakatsanis and Gascon JJ. find that the *CIBC* plaintiffs have met the required threshold.

5. Unanimous: in *CIBC*, the Court of Appeal did not err in holding that five of the seven common issues proposed by the plaintiffs relating to the common law misrepresentation claim should be certified.

#### Interaction Between Section 28 CPA and Section 138.14 OSA

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. (majority opinion): Pleading an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 *OSA* claim in a class proceeding together with a common law cause of action amounts to neither the assertion of the statutory cause of action nor the commencement of a class proceeding for that statutory cause of action under s. 28 *CPA*. Accordingly, the limitation period at s. 138.14 *OSA* cannot be suspended in favour of the class members under s. 28 *CPA* before leave is granted under s. 138.8 *OSA* to commence the statutory action.

Cromwell est d'avis de l'exercer. Dans *IMAX*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont d'avis que la juge des motions a correctement exercé son pouvoir discrétionnaire de prononcer une telle ordonnance à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale, mais pas à l'endroit des défendeurs qui n'étaient parties à aucune déclaration lorsque le débat sur la demande d'autorisation s'est terminé. Le juge Cromwell est d'avis que la juge des motions a eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire de prononcer une ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit de tous les défendeurs. Dans *Celestica*, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté sont d'avis de refuser de rendre une ordonnance *nunc pro tunc*.

3. La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein, Cromwell et Côté concluent que la doctrine des circonstances spéciales n'est d'aucune utilité pour l'un ou l'autre des demandeurs dans les trois dossiers parce qu'on ne peut faire obstacle ni au délai prescrit à l'art. 138.14 de la *LVM* ni à l'exigence d'autorisation prévue par l'art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure l'action prévue à l'art. 138.3 de la *LVM*.

4. Unanimement : selon le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu'il demande l'autorisation au titre de l'art. 138.8 de la *LVM*, il doit exister une possibilité raisonnable ou réaliste que l'action soit accueillie. Les juges Moldaver, Cromwell, Karakatsanis et Gascon concluent que les demandeurs dans l'affaire *CIBC* ont satisfait à ce critère.

5. Unanimement : dans *CIBC*, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en concluant que cinq des sept questions communes proposées par les demandeurs quant à la réclamation de common law fondée sur la déclaration inexacte devaient être certifiées.

#### Interaction entre l'art. 28 de la LRC et l'art. 138.14 de la LVM

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté (opinion majoritaire) : Indiquer une intention de demander une permission à l'égard d'un recours fondé sur l'art. 138.3 de la *LVM* dans un recours collectif en plus de plaider une cause d'action en common law ne revient ni à invoquer la cause d'action statutaire ni à introduire un recours collectif pour cette cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*. Le délai de prescription fixé par l'art. 138.14 de la *LVM* ne peut donc être suspendu en faveur des membres du groupe en application de l'art. 28 de la *LRC* avant que la permission d'intenter le recours collectif visée à l'art. 138.8 ait été accordée.

There is no ambiguity in the interaction of s. 28 *CPA* with Part XXIII.1 *OSA*. Section 28 *CPA* requires “a cause of action asserted” in order for the limitation period to be suspended in favour of the class members on the commencement of the class proceeding. The interpretation of the meaning of the word “assert” in s. 28 *CPA* proposed by the Court of Appeal in *Timminco* is correct. The assertion of a cause of action must be premised on the existence of a “right of action”. Given the clear wording of s. 138.3 *OSA*, pleading a factual matrix and an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot amount to the assertion of the statutory cause of action.

Section 28 *CPA* does not operate to suspend the limitation period applicable to a cause of action until the commencement of a class proceeding in which the cause of action is asserted. This commencement cannot occur under Part XXIII.1 *OSA* until leave is granted. Section 138.8(1) *OSA* is clear that no action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court.

Even if there was an ambiguity in the wording of the relevant provisions — which there is not — the legislative purpose and structure of those provisions would nonetheless support this conclusion. To hold that s. 28 *CPA* operates to suspend a limitation period for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* before leave is obtained would be to circumvent the carefully calibrated purposive balance struck by the limits to the statutory action provided for in Part XXIII.1 *OSA* and render s. 138.8 *OSA* ineffective.

A careful consideration of the context of limitation periods, the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* reveals that the Court of Appeal’s decision in the instant cases broadly undermines the legislative structures and the purposes at stake in these appeals. On the one hand, Part XXIII.1 *OSA* strikes a delicate balance between various market participants: the interests of potential plaintiffs and defendants and of affected long-term shareholders have been weighed considerably and deliberately in light of a desired precise balance between deterrence and compensation. On the other hand, class actions are procedural mechanisms which can only extend the substantive rights of the representative plaintiff to the other class members: before there is a right of action or a suspension of the limitation period flowing from the operation of the statutory scheme itself, the *CPA* cannot be interpreted in such a way as to create either one. Part XXIII.1 *OSA*, the more recent legislation, creates a scheme that is intended to be comprehensive, and was crafted with the *CPA* in

Il n’y a aucune ambiguïté entre l’art. 28 de la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM*. L’article 28 de la *LRC* exige « une cause d’action invoquée » pour que le délai de prescription soit suspendu en faveur des membres du groupe à l’introduction du recours collectif. L’interprétation que la Cour d’appel propose, dans *Timminco*, de donner au mot « invoquée » figurant à l’art. 28 de la *LRC* est correcte. L’assertion d’une cause d’action doit reposer sur l’existence d’un « droit d’action ». Vu le libellé clair de l’art. 138.3 de la *LVM*, alléguer un fondement factuel et indiquer une intention de demander la permission en vertu de l’art. 138.8 de la *LVM* ne peuvent signifier invoquer la cause d’action statutaire.

L’article 28 de la *LRC* n’a pas pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d’action avant que le recours collectif invoquant la cause d’action ne soit introduit. Ce recours collectif ne peut être introduit en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* jusqu’à ce que la permission soit accordée. Le paragraphe 138.8(1) de la *LVM* est clair : une action ne peut être intentée en vertu de l’art. 138.3 qu’avec l’autorisation du tribunal.

Même si le libellé des dispositions pertinentes comportait une ambiguïté — laquelle n’existe pas —, le but et la structure de ces dispositions étayeraient malgré tout cette conclusion. Conclure que l’art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre un délai de prescription applicable à un recours visé par l’art. 138.3 de la *LVM* avant que la permission n’ait été obtenue contournerait l’équilibre téléologique soigneusement atteint par les limites imposées à l’action statutaire par la partie XXIII.1 de la *LVM* et rendrait inefficace l’art. 138.8 de la *LVM*.

Un examen attentif du contexte des délais de prescription, de la *LRC* et de la partie XXIII.1 de la *LVM* révèle que la décision de la Cour d’appel de l’Ontario dans les présents dossiers mine considérablement la structure et les objectifs du régime statutaire en jeu dans les présents pourvois. D’une part, la partie XXIII.1 de la *LVM* instaure un équilibre délicat entre les différents acteurs du marché. Les intérêts des demandeurs et des défendeurs éventuels, ainsi que des actionnaires à long terme touchés, ont été soupesés consciencieusement et délibérément dans l’optique d’un équilibre précis et voulu entre la dissuasion et l’indemnisation. D’autre part, les recours collectifs sont des véhicules (ou mécanismes) procéduraux qui peuvent uniquement étendre les droits substantiels du représentant des demandeurs aux autres membres du groupe : avant qu’il n’y ait de droit d’action ou suspension du délai de prescription résultant de l’opération du régime statutaire lui-même, la *LRC* ne peut être interprétée de façon à créer l’un ou l’autre.



mind. The purposes associated with the *CPA* — judicial economy, access to the courts and behaviour modification — were each explicitly considered in developing the structure of Part XXIII.1 *OSA*. Policy concerns, as compelling as they are, do not override the plain meaning of the text and the intent of the Ontario legislature. This is not altered by the fact that both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, and should thus be interpreted broadly and purposively. The end result of the legislature's consideration was that the scheme includes a leave requirement that serves as a precondition to the commencement of an action, a limitation period and no requirement to prove reliance on the misrepresentation. The combined effect of these features is to promote efficiency and fairness for both parties.

The interpretation proposed by the Court of Appeal in these cases also significantly affects the protection provided against strike suits, which aims to screen out strike suits as early as possible in the litigation process. The preliminary leave requirement in s. 138.8 *OSA* was added because the usual measures under the *CPA* did not provide appropriate safeguards. Requiring merely that a statutory cause of action be mentioned in an existing class proceeding for the limitation period to be suspended can hardly be said to achieve the intended protection.

*Per Cromwell J.:* The conclusions of Côté J. on the interpretation of the limitation and leave provisions are agreed with.

*Per Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. (minority opinion):* The five-member panel of the Court of Appeal was correct to overturn that court's earlier interpretation of the application of s. 28 *CPA* to the s. 138.14 *OSA* limitation period. As long as the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* is asserted in a properly commenced class proceeding, s. 28 *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all causes of action asserted — including the limitation period governing the statutory claim — regardless of whether leave has been obtained under s. 138.8 *OSA*.

La partie XXIII.1 de la *LVM*, le texte législatif le plus récent, a instauré un régime se voulant complet et a été rédigée alors que la *LRC* était déjà en vigueur. Les objectifs associés à la *LRC* — l'économie des ressources judiciaires, l'accès aux tribunaux et la modification des comportements — ont chacun été explicitement considérés lorsque la structure de la partie XXIII.1 de la *LVM* a été élaborée. Les considérations de principe, aussi impératives soient-elles, ne peuvent primer le sens clair du texte et l'intention du législateur ontarien. Le fait que la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* soient toutes deux de nature réparatrice et doivent par le fait même recevoir une interprétation large et téléologique n'y change rien. Le résultat final de l'exercice auquel s'est livré le législateur est que le régime statutaire impose l'exigence d'obtenir une permission en guise de condition préalable à l'introduction d'un recours, un délai de prescription et l'absence de nécessité de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte. La combinaison de ces aspects contribue à l'efficacité et à l'équité envers les deux parties.

L'interprétation proposée par la Cour d'appel dans les présents dossiers modifie également de façon significative la protection accordée contre les poursuites opportunistes et dénuées de fondement qui vise à écarter ce type de poursuites aussitôt que possible dans le processus. L'obligation d'obtenir la permission préliminaire prévue à l'art. 138.8 de la *LVM* a été ajoutée parce que les mécanismes prévus par la *LRC* ne constituaient pas des garanties suffisantes. Accepter que la simple mention d'une cause d'action statutaire dans un recours collectif alors pendant suffit pour faire suspendre le délai de prescription ne permet guère d'atteindre la protection voulue.

*Le juge Cromwell :* Il y a accord avec les conclusions de la juge Côté sur l'interprétation des dispositions relatives au délai de prescription et à l'autorisation.

*Les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon (opinion minoritaire) :* La formation de cinq juges de la Cour d'appel a eu raison d'infirmer l'interprétation que cette cour avait donnée précédemment de l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu par l'art. 138.14 de la *LVM*. Tant que la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* est invoquée dans un recours collectif valablement introduit, l'art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription applicables à toutes les causes d'action invoquées — y compris le délai de prescription régissant l'action prévue par la loi — que l'autorisation exigée par l'art. 138.8 de la *LVM* ait ou non été obtenue.

This understanding of s. 28 *CPA* best accords with the words, scheme and purpose of the *CPA*, as well as the language, purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*. A harmonious interpretation that respects the ordinary meaning of the text of both the *CPA* and the *OSA* and the context and the purpose of the *CPA*, recognizing its intended application in the securities context, must be sought. As both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, the provisions from those statutes must be interpreted broadly and purposively. Moreover, in analysing the interaction between the laws of one legislature, it must be presumed that the laws are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole. The relevant provisions in the *OSA* were enacted after the *CPA*, and it is clear that Part XXIII.1 *OSA* was intended to operate in the context of class proceedings legislation.

Section 28 *CPA* is engaged upon the commencement of a class proceeding with respect to “a cause of action asserted” in the class proceeding. “Assert” has multiple dictionary meanings, and “to assert” is defined variously as “to invoke or enforce a legal right” or “make or enforce a claim to”. The Court of Appeal’s conclusion that “asserting” a cause of action in s. 28 *CPA* refers to “invoking the legal right” or “making the claim” is more consistent with the English and the French text of s. 28 *CPA* and with the context of that provision.

In order to “make the claim” or “invoke the legal right”, the representative plaintiff must plead the essential factual elements required to constitute the cause of action. Section 138.3 provides injured shareholders with four causes of action tied to misrepresentations or the failure to make timely disclosure of a material change. Leave is not one of the factual elements set out in that provision. Therefore, the leave requirement in s. 138.8 *OSA* is not a constituent element of the statutory cause of action set out in s. 138.3 *OSA*. Rather, obtaining leave under s. 138.8 *OSA* is a procedural requirement. It is necessary for the right arising from s. 138.3 to be ultimately exercised, adjudicated at trial and enforced; however, “asserting” the statutory cause of action for the purposes of s. 28 *CPA* does not require the representative plaintiff to first obtain leave. The statutory cause of action can therefore be asserted in a class proceeding statement of claim before leave is obtained.

Cette interprétation de l’art. 28 est celle qui s’accorde le mieux avec le libellé, l’économie et l’objet de la *LRC*, ainsi qu’avec le texte, l’objet et l’application de la partie XXIII.1 de la *LVM*. Il faut rechercher une interprétation harmonieuse qui respecte le sens ordinaire du texte tant de la *LRC* que de la *LVM* ainsi que le contexte et l’objet de la *LRC*, eu égard à la manière dont cette loi est censée s’appliquer dans le domaine des valeurs mobilières. Puisque la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* sont toutes les deux de nature réparatrice, leurs dispositions doivent être interprétées de façon large et fondée sur leur objet. De plus, en analysant la corrélation entre les lois d’un législateur, il faut présumer que ces lois fonctionnent ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d’un tout. Les dispositions pertinentes de la *LVM* ont été adoptées après la *LRC*, et il est clair que la partie XXIII.1 de la *LVM* était censée s’appliquer dans le contexte de la législation sur les recours collectifs.

L’article 28 de la *LRC* entre en jeu dès l’introduction du recours collectif à l’égard d’« une cause d’action invoquée » dans le recours collectif. Les dictionnaires donnent de nombreuses acceptions du mot anglais « *assert* » qui est défini tantôt comme « invoquer ou faire valoir un droit », tantôt comme « faire ou exécuter une réclamation ». La conclusion de la Cour d’appel selon laquelle le mot « *asserted* », dans la version anglaise de l’art. 28, parlant d’une cause d’action, a le sens d’« invoquer un droit » ou de « faire une réclamation » concorde mieux avec les textes anglais et français de l’art. 28 et le contexte de cette disposition.

Pour « faire la réclamation » ou « invoquer le droit », le représentant des demandeurs doit plaider les éléments de fait essentiels nécessaires pour constituer la cause d’action. L’article 138.3 accorde aux actionnaires lésés quatre causes d’action liées à la présentation inexacte des faits ou au non-respect des obligations d’information occasionnelle portant sur un changement important. L’autorisation ne fait pas partie des éléments de fait décrits dans cette disposition. Par conséquent, la nécessité d’obtenir l’autorisation prévue à l’art. 138.8 de la *LVM* n’est pas un élément constitutif de la cause d’action prévue à l’art. 138.3 de cette loi. De fait, l’obtention de l’autorisation visée à l’art. 138.8 de la *LVM* est une exigence procédurale. Elle est nécessaire pour que le droit découlant de l’art. 138.3 puisse être exercé, tranché au procès et exécuté par la suite. Cependant, « invoquer » (« *asserting* ») la cause d’action légale pour l’application de l’art. 28 de la *LRC* n’oblige pas le représentant des demandeurs à obtenir d’abord l’autorisation. La cause d’action légale peut donc être invoquée dans la déclaration d’un recours collectif avant que l’autorisation ne soit obtenue.

Section 28 *CPA* suspends the running of the limitation periods upon the “commencement of the class proceeding”. “Commencement” for the purpose of this provision refers to the commencement of an intended class proceeding under the *CPA* prior to certification. To commence a class proceeding, the representative plaintiff must file a statement of claim. The text of s. 28 recognizes that multiple causes of action could be asserted in a single statement of claim. Section 28 does not condition the commencement of the class proceeding on the prior fulfillment of all procedural requirements in respect of every cause of action asserted in the proceeding. On a plain reading of s. 28, the limitation periods applicable to all causes of action asserted in the proceeding are suspended upon the commencement of the proceeding, regardless of whether some would require leave to proceed individually. Thus, s. 28 *CPA* will suspend the limitation period in s. 138.14 *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

Excluding the statutory cause of action in Part XXIII.1 *OSA* from the protection of s. 28 *CPA* until leave has been granted removes compliance with the limitation period from the plaintiff’s control. It would also necessarily oblige potential class members to file a multitude of individual motions for leave to commence the statutory claim, thus unnecessarily adding procedural steps and increasing costs and delays for all parties involved. Such an obligation is not required by the text of s. 28 *CPA*, nor by the context or purposes of the *CPA*. Such a result serves neither judicial economy nor access to justice. Rather, it undermines the harmonious operation of class proceedings in the securities context. An interpretation that suspends the limitation period where leave has not yet been granted under s. 138.8 *OSA* promotes the purposes of the *CPA*, is harmonious with the language, purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*, and allows the class proceeding to remain an effective vehicle for the pursuit of Part XXIII.1 statutory claims while respecting the policy underpinnings of limitation periods.

In each of the three cases under appeal, the plaintiffs commenced class proceedings and pleaded the constituent facts of the tort of negligent misrepresentation and of

L’article 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription à l’« introduction du recours collectif ». L’« introduction », pour l’application de cette disposition, s’entend de l’introduction d’un recours collectif projeté en vertu de la *LRC* avant la certification. Pour introduire un recours collectif, le représentant des demandeurs doit déposer une déclaration. Le texte de l’art. 28 reconnaît la possibilité que de multiples causes d’action soient invoquées dans une seule déclaration. L’article 28 n’a pas pour effet de rendre l’introduction du recours collectif conditionnelle à la réalisation de toutes les exigences procédurales à l’égard de chacune des causes d’action invoquées dans le recours. Selon le sens clair de l’art. 28, les délais de prescription applicables à toutes les causes d’action invoquées dans le recours sont suspendus à l’introduction du recours collectif, que certaines d’entre elles nécessitent ou non une autorisation pour aller de l’avant individuellement. Ainsi, l’art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription fixé à l’art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d’action en common law et plaide la cause d’action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

Exclure la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* de la protection conférée par l’art. 28 de la *LRC* jusqu’à ce que l’autorisation soit accordée fait en sorte que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. En outre, cela obligerait nécessairement les membres éventuels du groupe à déposer une multitude de motions individuelles en autorisation d’intenter l’action prévue par la loi, imposant ainsi inutilement à toutes les parties en cause des formalités procédurales supplémentaires, des coûts plus élevés et des délais plus longs. Une telle obligation n’est imposée ni par le libellé de l’art. 28 ni par le contexte ou les objets de la *LRC*. Un tel résultat ne favorise ni l’économie des ressources judiciaires ni l’accès à la justice. Il nuit plutôt au fonctionnement harmonieux des recours collectifs dans le contexte des valeurs mobilières. En outre, une interprétation qui a pour effet de suspendre le délai de prescription lorsque l’autorisation n’a pas encore été accordée en application de l’art. 138.8 de la *LVM* favorise la réalisation des objets de la *LRC*, s’harmonise avec le texte, l’objet et l’application de la partie XXIII.1 de la *LVM* et fait en sorte que le recours collectif demeure un moyen efficace d’exercer les poursuites fondées sur la partie XXIII.1, tout en respectant les considérations d’ordre public qui sous-tendent les délais de prescription.

Dans chacune des trois affaires portées en appel, les demandeurs ont introduit des recours collectifs et plaidé dans leurs déclarations les faits constitutifs du délit de

the statutory cause of action in Part XXIII.1 OSA in their statements of claim. This pleading constitutes an assertion of the statutory cause of action for the purposes of s. 28 CPA. Thus, the limitation periods for the statutory claims at issue in these appeals are suspended as of the date of filing of their statements of claim and none of the claims are statute-barred.

### Remedies

*Per* McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ.: *Nunc pro tunc* and special circumstances are two separate doctrines, which need to be addressed separately. The courts have inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc*, that is, to backdate their orders. This power is implied by rule 59.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure*. The following non-exhaustive factors guide the courts in determining whether to exercise their inherent jurisdiction to grant such an order: (1) the opposing party will not be prejudiced by the order; (2) the order would have been granted had it been sought at the appropriate time, such that the timing of the order is merely an irregularity; (3) the irregularity is not intentional; (4) the order will effectively achieve the relief sought or cure the irregularity; (5) the delay has been caused by an act of the court; and (6) the order would facilitate access to justice. None of these factors is determinative.

An order granting leave to proceed with an action can theoretically be made *nunc pro tunc*, where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. However, a court should not exercise its inherent jurisdiction where this would undermine the purpose of the limitation period or the legislation at issue. This is because, as with all common law doctrines and rules, the inherent jurisdiction to grant *nunc pro tunc* orders is circumscribed by legislative intent. *Nunc pro tunc* orders will not be available if they are precluded by either the language or the purpose of a statute. Accordingly, the courts' inherent jurisdiction to issue *nunc pro tunc* orders in relation to leave to commence claims under s. 138.3 OSA is not unlimited and should be exercised bearing in mind that the leave requirement, and its interaction with the limitation period, are central to the delicate balance struck in Part XXIII.1 OSA.

déclaration inexacte faite par négligence et de la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la LVM. En plaçant ainsi ces faits, ils se trouvent à avoir invoqué la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la LRC. Par conséquent, les délais de prescription applicables aux actions prévues par la loi qui sont en litige dans les présents pourvois sont suspendus à compter de la date du dépôt de leurs déclarations et aucune des poursuites n'est prescrite.

### Mesures de redressement

*La* juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté : La doctrine *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales sont distinctes et elles doivent être abordées séparément. Les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc*, ce qui signifie qu'ils ont le pouvoir d'antidater leurs ordonnances. Ce pouvoir est confirmé par l'art. 59.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario. Les facteurs non exhaustifs suivants aident les tribunaux à décider d'exercer ou non leur compétence inhérente pour rendre pareille ordonnance : (1) l'ordonnance ne causera pas préjudice à la partie adverse; (2) l'ordonnance aurait été rendue si elle avait été sollicitée au moment propice, de sorte que le moment du prononcé de l'ordonnance est simplement une irrégularité; (3) l'irrégularité n'est pas intentionnelle; (4) l'ordonnance permettra effectivement d'obtenir le redressement demandé ou de remédier à l'irrégularité; (5) le retard est attribuable à un acte de la cour; (6) l'ordonnance faciliterait l'accès à la justice. Aucun de ces facteurs n'est déterminant en soi.

Une ordonnance accordant la permission d'intenter une action peut théoriquement être rendue *nunc pro tunc* lorsque la permission est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Toutefois, le tribunal ne devrait pas exercer sa compétence inhérente si cela aurait pour effet de miner l'objectif du délai de prescription ou de la loi en cause. Il en est ainsi parce que, comme pour toutes les doctrines et règles de common law, la compétence inhérente de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est circonscrite par l'intention du législateur. Aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne sera rendue si le libellé ou l'objet d'une loi ne l'autorise pas. Par conséquent, la compétence inhérente des tribunaux pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* visant la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la LVM n'est pas illimitée et doit être exercée en gardant à l'esprit que l'obligation d'obtenir la permission et son interaction avec le délai de prescription sont essentiels à l'équilibre délicat qui est au centre de la partie XXIII.1 de la LVM.

The standard of review that ordinarily applies to a judge's discretionary decision on whether to grant an order *nunc pro tunc* is that of deference: if the judge has given sufficient weight to all the relevant considerations, an appellate court must defer to his or her exercise of discretion. However, if the judge's discretion is exercised on the basis of an erroneous principle, an appellate court is entitled to intervene. In *CIBC*, the motion judge found that he did not have jurisdiction to make the order *nunc pro tunc*. It follows that he did not actually exercise any discretion, and there is therefore no decision to defer to. But, even if he had done so, his reasoning on whether the order should be granted *nunc pro tunc* was based on an erroneous principle. In *IMAX*, in exercising her discretion, the motion judge failed to address or distinguish the situation of the defendants who were not parties to the original statement of claim. Therefore, no deference applies.

In *CIBC*, the plaintiffs were aware of the requirement of obtaining leave but made the choice not to expedite the leave motion, proceeding on the assumption that the court had the jurisdiction to extend the limitation period and that the discretion would be exercised in their favour by granting leave *nunc pro tunc*. In this case, to grant a *nunc pro tunc* order even though the plaintiffs did absolutely nothing to prevent the expiry of the limitation period would have the effect of overriding the legislature's intent.

In *IMAX*, the motion judge exercised her discretion correctly in making a *nunc pro tunc* order in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim. However, as regards the other defendants, who were not defendants in any proceeding at the time when argument on the leave application was concluded, the plaintiffs, who waited more than two years after leave was granted before issuing a first statement of claim against them as defendants and provided no valid explanation for this delay, certainly cannot be said to have acted diligently. Granting relief to the plaintiffs against those defendants would undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA* and the balance struck in the legislation.

In *Celestica*, no motion for leave was filed before the expiry of the limitation period. Accordingly, a *nunc pro*

La norme qui s'applique en temps normal à la décision discrétionnaire du juge de rendre ou non une ordonnance *nunc pro tunc* est celle de la déférence : si le juge a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, une cour d'appel doit s'en remettre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance. Cependant, si le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné, une cour d'appel peut intervenir. Dans le dossier *CIBC*, le juge de première instance a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance *nunc pro tunc*. Il s'ensuit qu'il n'a pas exercé de pouvoir discrétionnaire et que la déférence n'est pas de mise. Cela dit, même s'il avait exercé telle discrétion, son analyse de la question de savoir si l'ordonnance devrait être rendue *nunc pro tunc* était fondée sur un principe erroné. Dans *IMAX*, en exerçant son pouvoir discrétionnaire, le juge de première instance n'a pas traité de la situation des défendeurs qui n'étaient pas parties à la déclaration originale et n'a pas non plus fait de distinction entre leur situation et celle des défendeurs initiaux. Le principe de déférence ne s'applique donc pas.

Dans *CIBC*, les demandeurs étaient conscients de la nécessité d'obtenir la permission, mais ils ont fait le choix de ne pas procéder plus rapidement avec leur requête pour permission, tenant pour acquis que le tribunal avait compétence pour proroger le délai de prescription et qu'il exercerait son pouvoir discrétionnaire en leur faveur en leur accordant la permission *nunc pro tunc*. En l'espèce, prononcer une ordonnance *nunc pro tunc* même si les demandeurs n'ont absolument rien fait pour prévenir l'expiration du délai de prescription aurait pour conséquence de passer outre à l'intention du législateur.

Dans *IMAX*, le juge de première instance a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire en rendant l'ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale. Cependant, dans le cas des autres défendeurs, qui n'étaient parties à aucune instance pendante lorsque le débat sur la demande de permission s'est terminé, les demandeurs, ayant attendu plus de deux ans après l'octroi de la permission avant de déposer une première déclaration contre eux à titre de défendeurs et n'ayant fourni aucune explication valable pour ce délai, on ne peut assurément pas dire qu'ils ont fait preuve de diligence. Accorder un redressement aux demandeurs aux dépens de ces défendeurs minerait le délai de prescription strict établi à l'art. 138.14 de la *LVM* et compromettrait l'équilibre établi par la loi.

Dans *Celestica*, aucune requête pour permission n'a été déposée avant l'expiration du délai de prescription.

*tunc* order could not remedy that expiry. This is sufficient to deny such an order.

The doctrine of special circumstances allows a court to temper the potentially harsh and unfair effects of limitation periods by allowing a plaintiff to add a cause of action or a party to the statement of claim after the expiry of the relevant limitation period. The circumstances warranting such an amendment will not often occur. In the case of statutory actions under s. 138.3 *OSA*, the legislature specifically barred a plaintiff from commencing such an action without first obtaining leave of the court. Accordingly, the doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three instant cases. Neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3 *OSA*. The doctrine, therefore, does not provide the plaintiffs with an effective remedy, since it cannot on its own overcome the leave requirement of s. 138.8 *OSA*.

*Per* Cromwell J.: Agreement is expressed for the reasons of Côté J. in respect of the discretionary power of the courts to grant leave *nunc pro tunc* after the expiry of the limitation period to commence a statutory claim for secondary market misrepresentation.

In *CIBC*, the motion judge was ideally placed to assess and weigh all of the many considerations that are relevant to the question of whether the court's discretion should be exercised in the plaintiffs' favour. His assessment of those considerations and the weight to be given to them should be treated with deference on appeal. There is no error in the principles that the motion judge applied, in the factors that he considered relevant or in his assessment of the evidence. Accordingly, there is no basis to interfere with his conclusion that the *nunc pro tunc* discretion should be exercised in the plaintiffs' favour.

The motion judge in *IMAX* was also correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion. The motion judge was intimately familiar with the progress of this file with which she had been dealing over several years. There is no basis on which to interfere with her assessment of the equities of the situation or of the plaintiffs' diligence.

Ainsi, une ordonnance *nunc pro tunc* ne pourrait remédier à cette expiration. Cette raison suffit pour refuser de rendre une telle ordonnance.

La doctrine des circonstances spéciales autorise le tribunal à modérer les effets potentiellement sévères et injustes des délais de prescription en permettant à un demandeur d'ajouter une cause d'action ou une partie à sa déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable. Les circonstances justifiant une telle modification se présentent rarement. Dans le cas d'actions statutaires intentées en application de l'art. 138.3 de la *LVM*, le législateur a expressément prévu l'impossibilité pour un demandeur d'intenter un tel recours sans avoir d'abord obtenu la permission du tribunal. Par conséquent, la doctrine des circonstances spéciales n'est d'aucune utilité pour l'un ou l'autre des demandeurs dans les trois présents dossiers. On ne peut faire obstacle au délai prescrit à l'art. 138.14 de la *LVM* ou à la permission exigée à l'art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure le recours de l'art. 138.3. Cette doctrine ne permet donc pas aux demandeurs d'obtenir un redressement efficace, car elle ne peut contrer à elle seule l'exigence de permission prévue par l'art. 138.8 de la *LVM*.

*Le* juge Cromwell : Il y a accord avec les motifs de la juge Côté quant au pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'accorder, après l'expiration de ce délai, l'autorisation *nunc pro tunc* d'exercer un recours conféré par la loi pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire.

Dans *CIBC*, le juge des motions se trouvait dans une situation idéale pour évaluer et soupeser l'ensemble des multiples considérations se rapportant au point de savoir si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Il faut faire preuve de déférence en appel à l'égard de son analyse de ces considérations et du poids à leur attribuer. Il n'y a aucune erreur dans les principes que le juge des motions a appliqués, les facteurs qu'il a jugé pertinents ou son appréciation de la preuve. Il n'existe donc aucune raison de modifier sa conclusion qu'il y a lieu en l'espèce d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs.

La juge des motions dans *IMAX* a également eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc*. La juge des motions connaissait fort bien l'évolution de ce dossier dont elle s'est occupée pendant des années. Il n'existe aucune raison de modifier son évaluation du caractère équitable de la situation ou de la diligence des demandeurs.

The conclusions of Côté J. in *Celestica* are agreed with.

### Cases Cited

By Côté J.

**Applied:** *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106, rev'g 2013 QCCA 1256; **approved:** *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; **referred to:** *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, aff'g 2003 CanLII 20308; *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010); *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, aff'd 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355; *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801; *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Young v. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467; *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan v. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina v. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369; *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562; *Gallo v. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340; *Krueger v. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130; *Parker v. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279; *Hogarth v. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651; *Couture v. Bouchard* (1892), 21 S.C.R. 281; *Westman v. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306; *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87; *McKenna Estate v. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222; *Holst v. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257; *CIBC Mortgage Corp. v. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303; *Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394; *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217; *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764; *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380; *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R.

Il y a accord avec les conclusions de la juge Côté dans *Celestica*.

### Jurisprudence

Citée par la juge Côté

**Arrêt appliqué :** *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106, inf. 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128; **arrêt approuvé :** *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; **arrêts mentionnés :** *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, conf. 2003 CanLII 20308; *Morrison c. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010); *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, conf. par 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355; *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801; *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561; *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693; *Young c. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467; *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495; *Monahan c. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina c. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369; *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429; *Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562; *Gallo c. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340; *Krueger c. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130; *Parker c. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279; *Hogarth c. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651; *Couture c. Bouchard* (1892), 21 R.C.S. 281; *Westman c. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306; *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87; *McKenna Estate c. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222; *Holst c. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257; *CIBC Mortgage Corp. c. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303; *Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394; *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217; *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764; *Weldon c. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380; *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R.

(3d) 401; *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949.

By Cromwell J.

**Referred to:** *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Joseph v. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

By Karakatsanis J.

**Referred to:** *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591; *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94; *Dilollo Estate (Trustee of) v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81; *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387; *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106; *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, aff'g 2003 CanLII 20308; *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808.

#### Statutes and Regulations Cited

*Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6, ss. 2(2), 5, 12, 23, 24, 28, 34.  
*Limitations Act*, 2002, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, ss. 20, 21.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 1.03(1) "action", "originating process", "proceeding", 21, 59.01.  
*Securities Act*, CQLR, c. V-1.1, s. 225.4.  
*Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5, ss. 1.1, 138, Part XXIII.1, 138.3, 138.4, 138.8, 138.13, 138.14 [am. 2014, c. 7, Sch. 28, s. 15].

*Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394; *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380; *Frohlick c. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949.

Citée par le juge Cromwell

**Arrêts mentionnés :** *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Joseph c. Paramount Canada's Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401; *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

Citée par la juge Karakatsanis

**Arrêts mentionnés :** *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591; *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94; *Dilollo Estate (Trustee of) c. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81; *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387; *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106; *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451, conf. 2003 CanLII 20308; *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401; *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808.

#### Lois et règlements cités

*Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6, art. 2(2), 5, 12, 23, 24, 28, 34.  
*Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B, art. 20, 21.  
*Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5, art. 1.1, 138, partie XXIII.1, 138.3, 138.4, 138.8, 138.13, 138.14 [mod. 2014, c. 7, ann. 28, art. 15].  
*Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1, art. 225.4.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 1.03(1) « acte introductif d'instance », « action », « instance », 21, 59.01.



**Authors Cited**

- Black's Law Dictionary*, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, “assert”.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2004, “assert”.
- Canadian Securities Administrators. “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of ‘Material Fact’ and ‘Material Change’”, CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*. Toronto: The Committee, 1990.
- Ontario. Law Reform Commission. *Report on Class Actions*, vols. I and III. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1982.
- Ontario. Securities Commission. “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment” (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Porretta, Christina, and Rahim Punjani. “The Clock Strikes: A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later” (2015), 44 *Adv. Q.* 346.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
- Toronto Stock Exchange. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance*. Toronto: The Exchange, 1997.
- Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*. Toronto: Canada Law Book, 2014.

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Feldman, Cronk, Blair and Juriansz J.J.A.), 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402, 118 O.R. (3d) 641, 314 O.A.C. 315, 50 C.P.C. (7th) 113, [2014] O.J. No. 419 (QL), 2014 CarswellOnt 1143 (WL Can.); setting aside a decision of Strathy J., 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225, [2012] O.J. No. 3072 (QL), 2012 CarswellOnt 8382 (WL Can.); affirming a decision of van Rensburg J., 2012 ONSC 4881, [2012] O.J. No. 4002 (QL), 2012

**Doctrine et autres documents cités**

- Autorités canadiennes en valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change” », CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.
- Black's Law Dictionary*, 10th ed., by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « assert ».
- Bourse de Toronto. Committee on Corporate Disclosure. *Final Report — Responsible Corporate Disclosure : A Search for Balance*, Toronto, La Bourse, 1997.
- Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed., by Katherine Barber, ed., Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2004, « assert ».
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed., Toronto, Butterworths, 1983.
- Ontario. Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform. *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform*, Toronto, The Committee, 1990.
- Ontario. Commission de réforme du droit. *Report on Class Actions*, vols. I and III, Toronto, ministère du Procureur général, 1982.
- Ontario. Commission des valeurs mobilières. « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment » (1998), 21 OSCB 3335 and 3367.
- Perell, Paul M., and John W. Morden. *The Law of Civil Procedure in Ontario*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Porretta, Christina, and Rahim Punjani. « The Clock Strikes : A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later » (2015), 44 *Adv. Q.* 346.
- Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
- Winkler, Warren K., et al. *The Law of Class Actions in Canada*, Toronto, Canada Law Book, 2014.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (les juges Doherty, Feldman, Cronk, Blair et Juriansz), 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402, 118 O.R. (3d) 641, 314 O.A.C. 315, 50 C.P.C. (7th) 113, [2014] O.J. No. 419 (QL), 2014 CarswellOnt 1143 (WL Can.); qui a infirmé une décision du juge Strathy, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225, [2012] O.J. No. 3072 (QL), 2012 CarswellOnt 8382 (WL Can.); qui a confirmé une décision de la juge van Rensburg, 2012 ONSC 4881, [2012] O.J.

CarswellOnt 10391 (WL Can.); and affirming a decision of Perell J., 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264, [2012] O.J. No. 5083 (QL), 2012 CarswellOnt 13292 (WL Can.). The appeals in *CIBC* and *IMAX* are dismissed, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part; the appeal in *Celestica* is allowed, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting.

*Sheila R. Block and James C. Tory*, for the appellant the Canadian Imperial Bank of Commerce.

*Benjamin Zarnett, David D. Conklin and Jonathan Edge*, for the appellants Gerald McCaughey et al.

*R. Paul Steep, Dana M. Peebles and Brandon Kain*, for the appellants IMAX Corporation et al.

*Nigel Campbell, Andrea Laing and Ryan A. Morris*, for the appellants Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi.

*Peter R. Jervis, Joel P. Rochon, Sakie Tambakos and Remissa Hirji*, for the respondents Howard Green and Anne Bell.

*A. Dimitri Lascaris, William V. Sasso, Michael Robb, Daniel E. H. Bach and Serge Kalloghlian*, for the respondents Marvin Neil Silver and Cliff Cohen.

*Kirk M. Baert and Celeste B. Poltak*, for the respondents the Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund, Nabil Berzi and Huacheng Xing.

Written submissions only by *Margaret L. Waddell and Denise Cooney*, for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights.

*Bonnie Roberts Jones*, for the intervener the Shareholder Association for Research and Education.

*Anna Perschy and Amanda Heydon*, for the intervener the Ontario Securities Commission.

No. 4002 (QL), 2012 CarswellOnt 10391 (WL Can.); et qui a confirmé une décision du juge Perell, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264, [2012] O.J. No. 5083 (QL), 2012 CarswellOnt 13292 (WL Can.). Les pourvois dans *CIBC* et *IMAX* sont rejetés, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie; le pourvoi dans *Celestica* est accueilli, les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon sont dissidents.

*Sheila R. Block et James C. Tory*, pour l'appelante la Banque Canadienne Impériale de Commerce.

*Benjamin Zarnett, David D. Conklin et Jonathan Edge*, pour les appelants Gerald McCaughey et autres.

*R. Paul Steep, Dana M. Peebles et Brandon Kain*, pour les appelants IMAX Corporation et autres.

*Nigel Campbell, Andrea Laing et Ryan A. Morris*, pour les appelants Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi.

*Peter R. Jervis, Joel P. Rochon, Sakie Tambakos et Remissa Hirji*, pour les intimés Howard Green et Anne Bell.

*A. Dimitri Lascaris, William V. Sasso, Michael Robb, Daniel E. H. Bach et Serge Kalloghlian*, pour les intimés Marvin Neil Silver et Cliff Cohen.

*Kirk M. Baert et Celeste B. Poltak*, pour les intimés les Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario, Nabil Berzi et Huacheng Xing.

Argumentation écrite seulement par *Margaret L. Waddell et Denise Cooney*, pour l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs.

*Bonnie Roberts Jones*, pour l'intervenante Shareholder Association for Research and Education.

*Anna Perschy et Amanda Heydon*, pour l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario.

*Alan L. W. D’Silva, Daniel S. Murdoch and Sinziana R. Hennig*, for the intervener the Insurance Bureau of Canada.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. were delivered by

CÔTÉ J. —

### I. Introduction

[1] These appeals are the result of competing interpretations of the interaction between two pieces of Ontario legislation: Part XXIII.1 of the *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (“OSA”), and s. 28 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (“CPA”).

[2] Part XXIII.1 OSA provides, at s. 138.3, for a claim for secondary market misrepresentation. An action with respect to this statutory claim may be commenced only with leave of the court as prescribed by s. 138.8 and within the limitation period specified in s. 138.14, that is, three years after the date of the alleged misrepresentations in the instant cases.

[3] As for s. 28 CPA, it operates to suspend the limitation period for “a cause of action asserted in a class proceeding” in favour of the members of a class “on the commencement of the class proceeding”.

[4] At issue in the court below was the meaning of the word “asserted” in s. 28 CPA. Initially, a panel of three judges of the Court of Appeal ruled unanimously in *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, that the statutory claim for secondary market misrepresentation cannot be “asserted” until a court has granted leave to do so. As a result, the court held that the CPA could not operate to suspend the limitation period for class members (including for the representative plaintiff) until leave was obtained.

*Alan L. W. D’Silva, Daniel S. Murdoch et Sinziana R. Hennig*, pour l’intervenant le Bureau d’assurance du Canada.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Côté rendus par

LA JUGE CÔTÉ —

### I. Introduction

[1] Les présents pourvois découlent d’interprétations divergentes au sujet de l’interaction entre deux textes de loi de l’Ontario : la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, L.R.O. 1990, c. S.5 (« LVM »), et l’art. 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6 (« LRC »).

[2] La partie XXIII.1 de la LVM permet, à l’art. 138.3, d’intenter un recours pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire (appelée « présentation inexacte des faits » dans la LVM). Ce recours ne peut être intenté qu’avec la permission du tribunal, comme le prévoit l’art. 138.8, et dans le délai de prescription fixé à l’art. 138.14, en l’espèce trois ans après la date des déclarations inexacts allégués.

[3] Quant à l’art. 28 de la LRC, il a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à « une cause d’action invoquée dans un recours collectif » en faveur des membres du groupe « à l’introduction du recours collectif ».

[4] Le débat devant la Cour d’appel de l’Ontario portait sur le sens du mot « invoquée » figurant à l’art. 28 de la LRC. Initialement, trois juges de la Cour d’appel ont statué à l’unanimité dans l’arrêt *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, que le recours statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire ne peut être « invoqué » avant que le tribunal n’ait accordé la permission. Par conséquent, la Cour d’appel a conclu que la LRC ne pouvait avoir pour effet de suspendre le délai de prescription pour les membres du groupe (y compris le représentant des demandeurs) avant que la permission n’ait été accordée.

[5] The ruling in *Timminco* was handed down in the midst of three class action suits for secondary market misrepresentations in Ontario: *Canadian Imperial Bank of Commerce et al. v. Green and Bell* (“CIBC”); *IMAX Corp. et al. v. Silver and Cohen* (“IMAX”); and *Celestica Inc. et al. v. Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund et al.* (“*Celestica*”).

[6] In each of those cases, the plaintiffs<sup>1</sup> had pleaded a common law cause of action together with an intention to seek leave to assert a statutory claim under s. 138.3 *OSA* within the statutory limitation period, but leave was not granted before the limitation period expired. It should be noted however that in *CIBC*, a motion for leave was filed before the expiry of the limitation period, and that in *IMAX*, a motion for leave was both filed and argued before the limitation period expired. It is fair to say that *Timminco* came as a surprise to the litigants.

[7] In the Superior Court, the motion judges considering the issue of leave to commence the statutory action found that they were bound by *Timminco*, although relief was granted in the form of a *nunc pro tunc* order in *IMAX*, and by applying the doctrine of special circumstances in *Celestica*. No relief was granted to the plaintiffs in *CIBC*. The appeals in the three cases were subsequently heard together by a five-judge panel of the Court of Appeal, which unanimously overruled the interpretation of *Timminco*: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. The Court of Appeal found that a representative plaintiff who pleads an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 claim within the limitation period has “asserted” a cause of action within the meaning of s. 28 *CPA* even before the filing of a motion seeking leave.

<sup>1</sup> For the sake of clarity, I will consistently refer to the respondents in the instant cases as the “plaintiffs” and to the appellants in the instant cases as the “defendants”.

[5] L’arrêt *Timminco* fut rendu alors que trois recours collectifs pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire étaient pendants en Ontario : *Banque Canadienne Impériale de Commerce et autres c. Green et Bell* (« CIBC »); *IMAX Corp. et autres c. Silver et Cohen* (« IMAX »); *Celestica Inc. et autres c. Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario et autres* (« *Celestica* »).

[6] Dans chacune de ces affaires, les demandeurs<sup>1</sup> ont invoqué une cause d’action en common law et indiqué leur intention de demander la permission d’intenter un recours en vertu de l’art. 138.3 de la *LVM* dans le délai fixé par la loi, mais aucune telle permission n’a été accordée avant l’expiration du délai. Il convient toutefois de souligner qu’avant l’expiration du délai de prescription, une requête demandant telle permission (aussi appelée « motion en autorisation » dans la version française de la *LVM*) a été déposée dans l’affaire *CIBC* et, dans l’affaire *IMAX*, une requête demandant la permission a été déposée et débattue avant l’expiration du délai de prescription. Il est juste de dire que l’arrêt *Timminco* a surpris les parties.

[7] En Cour supérieure, les juges saisis des demandes de permission d’intenter le recours statutaire se sont estimés liés par l’arrêt *Timminco*, bien qu’un redressement ait été accordé sous la forme d’une ordonnance *nunc pro tunc* dans l’affaire *IMAX*, et que la doctrine des circonstances spéciales ait été appliquée dans l’affaire *Celestica*. Aucun redressement n’a été accordé aux demandeurs dans *CIBC*. Les appels dans les trois dossiers ont été entendus subséquemment par une formation de cinq juges de la Cour d’appel, laquelle, à l’unanimité, a infirmé l’interprétation donnée dans l’arrêt *Timminco* : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. La Cour d’appel a conclu qu’un représentant des demandeurs qui indique son intention de demander la permission d’intenter un recours en vertu

<sup>1</sup> Par souci de clarté, je désignerai systématiquement les intimés dans les cas présents comme les « demandeurs » et les appelants dans les cas présents comme les « défendeurs ».

As a result, the court held that in all three cases, the plaintiffs' statutory claims for secondary market misrepresentation were not statute-barred.

[8] In my opinion, pleading an intention to seek leave in respect of a s. 138.3 *OSA* claim in a class proceeding together with a common law cause of action amounts to neither the assertion of the statutory cause of action nor the commencement of a class proceeding for that statutory cause of action under s. 28 *CPA*. Not only is this interpretation consistent with the fundamental principles and structure of class proceedings in Canada, but it is also the only one that is consistent with the wording of the provisions and the ordinary and grammatical meaning of the words used as well as with the rigorous and exhaustive legislative balancing that produced Part XXIII.1 *OSA*.

[9] Moreover, I am of the view that neither the doctrine of *nunc pro tunc* nor that of special circumstances can be of any avail to the plaintiffs in *CIBC* and *Celestica*. With regard to *IMAX*, relief should be granted to the plaintiffs in the form of a *nunc pro tunc* order, but only in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim: *IMAX Corporation*, *Richard L. Gelfond*, *Bradley J. Wechsler* and *Francis T. Joyce*.

[10] Accordingly, I would allow the appeals in *CIBC* except in respect of the Court of Appeal's conclusion that five of the seven issues proposed by the plaintiffs should be certified. I would allow the appeal and issue a partial *nunc pro tunc* order in *IMAX*, and I would allow the appeal in *Celestica*.

de l'art. 138.3 à l'intérieur du délai de prescription a, dans les faits, « invoqué » une cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*, et ce, même avant d'avoir déposé une requête demandant cette permission. Par conséquent, la Cour d'appel a conclu que dans les trois cas, les recours statutaires intentés par les demandeurs pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire n'étaient pas prescrits.

[8] À mon avis, indiquer une intention de demander une permission à l'égard d'un recours fondé sur l'art. 138.3 de la *LVM* dans un recours collectif en plus de plaider une cause d'action en common law ne revient ni à invoquer la cause d'action statutaire ni à introduire un recours collectif pour cette cause d'action au sens de l'art. 28 de la *LRC*. Non seulement cette interprétation s'accorde-t-elle avec les principes fondamentaux et la structure des recours collectifs au Canada, mais elle est la seule compatible avec le texte même des dispositions et le sens ordinaire et grammatical des mots employés ainsi qu'avec l'équilibre législatif rigoureux et exhaustif établi par la partie XXIII.1 de la *LVM*.

[9] Je suis également d'avis que ni la doctrine de *nunc pro tunc* ni celle des circonstances spéciales ne sont utiles pour les demandeurs dans les affaires *CIBC* et *Celestica*. Dans l'affaire *IMAX*, j'estime qu'il y a lieu d'accorder un redressement aux demandeurs sous la forme d'une ordonnance *nunc pro tunc*, mais seulement à l'égard des défendeurs parties à la déclaration initiale : *IMAX Corporation*, *Richard L. Gelfond*, *Bradley J. Wechsler* et *Francis T. Joyce*.

[10] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir les pourvois dans *CIBC*, sauf en ce qui concerne la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle il y a lieu d'autoriser cinq des sept questions proposées par les demandeurs. Je suis également d'avis d'accueillir le pourvoi et de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* partielle dans *IMAX*, ainsi que d'accueillir le pourvoi dans *Celestica*.

## II. Legislation

### A. *Ontario Securities Act*

[11] Part XXIII.1 *OSA* sets out a scheme of civil liability for secondary securities market misrepresentation in Ontario. Section 138.3 creates a statutory cause of action for a misrepresentation made in a document or a public oral statement, or a failure to make timely disclosure, against a range of parties potentially implicated in the misrepresentation. This statutory cause of action accrues to those who acquired or disposed of the issuer's security between the time of the misrepresentation and that of its correction. Explicitly not required for a finding of liability is proof of a plaintiff's reliance on the misrepresentation, which is essential to a common law cause of action based on misrepresentation. Furthermore, as s. 138.13 makes plain, this statutory right of action is in addition to any other rights of action the plaintiff may have.

[12] Two components of this scheme are of particular relevance to these appeals.

[13] First, s. 138.8 imposes a requirement that leave be granted before the statutory action based on a secondary market misrepresentation may be commenced:

**138.8** (1) No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

- (a) the action is being brought in good faith; and
- (b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

[14] Second, s. 138.14 imposes a limitation period for statutory actions based on s. 138.3:

## II. La législation

### A. *La Loi sur les valeurs mobilières de l'Ontario*

[11] La partie XXIII.1 de la *LVM* établit un régime de responsabilité civile relativement à la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire des valeurs mobilières en Ontario. L'article 138.3 crée une cause d'action pour la déclaration inexacte de faits dans des documents ou des déclarations orales publiques, ou pour défaut de respecter une obligation de divulgation en temps utile (ou une obligation d'information occasionnelle dans la version française de la *LVM*), contre différentes parties potentiellement impliquées dans la déclaration inexacte de faits. Cette cause d'action statutaire peut être invoquée par ceux qui ont acquis ou aliéné la valeur mobilière de l'émetteur, entre le moment de la déclaration inexacte de faits et sa correction. Pour conclure à la responsabilité, il n'est pas nécessaire de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte de faits, alors que cette preuve est essentielle à une cause d'action fondée sur une déclaration inexacte en common law. De plus, comme l'indique clairement l'art. 138.13, ce droit d'action statutaire s'ajoute aux autres droits d'action dont peut jouir le demandeur.

[12] Deux des éléments de ce régime revêtent une importance particulière en l'espèce.

[13] Premièrement, l'art. 138.8 impose l'obligation d'obtenir une permission avant d'intenter le recours statutaire fondé sur la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire :

**138.8** (1) Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis à chaque défendeur, et que si le tribunal est convaincu de ce qui suit :

- a) l'action est intentée de bonne foi;
- b) il est raisonnablement possible que l'action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur.

[14] Deuxièmement, l'art. 138.14 impose un délai de prescription dans le cas des recours fondés sur l'art. 138.3 :

**138.14** No action shall be commenced under section 138.3,

- (a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,
  - (i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and
  - (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;

[15] Section 138.14 thus requires that the statutory action be commenced within the earlier of three years after the date of the misrepresentation and six months after a news release discloses that leave has been granted to commence a statutory action in Ontario, or under parallel legislation elsewhere in Canada. It should be noted that the scheme contains no internal mechanism for suspending the limitation period before or pending the granting of leave.

#### B. *Class Proceedings Act*

[16] Section 28 *CPA* provides for the suspension of any limitation period in a class proceeding as follows:

**28.** (1) Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding and resumes running against the class member when,

- (a) the member opts out of the class proceeding;
- (b) an amendment that has the effect of excluding the member from the class is made to the certification order;

**138.14** Aucune action ne doit être intentée en vertu de l'article 138.3 :

- a) dans le cas de la présentation inexacte de faits dans un document, après le premier en date des jours suivants :
  - (i) trois ans après la date à laquelle le document contenant la présentation inexacte des faits a été publié pour la première fois,
  - (ii) six mois après la délivrance d'un communiqué portant qu'a été accordée une autorisation d'intenter une action en vertu de l'article 138.3 ou de dispositions législatives comparables d'autres provinces ou territoires du Canada à l'égard de la même présentation inexacte des faits;

[15] L'article 138.14 exige donc que le recours statuaire soit intenté dans les trois ans qui suivent la date de la déclaration inexacte de faits ou dans les six mois qui suivent la diffusion d'un communiqué portant qu'a été accordée la permission d'intenter un recours statuaire soit en Ontario, soit en vertu de dispositions législatives comparables ailleurs au Canada, selon la première de ces éventualités. Il est important de souligner que le régime ne prévoit aucun mécanisme interne permettant de suspendre le délai de prescription avant qu'une permission ne soit accordée ou à la condition qu'elle le soit.

#### B. *La Loi sur les recours collectifs*

[16] L'article 28 de la *LRC* prévoit ce qui suit relativement à la suspension de tout délai de prescription dans un recours collectif :

**28.** (1) Sous réserve du paragraphe (2), tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif et reprend au détriment du membre au moment où, selon le cas :

- a) ce membre se retire du recours collectif;
- b) est apportée une modification de l'ordonnance certifiant le recours collectif qui a pour effet d'exclure du groupe le membre;

- |   |   |
|---|---|
| (c) a decertification order is made under section 10;   | c) une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue en vertu de l'article 10;                              |
| (d) the class proceeding is dismissed without an adjudication on the merits;                                  | d) le recours collectif est rejeté sans décision sur le fond;   |
| (e) the class proceeding is abandoned or discontinued with the approval of the court; or                      | e) il y a désistement du recours collectif avec l'approbation du tribunal;  |
| (f) the class proceeding is settled with the approval of the court, unless the settlement provides otherwise. | f) le recours collectif fait l'objet d'une transaction avec l'approbation du tribunal, à moins que la transaction ne prévoie autre chose. |

(2) Where there is a right of appeal in respect of an event described in clauses (1) (a) to (f), the limitation period resumes running as soon as the time for appeal has expired without an appeal being commenced or as soon as any appeal has been finally disposed of.

(2) Lorsqu'il existe un droit d'appel à l'égard d'un des événements décrits aux alinéas (1) a) à f), le délai de prescription reprend dès l'expiration du délai d'appel, si aucun appel n'a été introduit, ou dès le règlement d'un appel.

*C. Interaction Between Part XXIII.1 OSA and Section 28 CPA*

*C. L'interaction entre la partie XXIII.1 de la LVM et l'art. 28 de la LRC*

[17] The primary issue in these appeals is the interaction of the leave requirement in Part XXIII.1 *OSA* with the suspension of the limitation period for a class proceeding under s. 28 *CPA*. Typically, where leave is not required, the operation of s. 28 *CPA* is straightforward: the commencement of a class proceeding would coincide with a statement of claim asserting a cause of action to be certified as a class action (*Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), at para. 21).

[17] La question principale dans les présents pourvois vise l'interaction entre l'obligation d'obtenir une permission prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM* et la suspension du délai de prescription prévue par l'art. 28 de la *LRC* dans le cas d'un recours collectif. Habituellement, en l'absence d'une exigence d'obtenir une permission, l'application de l'art. 28 de la *LRC* est simple : le commencement d'un recours collectif coïncide avec le dépôt d'une déclaration alléguant une cause d'action à autoriser comme recours collectif (*Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), par. 21).

[18] Where leave is required, however, a statutory action cannot be commenced until leave is granted by the court. The issue in the cases at bar is whether s. 28 *CPA* operates to suspend the limitation period applicable to a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* at the time when an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* is pleaded in a class proceeding for a common law misrepresentation claim. This question has plagued the Ontario courts.

[18] Toutefois, lorsqu'une permission est nécessaire, un recours statutaire ne peut être intenté avant que le tribunal ne fasse droit à la demande de permission. La question dans les cas qui nous occupent est de savoir si l'art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre le délai de prescription applicable au recours prévu à l'art. 138.3 de la *LVM*, dès le moment où le demandeur indique une intention de solliciter la permission du tribunal en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM* dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law. Cette question a causé bien des soucis aux tribunaux de l'Ontario.



### III. Judicial History and Facts

#### A. *Timminco*

[19] These appeals trace back to the Court of Appeal's ruling in *Timminco*. The appeal in that case concerned misrepresentations that had allegedly occurred between March and November 2008. The plaintiff had initiated a class proceeding in the Ontario Superior Court in which he asserted a common law cause of action for secondary market misrepresentation. An intention to seek leave for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* was also stated in the pleadings, but leave had not been sought as of February 2011. With the statutory claim in jeopardy because of the looming limitation period, the plaintiff moved, in March 2011, for an order declaring that the limitation period was suspended by reason of s. 28 *CPA*. The motion judge granted the order (2011 ONSC 8024), which was then appealed.

[20] This table illustrates the timeline of the events in *Timminco*:

Alleged misrepresentations	March 17 to November 11, 2008
Statement of claim filed pursuant to the <i>CPA</i> , pleading common law cause of action and an intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	May 14, 2009

### III. Historique judiciaire et faits

#### A. *Timminco*

[19] Les présents pourvois tirent leur origine de l'arrêt *Timminco* de la Cour d'appel. Cet appel concernait des déclarations inexactes de faits qui auraient eu cours entre mars et novembre 2008. Le demandeur avait intenté en Cour supérieure de l'Ontario un recours collectif dans lequel il invoquait une cause d'action en common law pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. Une intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* avait aussi été indiquée dans les actes de procédure, mais aucune telle permission n'avait été sollicitée jusqu'en février 2011. Comme le recours statuaire était compromis parce que le délai de prescription tirait à sa fin, le demandeur a sollicité, en mars 2011, une ordonnance portant que le délai de prescription était suspendu en application de l'art. 28 de la *LRC*. Le juge des requêtes a rendu l'ordonnance (2011 ONSC 8024), laquelle a été portée en appel par la suite.

[20] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *Timminco* :

Déclarations inexactes alléguées	17 mars au 11 novembre 2008
Dépôt, en vertu de la <i>LRC</i> , d'une déclaration dans laquelle le demandeur invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	14 mai 2009

Plaintiff requests case conference re limitation period	End of February, 2011
Case conference	March 10, 2011
Notice of motion filed seeking declaration that s. 138.14 limitation period is suspended and “conditional leave” to commence s. 138.3 action	March 14, 2011
<b>Limitation period expires for statutory action</b>	<b>March 17 to November 11, 2011</b>
Leave motion heard	March 25, 2011
Declaration of suspension granted by motion judge	March 31, 2011

[21] On February 16, 2012, Goudge J.A. held that under s. 28 *CPA*, a cause of action cannot be “asserted” until it can be enforced, and that in the case of a cause of action under Part XXIII.1 *OSA*, this is only possible after leave of the court is obtained. Goudge J.A. stressed that this interpretation of the provisions was the only one to produce textual coherence while also being consistent with the purposes of both the *OSA* and the *CPA*. To interpret “asserted” such that it includes a mere mention of an intention to seek leave, he concluded, would not be consistent with the ordinary meaning of the word and would produce results that the legislature could not have intended. For example, the limitation period would be suspended for the representative plaintiff in a class proceeding, but not for the same plaintiff in an individual proceeding. As a

Le demandeur sollicite la tenue d’une conférence préparatoire pour débattre de la question de la prescription	Fin février 2011
Conférence préparatoire	10 mars 2011
Avis de requête demandant un jugement déclarant que le délai de prescription prévu à l’art. 138.14 est suspendu et une « permission conditionnelle » pour intenter un recours en vertu de l’art. 138.3	14 mars 2011
<b>Expiration du délai de prescription applicable à l’action statutoire</b>	<b>17 mars au 11 novembre 2011</b>
Audition de la requête	25 mars 2011
Déclaration de suspension accordée par le juge des requêtes	31 mars 2011

[21] Le 16 février 2012, le juge Goudge concluait que, suivant l’art. 28 de la *LRC*, une cause d’action ne peut être « invoquée » avant de pouvoir être exercée et que dans le cas d’une cause d’action en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM*, on ne peut l’exercer qu’après avoir obtenu la permission du tribunal. Le juge Goudge soulignait que cette interprétation des dispositions était la seule cohérente sur le plan textuel tout en étant compatible avec les objets de la *LVM* et de la *LRC*. Il a donc conclu qu’interpréter le mot « invoquée » comme englobant la simple mention de l’intention de demander une permission ne s’accordait pas avec le sens ordinaire de ce mot et engendrerait des résultats que le législateur n’a pas pu souhaiter, comme la suspension du délai de prescription pour le représentant des demandeurs dans un recours collectif, alors

result, Goudge J.A. ruled that leave must be granted before the Part XXIII.1 OSA statutory cause of action can be asserted within the meaning of s. 28 CPA, and that it is only then that the limitation period is suspended in favour of the representative plaintiff and the other class members.

B. *Post-Timminco Decisions of the Ontario Superior Court*

[22] The decision in *Timminco* seems to have taken the Ontario Bar by surprise, throwing a wrench in the works of three proceedings that were then pending before the Superior Court and are now being appealed to this Court. In each of these cases, the motion judge found that he or she was bound by *Timminco*, but the three judges then diverged entirely on whether relief was available to the plaintiffs either by way of an order made *nunc pro tunc* (a Latin expression meaning “now for then” that is used to indicate that an act has retroactive legal effect) or by application of the doctrine of special circumstances.

- (1) *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[23] The plaintiffs allege that, between May 31 and December 6, 2007, the defendants failed to amply record and disclose the extent of CIBC’s exposure to and position in the United States residential mortgage market as the subprime mortgage crisis unfolded. On July 22, 2008, the plaintiffs filed a statement of claim which contained a claim for a common law cause of action for misrepresentations and indicated that they intended to seek leave to proceed with the statutory action. After a series of case conferences and amendments to the statement of claim, the plaintiffs filed a motion seeking leave for the statutory claim on January 21, 2010 in which they stated that leave would be

que cette même personne ne pourrait pas bénéficier d’une telle suspension dans le cadre d’une instance individuelle. En conséquence, le juge Goudge a statué qu’une permission doit être accordée avant que la cause d’action en vertu de la partie XXIII.1 de la LVM puisse être invoquée au sens de l’art. 28 de la LRC, et que ce n’est qu’à ce moment-là que le délai de prescription est suspendu en faveur du représentant des demandeurs et des autres membres du groupe.

B. *Les décisions de la Cour supérieure de l’Ontario postérieures à l’arrêt Timminco*

[22] L’arrêt *Timminco* semble avoir pris le barreau de l’Ontario par surprise, portant un dur coup aux trois recours alors pendants devant la Cour supérieure et qui font maintenant l’objet des pourvois devant notre Cour. Dans toutes ces affaires, les juges des requêtes se sont estimés liés par l’arrêt *Timminco*, mais ils en sont venus à des conclusions entièrement différentes sur la possibilité ou non d’accorder un redressement aux demandeurs, soit au moyen d’une ordonnance *nunc pro tunc* — locution latine signifiant « maintenant pour alors » —, soit par application de la doctrine des circonstances spéciales.

- (1) *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225

a) *Faits et chronologie des procédures*

[23] Les demandeurs allèguent que les défendeurs n’ont pas, entre le 31 mai et le 6 décembre 2007, dûment consigné et communiqué le niveau de vulnérabilité de CIBC et sa position sur le marché des hypothèques résidentielles aux États-Unis au moment où la crise des prêts hypothécaires à risque élevé est survenue. Le 22 juillet 2008, les demandeurs produisaient une déclaration fondée sur une cause d’action en common law, à savoir des déclarations inexactes, tout en indiquant leur intention de demander la permission d’aller de l’avant avec l’action statutaire. Après une série de conférences préparatoires et d’amendements apportés à

sought *nunc pro tunc* if the limitation period were to expire. Discussions between counsel to schedule the leave and certification motions continued until it was settled after a case conference in March 2010 that the motions would be heard a year later. On January 15, 2011, after the plaintiffs had completed their record in support of their motions, it was agreed that the original hearing dates were impractical, and the hearing was accordingly rescheduled for February 2012.

[24] The ruling in *Timminco* was released on the penultimate day of the original hearing of the motions for leave and for certification in *CIBC*. As the defendants put it, the ruling was a “thunderbolt” in a case in which the limitation period had never been at issue (*CIBC*, at para. 475). Following *Timminco*, counsel made additional representations on the limitation period issue, and another hearing was held on April 5, 2012.

[25] This table illustrates the timeline of the events in *CIBC*:

Alleged misrepresentations	May 31 to December 6, 2007
Statement of claim filed pursuant to the <i>CPA</i> , pleading common law cause of action and intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	July 22, 2008

la déclaration, une requête visant à obtenir la permission d’intenter ce recours fut déposée le 21 janvier 2010, dans laquelle il était mentionné que la permission serait demandée *nunc pro tunc* advenant l’expiration du délai de prescription. Les pourparlers en vue de fixer l’audition de la requête pour permission et de celle en autorisation (aussi appelée « certification ») du recours collectif se sont poursuivis entre les avocats jusqu’à la tenue d’une conférence préparatoire en mars 2010, au cours de laquelle les dates d’audience ont été fixées pour l’année suivante. Le 15 janvier 2011, après que les demandeurs aient complété leur dossier à l’appui de leurs requêtes, il fut convenu que les dates d’audience initiales étaient peu pratiques, si bien que l’audience a été reportée en février 2012.

[24] L’arrêt *Timminco* fut rendu l’avant-dernier jour de l’audition initiale des requêtes pour permission et autorisation du recours collectif dans le dossier *CIBC*. Pour reprendre l’expression des défendeurs, la décision fut un [TRADUCTION] « coup de tonnerre » dans une cause où le délai de prescription n’avait jamais été un point contentieux (*CIBC*, par. 475). Après l’arrêt *Timminco*, les avocats formulèrent des observations supplémentaires sur le délai de prescription et une autre audience eut lieu le 5 avril 2012.

[25] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *CIBC* :

Déclarations inexactes alléguées	31 mai au 6 décembre 2007
Dépôt, en vertu de la <i>LRC</i> , d’une déclaration dans laquelle les demandeurs invoquent une cause d’action en common law et indiquent leur intention de demander la permission d’intenter un recours en vertu de l’art. 138.3	22 juillet 2008

Notice of motion seeking leave under s. 138.8	January 21, 2010
Case conference	March 17, 2010
<b>Limitation period expires for statutory action</b>	<b>May 31 to December 6, 2010</b>
Plaintiffs' record completed	January 15, 2011
Leave and certification motions heard	February 9, 10, 13-17; April 5, 2012
<i>Timminco</i> released	February 16, 2012
Hearing on limitation period issue	April 5, 2012

(b) *Disposition*

[26] In his exhaustive ruling, Strathy J. (as he then was) considered the requirements for granting leave under s. 138.8 *OSA*: (1) that the action is being brought in good faith; and (2) that there is a reasonable possibility of success. Good faith, he held, requires an honest and reasonable belief that the claim has merit, and a genuine intent and capacity to pursue it. He found that the plaintiffs had met this requirement and that this had not been seriously challenged by the defendants. As to the reasonable possibility of success requirement, Strathy J. stated that it is a “relatively low threshold” (para. 373) and that the question to ask is “whether, having considered all the evidence adduced by the parties and having regard to the limitations of the motions process, the plaintiffs’ case is so weak or has been so successfully rebutted by the defendant, that it has no reasonable possibility of success” (para. 374). Had he applied this standard, Strathy J. would have granted the leave motion, but

Avis de requête sollicitant une permission en vertu de l’art. 138.8	21 janvier 2010
Conférence préparatoire	17 mars 2010
<b>Expiration du délai de prescription applicable à l’action statutaire</b>	<b>31 mai au 6 décembre 2010</b>
Dossier des demandeurs complété	15 janvier 2011
Audition de la requête pour permission et de la requête en autorisation du recours collectif	9, 10, 13-17 février; 5 avril 2012
Arrêt <i>Timminco</i>	16 février 2012
Audience sur la question du délai de prescription	5 avril 2012

b) *Décision*

[26] Dans un jugement exhaustif, le juge Strathy (maintenant Juge en chef de l’Ontario) a examiné les exigences à remplir pour qu’une permission visée à l’art. 138.8 de la *LVM* soit accordée : (1) l’action est intentée de bonne foi et (2) la possibilité raisonnable de succès. Il a conclu que l’exigence de la bonne foi consistait en une croyance honnête et raisonnable que le recours était fondé et comportait également une intention et une capacité véritables d’intenter et de mener à terme le recours; selon lui, les demandeurs respectaient cette exigence qui, toujours selon lui, n’a pas été sérieusement contestée par les défendeurs. Quant à l’exigence de la possibilité raisonnable de succès, le juge Strathy l’a décrite comme un [TRADUCTION] « critère préliminaire relativement peu exigeant » (par. 373), ajoutant que le tribunal devait se demander si, « eu égard à l’ensemble de la preuve présentée par les parties et compte tenu des limites du processus des requêtes,

he found that he was bound by *Timminco*, as he saw no way to distinguish it from the case before him.

[27] Strathy J. went on to rule that he did not have jurisdiction to extend the limitation period either by issuing an order *nunc pro tunc* or by applying the doctrine of special circumstances. On the issue of *nunc pro tunc*, Strathy J. stated that the court has inherent jurisdiction to correct a slip or an oversight in the name of justice, but added that this case does not “strictly speaking” involve a slip, since the plaintiffs had recognized the possibility of the limitation period expiring and had assumed that their motion for leave would result in a *nunc pro tunc* order (para. 511). As regards both *nunc pro tunc* and the doctrine of special circumstances, Strathy J. found that he did not have jurisdiction, because (1) Part XXIII.1 *OSA* is designed to be a comprehensive code under which a limitation period begins to run upon the occurrence of objective events; (2) nothing in the legislation or in the judicial interpretation thereof suggests that the court has jurisdiction to make such an order; and (3) the general philosophy underlying the law of limitations in Ontario is one of clearly defined periods that are not subject to judge-made exceptions. As a result, he held that the limitation period for the plaintiffs’ statutory action had expired and that no relief was available to them.

(2) *Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[28] The plaintiffs allege that, between February 17 and March 9, 2006, the defendants made misrepresentations overstating IMAX Corp.’s revenue and

le recours des demandeurs est tellement faible ou a été réfuté par le défendeur avec tant de succès que le demandeur n’a aucune possibilité raisonnable de succès » (par. 374). S’il avait appliqué cette norme, le juge Strathy conclut qu’il aurait accordé la permission sollicitée. Il s’est toutefois estimé lié par l’arrêt *Timminco*, n’ayant vu aucun moyen de distinguer cet arrêt du dossier dont il était saisi.

[27] Le juge Strathy a également statué qu’il n’avait pas compétence pour proroger le délai de prescription, que ce soit en rendant une ordonnance *nunc pro tunc*, soit en appliquant la doctrine des circonstances spéciales. En ce qui a trait à la question de la doctrine *nunc pro tunc*, le juge Strathy a affirmé que le tribunal a compétence inhérente pour corriger une erreur ou un oubli au nom de la justice, mais a écrit que cette affaire ne concernait pas [TRADUCTION] « à proprement parler » une erreur, puisque les demandeurs avaient reconnu que le délai de prescription pouvait expirer et avaient présumé qu’une ordonnance *nunc pro tunc* serait rendue dans le cadre de leur requête pour permission (par. 511). Tant quant à la doctrine *nunc pro tunc* qu’à celle des circonstances spéciales, le juge Strathy a estimé qu’il n’avait pas compétence parce que : (1) la partie XXIII.1 de la *LVM* constitue un code complet, suivant lequel le délai de prescription commence à courir lorsque surviennent des faits objectifs; (2) rien dans la loi ou dans l’interprétation judiciaire de la loi ne suggère que les tribunaux auraient compétence pour rendre pareille ordonnance; (3) la philosophie générale sous-tendant les règles de la prescription en Ontario veut que les délais soient bien définis et qu’ils ne soient pas assujettis aux exceptions établies par les tribunaux. En conséquence, le juge Strathy a conclu que le délai de prescription applicable au recours statuaire des demandeurs était expiré et qu’aucun redressement ne pouvait leur être accordé.

(2) *Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881

a) *Faits et chronologie des procédures*

[28] Les demandeurs allèguent qu’entre le 17 février et le 9 mars 2006, les défendeurs ont fait de fausses déclarations en gonflant les recettes et le

net income for 2005. In their statement of claim, issued on September 20, 2006, the plaintiffs asserted a common law cause of action for misrepresentations and an intention to seek leave for a claim under s. 138.3 OSA. They served their motion for leave on November 28, 2006, and the motion record in February 2007. A hearing was originally scheduled for December 2007. However, delays ensued as the record became, in the motion judge's words, "complex and voluminous" (para. 9 (CanLII)). The parties requested that the leave motion be heard at the same time as the motion for certification and a motion under rule 21 of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, to strike certain common law causes of action from the statement of claim. Ultimately, the hearing on the three motions was concluded on December 19, 2008, though an additional attendance and further written submissions followed on the certification and rule 21 motions. It should be noted that as at December 19, 2008, 79 days remained of the three-year limitation period under s. 138.14.

[29] The judgment remained under reserve for nearly a year before van Rensburg J. (as she then was) granted leave in respect of the statutory cause of action on December 14, 2009. During that period, the motion judge had held a telephone conference in the course of which she raised the maxim *actus curiae neminem gravabit* — an act of the court will prejudice no one — in relation to the limitation period, and requested submissions from the parties, who agreed that the limitation period should be suspended while the decision was under reserve.

[30] After the granting of leave, it took another two years, until December 12, 2011, before the plaintiffs filed a fresh statement of claim in which they pleaded the statutory cause of action and added the following

bénéfice net d'IMAX Corp. pour l'année 2005. Dans leur déclaration déposée le 20 septembre 2006, les demandeurs ont invoqué une cause d'action fondée sur la common law pour déclarations inexactes, et ont indiqué leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM*. Ils ont signifié leur requête pour permission le 28 novembre 2006, puis leur dossier de requête en février 2007. L'audition devait initialement se tenir en décembre 2007. Toutefois, il y a eu des délais, le dossier étant devenu, pour reprendre les propos de la juge de première instance, [TRADUCTION] « complexe et volumineux » (par. 9 (CanLII)). Les parties ont demandé à ce que la requête pour permission soit instruite en même temps que la requête en autorisation du recours collectif et la requête en vertu de l'art. 21 des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour faire radier certaines des causes d'action en common law de la déclaration. Finalement, l'audition des trois requêtes s'est terminée le 19 décembre 2008, bien qu'une audition additionnelle ait eu lieu et que d'autres observations aient été présentées dans le cadre de la requête en autorisation du recours collectif et de celle fondée sur l'art. 21 des *Règles*. Il est important de noter qu'au 19 décembre 2008, il restait 79 jours à écouler au délai de trois ans imparti à l'art. 138.14.

[29] Le délibéré sur ces requêtes s'est poursuivi pendant près d'un an jusqu'à ce que la juge van Rensburg (maintenant juge à la Cour d'appel) accorde, le 14 décembre 2009, la permission d'intenter le recours statutaire. Durant cette période, la juge de première instance a tenu une conférence téléphonique au cours de laquelle elle a soulevé la question de la doctrine de l'*actus curiae neminem gravabit* — un acte du tribunal ne doit pas porter préjudice à une partie au litige — relativement au délai de prescription et a demandé aux parties de lui présenter leurs observations. Les parties ont alors convenu qu'il y avait lieu de suspendre le délai de prescription pendant toute la durée du délibéré.

[30] Après que la permission fut accordée, il a fallu deux autres années, soit jusqu'au 12 décembre 2011, avant que les demandeurs ne déposent une nouvelle déclaration dans laquelle ils

individuals as defendants: Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble. The defendants filed a statement of defence on February 6, 2012. This statement was amended on February 16, 2012, the day of *Timminco*'s release, to assert that the limitation period applicable to the plaintiffs' statutory right of action had expired.

[31] This table illustrates the timeline of the events in *IMAX*:

Alleged misrepresentations	February 17 to March 9, 2006
Statement of claim filed pursuant to the <i>CPA</i> , pleading common law cause of action and intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	September 20, 2006
Notice of motion seeking leave under s. 138.8	November 28, 2006
Leave and certification motions heard	December 15-19, 2008
<b>Limitation period expires for statutory action</b>	<b>February 17 to March 9, 2009</b>
Leave granted and class action certified	December 14, 2009 (the order was back-dated to December 19, 2008 on August 27, 2012)

plaidaient la cause d'action statutaire et par laquelle ils ajoutaient les personnes suivantes comme défendeurs : Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble. Les défendeurs déposaient une défense le 6 février 2012, laquelle fut modifiée le 16 février 2012, jour du prononcé de l'arrêt *Timminco*, pour prétendre que le délai de prescription applicable au droit d'action légal des demandeurs était expiré.

[31] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *IMAX* :

Déclarations inexactes alléguées	17 février au 9 mars 2006
Dépôt, en vertu de la <i>LRC</i> , d'une déclaration dans laquelle les demandeurs invoquent une cause d'action en common law et indiquent leur intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	20 septembre 2006
Avis de requête sollicitant une permission en vertu de l'art. 138.8	28 novembre 2006
Audition de la requête pour permission et de la requête en autorisation du recours collectif	15-19 décembre 2008
<b>Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire</b>	<b>17 février au 9 mars 2009</b>
Permission accordée et recours collectif autorisé	14 décembre 2009 (le 27 août 2012, l'ordonnance a été antidatée au 19 décembre 2008)



Fresh statement of claim pleading statutory cause of action and adding new defendants filed	December 12, 2011
<i>Timminco</i> released	February 16, 2012
Leave order amended <i>nunc pro tunc</i> : leave effective December 19, 2008	August 27, 2012

(b) *Disposition*

[32] In her decision to amend the leave order, van Rensburg J., too, found that she was bound by *Timminco*, but she parted company with Strathy J. by finding that she had an inherent jurisdiction to grant the motion for leave *nunc pro tunc*. She wrote that absent an explicit prohibition of a *nunc pro tunc* order, a statute must be understood to contemplate the possibility of such an order. Furthermore, she drew attention to the inclusion of s. 138.14 in Sch. B to the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, which according to her lists provisions in respect of which common law doctrines such as *nunc pro tunc* continue to apply. On her reading of the jurisprudence on *nunc pro tunc* orders, the case before her was clearly one in which the court has the ability to ensure that a plaintiff's rights will not be arbitrarily affected by matters outside his or her control, such as the court's schedule. Van Rensburg J. added that limitation periods are not meant to foreclose causes of action that have been "actively and vigorously pursued" (para. 85). She granted the plaintiffs leave *nunc pro tunc* effective December 19, 2008, the date argument was concluded on the leave motion, and authorized the plaintiffs to amend their statement of claim to assert the statutory claim, except against two of the proposed defendants, Mr. Utay and Mr. Fuchs. Van Rensburg J. excluded them from the *nunc pro tunc* order as a result of her finding in *Silver v. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at

Dépôt de la déclaration amendée plaidant une cause d'action statutaire et ajoutant de nouveaux défendeurs	12 décembre 2011
Arrêt <i>Timminco</i>	16 février 2012
Ordonnance modifiée accordant la permission <i>nunc pro tunc</i> : la permission prend effet le 19 décembre 2008	27 août 2012

b) *Décision*

[32] Dans sa décision de modifier l'ordonnance accordant la permission, la juge van Rensburg s'est elle aussi estimée liée par l'arrêt *Timminco*, mais s'est dissociée du juge Strathy en concluant qu'elle avait compétence inhérente pour accueillir la requête pour permission *nunc pro tunc*. Elle a écrit que, sauf disposition expresse interdisant le prononcé d'une ordonnance *nunc pro tunc*, la loi devait être comprise comme permettant de rendre pareille ordonnance. De plus, elle a souligné l'ajout de l'art. 138.14 à l'ann. B de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, laquelle, de l'avis de la juge, contient une liste des dispositions à l'égard desquelles les doctrines de common law comme celle de *nunc pro tunc* subsistent. Selon sa compréhension de la jurisprudence sur les ordonnances *nunc pro tunc*, l'affaire dont elle était saisie en était clairement une où le tribunal pouvait intervenir afin que les droits du demandeur ne soient pas arbitrairement compromis par des questions indépendantes de la volonté de ce dernier comme le calendrier du tribunal. La juge van Rensburg a ajouté que les délais de prescription ne visent pas à faire obstacle aux causes d'action [TRADUCTION] « activement et vigoureusement invoquées » (par. 85). Elle a accordé aux demandeurs la permission *nunc pro tunc* au 19 décembre 2008, le jour de la conclusion du débat sur la requête, et leur a permis d'amender leur déclaration pour invoquer le recours statuaire,

para. 24, that the plaintiffs had no reasonable possibility of success against them.

[33] Additionally, van Rensburg J. held that the doctrine of special circumstances was not applicable in this case. In her estimation, the doctrine is meant to allow amendments to an existing statement of claim which add new causes of action where the limitation period has been suspended by the commencement of the action, whereas the plaintiffs in the case before her were seeking to amend their statement of claim to add a claim which stemmed from the same facts but required leave. She found that the doctrine was “analytically irrelevant”, since it did not “fit within the framework of a limitation period such as that provided for in s. 138.14” (para. 77).

(3) *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264

(a) *Facts and Procedural Timeline*

[34] The defendant Celestica Inc. is an electronics manufacturer incorporated in Ontario that trades shares on both the Toronto Stock Exchange (“TSX”) and the New York Stock Exchange. The plaintiffs Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (“Millwright Trustees”) purchased Celestica shares on both exchanges, whereas the plaintiffs Nabil Berzi and Huacheng Xing purchased Celestica shares only on the TSX. The alleged misrepresentations relate to the progress and success of a \$225 to \$275 million restructuring of the company that took place between January 27, 2005 and January 30, 2007.

sauf à l’égard de deux des défendeurs proposés, MM. Utay et Fuchs. La juge van Rensburg a refusé d’inclure ces défendeurs dans l’ordonnance *nunc pro tunc* en raison de la conclusion qu’elle a tirée au par. 24 de la décision *Silver c. Imax Corp.* (2009), 66 B.L.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), selon laquelle les demandeurs n’avaient aucune possibilité raisonnable de succès contre eux.

[33] De plus, la juge van Rensburg a conclu que la doctrine des circonstances spéciales ne s’appliquait pas dans cette affaire. Selon elle, cette doctrine vise à autoriser des modifications à une déclaration existante pour ajouter de nouvelles causes d’action lorsque la prescription a été suspendue en raison de l’introduction du recours, alors que les demandeurs en l’espèce cherchaient à insérer dans leur déclaration une réclamation qui découlait des mêmes faits, mais qui nécessitait une permission. Elle a estimé que la doctrine n’était [TRADUCTION] « pas pertinente sur le plan analytique » puisqu’elle « ne s’inscrivait pas dans le cadre d’un délai de prescription comme celui prévu à l’art. 138.14 » (par. 77).

(3) *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264

a) *Faits et chronologie des procédures*

[34] La défenderesse Celestica Inc. est un fabricant de produits électroniques constitué en société en Ontario, dont les actions sont transigées à la Bourse de Toronto (« TSX ») et à la Bourse de New York. Les demandeurs fiduciaires de la caisse de retraite du Millwright Regional Council of Ontario (« fiduciaires de Millwright ») ont acheté des actions de Celestica sur les deux bourses tandis que les demandeurs Nabil Berzi et Huacheng Xing n’ont acheté des actions de cette société que sur la TSX. Les déclarations inexactes de faits alléguées concernent l’évolution et le succès d’une restructuration de la société de 225 à 275 millions de dollars, et ces déclarations auraient été faites entre le 27 janvier 2005 et le 30 janvier 2007.

[35] The Millwright Trustees launched a class action in the United States on March 2, 2007. On August 20, 2007, Mr. Xing filed a statement of claim in Ontario for a class proceeding concerning a common law cause of action for misrepresentation in which he pleaded an intention to seek leave in respect of a statutory claim under s. 138.3 *OSA*; Mr. Berzi did the same on August 27, 2008. The Millwright Trustees' U.S. class action was dismissed in District Court on October 14, 2010 after a pivotal ruling in *Morrison v. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010), to the effect that "foreign plaintiffs who purchased securities on foreign exchanges where there was no trading of those securities on any domestic U.S. exchange could no longer pursue actions under the U.S. *Securities and Exchange Act of 1934*, 15 U.S.C. § 78a" (*Celestica*, at para. 33). In response, the Millwright Trustees filed a statement of claim for a class proceeding concerning a common law cause of action for misrepresentation in Ontario on April 8, 2011, alleging the same misrepresentations in *Celestica*'s public disclosure documents as in their U.S. case. On December 29, 2011, the U.S. Second Circuit Court of Appeals unanimously reversed the dismissal of the Millwright Trustees' action and remanded that action for further proceedings. At that time, the pending actions of Mr. Xing and Mr. Berzi in Ontario remained inactive.

[36] The release of *Timminco* on February 16, 2012 spurred the plaintiffs into action on the Canadian front. The Millwright Trustees filed a motion for leave under s. 138.8 *OSA* on February 24, 2012. Perell J. then ordered the consolidation of the Millwright Trustees, Xing and Berzi cases on April 13, 2012. A motion to strike all claims as statute-barred was heard in October of that year.

[37] This table illustrates the timeline of the events in *Celestica*:

[35] Les fiduciaires de Millwright ont intenté un recours collectif aux États-Unis le 2 mars 2007. Le 20 août 2007, M. Xing déposait en Ontario une déclaration dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law, où il indiquait son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM*. Monsieur Berzi faisait de même le 27 août 2008. Le recours collectif intenté par les fiduciaires de Millwright aux É.-U. fut rejeté en cour de district le 14 octobre 2010, après le prononcé de l'arrêt clé *Morrison c. National Australia Bank Ltd.*, 561 U.S. 247 (2010), dans laquelle le juge a conclu que [TRADUCTION] « les demandeurs étrangers qui ont acheté des valeurs mobilières sur les bourses étrangères — du fait que celles-ci n'étaient négociées sur aucune bourse américaine interne — ne pouvaient désormais plus instituer de recours sur le fondement de la *Securities and Exchange Act of 1934*, 15 U.S.C. § 78a, des États-Unis » (*Celestica*, par. 33). Les fiduciaires de Millwright réagirent en déposant le 8 avril 2011 une déclaration dans le cadre d'un recours collectif pour déclaration inexacte en common law en Ontario, dans laquelle ils alléguaient les mêmes informations inexactes contenues dans les documents dévoilés publiquement par *Celestica* que dans leur dossier américain. Le 29 décembre 2011, la Cour d'appel du deuxième circuit des É.-U. infirmait à l'unanimité le rejet du recours des fiduciaires de Millwright et renvoyait l'affaire pour qu'elle suive son cours. Pendant ce temps, les recours de MM. Xing et Berzi pendants en Ontario étaient restés au point mort.

[36] L'arrêt *Timminco* rendu le 16 février 2012 a incité les demandeurs à agir du côté canadien. Le 24 février 2012, les fiduciaires de Millwright déposaient une requête pour permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. Le juge Perell a alors ordonné le regroupement des actions des fiduciaires de Millwright, de M. Xing et de M. Berzi le 13 avril 2012. Une requête demandant le rejet de toutes les actions au motif qu'elles étaient prescrites fut entendue en octobre 2012.

[37] Le tableau ci-dessous illustre la chronologie des événements dans *Celestica* :

Alleged misrepresentations	January 27, 2005 to January 30, 2007
Millwright Trustees file class action in U.S.	March 2, 2007
Xing files pursuant to the CPA a statement of claim for common law cause of action and pleading intent to seek leave for s. 138.3 statutory action	August 20, 2007
Defendants in U.S. class action bring motion to strike	March 17, 2008
Berzi files statement of claim for common law cause of action and pleading intent to seek leave for s. 138.3 action	August 27, 2008
<b>Limitation period expires for statutory action</b>	<b>January 27, 2008 to January 30, 2010</b>
U.S. Supreme Court decision in <i>Morrison</i>	June 24, 2010
District Court dismisses Millwright Trustees' U.S. class proceeding	October 14, 2010

Déclarations inexactes alléguées	27 janvier 2005 au 30 janvier 2007
Dépôt d'un recours collectif par les fiduciaires de Millwright aux É.-U.	2 mars 2007
Dépôt par M. Xing, en vertu de la LRC, d'une déclaration dans laquelle il invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	20 août 2007
Les défendeurs américains présentent une requête en rejet	17 mars 2008
Dépôt par M. Berzi, en vertu de la LRC, d'une déclaration dans laquelle il invoque une cause d'action en common law et indique son intention de demander la permission d'intenter un recours en vertu de l'art. 138.3	27 août 2008
<b>Expiration du délai de prescription applicable à l'action statutaire</b>	<b>27 janvier 2008 au 30 janvier 2010</b>
Arrêt <i>Morrison</i> de la Cour suprême des É.-U.	24 juin 2010
La Cour de district rejette le recours collectif intenté par les fiduciaires de Millwright aux É.-U.	14 octobre 2010

Millwright Trustees file statement of claim for common law cause of action	April 8, 2011
U.S. Court of Appeals reverses dismissal of U.S. class action	December 29, 2011
<i>Timminco</i> released	February 16, 2012
Notice of motion seeking leave under s. 138.8 OSA filed by Millwright Trustees	February 24, 2012
Xing, Berzi and Millwright Trustees actions consolidated	April 13, 2012

(b) *Disposition*

[38] Perell J. ruled that as a result of *Timminco*, the statutory claim was time-barred, but he found that the doctrine of special circumstances could be applied so as to grant leave *nunc pro tunc* were it necessary to do so. Broadly, in his view, the doctrine is not limited to the addition of new causes of action, as van Rensburg J. had suggested, but is, rather, a discretionary doctrine that can be adapted to the factual circumstances of a particular case. In addition, he wrote, the doctrine of special circumstances is a common law doctrine which is applicable to the s. 138.14 OSA limitation period as a result of that provision's inclusion in Sch. B to the *Limitations Act, 2002*. Perell J. then held that the following special circumstances existed in the case before him:

Dépôt par les fiduciaires de Millwright d'une déclaration invoquant une cause d'action en common law	8 avril 2011
La Cour d'appel des É.-U. infirme le rejet du recours collectif américain	29 décembre 2011
Arrêt <i>Timminco</i>	16 février 2012
Dépôt par les fiduciaires de Millwright d'un avis de requête sollicitant la permission en vertu de l'art. 138.8 de la LVM	24 février 2012
Regroupement des actions de M. Xing, de M. Berzi et des fiduciaires de Millwright	13 avril 2012

b) *Décision*

[38] Le juge Perell a statué que, selon *Timminco*, le recours statuaire était prescrit, mais il a conclu que la doctrine des circonstances spéciales pouvait s'appliquer de façon à accorder la permission *nunc pro tunc* quand il était nécessaire de le faire. De façon générale, selon le juge Perell, la doctrine ne se limite pas à l'ajout de nouvelles causes d'action, comme le suggérait la juge van Rensburg, mais constitue plutôt une doctrine discrétionnaire adaptable aux faits propres à une affaire donnée. Il ajoute que cette doctrine en est aussi une de common law, applicable au délai imparti à l'art. 138.14 de la LVM puisque cette disposition figure à l'ann. B de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Le juge Perell a ensuite conclu que les circonstances spéciales suivantes étaient présentes dans le cas dont il était saisi :

. . . (1) the defendants have known of the factual allegations against them since 2007, including the Part XXIII.1 claims; (2) the defendants have had a full opportunity to investigate the claims against them; (3) there is no prejudice to the defendants; (4) the law has changed unexpectedly — twice — each time to the plaintiffs' and class' detriment; (5) the plaintiffs' Part XXIII.1 claims do not raise new factual allegations; and (6) the defendants did not raise limitation periods in any of the class proceedings until now. [para. 145]

[39] Perell J. therefore ruled that these special circumstances would justify granting leave for the statutory action *nunc pro tunc* were it to be granted at a later date. Leave was eventually granted to the plaintiffs with respect to some of the alleged misrepresentations a year and a half later: 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12.

C. *Ontario Court of Appeal Decision (2014 ONCA 90)*

[40] The Ontario Court of Appeal convened a panel of five judges to consider the appeals from the decisions on the motions in the three cases and to determine whether *Timminco* should be overturned.

[41] Feldman J.A., writing for a unanimous court, held that for the purposes of s. 28 CPA, asserting a claim should be understood to mean “to invoke a legal right” rather than solely to “enforce” one, particularly considering that any ambiguity in interpreting a limitation provision must be resolved in favour of the plaintiff (paras. 45-47). The court found that this interpretation would not produce an indefinite suspension, which was a concern Goudge J.A. had raised in *Timminco*, because the diligence of the defendants and the class action case management judge would ensure that stalled proceedings are dismissed. Feldman J.A. reasoned that although this reading of s. 28 CPA produces the “unusual, if not anomalous effect” (para. 51) that the limitation period will be suspended if a s. 138.3 statutory

[TRANSCRIPTION] . . . (1) les défendeurs connaissaient les allégations de fait formulées contre eux depuis 2007, de même que les réclamations fondées sur la partie XXIII.1; (2) les défendeurs avaient eu amplement l'occasion d'examiner les réclamations présentées contre eux; (3) les défendeurs n'ont subi aucun préjudice; (4) le droit a changé de manière inattendue — deux fois — chaque fois au détriment des demandeurs et du groupe; (5) les réclamations des demandeurs fondées sur la partie XXIII.1 ne soulèvent aucune nouvelle allégation de fait; (6) les défendeurs n'ont invoqué les délais de prescription dans aucun des recours collectifs avant aujourd'hui. [par. 145]

[39] Le juge Perell a en conséquence statué que ces circonstances spéciales justifieraient l'octroi *nunc pro tunc* de la permission d'intenter le recours statuaire, si elle devait être accordée à une date ultérieure. La permission fut finalement accordée aux demandeurs relativement à certaines des déclarations inexactes alléguées un an et demi plus tard : 2014 ONSC 1057, 49 C.P.C. (7th) 12.

C. *La décision de la Cour d'appel de l'Ontario (2014 ONCA 90)*

[40] La Cour d'appel de l'Ontario a convoqué une formation de cinq juges pour instruire les appels interjetés contre les décisions sur les requêtes dans les trois dossiers et pour décider si l'arrêt *Timminco* devait être infirmé.

[41] S'exprimant au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, la juge Feldman a conclu que le terme « invoquée » figurant à l'art. 28 de la LRC devait être compris comme signifiant [TRANSCRIPTION] « invoquer un droit », et non simplement « le faire valoir », surtout en tenant compte du fait que toute ambiguïté dans l'interprétation d'un délai de prescription devait être résolue en faveur du demandeur (par. 45-47). La Cour d'appel a conclu que cette interprétation n'aurait pas comme conséquence la suspension indéfinie du recours collectif, comme le craignait le juge Goudge dans l'arrêt *Timminco*, puisque des défendeurs diligents et le juge chargé de la gestion de l'instance feraient en sorte que les recours frivoles soient rejetés. La juge Feldman a expliqué que même si cette interprétation de l'art. 28

claim is asserted in a class proceeding, but not if it is asserted in an individual action, this effect followed from a statutory scheme that was optimized for class proceedings. Feldman J.A. also expressed concern for judicial economy, worrying that all members of a class would be required to start their own actions while waiting to see if leave would be granted in the class proceeding. Overall, the Court of Appeal ruled that its new interpretation was consistent with the purposes of the *CPA* and the *OSA*, and of limitation periods generally.

[42] As a result of the Court of Appeal's conclusion that *Timminco* had been wrongly decided, the statutory actions in *CIBC*, *IMAX* and *Celestica* were each held not to be statute-barred. Feldman J.A. also upheld the interpretation of the "reasonable possibility" threshold for granting leave under s. 138.8 *OSA* given by Strathy J. in *CIBC*.

#### D. *Legislative Amendment*

[43] Following the Court of Appeal's decision in the cases at bar, the Ontario legislature amended s. 138.14 *OSA* to include the following subs. (2):

(2) A limitation period established by subsection (1) in respect of an action is suspended on the date a notice of motion for leave under section 138.8 is filed with the court and resumes running on the date,

- (a) the court grants leave or dismisses the motion and,
  - (i) all appeals have been exhausted, or
  - (ii) the time for an appeal has expired without an appeal being filed; or
- (b) the motion is abandoned or discontinued.

de la *LRC* a pour conséquence que le délai de prescription soit suspendu dès qu'un recours visé par l'art. 138.3 est exercé par le biais d'un recours collectif, alors que ce ne serait pas le cas d'un recours individuel, cette conséquence « inhabituelle, voire anormale » (par. 51) est néanmoins conforme au régime législatif optimisé pour les recours collectifs. La juge Feldman a également indiqué se soucier de l'économie des ressources judiciaires, craignant que les membres du groupe soient tous tenus d'intenter leur propre action en attendant de voir si la permission sollicitée serait accordée. Dans l'ensemble, la Cour d'appel a jugé que cette nouvelle interprétation concordait avec les objets de la *LRC* et de la *LVM* ainsi qu'avec les délais de prescription en général.

[42] La Cour d'appel ayant conclu que l'arrêt *Timminco* était mal fondé, les recours statutaires intentés dans les dossiers *CIBC*, *IMAX* et *Celestica* ont tous été jugés non prescrits. La juge Feldman a également confirmé l'interprétation qu'avait donnée le juge Strathy dans *CIBC* du critère préliminaire de la « possibilité raisonnable » applicable en matière de permission suivant l'art. 138.8 de la *LVM*.

#### D. *Modification législative*

[43] À la suite de la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers, le législateur ontarien a modifié l'art. 138.14 de la *LVM* afin d'y ajouter le par. (2) ci-dessous :

(2) Le délai de prescription créé par le paragraphe (1) à l'égard d'une action est suspendu à la date où un avis de motion en autorisation visé à l'article 138.8 est déposé au tribunal et recommence à courir à la date où, selon le cas :

- a) le tribunal accorde l'autorisation ou rejette la motion et l'une des conditions suivantes est remplie :
  - (i) toutes les voies d'appel ont été épuisées,
  - (ii) le délai d'appel a expiré sans qu'un appel ait été interjeté;
- b) la motion fait l'objet d'un désistement.

#### IV. Issues

[44] There are two issues common to each of these appeals:

1. Does s. 28 *CPA* operate to suspend the limitation period applicable to a statutory claim under s. 138.3 *OSA* at the time when an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* is pleaded in a proposed class proceeding alleging a common law misrepresentation claim?
2. If not, can the plaintiffs obtain relief in the form of an order granting leave *nunc pro tunc* or pursuant to the doctrine of special circumstances?

[45] In addition, there are two issues raised only by the defendants in *CIBC* which I will discuss at the end of these reasons:

1. Was the threshold test for leave under s. 138.8 *OSA* properly interpreted and applied?
2. Can a class proceeding based on a common law cause of action be the preferable procedure for resolving a secondary market misrepresentation claim?

#### V. Analysis

##### A. *Interpretation of the Legislation*

[46] In *Timminco* and the cases at bar, the Ontario Court of Appeal advanced two different interpretations of s. 28 *CPA*. According to its decision in the cases at bar, pleading the relevant facts and an intention to seek leave for a statutory cause of action under s. 138.3 *OSA* is sufficient to trigger s. 28 *CPA* and suspend the limitation period for all class members, including the representative plaintiff. According to *Timminco*, leave must be granted under s. 138.8 *OSA* before the limitation period can be

#### IV. Questions en litige

[44] Deux questions en litige sont communes à chacun des pourvois :

1. L'article 28 de la *LRC* a-t-il pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à un recours statutaire en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* à partir du moment où le demandeur indique son intention de demander la permission prévue à l'art. 138.8 de cette loi dans un recours collectif projeté pour déclaration inexacte en common law?
2. Dans la négative, le demandeur peut-il obtenir réparation sous forme d'une ordonnance accordant la permission *nunc pro tunc* ou par l'application de la doctrine des circonstances spéciales?

[45] De plus, deux questions sont soulevées uniquement par les défendeurs dans le dossier *CIBC*, questions analysées à la fin des présents motifs :

1. Le critère préliminaire applicable à la permission visée par l'art. 138.8 de la *LVM* a-t-il été dûment interprété et appliqué?
2. Un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law est-il le meilleur moyen pour faire valoir un recours fondé sur une déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire?

#### V. Analyse

##### A. *Interprétation de la législation*

[46] Dans *Timminco* et les affaires qui nous occupent, la Cour d'appel de l'Ontario a proposé deux interprétations différentes de l'art. 28 de la *LRC*. Suivant sa décision dans les présents dossiers, il suffit d'alléguer les faits pertinents et d'indiquer une intention de demander la permission d'exercer un recours en vertu de l'art. 138.3 de la *LVM* pour que l'art. 28 de la *LRC* opère et suspende le délai de prescription à l'égard de tous les membres du groupe, y compris leur représentant. Suivant la décision rendue



suspended under s. 28 *CPA*. Neither of these interpretations matches the subsequent amendment to s. 138.14 *OSA*, which provides that the limitation period for a claimant is suspended upon the filing of a notice of motion seeking leave under s. 138.8.

(1) Ordinary and Grammatical Meaning of the Words

[47] In my opinion, there is no ambiguity in the interaction of s. 28 *CPA* with Part XXIII.1 *OSA*. The ordinary and grammatical meaning of the words clearly confirms the ruling in *Timminco* regarding the aforementioned provisions. Furthermore, an analysis of the legislative context does not support the Court of Appeal's decision in the cases at bar. Feldman J.A.'s interpretation of s. 28 *CPA* goes against the very purpose of s. 138.14 *OSA*, namely to impose an additional mechanism designed to screen out strike suits as early as possible in the litigation process.

[48] Section 28 *CPA* requires “a cause of action asserted” in order for the limitation period to be suspended in favour of the class members “on the commencement of the class proceeding”. Section 138.8(1) *OSA* is clear, however: “No action may be commenced under s. 138.3 without leave of the court . . . .” On its face, the timing is clear. Unless leave is granted, a statutory action may not be commenced under Part XXIII.1 *OSA*, and it is not until the action commences that a limitation period can be suspended under s. 28 *CPA*. In short, I am of the view that, under s. 138.8(1) *OSA*, a statutory action commenced without having first obtained leave is a nullity and a statutory claim under Part XXIII.1 *OSA* cannot be validly commenced without leave of the court. Therefore, the limitation period cannot be suspended in favour of the class members under s. 28 *CPA* before leave is granted.

dans *Timminco*, il faut obtenir la permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM* avant que le délai de prescription ne soit suspendu en vertu de l'art. 28 de la *LRC*. Aucune de ces interprétations ne concorde avec la modification apportée subséquemment à l'art. 138.14 de la *LVM*, à l'effet que le délai de prescription est suspendu dès le dépôt d'un avis de requête pour permission en vertu de l'art. 138.8.

(1) Sens ordinaire et grammatical des mots

[47] À mon avis, il n'y a aucune ambiguïté entre l'art. 28 de la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM*. Le sens ordinaire et grammatical des mots confirme clairement la décision rendue dans *Timminco* quant aux dispositions susmentionnées. De plus, l'analyse du contexte législatif n'appuie pas la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers. L'interprétation donnée par la juge Feldman à l'art. 28 de la *LRC* va à l'encontre de l'objet même de l'art. 138.14 de la *LVM*, soit d'établir un mécanisme supplémentaire de filtrage visant à écarter dès que possible dans le processus les poursuites opportunistes et dénuées de fondement.

[48] L'article 28 de la *LRC* exige « une cause d'action invoquée » pour que le délai de prescription soit suspendu en faveur des membres du groupe « à l'introduction du recours collectif ». Le paragraphe 138.8(1) de la *LVM* est toutefois clair : « Une action ne peut être intentée en vertu de l'article 138.3 qu'avec l'autorisation du tribunal . . . » À première vue, la chronologie est claire. Sans la permission, un recours ne peut être intenté en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM*, et ce n'est qu'après l'introduction du recours que le délai de prescription peut être suspendu en application de l'art. 28 de la *LRC*. Bref, j'estime que, suivant le par. 138.8(1) de la *LVM*, un recours statutaire intenté sans permission préalable est nul et qu'un recours prévu par la partie XXIII.1 de la *LVM* ne peut être introduit valablement sans la permission du tribunal. Le délai de prescription ne peut donc être suspendu en faveur des membres du groupe en application de l'art. 28 de la *LRC* avant que la permission n'ait été accordée.

[49] The Court of Appeal's ruling in the instant cases, if accepted, would create unnecessary inconsistencies between the two pieces of legislation and within the *OSA* itself. The result of Feldman J.A.'s interpretation is that a plaintiff proceeding by way of a class action would have more rights than a plaintiff suing in his or her individual capacity. Yet class actions are merely procedural vehicles, designed to extend the substantive rights of the representative plaintiff to the entire class, not to create substantive rights for the class which an individual plaintiff would not otherwise enjoy since they do not exist.

[50] It is also quite troubling that the effect of the Court of Appeal's ruling in the instant cases is that a class proceeding asserting a statutory cause of action can commence before a judge has granted the initial leave to allow the statutory action itself to commence. This is plainly putting the cart before the horse: a class proceeding cannot commence before the action itself commences.

[51] I also agree with the interpretation of the meaning of the word "assert" in s. 28 *CPA* proposed by Goudge J.A. in *Timminco*. The plaintiffs argue that to trigger the application of s. 28 *CPA*, it is sufficient to merely plead the material facts of the claim which are common to the statutory and common law causes of action together with an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA*. Although it is true that the definition of "cause of action" is the set of facts that give rise to a legal right of action, I am of the view that the *assertion* of a cause of action must be premised on the existence of a "right of action". In this sense, the meaning of the word "assert", plucked and isolated from the context of the provision, is a red herring. In *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387, the relevant limitation provision required that a written notice be provided before an action was commenced. This Court held that "the notice which is required is not simply a procedural step. It is part of the very formation of the right of action" (p. 396). The same reasoning applies here with respect to the leave requirement, and I do not share Karakatsanis J.'s view that that case dealt

[49] Accepter la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers créerait des divergences non nécessaires entre les deux textes de loi et à l'intérieur de la *LVM* elle-même. Selon l'interprétation de la juge Feldman, le demandeur qui choisirait le véhicule (ou mécanisme) procédural qu'est le recours collectif aurait plus de droits que le demandeur engageant une poursuite individuelle. Or, les recours collectifs ne sont que des véhicules (ou mécanismes) procéduraux conçus pour étendre les droits substantiels du représentant des demandeurs au groupe, et non pour créer au bénéfice du groupe des droits substantiels dont un demandeur particulier ne pourrait jouir autrement, puisqu'inexistants.

[50] Il est aussi particulièrement troublant de constater que la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers permettrait l'introduction d'un recours collectif invoquant une cause d'action statutaire avant que le juge n'ait accordé la permission d'intenter le recours statutaire lui-même. Cela revient clairement à mettre la charrue devant les bœufs : un recours collectif ne peut être introduit avant que l'action puisse l'être.

[51] Je souscris en outre à l'interprétation que le juge Goudge propose, dans *Timminco*, de donner au mot « invoquée » figurant à l'art. 28 de la *LRC*. Les demandeurs soutiennent que, pour que l'art. 28 de la *LRC* s'applique, il suffit simplement d'alléguer les faits essentiels de la réclamation, tant ceux qui sont communs au recours statutaire qu'à la cause d'action en common law, en plus d'indiquer une intention de demander une permission en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. S'il est vrai que la « cause d'action » s'entend des faits à l'origine du droit d'action, j'estime que l'*assertion* d'une cause d'action doit reposer sur l'existence d'un « droit d'action ». En ce sens, la signification du mot « invoquée », extrait et isolé du contexte de la disposition, n'est qu'une diversion. Dans *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387, la disposition pertinente en matière de prescription exigeait qu'on donne un avis écrit avant d'intenter une action. Selon la Cour, « l'avis qui est exigé ne constitue pas une simple mesure de procédure. Il fait partie de la formation même du droit d'action » (p. 396). Le même raisonnement vaut en l'espèce en ce qui

with a different issue. Given the clear wording of s. 138.3 *OSA*, pleading a factual matrix and an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot amount to the assertion of the statutory cause of action.

[52] Furthermore, as can be seen from the legislative history, the original draft of what is now s. 28 *CPA* read “a cause of action advanced in a proceeding” before it was later changed to “a cause of action asserted in a class proceeding” in the final piece of legislation: *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 47. In my opinion, this change is evidence that the legislature intended “assert” to represent a more forceful concept than a mere mention or advancement of a cause of action, since the change would otherwise have been unnecessary.

[53] Viewing these provisions together, there is no ambiguity to speak of in their interaction. Section 28 *CPA* does not operate to suspend the limitation period applicable to a cause of action until the commencement of a class proceeding in which the cause of action is asserted. This commencement cannot occur under Part XXIII.1 *OSA* until leave is granted. In this sense, the leave requirement of s. 138.8 *OSA* is a hurdle which must be cleared before s. 28 *CPA* can operate to suspend the limitation period. The necessity of the leave requirement is equally applicable for an individual plaintiff and for a representative plaintiff in a class proceeding. However, in the latter case, once leave has been granted to one plaintiff, the members of the group benefit from it and the limitation period is suspended for all.

[54] Finally, considering the entire context, I am also of the view that pleading an intention to seek leave under s. 138.8 *OSA* cannot have the effect of

concerne l’obligation d’obtenir une permission et je ne partage pas l’avis de la juge Karakatsanis selon lequel cette affaire portait sur une autre question. Vu le libellé clair de l’art. 138.3 de la *LVM*, alléguer un fondement factuel et indiquer une intention de demander la permission en vertu de l’art. 138.8 de la *LVM* ne peuvent signifier invoquer la cause d’action statutaire.

[52] Qui plus est, comme en témoigne l’historique législatif, le projet initial de l’actuel art. 28 de la *LRC* contenait l’expression [TRADUCTION] « une cause d’action alléguée dans une instance » avant que celle-ci ne soit ultérieurement remplacée par « une cause d’action invoquée dans un recours collectif » dans le texte de loi final : *Report of the Attorney General’s Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 47. À mon sens, cette modification témoigne du fait que le législateur voulait que le terme « invoquer » exprime davantage qu’une simple mention ou allégation d’une cause d’action, puisqu’autrement, la modification aurait été inutile.

[53] Lorsque ces dispositions sont considérées dans leur ensemble, il n’y a aucune ambiguïté dans leur interaction. L’article 28 de la *LRC* n’a pas pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à une cause d’action avant que le recours collectif invoquant la cause d’action ne soit introduit. Ce recours collectif ne peut être introduit en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* jusqu’à ce que la permission soit accordée. En ce sens, l’obligation d’obtenir la permission visée à l’art. 138.8 de la *LVM* est un obstacle qui doit être franchi avant que l’art. 28 de la *LRC* puisse avoir pour effet de suspendre le délai de prescription. La nécessité d’obtenir une permission préalable s’applique tant au demandeur individuel qu’au représentant des demandeurs dans un recours collectif. Mais dans ce dernier cas, dès que la permission est accordée à un demandeur, les membres du groupe en bénéficient et le délai de prescription est suspendu à l’endroit de tous les membres du groupe.

[54] Enfin, compte tenu de l’ensemble du contexte, je suis également d’avis qu’indiquer une intention de demander la permission en vertu de

suspending the limitation period prior to the time when leave is granted by the court. At that time, and only at that time, the representative plaintiff will have the benefit of suspension of the limitation period, and a class proceeding in respect of the statutory claim may be commenced.

## (2) Legislative Purpose and Structure

[55] Even if we were to assume that there is an ambiguity in the wording of the relevant provisions — which there is not — the legislative purpose and structure of those provisions would nonetheless support my conclusion. In other words, “the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament” are consistent with the ordinary and grammatical meaning of the words, which is another reason not to depart from that meaning: E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; see *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21. To hold that s. 28 *CPA* operates to suspend a limitation period for a statutory claim under s. 138.3 *OSA* before leave is obtained would be to circumvent the carefully calibrated purposive balance struck by the limits to the statutory action provided for in Part XXIII.1 *OSA*. Such an interpretation would render s. 138.8 *OSA* ineffective, since the suspension of the limitation period, although not permanent, could nevertheless delay the decision on the merits of leave for several months or even for years, as the cases at bar demonstrate.

[56] In these appeals, the legislative context has three components that must be interwoven as seamlessly as possible: the purposes attributed to limitation periods generally; the *CPA*, which gives structure and form to class action proceedings; and Part XXIII.1 *OSA*, enacted subsequently to the *CPA*, which lays out the scheme for the statutory claim for secondary market misrepresentation. The goal of interpretation is to maximize the coherence of these

l’art. 138.8 de la *LVM* ne peut, selon moi, avoir pour effet de suspendre le délai de prescription avant que la permission n’ait été accordée par le tribunal. À ce moment-là, et à ce moment-là seulement, le représentant des demandeurs pourra bénéficier d’une suspension du délai de prescription, et un recours collectif fondé sur la cause d’action statutaire pourra être intenté.

## (2) Objet et structure de la loi

[55] Même à supposer que le libellé des dispositions pertinentes comporte une ambiguïté — laquelle n’existe pas —, le but et la structure de ces dispositions étayent ma conclusion. En d’autres termes, [TRADUCTION] « l’économie de la loi, son objet et l’intention du législateur » sont compatibles avec le sens ordinaire et grammatical des mots, ce qui constitue une autre raison de ne pas s’en écarter : E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), p. 87; voir *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 26; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21. Conclure que l’art. 28 de la *LRC* a pour effet de suspendre un délai de prescription applicable à un recours visé par l’art. 138.3 de la *LVM* avant que la permission n’ait été obtenue contournerait l’équilibre téléologique soigneusement atteint par les limites imposées au recours statutaire par la partie XXIII.1 de la *LVM*. Pareille interprétation rendrait inefficace l’art. 138.8 de la *LVM*, puisque la suspension du délai de prescription, quoique temporaire, pourrait néanmoins retarder la décision sur le bien-fondé de la demande de permission de plusieurs mois, voire des années, comme le démontrent les dossiers qui nous occupent.

[56] Dans les présents pourvois, le contexte législatif comporte trois éléments qui doivent coexister et s’agencer le plus harmonieusement possible : les objectifs des délais de prescription en général; la *LRC*, qui encadre la structure et la forme des recours collectifs; la partie XXIII.1 de la *LVM*, adoptée après la *LRC*, qui établit et encadre le mécanisme du recours pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. L’objectif de l’interprétation est

three components to the extent possible within the range of ordinary and grammatical meaning of the text.

(a) *Limitation Periods*

[57] This Court has generally recognized that limitation periods have three purposes known as the certainty, evidentiary and diligence rationales: *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at paras. 64-67, per McLachlin J.; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-31, per La Forest J. Limitation periods serve “(1) to promote accuracy and certainty in the adjudication of claims; (2) to provide fairness to persons who might be required to defend against claims based on stale evidence; and (3) to prompt persons who might wish to commence claims to be diligent in pursuing them in a timely fashion”: P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at p. 123.

[58] Clearly, it is desirable that litigation be accurate and certain, given that the passage of time dims memories and erodes evidence, and also that the risk of error grows as an adjudicator is further removed from the cause of action. Furthermore, after a certain time, possible defendants may be unaware of the need to preserve potentially enlightening or even exonerating pieces of evidence. Finally, it is appropriate to expect plaintiffs to assert their claims diligently and to be cognizant of their circumstances and of the extent of their control over them. Modern limitations legislation is therefore based on a recognition that limitation periods, in order to be effective, need to be final. This is the other side of the coin, the practical consequence of limitation periods that can make the application of a limitations statute seem harsh: *Novak*, at para. 8, per Iacobucci and Major JJ., dissenting.

de maximiser la cohérence de ces trois éléments dans la mesure du possible en fonction du sens ordinaire et grammatical du texte.

a) *Délais de prescription*

[57] Notre Cour a généralement reconnu que les délais de prescription poursuivent trois objectifs, soit la certitude, la préservation de la preuve et la diligence : *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 64-67, la juge McLachlin; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29-31, le juge La Forest. Les délais de prescriptions servent [TRADUCTION] « (1) à favoriser l’exactitude et la certitude dans le règlement des demandes; (2) à assurer l’équité aux personnes qui peuvent être contraintes de se défendre contre des réclamations fondées sur des éléments de preuve périmés; (3) à inciter les personnes qui pourraient vouloir intenter des recours à faire preuve de diligence en les intentant en temps opportun » : P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2<sup>e</sup> éd. 2014), p. 123.

[58] Manifestement, il est souhaitable d’assurer l’exactitude et la certitude dans les litiges, non seulement parce que le passage du temps estompe la mémoire et fragilise la preuve mais aussi parce que le risque d’erreurs augmente lorsque le décideur s’éloigne dans le temps de la cause d’action. De plus, après un certain temps, les éventuels défendeurs deviennent peut-être moins conscients de la nécessité de conserver des éléments de preuve susceptibles d’éclairer le tribunal ou qui peuvent même être exonératoires. Enfin, il est approprié de s’attendre à ce qu’un demandeur exerce ses droits d’action avec diligence tout en étant conscient des circonstances et de la mesure dans laquelle il les contrôle. Les dispositions législatives modernes en matière de prescription sont fondées sur le principe que, pour être efficace, le délai de prescription doit être définitif. C’est là l’autre côté de la médaille; la conséquence pratique des délais de prescription peut faire paraître dure l’application de dispositions législatives sur la prescription des actions : *Novak*, par. 8, les juges Iacobucci et Major, dissidents.

(b) *Class Proceedings Act*

[59] The Ontario Law Reform Commission identified three benefits of the class action procedure: judicial economy, increased access to the courts and modification of the behaviour of potential wrongdoers (*Report on Class Actions* (1982), vol. I, at pp. 117-46). Where there are multiple claims, the number of actions can be reduced via the consolidating mechanism of class proceedings. The aggregation of the class helps overcome social, psychological and economic barriers to redress. The possibility of a class action discourages unjust enrichment and encourages an internalization of costs. Finally, class proceedings extend the substantive rights of a representative plaintiff to the class in order to make the legal system more efficient, more accessible and more effective.

[60] The purpose of s. 28 *CPA* is to protect potential class members from the winding down of a limitation period until the feasibility of the class action is determined, thereby negating the need for each class member to commence an individual action in order to preserve his or her rights: *Coulson v. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, at para. 49, quoted with approval by the Court of Appeal, 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355, at para. 11. Once the umbrella of the right exists and is established by a potential class representative in asserting a cause of action, class members are entitled to take shelter under it as long as the right remains actively engaged. The provision is squarely aimed at judicial economy and access to the courts, encouraging the former while preserving the latter.

[61] In *Logan v. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (Ont. S.C.J.), it was these goals which were held to justify a reading of s. 28 *CPA* to the effect that the commencement of a class proceeding is not delayed until the time of certification: paras. 14-24, aff'd *Logan* (Ont. C.A.), at paras. 21 and 24. *Logan* therefore confirms that the

b) *Loi sur les recours collectifs*

[59] La Commission de réforme du droit de l'Ontario a identifié trois avantages du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, un meilleur accès aux tribunaux et la modification des comportements de délinquants potentiels (*Report on Class Actions* (1982), vol. I, p. 117-146). Lorsqu'il existe plusieurs réclamations, leur nombre peut être réduit par le mécanisme de regroupement qu'est le recours collectif. Le regroupement des membres aide à surmonter les obstacles d'ordre social, psychologique et économique au redressement. La possibilité d'intenter un recours collectif décourage l'enrichissement injustifié et favorise la répartition des coûts. Enfin, les recours collectifs étendent en faveur du groupe les droits substantiels du représentant des demandeurs afin de rendre le système de justice plus efficace et accessible.

[60] Le but de l'art. 28 de la *LRC* est de mettre les membres éventuels du groupe à l'abri de l'expiration du délai de prescription jusqu'à ce que soit déterminée la possibilité d'intenter le recours collectif, écartant ainsi la nécessité pour chaque membre du groupe d'intenter une action individuelle afin de préserver ses droits : *Coulson c. Citigroup Global Markets Canada Inc.*, 2010 ONSC 1596, 92 C.P.C. (6th) 301, par. 49, cité avec approbation en appel, 2012 ONCA 108, 288 O.A.C. 355, par. 11. Une fois que la protection du droit existe et est établie par le représentant éventuel du groupe au moment où il invoque une cause d'action, les membres du groupe bénéficient de cette protection aussi longtemps que la poursuite du droit en question demeure active. Cette disposition vise nettement à favoriser l'économie des ressources judiciaires tout en préservant l'accès aux tribunaux.

[61] Dans la décision *Logan c. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (C.S.J. Ont.), ce sont ces objectifs qui, selon le tribunal, justifient d'interpréter l'art. 28 de la *LRC* de manière à ce que la date de commencement d'un recours collectif ne soit pas reportée jusqu'à son autorisation : par. 14-24, conf. par *Logan* (C.A. Ont.), par. 21 et 24. Par

time of commencement precedes that of certification.

[62] Most importantly, as this Court has repeatedly ruled, a class action provision cannot operate to create or modify substantive legal rights: *Bou Malhab v. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 SCC 9, [2011] 1 S.C.R. 214, at para. 52; *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at para. 111; *Dell Computer Corp. v. Union des consommateurs*, 2007 SCC 34, [2007] 2 S.C.R. 801, at paras. 105-8. This principle forms a vital foundation for all class proceedings in Canada. Limitation periods and rights of action are such substantive legal rights.

(c) *Part XXIII.1 OSA*

[63] Part XXIII.1 *OSA* represents a carefully calibrated statutory head of liability for secondary market misrepresentation. Section 1.1 *OSA* provides that the *OSA*'s overall purposes are twofold: to protect investors "from unfair, improper or fraudulent practices", but also to guarantee fairness, efficiency and confidence in capital markets. Part XXIII.1 was developed progressively through a series of reports and other documents which ultimately culminated in the adoption of the statutory liability scheme in 2002. Three of the documents are vital to this appeal: (i) Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure (the "Allen Committee"), *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (the "Allen Committee Report"); (ii) Ontario Securities Commission, "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment" (1998), 21 OSCB 3335 and 3367 (the "1998 Draft Legislation"); and (iii) Canadian Securities Administrators ("CSA"), "Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of 'Material Fact' and 'Material Change'", CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383.

conséquent, la décision *Logan* confirme que la date de commencement du recours collectif précède son autorisation.

[62] Plus important encore, comme la Cour l'a conclu à maintes reprises, une disposition législative en matière de recours collectif ne peut servir à créer ou à modifier des droits juridiques substantiels : *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, par. 52; *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 111; *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, 2007 CSC 34, [2007] 2 R.C.S. 801, par. 105-108. Ce principe est à la base de tous les recours collectifs au Canada. Les délais de prescription et les droits d'action constituent de tels droits juridiques substantiels.

c) *Partie XXIII.1 de la LVM*

[63] La partie XXIII.1 de la *LVM* a instauré un régime de responsabilité statutaire soigneusement équilibré dans le cas de la déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. À son art. 1.1, la *LVM* indique qu'elle a deux objets généraux : protéger les investisseurs « contre les pratiques déloyales, irrégulières ou frauduleuses », mais aussi garantir l'équité et l'efficacité des marchés financiers et la confiance en ceux-ci. La partie XXIII.1 a vu le jour progressivement, à la suite d'une série de rapports et d'autres documents qui ont abouti à l'adoption du régime de responsabilité statutaire en 2002. Trois de ces documents sont extrêmement pertinents en l'espèce : (i) Committee on Corporate Disclosure de la Bourse de Toronto (le « comité Allen »), *Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (le « Rapport du comité Allen »); (ii) Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market — Notice and Request for Comment » (1998), 21 OSCB 3335 et 3367 (l'« avant-projet de loi de 1998 »); (iii) Autorités canadiennes en valeurs mobilières (« ACVM »), « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of "Material Fact" and "Material Change" », avis n° 53-302 des ACVM, reproduit dans (2000), 23 OSCB 7383.

[64] In its report, the Allen Committee identified the failure by public corporations to comply with continuous disclosure requirements as a problem from the perspective both of actual incidents and of public perception. It concluded that the regulatory sanctions available at the time were an “inadequate deterrent” (conclusion (ii)) and that the common law remedies available to aggrieved investors for misleading disclosure in secondary trading markets were so onerous that they were “as a practical matter largely academic” (conclusion (iii)): p. vii.

[65] As a solution, the Allen Committee proposed a statutory scheme for secondary market misrepresentation liability in which it would not be necessary to prove reliance on the misrepresentation. Its recommendations were informed by two goals — deterrence of corporate non-disclosure and compensation for wronged investors — related to the identified problem, but it is important to recognize that the Committee knowingly struck a precise balance between these goals. Its report concluded as follows at p. vii:

- (v) Faced with the task of designing recommendations from the perspective of strengthening deterrence (conclusion (ii)) or creating a route to meaningful compensation of injured investors (conclusion (iii)), the Committee has adopted improved deterrence as its goal in the belief that effective deterrence will logically reduce the need for investor compensation.

This understanding would later be reiterated in CSA Notice 53-302, which includes the following comment: “The CSA accept that deterrence should outweigh compensation but, at the same time, any deterrent effect requires a plausible element of compensation” (p. 7391, fn. 23). In order to achieve this balance, the Committee proposed the establishment of a series of limits on damages and liability, as well as the creation of express statutory

[64] Dans son rapport, le comité Allen considérait le défaut de certaines sociétés ouvertes de respecter leurs obligations d’information continue comme un problème tant dans les faits que du point de vue de la perception du public. Le comité concluait que les sanctions réglementaires prévues à l’époque constituaient un [TRADUCTION] « moyen de dissuasion inadéquat » (conclusion (ii)), et que les recours offerts en common law aux investisseurs lésés pour communication d’information trompeuse sur les marchés secondaires étaient tellement contraignants qu’ils étaient, « en pratique, essentiellement théoriques » (conclusion (iii)) : p. vii.

[65] À titre de solution, le comité Allen a proposé un régime de responsabilité statutaire en matière de déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire suivant lequel il ne serait pas nécessaire de prouver que le demandeur s’est fié aux déclarations qui lui ont été faites. Les recommandations du comité s’inspiraient de deux objectifs découlant du problème identifié — dissuader les sociétés de ne pas respecter leurs obligations d’information et indemniser les investisseurs lésés — mais il est important de noter que le comité a sciemment instauré un équilibre précis entre ces objectifs. Ainsi, dans son rapport, le comité Allen concluait comme suit à la p. vii :

[TRADUCTION]

- (v) Appelé à établir des recommandations dans le but de renforcer la dissuasion (conclusion (ii)) ou de créer un moyen d’indemniser adéquatement les investisseurs lésés (conclusion (iii)), le comité a pour objectif d’améliorer les moyens de dissuasion dans l’espoir que la dissuasion efficace réduira logiquement la nécessité d’indemniser les investisseurs.

Cette conclusion fut réitérée plus tard dans l’avis n° 53-302 des ACVM, où il est indiqué que [TRADUCTION] « [I]es ACVM reconnaissent que la dissuasion devrait l’emporter sur l’indemnisation, mais d’autre part, tout effet dissuasif exige un élément plausible d’indemnisation » : p. 7391, note 23. Afin d’atteindre cet équilibre, le comité a proposé une série de limites quant aux dommages-intérêts et à la responsabilité ainsi que la création de moyens de



defences. To give priority to compensation would have led to a different set of recommendations and limits, as can be seen from the dissenting statement of Philip Anisman in the *Allen Committee Report*: pp. 85-124.

[66] The limitation period in s. 138.14 *OSA*, which was added by the CSA in 2000 through proposed amendments to legislation in response to the 1998 Draft Legislation (see App. C of the CSA Notice 53-302 (the “2000 Draft Legislation”), at p. 7429), was originally modeled upon the limitation period for general civil liability in s. 138 *OSA*. It was expressly designed to run without regard for the “plaintiff’s knowledge of the facts giving rise to the cause of action”: 1998 Draft Legislation, at p. 3384.

[67] The leave requirement for actions under Part XXIII.1 *OSA* was developed by the CSA and reported in CSA Notice 53-302. This requirement arose out of a concern for the potential of U.S.-style “strike suits” in Canada. Strike suits are meritless actions launched in order to coerce targeted defendants into unjust settlements. The Allen Committee had concluded that the legal environment in Canada was sufficiently different from the United States to prevent a flood of unmeritorious claims: pp. 26-27.

[68] The CSA nonetheless concluded that the depth of public concern and some examples of “entrepreneurial litigation” in Canada justified further measures to prevent strike suits: CSA Notice 53-302, at p. 7389. It proposed a screening mechanism that would require plaintiffs to obtain leave in order to assert a statutory cause of action under the *OSA* by satisfying the court that the action was being brought in good faith and had a reasonable possibility of success. The overriding policy concern was for long-term shareholders, who are unfairly affected by the volatility of share prices that results from spurious

défense expressément conférés par la loi. Accorder la priorité à l’indemnisation aurait donné lieu à un ensemble de recommandations et de restrictions différentes, comme le démontre la déclaration dissidente de Philip Anisman figurant dans le *Rapport du comité Allen* lui-même : p. 85-124.

[66] Ajouté par les ACVM en 2000 au moyen de modifications proposées à la loi en réponse à l’avant-projet de loi de 1998 (voir ann. C de l’avis n° 53-302 des ACVM (l’« avant-projet de loi de 2000 »), p. 7429), le délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM* était calqué au départ sur le délai de prescription relatif à la responsabilité civile générale fixé à l’art. 138 de la *LVM*. Ce délai devait expressément commencer à courir sans égard à la question de savoir si [TRADUCTION] « le demandeur connaît les faits à l’origine de la cause d’action » : avant-projet de loi de 1998, p. 3384.

[67] L’obligation d’obtenir une permission pour le recours visé à la partie XXIII.1 de la *LVM* a été créée par les ACVM et elle est consignée dans leur avis n° 53-302. Cette obligation découle de la crainte que des « poursuites opportunistes et dénuées de fondement » comme il en existe aux États-Unis soient intentées au Canada. Les poursuites opportunistes et dénuées de fondement sont des actions non fondées intentées en vue de contraindre des défendeurs ciblés à conclure un règlement injuste. Le comité Allen avait conclu que l’environnement juridique au Canada était suffisamment différent de celui des États-Unis pour prévenir une vague de demandes absolument non fondées : p. 26-27.

[68] Les ACVM ont néanmoins conclu que l’intérêt public et certains [TRADUCTION] « litiges entrepreneuriaux » au Canada justifiaient l’adoption de mesures additionnelles pour prévenir les poursuites opportunistes et dénuées de fondement : avis n° 53-302 des ACVM, p. 7389. Un mécanisme de filtrage a donc été proposé, suivant lequel le demandeur serait tenu d’obtenir une permission pour pouvoir intenter un recours en vertu de la *LVM*, en prouvant à la satisfaction du tribunal que le recours envisagé était de bonne foi et avait une chance raisonnable de succès. Les ACVM s’inquiétaient principalement

claims. In setting out the nature and the components of this mechanism, the CSA stressed the importance of screening out unmeritorious actions *as early as possible* in the litigation process:

The CSA have also introduced in the 2000 Draft Legislation a new provision designed to screen out, as early as possible in the litigation process, unmeritorious actions (section 7 of the 2000 Draft Legislation). This screening mechanism is designed not only to minimize the prospects of an adverse court award in the absence of a meritorious claim but, more importantly, to try to ensure that unmeritorious litigation, and the time and expense it imposes on defendants, is avoided or brought to an end early in the litigation process. By offering defendants the reasonable expectation that an unmeritorious action will be denied the requisite leave to be commenced, the 2000 Draft Legislation should better enable defendants to fend off coercive efforts by plaintiffs to negotiate the cash settlement that is often the real objective behind a strike suit.

The new screening provision would require a plaintiff to obtain leave of the court in order to bring an action. Before granting leave, the court must be satisfied that the action (i) is being brought in good faith and (ii) has a reasonable prospect of success at trial.

This screening mechanism, coupled with the new provision described earlier that would require court approval of a settlement agreement are procedural protections that supplement the “loser pays” cost and proportionate liability provisions retained from the 1998 Draft Legislation. Taken together, these elements of the 2000 Draft Legislation should ensure that any exercise of the statutory right of action occurs in a litigation environment different from that in the United States and less conducive to coercive strike suits. [Emphasis added; footnotes omitted; p. 7390.]

[69] In sum, Part XXIII.1 *OSA* strikes a delicate balance between various market participants. The interests of potential plaintiffs and defendants and of affected long-term shareholders have been weighed

des actionnaires à long terme, injustement touchés par la volatilité des prix des actions imputable aux demandes sans fondement. En exposant la nature et les composantes de ce mécanisme, les ACVM insistaient sur l'importance d'écarter les actions non fondées *dès que possible* dans le processus :

[TRADUCTION] Les ACVM ont aussi inséré dans l'avant-projet de loi de 2000 une nouvelle disposition visant à écarter les actions sans fondement dès le début de la procédure judiciaire (article 7 de l'avant-projet de loi de 2000). Ce mécanisme de filtrage vise non seulement à réduire les possibilités d'une décision judiciaire défavorable si la cause se révèle sans fondement, mais plus important encore, à faire en sorte d'éviter les recours non fondés, et d'éviter que les défendeurs y consacrent du temps et de l'argent, ou à faire en sorte que l'on mette fin au recours au début du processus. En faisant en sorte que les défendeurs puissent raisonnablement s'attendre à ce que la permission d'intenter toute action non fondée soit refusée, l'avant-projet de loi de 2000 devrait permettre aux défendeurs de repousser plus facilement les demandeurs qui tentent de les contraindre à négocier le règlement au comptant qui, bien souvent, est le véritable objectif d'une poursuite opportuniste et dénuée de fondement.

La nouvelle disposition sur le filtrage obligerait le demandeur à obtenir la permission du tribunal afin d'intenter une action. Avant d'accorder cette permission, le tribunal doit être convaincu que l'action (i) est intentée de bonne foi et (ii) a une possibilité raisonnable d'être accueillie au procès.

Ce mécanisme de filtrage, conjugué à la nouvelle disposition décrite auparavant qui rendrait obligatoire l'approbation par le tribunal d'un règlement et les mesures de protection procédurales qui complètent les dispositions portant imputation des dépens à la partie déboutée et responsabilité proportionnelle tirées de l'avant-projet de loi de 1998. Ensemble, ces éléments de l'avant-projet de loi de 2000 devraient faire en sorte que tout exercice du droit d'action légal se fasse dans un milieu judiciaire différent de celui des États-Unis et moins propice aux poursuites opportunistes, dénuées de fondement et coercitives. [Je souligne; notes de bas de page omises; p. 7390.]

[69] Bref, la partie XXIII.1 de la *LVM* instaure un équilibre délicat entre les différents acteurs du marché. Les intérêts des demandeurs et des défendeurs éventuels, ainsi que des actionnaires à long terme

conscientiously and deliberately in light of a desired precise balance between deterrence and compensation. The legislative history reveals a long, meticulous development of this balance, one that found expression in all the limits built into the scheme.

(d) *Analysis*

[70] In my opinion, a careful consideration of the context of limitation periods, the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* reveals that the Court of Appeal's decision in the instant cases is not only at odds with the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions at issue but also broadly undermines the legislative structures and the purposes at stake in these appeals.

[71] It is particularly troubling to see the anomalous result produced by the decision of the Court of Appeal in these cases, namely that a plaintiff could improve his or her position by filing a class proceeding asserting the Part XXIII.1 *OSA* cause of action, thereby causing the limitation period to be suspended by s. 28 *CPA* where it would not otherwise have been possible to do so had the same plaintiff filed an individual lawsuit. The Court of Appeal justified this result on the basis that Part XXIII.1 *OSA* is optimized for class proceedings, but did so in quoting a passage from the *Allen Committee Report* which merely states that combining class actions with the statutory scheme would provide ample protection against extortionate actions. I accept that Part XXIII.1 *OSA* is optimized for class proceedings in the sense that the statutory action that Part creates does not require proof that the plaintiff relied on the misrepresentation. However, this should not be used to undermine the strict limitation period provided for in s. 138.14 *OSA*, which is not supposed to be suspended until leave is granted.

[72] The Court of Appeal wrote in the cases at bar that it was concerned about judicial economy

touchés, ont été soupesés consciencieusement et délibérément dans l'optique d'un équilibre précis et voulu entre la dissuasion et l'indemnisation. L'historique législatif révèle que cet équilibre est le résultat d'un exercice long et méticuleux, équilibre exprimé dans toutes les limites intégrées au régime.

d) *Analyse*

[70] Je suis d'avis qu'un examen attentif du contexte des délais de prescription, de la *LRC* et de la partie XXIII.1 de la *LVM* révèle que la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans les présents dossiers non seulement va à l'encontre du sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions en cause, mais mine considérablement la structure et les objectifs du régime statutaire en jeu dans les présents pourvois.

[71] Il est particulièrement troublant de constater le résultat anormal produit par la décision de la Cour d'appel dans les présents dossiers : un demandeur pourrait améliorer son sort en déposant un recours collectif invoquant la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*, ce qui suspendrait le délai de prescription en application de l'art. 28 de la *LRC* alors que le même délai de prescription n'aurait pu être suspendu si le même demandeur avait engagé une poursuite individuelle. La Cour d'appel a justifié ce résultat en disant que la partie XXIII.1 de la *LVM* est optimisée pour les recours collectifs, mais elle l'a fait en citant un extrait du *Rapport du comité Allen* indiquant tout simplement que la combinaison des recours collectifs et du régime statutaire constituait une protection suffisante contre les actions ayant pour but de soutirer un règlement. Je conviens que la partie XXIII.1 de la *LVM* est optimisée pour les recours collectifs en ce sens que le droit d'action qu'elle crée n'oblige pas le demandeur à prouver qu'il s'est fié aux déclarations qui lui ont été faites. Toutefois, cette caractéristique ne devrait pas servir à miner le délai de prescription strict fixé à l'art. 138.14 de la *LVM*, lequel est censé courir sans suspension jusqu'à ce que la permission soit accordée.

[72] Dans les présents dossiers, la Cour d'appel s'est dite motivée par un souci d'économie des

and access to justice; it noted that the ruling in *Timminco* would force potential class members to initiate their own individual actions in order to protect their rights before leave is obtained in the class proceeding. Although I accept the importance of judicial economy as articulated by the Court of Appeal in *Logan* and *Coulson*, the rationale for those decisions cannot extend beyond the fundamental limits of class proceedings.

[73] As I mentioned above, class actions are procedural mechanisms which can only *extend* the substantive rights of the representative plaintiff to the other class members. The only way s. 28 *CPA* can protect the other members is by affording them the substantive protection already enjoyed by the representative plaintiff. Before there is a right of action or a suspension of the limitation period flowing from the operation of the statutory scheme itself, the *CPA* cannot be interpreted in such a way as to create either one.

[74] Karakatsanis J. states that “[w]ithout s. 28, the commencement of a proceeding by a representative plaintiff would only suspend the limitation period with respect to that plaintiff; the limitation period governing other potential class members would continue to run during the certification proceedings” (para. 175). I agree, but in the case of class actions alleging secondary market misrepresentations, the representative plaintiff, acting on his or her own, must first obtain leave in order for the limitation period to be suspended. My reading of s. 28 *CPA* simply maintains this requirement for s. 138.3 *OSA* statutory claims, while extending the suspension to all other potential class members once leave is granted. In this sense, s. 28 *CPA* still “shelters the rights of potential class plaintiffs under the umbrella of the representative plaintiff’s action” (para. 176), but it forces the representative plaintiff to proceed expeditiously to obtain leave. This interpretation promotes the purposes of the *CPA*, is compatible with the purpose and operation of Part XXIII.1 *OSA*

ressources judiciaires et d’accès à la justice; elle a fait remarquer que la décision dans *Timminco* obligerait les membres éventuels du groupe à intenter leur propre action individuelle afin de protéger leurs droits avant que la permission ne soit obtenue pour le recours collectif. Bien que je reconnaisse l’importance de l’économie des ressources judiciaires telle que l’a formulée la Cour d’appel dans les arrêts *Logan* et *Coulson*, le raisonnement adopté dans ces décisions ne peut avoir une portée dépassant les limites fondamentales des recours collectifs.

[73] Comme je l’ai déjà mentionné, les recours collectifs sont des véhicules (ou mécanismes) procéduraux qui peuvent uniquement *étendre* les droits substantiels du représentant des demandeurs aux autres membres du groupe. L’article 28 de la *LRC* ne protège les autres membres qu’en leur conférant la même protection substantielle dont jouit déjà le représentant. Avant qu’il n’y ait de droit d’action ou suspension du délai de prescription résultant de l’opération du régime statutaire lui-même, la *LRC* ne peut être interprétée de façon à créer l’un ou l’autre.

[74] La juge Karakatsanis souligne qu’en général, « [s]ans l’art. 28, l’introduction d’un recours par un représentant des demandeurs n’aurait pour effet de suspendre le délai de prescription que pour ce représentant seulement; le délai de prescription applicable aux autres membres éventuels du groupe continuerait de courir pendant l’instance de certification » (par. 175). Je suis d’accord mais, dans le cas des recours collectifs alléguant une cause d’action statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire, le représentant des demandeurs agissant pour lui-même doit d’abord obtenir la permission pour que le délai de prescription soit suspendu. Mon interprétation de l’art. 28 de la *LRC* ne fait que maintenir cette exigence pour les réclamations fondées sur l’art. 138.3 de la *LVM*, tout en permettant à tous les autres membres éventuels du groupe de bénéficier de la suspension au moment où la permission est accordée. En ce sens, l’art. 28 de la *LRC* « abrite [toujours] les droits d’éventuels demandeurs du groupe sous le parapluie de l’action

and allows the class proceeding to remain an effective vehicle for secondary market liability claims.

[75] The interpretation proposed by my colleague and by the Court of Appeal in the cases at bar gives priority to the objectives of the *CPA* at the price of contradicting the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions and upsetting the specific balance struck in Part XXIII.1 *OSA* even though those objectives had already been taken into account in enacting the legislation providing for the statutory claim. Part XXIII.1 *OSA* is the more recent legislation; it creates a scheme that is intended to be comprehensive, and was crafted with the *CPA* in mind. The purposes associated with the *CPA* — judicial economy, access to the courts and behaviour modification — were each explicitly considered in developing the structure of Part XXIII.1 *OSA*. Policy concerns, as compelling as they are, do not override the plain meaning of the text and the intent of the Ontario legislature. This is not altered by the fact that both the *CPA* and Part XXIII.1 *OSA* are remedial in nature, and should thus be interpreted broadly and purposively. The end result of the legislature's consideration was that the scheme includes a leave requirement that serves as a precondition to the commencement of an action, a limitation period and no requirement to prove reliance on the misrepresentation. The combined effect of these features is to promote efficiency and fairness for both parties.

[76] The interpretation proposed by the Court of Appeal in these cases significantly affects the protection provided against strike suits. As I noted above, the preliminary leave requirement was added because the *CSA* believed that the usual measures

du représentant des demandeurs » (par. 176), mais oblige le représentant des demandeurs à procéder rapidement pour obtenir la permission. Cette interprétation favorise l'atteinte des objectifs de la *LRC*, s'harmonise avec l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM* et fait en sorte que le recours collectif demeure un véhicule efficace pour intenter les recours en responsabilité liés au marché secondaire.

[75] L'interprétation proposée par ma collègue et la Cour d'appel dans les cas présents donne la priorité aux objectifs de la *LRC* au détriment du — et en contradiction avec le — sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions, ainsi qu'au détriment de l'équilibre précis atteint dans la partie XXIII.1 de la *LVM*, et ce, même si ces objectifs ont déjà été pris en considération lors de l'adoption du régime statutaire en cause ici. La partie XXIII.1 de la *LVM* est le texte législatif le plus récent; elle a instauré un régime se voulant complet et a été rédigée alors que la *LRC* était déjà en vigueur. Les objectifs associés à la *LRC* — l'économie des ressources judiciaires, l'accès aux tribunaux et la modification des comportements — ont chacun été explicitement considérés lorsque la structure de la partie XXIII.1 de la *LVM* a été élaborée. Les considérations de principe, aussi impératives soient-elles, ne peuvent primer le sens clair du texte et l'intention du législateur ontarien. Le fait que la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* soient toutes deux de nature réparatrice et doivent par le fait même recevoir une interprétation large et téléologique n'y change rien. Le résultat final de l'exercice auquel s'est livré le législateur est que le régime statutaire impose l'exigence d'obtenir une permission en guise de condition préalable à l'introduction d'un recours, un délai de prescription et l'absence de nécessité de prouver que le demandeur s'est fié à la déclaration inexacte. La combinaison de ces aspects contribue à l'efficacité et à l'équité envers les deux parties.

[76] L'interprétation proposée par la Cour d'appel dans les présents dossiers modifie de façon significative la protection accordée contre les poursuites opportunistes et dénuées de fondement. Tel qu'il est indiqué ci-dessus, l'obligation d'obtenir

under the *CPA* did not provide appropriate safeguards. To supplement the *CPA*'s protection against unmeritorious actions, the *CSA* proposed a screening mechanism in which the granting of leave *as early as possible* in the litigation process was an essential component.

[77] Requiring merely that a statutory cause of action be mentioned in an existing class proceeding for the limitation period to be suspended can hardly be said to achieve that purpose. It might even hypothetically force some defendants to enter in an unjust settlement when the leave application is pending — potentially during many years — and thus negatively affect the corporate defendant's share value.

[78] In my view, the Court of Appeal's interpretation of s. 28 *CPA* not only contradicts the ordinary and grammatical meaning of the words used, but also displaces the balance struck by the legislature as reflected in Part XXIII.1 *OSA*. Thus, the Court of Appeal not only upset the carefully considered design of Part XXIII.1 *OSA*, but also inverted the statutory interpretation process, using an older provision of general application to alter a more recent, comprehensive scheme.

[79] The Court of Appeal wrote that the effect of *Timminco*, namely that a plaintiff does not unilaterally control whether his or her claim is brought within the limitation period (because of the starting point of the limitation period or because of delays caused by the defendant or the court), was "foreign to the concept of a limitation provision" (para. 27). In my view, the Court of Appeal failed to appreciate not only that modern limitation periods flow from an exercise in balancing the rights of plaintiffs and defendants, but also that the legislature undertook that balancing exercise in designing the limitation period in question. Section 138.14 *OSA* does not have an internal suspension mechanism, and the limitation period begins to run regardless of knowledge on the plaintiff's part, be it on when a document containing a misrepresentation is released, when an oral

la permission préalable a été ajoutée parce que les *ACVM* étaient d'avis que les mécanismes prévus par la *LRC* ne constituaient pas des garanties suffisantes. Pour compléter les mesures de protection prévues par la *LRC* contre les actions non fondées, elles ont proposé un mécanisme de filtrage, dont l'obtention d'une permission *aussitôt que possible* dans le processus est une composante essentielle.

[77] Accepter que la simple mention d'une cause d'action statutaire dans un recours collectif alors pendant suffit pour faire suspendre le délai de prescription ne permet guère d'atteindre cet objectif. Cela pourrait même théoriquement obliger certains défendeurs à conclure un règlement injuste pendant que la demande de permission est pendante, potentiellement pendant des années, ce qui ferait baisser la valeur de l'action de la société défenderesse.

[78] À mon sens, l'interprétation qu'a donnée la Cour d'appel à l'art. 28 de la *LRC* non seulement va à l'encontre du sens ordinaire et grammatical des mots, mais rompt aussi l'équilibre établi à la partie XXIII.1 de la *LVM* par le législateur. En conséquence, la Cour d'appel non seulement ébranle la structure réfléchie de la partie XXIII.1 de la *LVM*, mais inverse le processus d'interprétation en utilisant une disposition plus ancienne d'application générale pour redéfinir un régime plus récent et plus exhaustif.

[79] La Cour d'appel a écrit que le résultat de l'arrêt *Timminco*, dont le fait que le demandeur n'a pas de contrôle absolu sur la présentation de sa demande dans le délai de prescription (en raison du point de départ du délai de prescription ou de délais imputables au défendeur ou au tribunal), était [TRANSDUCTION] « étranger au concept de disposition en matière de prescription » (par. 27). À mon avis, la Cour d'appel ne tient pas compte non seulement du fait que les délais modernes de prescription comportent un équilibre établi entre les droits d'un demandeur et ceux d'un défendeur, mais aussi que le législateur a voulu atteindre cet équilibre dans l'établissement ou la détermination du délai de prescription en cause ici. L'article 138.14 de la *LVM* ne prévoit aucun mécanisme interne de suspension, le délai de prescription commençant à courir sans

statement containing a misrepresentation is made, or when there is a failure to make timely disclosure. The scheme is exacting and even harsh, but it is structured in this manner to balance the interests of plaintiffs, defendants and long-term shareholders.

[80] The plaintiffs argue that the effect of *Timminco* is that leave is practically impossible to obtain. I disagree. The facts in *IMAX* suggest the opposite, given that the leave and certification motions were heard some three months before the limitation period expired. More importantly, even assuming that the plaintiffs are correct, *Timminco* does not cause this difficulty, but merely fails to relieve a specific group of litigants from the consequences of the *OSA* scheme. In other words, any adverse consequence flows naturally from the text of Part XXIII.1, which is not ambiguous.

[81] Like Goudge J.A. in *Timminco*, I am unwilling to rely upon an isolated purpose of limitation periods, taken out of context, in order to give priority to one stakeholder over others, particularly where the legislature was so clearly alive to these considerations in making the choices it made generally for Part XXIII.1 *OSA*, and more specifically for s. 138.14.

[82] Ultimately, in light of the underlying principle and the structure of class proceedings in Canada, the operation of s. 28 *CPA* must follow the granting of leave under s. 138.8 *OSA*. I should add that this interpretation is also compatible with the legislative choices embodied in Ontario's statutory scheme for secondary market misrepresentation. Above all, it is consistent with the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions.

égard à la connaissance du demandeur, que ce soit lors de la publication d'un document contenant une déclaration inexacte de faits, lors d'une déclaration orale contenant une déclaration inexacte de faits, ou en cas de défaut de divulgation en temps utile (« information occasionnelle » dans la *LVM*). Le régime est contraignant et même sévère, mais il est ainsi structuré pour concilier les intérêts des demandeurs, des défendeurs et des actionnaires à long terme.

[80] Les demandeurs soutiennent qu'en raison de l'arrêt *Timminco*, il sera pratiquement impossible d'obtenir la permission. Je ne partage pas cet avis. Les événements dans *IMAX* démontrent le contraire, car les requêtes pour permission et en autorisation du recours collectif furent entendues quelque trois mois avant l'expiration du délai de prescription. Plus important encore, même à supposer que les demandeurs aient raison, *Timminco* ne crée pas cette difficulté; la Cour d'appel y refuse uniquement de soustraire un groupe précis de parties aux conséquences du régime de la *LVM*. Autrement dit, toute conséquence négative découle naturellement du texte de la partie XXIII.1, qui n'est pas ambigu.

[81] À l'instar du juge Goudge dans *Timminco*, je ne suis pas disposée à m'en remettre à un objectif isolé des délais de prescription, pris hors contexte, pour favoriser un actionnaire au détriment des autres, surtout lorsque le législateur a été si manifestement sensible à ces considérations dans les choix qu'il a faits généralement en ce qui concerne la partie XXIII.1 de la *LVM*, plus particulièrement l'art. 138.14.

[82] Ultimement, à la lumière de la structure des recours collectifs au Canada et du principe qui les sous-tend, l'application de l'art. 28 de la *LRC* doit suivre l'octroi de la permission visée à l'art. 138.8 de la *LVM*. Je dois ajouter que cette interprétation est compatible avec la volonté du législateur exprimée dans le régime statutaire ontarien en matière de déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire. Par-dessus tout, cette interprétation est conforme au sens ordinaire et grammatical des dispositions.

(3) Conclusion

[83] After considering the ordinary and grammatical meaning of the words of the provisions as well as the entire legislative context, I am of the view that s. 28 *CPA* cannot operate to suspend the limitation period for a statutory claim for secondary market misrepresentation before leave for that claim has been granted under 138.8 *OSA*. Given my conclusion, which accords with the result in *Timminco*, there is no need to address the question whether the Court of Appeal erred in overturning its own precedent. I will now turn to the second issue of these appeals.

B. *Jurisdiction for Relief*

[84] The interposition of *Timminco* in the proceedings below upset the presumption on which the plaintiffs were operating. A presumption, I should add, that was based on an erroneous reading of the provisions at issue. Before the motion judges and in this Court, the plaintiffs therefore asked that equity be used to save their statutory claims. In this Court, the argument centred on whether the courts below could and should have relied upon the doctrine of *nunc pro tunc* or the doctrine of special circumstances. Although there is some confusion on this point in the motion judges' reasons, *nunc pro tunc* and special circumstances are two separate doctrines. As a result, they need to be addressed separately.

(1) Doctrine of *Nunc Pro Tunc*

[85] The courts have inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc*. In common parlance, it would simply be said that a court has the power to backdate its orders. This power is implied by rule 59.01 of the *Rules of Civil Procedure*: “An order is effective from the date on which it is made, unless it provides otherwise.”

(3) Conclusion

[83] Après avoir analysé le sens ordinaire et grammatical du texte des dispositions ainsi que l'ensemble du contexte législatif, je suis d'avis que l'art. 28 de la *LRC* ne peut avoir pour effet de suspendre le délai de prescription applicable à un recours statutaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire avant que la permission d'intenter un tel recours n'ait été obtenue en vertu de l'art. 138.8 de la *LVM*. Vu ma conclusion, qui concorde avec le résultat atteint dans *Timminco*, point n'est besoin d'examiner si la Cour d'appel a erré en infirmant son propre précédent. Je me penche maintenant sur la deuxième question soulevée dans les présents pourvois.

B. *Compétence pour accorder un redressement*

[84] L'arrivée de l'arrêt *Timminco* dans les poursuites alors pendantes devant les tribunaux d'instance inférieure a ébranlé la prémisse sur laquelle s'appuyaient les demandeurs, une prémisse qui, dois-je ajouter, reposait sur une lecture erronée des dispositions en jeu. Devant la Cour supérieure de l'Ontario ainsi que devant notre Cour, les demandeurs ont donc demandé à ce qu'on recoure à l'équité pour sauvegarder leurs recours statutaires. Devant notre Cour, le débat portait principalement sur la question de savoir si les tribunaux d'instance inférieure auraient pu et auraient dû s'en remettre à la doctrine *nunc pro tunc* ou à celle des circonstances spéciales. Bien qu'il semble exister une certaine confusion sur ce point dans les motifs des juges de première instance, la doctrine *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales sont distinctes. Je les aborde donc séparément.

(1) La doctrine *nunc pro tunc*

[85] Les tribunaux disposent d'une compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc*. En langage courant, on pourrait simplement dire que les tribunaux ont le pouvoir d'antidater leurs ordonnances. Ce pouvoir est confirmé par l'art. 59.01 des *Règles de procédure civile* : « L'ordonnance, à moins qu'elle ne contienne une disposition contraire, prend effet à compter de la date à laquelle elle est rendue. »



[86] The history of the courts' inherent jurisdiction to issue orders *nunc pro tunc* is intimately tied to the maxim *actus curiae neminem gravabit* (an act of the court shall prejudice no one). Originally, the need for this type of equitable relief arose when a party died after a court had heard his or her case but before judgment had been rendered. In civil suits, this situation caused problems because of the well-known common law rule that a personal cause of action is extinguished with the death of the claimant.

[87] One of the oldest and most often cited cases, *Turner v. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561, dealt with this very circumstance: the plaintiff had died after the hearing but before the court rendered its judgment. The court ordered that its judgment be entered *nunc pro tunc*, as of the day when the argument terminated, noting that this would not cause an injustice to the other party and that such a result was appropriate in a case in which the delay had resulted from an act of the court. A long line of Canadian cases has followed *Turner*, as courts have granted *nunc pro tunc* orders where parties have died after hearings: *Gunn v. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Young v. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467 (C.A.); *Hubert v. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (B.C.S.C.); *Monahan v. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina v. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369.

[88] LeBel and Rothstein JJ. drew upon this line of cases in *Canada (Attorney General) v. Hislop*, 2007 SCC 10, [2007] 1 S.C.R. 429, affirming "the correctness of this approach" and concluding that the estate of any class member in a class proceeding who was alive on the date that argument concluded was entitled to the benefit of the judgment: para. 77.

[89] In *CIBC*, Strathy J. suggested that a court has inherent jurisdiction to issue an order *nunc pro tunc*,

[86] L'historique de la compétence inhérente des tribunaux de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est intimement lié à la maxime *actus curiae neminem gravabit* (nul acte de la cour ne doit porter préjudice à une partie au litige). À l'origine, la nécessité d'accorder ce genre de redressement équitable est survenue lorsqu'une partie est décédée après l'instruction de son dossier mais avant que le jugement ne soit rendu. Dans les poursuites civiles, cette situation posait problème en raison de la règle de common law bien connue selon laquelle une cause d'action personnelle s'éteint avec le décès du demandeur.

[87] L'un des précédents les plus anciens et les plus souvent cités, *Turner c. London and South-Western Railway Co.* (1874), L.R. 17 Eq. 561, portait précisément sur une telle situation : le demandeur est décédé après la fin de l'audition mais avant que jugement soit rendu. Le tribunal a alors rendu son ordonnance *nunc pro tunc* à la date de conclusion des débats, faisant remarquer que cela ne constituerait pas une injustice pour l'autre partie et que c'était approprié dans un cas où le retard était attribuable à un acte de la cour. Un long courant jurisprudentiel canadien a suivi la décision *Turner* et les tribunaux ont rendu des ordonnances *nunc pro tunc* lorsqu'une partie est décédée après l'audition : *Gunn c. Harper* (1902), 3 O.L.R. 693 (C.A.); *Young c. Town of Gravenhurst* (1911), 24 O.L.R. 467 (C.A.); *Hubert c. DeCamillis* (1963), 41 D.L.R. (2d) 495 (C.S.C.-B.); *Monahan c. Nelson*, 2000 BCCA 297, 76 B.C.L.R. (3d) 109; *Medina c. Bravo*, 2008 BCSC 1307, 87 B.C.L.R. (4th) 369.

[88] Les juges LeBel et Rothstein se sont fondés sur ce courant jurisprudentiel dans *Canada (Procureur général) c. Hislop*, 2007 CSC 10, [2007] 1 R.C.S. 429, où ils ont confirmé « la justesse de cette approche » et conclu que la succession de tout membre du groupe dans un recours collectif qui était vivant au moment de la conclusion des plaidoiries était en droit de bénéficier du jugement : par. 77.

[89] Dans *CIBC*, le juge Strathy a suggéré que le tribunal n'avait compétence inhérente pour rendre

but only in the case of a slip or oversight. In my opinion, the occurrence of a slip or oversight is not the only circumstance in which a court may exercise its inherent jurisdiction, but is instead one example of a situation in which it may do so. To hold otherwise would run counter to the historical basis for the development of the doctrine.

[90] In fact, beyond cases involving the death of a party or a slip, the courts have identified the following non-exhaustive factors in determining whether to exercise their inherent jurisdiction to grant such an order: (1) the opposing party will not be prejudiced by the order; (2) the order would have been granted had it been sought at the appropriate time, such that the timing of the order is merely an irregularity; (3) the irregularity is not intentional; (4) the order will effectively achieve the relief sought or cure the irregularity; (5) the delay has been caused by an act of the court; and (6) the order would facilitate access to justice (*Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562 (C.A.), at pp. 570-71; *Gallo v. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340, at paras. 7 and 10; *Krueger v. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130 (Q.B.), at paras. 11-15; *Parker v. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279 (Ont. Unif. Fam. Ct.), at p. 286; *Hogarth v. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78 (Ont. H.C.), at pp. 78-79; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651 (C.A.), at p. 654; *Couture v. Bouchard* (1892), 21 S.C.R. 281, at p. 285; *Westman v. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306, at para. 40, citing *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, at para. 28; *McKenna Estate v. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222 (Ont. S.C.J.), at paras. 23-24). None of these factors is determinative.

[91] Returning to the issue in the cases at bar, there are two schools of thought in the jurisprudence on whether a failure to obtain leave within a specified limitation period results in the nullity of the action or is merely a procedural irregularity. According to one view, a failure to do so results in the nullity of the action, which cannot be remedied by a *nunc pro tunc* order, and is therefore an “insurmountable obstacle”: *Holst v. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257 (Q.B.), at para. 10. According to the

une ordonnance *nunc pro tunc* que dans le cas d’une erreur ou d’un oubli. À mon avis, les cas d’erreur ou d’oubli ne sont pas les seuls où le tribunal peut exercer sa compétence inhérente; ce sont plutôt des exemples de situations dans lesquelles la compétence inhérente peut être exercée. Toute autre conclusion irait à l’encontre des origines historiques de la doctrine.

[90] En fait, à part les cas d’erreur ou de décès d’une partie, les tribunaux ont identifié les facteurs non exhaustifs suivants afin de décider d’exercer ou non leur compétence inhérente pour rendre pareille ordonnance : (1) l’ordonnance ne causera pas préjudice à la partie adverse; (2) l’ordonnance aurait été rendue si elle avait été sollicitée au moment propice, de sorte que le moment du prononcé de l’ordonnance est simplement une irrégularité; (3) l’irrégularité n’est pas intentionnelle; (4) l’ordonnance permettra effectivement d’obtenir le redressement demandé ou de remédier à l’irrégularité; (5) le retard est attribuable à un acte de la cour; (6) l’ordonnance faciliterait l’accès à la justice (*Re New Alger Mines Ltd.* (1986), 54 O.R. (2d) 562 (C.A.), p. 570-571; *Gallo c. Beber* (1998), 116 O.A.C. 340, par. 7 et 10; *Krueger c. Raccah* (1981), 12 Sask. R. 130 (B.R.), par. 11-15; *Parker c. Atkinson* (1993), 104 D.L.R. (4th) 279 (C. unif. fam. Ont.), p. 286; *Hogarth c. Hogarth*, [1945] 3 D.L.R. 78 (H.C. Ont.), p. 78-79; *Montego Forest Products Ltd. (Re)* (1998), 37 O.R. (3d) 651 (C.A.), p. 654; *Couture c. Bouchard* (1892), 21 R.C.S. 281, p. 285; *Westman c. Gyselinck*, 2014 MBQB 174, 308 Man. R. (2d) 306, par. 40, citant *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, par. 28; *McKenna Estate c. Marshall* (2005), 37 R.P.R. (4th) 222 (C.S.J. Ont.), par. 23-24). Aucun de ces facteurs n’est déterminant en soi.

[91] Pour revenir à la question qui se pose dans les présents dossiers, on retrouve dans la jurisprudence deux écoles de pensée sur la question de savoir si le fait de ne pas obtenir la permission à l’intérieur du délai imparti entraîne la nullité de l’action ou constitue une simple irrégularité procédurale. D’aucuns estiment qu’un tel défaut entraîne la nullité de l’action et qu’il ne peut être corrigé par une ordonnance *nunc pro tunc*, ce qui en fait un [TRADUCTION] « obstacle insurmontable » : *Holst*

second view, such a failure is merely a procedural irregularity that can be corrected by a *nunc pro tunc* order: see, e.g., *CIBC Mortgage Corp. v. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303 (C.A.), at paras. 8-11 and 33; *McKenna*, at para. 22.

[92] In my opinion, van Rensburg J. correctly stated the law on this point in *IMAX*. She noted that the courts have been willing to grant *nunc pro tunc* orders where leave is sought within the limitation period but not obtained until after the period expires (as in *Montego Forest Products*). She also noted that, in the cases suggesting that an action commenced without leave was a nullity, the applicable limitation periods had expired before the application for leave was brought. A *nunc pro tunc* order in such cases would be of no use to the plaintiff, as it would be retroactive to a date after the expiry of the limitation period.

[93] Thus, subject to the equitable factors mentioned above, an order granting leave to proceed with an action can theoretically be made *nunc pro tunc* where leave is sought prior to the expiry of the limitation period. One very important caveat, identified by Strathy J., is that a court should not exercise its inherent jurisdiction where this would undermine the purpose of the limitation period or the legislation at issue.

[94] This is because, as with all common law doctrines and rules, the inherent jurisdiction to grant *nunc pro tunc* orders is circumscribed by legislative intent. Given the long pedigree of the doctrine and of rule 59.01, to which I have referred, it has been held that the legislature is presumed to have contemplated the possibility of a *nunc pro tunc* order: *McKenna*, at para. 27; *Parker*, at pp. 286-87; *New Alger Mines*, at pp. 570-71. However, *nunc pro tunc* orders will not be available if they are precluded by either the language or the purpose of a statute.

*c. Grenier* (1987), 65 Sask. R. 257 (B.R.), par. 10. D'autres sont d'avis que le fait de ne pas obtenir la permission ne constitue qu'une irrégularité procédurale susceptible d'être corrigée par une ordonnance *nunc pro tunc* : voir p. ex. *CIBC Mortgage Corp. c. Manson* (1984), 32 Sask. R. 303 (C.A.), par. 8-11 et 33; *McKenna*, par. 22.

[92] À mon avis, la juge van Rensburg a correctement énoncé le droit sur ce point dans *IMAX*. Elle a fait observer que les tribunaux se sont montrés disposés à rendre des ordonnances *nunc pro tunc* lorsque la permission avait été sollicitée dans le délai fixé, mais obtenue après l'expiration du délai (comme dans *Montego Forest Products*). Elle a également souligné que, dans les décisions où il est indiqué que l'action introduite sans permission préalable est frappée de nullité, les délais de prescription applicables étaient expirés avant l'introduction de la demande de permission. Selon elle, une ordonnance *nunc pro tunc* dans de tels cas ne serait d'aucune utilité pour le demandeur, puisqu'elle rétroagirait à une date postérieure à l'expiration du délai de prescription.

[93] En conséquence, sous réserve des considérations d'équité mentionnées plus haut, une ordonnance accordant la permission d'intenter une action peut théoriquement être rendue *nunc pro tunc* lorsque la permission est sollicitée avant l'expiration du délai de prescription. Toutefois, il importe de souligner une mise en garde très importante faite par le juge Strathy : le tribunal ne devrait pas exercer sa compétence inhérente si cela aurait pour effet de miner l'objectif du délai de prescription ou de la loi en cause.

[94] Il en est ainsi parce que, comme pour toutes les doctrines et règles de common law, la compétence inhérente de rendre des ordonnances *nunc pro tunc* est circonscrite par l'intention du législateur. Vu la longue histoire de la doctrine et la règle 59.01 à laquelle j'ai fait référence, les tribunaux ont statué que le législateur est présumé avoir envisagé la possibilité qu'une ordonnance *nunc pro tunc* soit rendue : *McKenna*, par. 27; *Parker*, p. 286-287; *New Alger Mines*, p. 570-571. Toutefois, aucune ordonnance *nunc pro tunc* ne sera rendue si le libellé

None of the other equitable factors listed above, including the delay being caused by an act of the court, can be relied on to effectively circumvent or defeat the express will of the legislature.

(2) Application of *Nunc Pro Tunc*

[95] I must now decide whether the doctrine applies to the cases at bar. Before doing so, I should briefly outline the applicable standard of review. The standard that ordinarily applies to a judge's discretionary decision on whether to grant an order *nunc pro tunc* is that of deference: if the judge has given sufficient weight to all the relevant considerations, an appellate court must defer to his or her exercise of discretion (*Reza v. Canada*, [1994] 2 S.C.R. 394, at p. 404). However, if the judge's discretion is exercised on the basis of an erroneous principle, an appellate court is entitled to intervene: *Soulos v. Korkontzilas*, [1997] 2 S.C.R. 217, at para. 54. In *CIBC*, Strathy J. found that he did not have jurisdiction to make the order *nunc pro tunc*. It follows that he did not actually exercise any discretion, and there is therefore no decision to defer to. But, even if he had done so, his reasoning on whether the order should be granted *nunc pro tunc* was based on an erroneous principle in that he conflated the doctrine of *nunc pro tunc* with that of special circumstances and erroneously concluded that an order can be made *nunc pro tunc* only in the event of a slip or oversight. His decision is therefore not entitled to deference on appeal.

[96] Having reached this conclusion, I must now consider whether the discretion to grant leave *nunc pro tunc* should be exercised. As I mentioned above, a court's exercise of its inherent jurisdiction to grant such an order has the potential to undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA*. In particular, one of the clear objectives of Part XXIII.1 is to ensure that leave will be sought and obtained quickly. The requests of the plaintiffs

ou l'objet d'une loi ne l'autorise pas. Aucune des autres considérations d'équité énumérées ci-dessus, y compris le délai attribuable à un acte de la cour, ne peut servir à contourner ou à contrecarrer en fait la volonté expresse du législateur.

(2) Application de la doctrine *nunc pro tunc*

[95] Je dois maintenant décider si la doctrine *nunc pro tunc* s'applique en l'espèce. Avant de ce faire, j'exposerai brièvement la norme d'intervention applicable. La norme qui s'applique en temps normal à la décision discrétionnaire du juge de rendre ou non une ordonnance *nunc pro tunc* est celle de la déférence : si le juge de première instance a accordé suffisamment d'importance à toutes les considérations pertinentes, une cour d'appel doit s'en remettre à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge (*Reza c. Canada*, [1994] 2 R.C.S. 394, p. 404). Cependant, si le juge de première instance a exercé son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur un principe erroné, une cour d'appel peut intervenir : *Soulos c. Korkontzilas*, [1997] 2 R.C.S. 217, par. 54. Dans le dossier *CIBC*, le juge Strathy a conclu qu'il n'avait pas compétence pour rendre l'ordonnance *nunc pro tunc*. Il s'ensuit qu'il n'a pas exercé de pouvoir discrétionnaire et que la déférence n'est pas de mise. En outre, même si le juge Strathy avait exercé telle discrétion, son analyse de la question de savoir si l'ordonnance devrait être rendue *nunc pro tunc* était fondée sur un principe erroné, car il a confondu la doctrine de *nunc pro tunc* et celle des circonstances spéciales et il a conclu à tort qu'une ordonnance pouvait être rendue *nunc pro tunc* uniquement en cas d'erreur ou d'oubli. Partant, il n'y a pas lieu de faire preuve de déférence en appel à l'égard de sa décision.

[96] Ayant conclu ainsi, je dois maintenant décider si le pouvoir discrétionnaire d'accorder la permission *nunc pro tunc* doit être exercé. Comme je l'ai mentionné précédemment, l'exercice de cette compétence inhérente par un tribunal pour rendre pareille ordonnance risque de miner le délai de prescription strict fixé à l'art. 138.14 de la *LVM*. Plus particulièrement, un des objectifs clairs de la partie XXIII.1 est de faire en sorte que la permission

in *CIBC* and *Celestica* for a *nunc pro tunc* order sit uneasily with this objective. As for *IMAX*, a *nunc pro tunc* order, if appropriate, can only be applicable in respect of the defendants who were parties to the original statement of claim, as I will discuss later.

[97] In *CIBC*, Strathy J. wrote that he had no jurisdiction to relieve the plaintiffs from the application of s. 138.14 *OSA*. However, a close reading of his reasons suggests that he was of the opinion that he had inherent jurisdiction, but that he could not exercise his discretion, because this case did not involve a slip or oversight. As I mentioned above, however, the occurrence of a slip or oversight is not the only circumstance in which a court may exercise its inherent jurisdiction to grant an order *nunc pro tunc*, but is instead one example of a situation in which it may do so. Strathy J. therefore erred in limiting the exercise of his inherent jurisdiction to a case involving a slip or oversight.

[98] Had he reached a different conclusion, Strathy J. would have exercised his discretion to issue the order for “several reasons”: para. 540. One of the reasons he gave was that “the plaintiffs have been diligently pursuing the motion for leave on their own behalf and on behalf of the Class”, although it is clear from his comments that this finding of fact is inextricably linked to the idea that “[t]his is not a case in which the suspension of the limitation period would have left the parties, Class Members and the court without any guarantee that the action would be prosecuted”: para. 541. Yet lack of prejudice to the defendants and diligence are two different things. Strathy J. also stated that, had he concluded that he could exercise his inherent jurisdiction, the fact that the plaintiffs were surprised by *Timminco* would have played an important role in his decision on whether to grant the order.

[99] With all due respect, what I find particularly problematic is that the plaintiffs’ request for a *nunc*

soit sollicitée et obtenue rapidement. Les demandes des demandeurs dans *CIBC* et *Celestica* visant à obtenir une ordonnance *nunc pro tunc* cadrent mal avec cet objectif. Dans *IMAX*, il n’est justifié de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* qu’à l’égard des défendeurs parties à la déclaration initiale, tel que je l’expliquerai plus loin.

[97] Dans *CIBC*, le juge Strathy a écrit qu’il n’avait pas compétence pour soustraire les demandeurs à l’application de l’art. 138.14 de la *LVM*. Une lecture attentive de ses motifs donne toutefois à penser qu’il estimait avoir compétence inhérente mais que, comme il n’était pas en présence d’une erreur ou d’un oubli, il ne pouvait exercer son pouvoir discrétionnaire. Comme je l’ai mentionné plus haut, cependant, les cas d’erreur ou d’oubli ne sont pas les seuls où le tribunal peut exercer sa compétence inhérente pour rendre une ordonnance *nunc pro tunc*; ce sont plutôt des exemples de situations dans lesquelles il peut l’exercer. Le juge Strathy a donc commis une erreur en limitant l’exercice de sa compétence inhérente aux seuls cas d’erreur ou d’oubli.

[98] S’il avait tiré une conclusion différente, le juge Strathy aurait exercé son pouvoir discrétionnaire de rendre l’ordonnance pour [TRADUCTION] « plusieurs raisons » : par. 540. Parmi les raisons qu’il a mentionnées, figure celle selon laquelle « les demandeurs ont poursuivi avec diligence la requête pour permission en leur propre nom et au nom du groupe », mais il ressort de ses propos que cette conclusion de fait est inextricablement liée à l’idée que « [n]ous ne sommes pas en présence d’un cas où la suspension du délai de prescription aurait privé les parties, les membres du groupe et le tribunal de toute garantie que l’action serait poursuivie » : par. 541. Or, l’absence de préjudice subi par les défendeurs et la diligence sont deux choses distinctes. Toujours selon le juge Strathy, la surprise causée aux demandeurs par l’arrêt *Timminco* aurait aussi influé fortement sur sa décision de rendre ou non l’ordonnance s’il avait conclu à la possibilité d’exercer sa compétence inhérente pour ce faire.

[99] Avec beaucoup d’égards, il me semble particulièrement problématique que la demande des

*pro tunc* order shows that they were aware of the requirement of obtaining leave, yet they made the choice to bring a motion for leave at the same time as their certification motion rather than expediting the leave motion. Their failure to obtain leave within the limitation period is therefore a result of their own decision. The fact that the plaintiffs were surprised by the decision in *Timminco* is of no help to them, since, as Strathy J. noted, not only were they mistaken in their interpretation of the law, but they also proceeded on the assumption “that the court had jurisdiction to extend the limitation period and that the discretion would be exercised in their favour by granting leave *nunc pro tunc*”: para. 511.

[100] My colleague Cromwell J. says that “[t]he plaintiffs reasonably thought that they could be granted leave after the expiry of the limitation period” (para. 139). Although the plaintiffs’ belief that they *could be* granted leave might be considered reasonable, it was not reasonable for them to assume that they *would be* granted leave. A plaintiff cannot simply assume that he or she will be granted relief, doing nothing although knowing that the limitation period is going to expire. In the instant cases, the plaintiffs could have requested an expedited hearing, but they did not even raise the issue, ultimately presenting the judge with a *fait accompli*. As Strathy J. wrote, “Had [the issue] been raised, the parties might have considered a tolling agreement. Had the parties not reached an agreement, I would have considered whether the hearing could be scheduled at an early date or whether some other order could be made to prevent potential injustice”: para. 539. Strathy J. went further, adding that “[t]he lack of prejudice to the defendants and the irreparable prejudice to Class Members as a result of the loss of their cause of action would have militated strongly in favour of some action”: para. 539. In *CIBC*, more than a year and a half passed between the filing of the first statement of claim and the filing of the notice of motion seeking leave under s. 138.8. Granting an extension of

demandeurs visant à obtenir une ordonnance *nunc pro tunc* démontre qu’ils étaient conscients de la nécessité d’obtenir la permission, mais qu’ils ont fait le choix de plaider leur requête pour permission en même temps que leur requête en autorisation de recours collectif, plutôt que de procéder plus rapidement avec leur requête pour permission. Leur défaut d’obtenir la permission dans le délai imparti résulte donc de leur propre décision. Le fait que l’arrêt *Timminco* ait pris les demandeurs par surprise ne leur est d’aucun secours car, comme l’a signalé le juge Strathy, non seulement les demandeurs ont-ils erré dans leur interprétation de la loi, mais ils ont aussi tenu pour acquis [TRADUCTION] « que le tribunal avait compétence pour proroger le délai de prescription et qu’il exercerait son pouvoir discrétionnaire en leur faveur en leur accordant la permission *nunc pro tunc* » : par. 511.

[100] Mon collègue le juge Cromwell affirme que « [I]es demandeurs croyaient raisonnablement qu’ils pourraient obtenir l’autorisation après l’expiration du délai de prescription » (par. 139). Bien que l’on puisse considérer raisonnable la croyance des demandeurs que la permission *pouvait* leur être accordée, il n’était pas raisonnable pour eux de présumer qu’elle leur *serait* accordée. En effet, un demandeur ne peut simplement tenir pour acquis qu’un redressement lui sera accordé et ne rien faire tout en sachant que le délai de prescription expirera. Dans les présents dossiers, les demandeurs auraient pu réclamer une audition accélérée, mais ils n’ont même pas soulevé la question, plaçant ultimement le juge devant un fait accompli. Comme l’a écrit le juge Strathy, [TRADUCTION] « [s]i [la question] avait été soulevée, les parties auraient peut-être envisagé de conclure un accord sur le délai de prescription. Si elles n’étaient pas parvenues à s’entendre, j’aurais examiné si l’on pouvait tenir l’audition dans un avenir rapproché ou rendre quelque autre ordonnance pour prévenir une éventuelle injustice » : par. 539. Le juge Strathy est allé plus loin en précisant que « [l]’absence de préjudice subi par les défendeurs et le préjudice irréparable que causerait aux membres du groupe la perte de leur cause d’action aurait milité fortement en faveur d’un redressement » :

the limitation period, in the form of a *nunc pro tunc* leave order, in this context would defeat the very purpose of s. 138.14 *OSA* and would amount to an unreasonable exercise of discretion.

[101] While the courts do have inherent jurisdiction to issue *nunc pro tunc* orders in relation to leave to commence claims under s. 138.3 *OSA*, that jurisdiction is not unlimited. It should be exercised bearing in mind that the leave requirement, and its interaction with the limitation period, are central to the delicate balance struck in Part XXIII.1 *OSA*. Strathy J. wrote that “extending the limitation period in this particular case would not do violence to the purposes of limitation periods, including the need of parties to order their affairs after reasonable periods of repose and to avoid evidence becoming stale or lost”: para. 543. This comment, which focuses on limitation periods in general, disregards the delicate balance achieved in Part XXIII.1 *OSA* in particular. Strathy J. correctly observed that he should refrain from undermining the strict limitation period set out in s. 138.14 *OSA*, but, with respect, he did not act accordingly in concluding that he would have issued the *nunc pro tunc* order.

[102] Cromwell J. also refers to Strathy J.’s view that there is a duty to protect the rights of unrepresented putative class members and that that could justify the issuance of a *nunc pro tunc* order. I cannot subscribe to this argument, since class members do not have more rights than the representative plaintiff.

[103] I would also add that the last of the reasons Strathy J. gave in support of his conclusion that he would have granted such an order was premised

par. 539. Dans *CIBC*, plus d’un an et demi s’est écoulé entre le dépôt de la première déclaration et celui de l’avis de requête visant à obtenir la permission en vertu de l’art. 138.8. Proroger le délai de prescription dans ce contexte par le prononcé d’une ordonnance *nunc pro tunc* accordant la permission sollicitée contrecarrerait l’objet même de l’art. 138.14 de la *LVM* et constituerait un exercice déraisonnable du pouvoir discrétionnaire.

[101] Bien que les tribunaux aient compétence inhérente pour rendre des ordonnances *nunc pro tunc* visant la permission d’intenter un recours en vertu de l’art. 138.3 de la *LVM*, cette compétence n’est pas illimitée. Ils doivent l’exercer en gardant à l’esprit que l’obligation d’obtenir la permission et son interaction avec le délai de prescription sont essentiels à l’équilibre délicat qui est au centre de la partie XXIII.1 de la *LVM*. Le juge Strathy a écrit que [TRADUCTION] « la prorogation du délai de prescription en l’espèce ne porterait pas atteinte aux objectifs des délais de prescription, dont la nécessité pour les parties d’organiser leurs affaires après une période raisonnable de répit et d’éviter la désuétude ou la perte d’éléments de preuve » : para. 543. Ce commentaire, axé sur les délais de prescription en général, fait abstraction de l’équilibre délicat atteint par la partie XXIII.1 de la *LVM* en particulier. Le juge Strathy a fait remarquer, avec raison, qu’il devait éviter de miner le délai de prescription strict fixé à l’art. 138.14 de la *LVM* mais, avec beaucoup d’égards, je suis d’avis qu’il n’a pas agi en conséquence lorsqu’il a conclu qu’il aurait rendu l’ordonnance *nunc pro tunc*.

[102] Le juge Cromwell se réfère également à l’avis du juge Strathy selon lequel il existe un devoir de protéger les droits des membres du groupe non représentés dans le recours collectif projeté et que ce devoir pourrait justifier le prononcé d’une ordonnance *nunc pro tunc*. Je ne puis me rallier à cet argument car les membres du groupe n’ont pas plus de droits que leur représentant.

[103] J’ajouterais aussi que la dernière raison mentionnée par le juge Strathy à l’appui de sa conclusion selon laquelle il aurait rendu pareille ordonnance est

on an erroneous interpretation of the law: he found that the plaintiffs' statutory claim had a reasonable possibility of success, but as I will explain below, this finding was based on the wrong threshold.

[104] In my opinion, Strathy J., although in a very good position to assess and weigh all the relevant considerations, failed to proceed with the necessary caution in considering whether he would have exercised the court's discretion in the plaintiffs' favour. If a *nunc pro tunc* order could be made where a limitation period has expired even though the plaintiffs did absolutely nothing to prevent its expiry, the effect would be that it is very easy to override the legislature's intent.

[105] Similar considerations apply in *IMAX*. The plaintiffs waited nearly two years after leave was granted before filing a statement of claim pleading the statutory cause of action and adding defendants, even though 79 days had remained in the limitation period after leave was granted, in view of the parties' agreement that the limitation period be suspended while the leave motion was under reserve. As a result, in my opinion, the plaintiffs' delay in filing their action far outweighed any delays caused by acts of the court in respect of which a *nunc pro tunc* order might be justified. In this sense, the irregularity in their case is also tied to their own deliberate and informed acts.

[106] Nevertheless, I am inclined to grant the *nunc pro tunc* order in relation to the defendants — *IMAX Corp.*, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce — who were parties to the original statement of claim. I am of the view that with respect to those defendants, van Rensburg J. exercised her discretion correctly. However, as regards the other defendants (Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble), who

fondée sur une mauvaise interprétation du droit : en effet, il a conclu que le recours statuaire des demandeurs avait une possibilité raisonnable de succès. Toutefois, comme je l'expliquerai plus loin, il a tiré cette conclusion en appliquant le mauvais critère.

[104] À mon avis, même s'il était fort bien placé pour évaluer et soupeser l'ensemble des considérations pertinentes, le juge Strathy n'a pas fait montre de la prudence qui s'imposait en se prononçant sur l'opportunité d'exercer le pouvoir discrétionnaire du tribunal en faveur des demandeurs. Si une ordonnance *nunc pro tunc* peut être prononcée après l'expiration d'un délai de prescription alors que les demandeurs n'ont absolument rien fait pour prévenir son expiration, cela aurait pour conséquence qu'il est très facile de passer outre à l'intention du législateur.

[105] Des considérations similaires s'appliquent dans l'affaire *IMAX*. Les demandeurs ont attendu près de deux ans après avoir obtenu la permission avant de déposer une déclaration invoquant la cause d'action statuaire et d'y ajouter des défendeurs, même s'il restait encore 79 jours au délai de prescription lorsqu'ils ont obtenu la permission sollicitée — en raison de l'entente intervenue entre les parties pour suspendre le délai de prescription pendant le délibéré. J'estime donc que le retard des demandeurs à intenter leur action dépasse largement tout délai occasionné par un acte de la cour en raison duquel il serait peut-être justifié de rendre une ordonnance *nunc pro tunc*. En ce sens, l'irrégularité dans leur dossier est également liée à leurs propres gestes délibérés et éclairés.

[106] Néanmoins, je suis portée à rendre l'ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à la déclaration initiale : *IMAX Corp.*, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce. À mon avis, la juge van Rensburg a exercé correctement son pouvoir discrétionnaire quant à ces défendeurs. Mais dans le cas des autres défendeurs (Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble), qui n'étaient parties à aucune instance



were not defendants in any proceeding at the time when argument on the leave application was concluded, the plaintiffs, who waited more than two years after leave was granted before issuing a first statement of claim against them as defendants and provided no valid explanation for this delay, certainly cannot be said to have acted diligently. Granting relief to the plaintiffs against those defendants in this context would undermine the strict limitation period set out in s. 138.14 OSA and the balance struck in the legislation.

[107] Indeed, here, the plaintiffs had two things to do: obtain leave and issue a fresh statement of claim (to include the statutory cause of action and to add new defendants). The leave application was under reserve when the limitation period technically expired. However, as mentioned before, the parties had agreed to suspend that period while the application remained under reserve. Therefore, a period of 79 days was still available, when leave was granted, to issue the fresh statement of claim. Yet, the amendment to include the statutory cause of action — even made outside the 79 days period — by nature, would have operated retroactively to the date of the initial statement of claim. In any event, as van Rensburg J. correctly noted: “An order for the effective date of an amendment is within the scope of rule 26.01, which provides that a court shall grant leave to amend a pleading ‘on such terms as are just’ at any stage of an action . . .” (para. 99). However, I am of the view that the situation is different regarding the addition of the new defendants. Since, strictly speaking, there was no statement of claim pending against these defendants, the amendment cannot operate retroactively. It can only apply for the future. In my opinion, adding a statutory cause of action based on the same facts as the common law claim through a technical amendment, and adding new defendants, are two different things and should be treated accordingly. In exercising her discretion, van Rensburg J. failed to address or distinguish the situation of these additional defendants. She simply concluded that a *nunc pro tunc* order was enough to relieve the plaintiffs from the expiry of the limitation period. I

pendante lorsque le débat sur la demande de permission s’est terminé, les demandeurs ayant attendu plus de deux ans après l’octroi de la permission avant de déposer une première déclaration contre eux à titre de défendeurs et n’ayant fourni aucune explication valable pour ce délai, on ne peut assurément pas dire qu’ils ont fait preuve de diligence. Accorder un redressement aux demandeurs aux dépens de ces défendeurs dans ces circonstances minerait le délai de prescription strict établi à l’art. 138.14 de la LVM et compromettrait l’équilibre établi par la loi.

[107] En effet, dans le cas présent, les demandeurs avaient deux choses à faire : obtenir la permission et produire une nouvelle déclaration (pour y ajouter la cause d’action statutaire et de nouveaux défendeurs). La demande de permission était en délibéré lorsque le délai de prescription a en principe expiré. Toutefois, comme je l’ai mentionné précédemment, les parties avaient convenu de suspendre ce délai pendant le délibéré. En conséquence, lorsque la permission fut accordée, il restait encore 79 jours pour présenter une nouvelle déclaration. Or, l’ajout de la cause d’action statutaire — même après la période de 79 jours — aurait produit, de par sa nature, ses effets rétroactivement à la date de la déclaration initiale. Quoi qu’il en soit, tel que l’a fait remarquer à juste titre la juge van Rensburg : [TRADUCTION] « Une ordonnance exécutoire à la date d’une modification relève de la règle 26.01, qui prévoit que le tribunal accorde l’autorisation de modifier un acte de procédure “à des conditions justes” à toute étape d’une action . . . » (par. 99). J’estime cependant que la situation est différente en ce qui concerne l’ajout des nouveaux défendeurs. Puisqu’il n’y a, à proprement parler, aucune déclaration existante contre ces défendeurs, la modification ne peut produire ses effets rétroactivement. Elle ne peut avoir d’effets que pour l’avenir. À mon avis, ajouter une cause d’action statutaire fondée sur les mêmes faits que la réclamation de common law par une modification technique et ajouter de nouveaux défendeurs sont deux choses différentes et doivent être traitées en conséquence. Dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, la juge van Rensburg n’a pas traité de la situation de ces défendeurs additionnels ni fait de distinction

am of the view that this question should have been addressed.

[108] Moreover, van Rensburg J. found that the facts of the case before her did not allow for the doctrine of special circumstances to be applied. She wrote the following, at para. 68: “. . . I do not believe that the doctrine of special circumstances has any actual or potential application to the operation of the limitation period under s. 138.14 of the *OSA* or is relevant to the relief sought by the plaintiffs in this case.” It is worth noting that s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002* provides that, “[i]f a limitation period in respect of a claim against a person has expired, the claim shall not be pursued by adding the person as a party to any existing proceeding.” Some judges have said that s. 21(1) has abolished the doctrine of special circumstances for limitation periods to which the *Limitations Act, 2002* applies. See *Joseph v. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401. If that is true, it would be another reason why the *nunc pro tunc* order should not be granted in respect of the defendants who were added after the expiry of the limitation period. I note, however, that the case law is contradictory as regards the scope of s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*. See, e.g., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

[109] My colleague, Cromwell J., writes that “the wiser course for us . . . is not to address this issue in disposing of the *IMAX* appeal” (para. 154). I agree with him on this point. However, one may conclude that his reasons necessarily imply that s. 21 does not apply to the case at bar since he comes to the conclusion that relief *can* be granted to add defendants despite the expiry of the limitation period. Since the parties have not made complete submissions on this

entre leur situation et celle des défendeurs initiaux. Elle a simplement conclu qu’une ordonnance *nunc pro tunc* suffisait pour permettre aux demandeurs d’échapper à l’expiration du délai de prescription. J’estime que cette question aurait dû être abordée.

[108] Toujours selon la juge van Rensburg, les faits de cette affaire ne permettaient pas d’appliquer la doctrine des circonstances spéciales. Elle a écrit d’ailleurs au par. 68 : [TRADUCTION] « . . . je ne crois pas que la doctrine des circonstances spéciales s’applique de quelque façon que ce soit ou peut s’appliquer au délai de prescription fixé à l’art. 138.14 de la *LVM* ou touche le redressement sollicité par les demandeurs en l’espèce. » Il vaut la peine de signaler que le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, prévoit que : « En cas d’expiration du délai de prescription relatif à une réclamation contre une personne, la réclamation ne peut être formée par jonction de cette personne comme partie à une instance déjà en cours. » D’après certains juges, le par. 21(1) a aboli la doctrine des circonstances spéciales en ce qui concerne les délais de prescription auxquels s’applique la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Voir *Joseph c. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401. Si cela est exact, ce serait une autre raison pour laquelle il convient de ne pas rendre l’ordonnance *nunc pro tunc* à l’égard des défendeurs qui ont été ajoutés après l’expiration du délai de prescription. Je signale toutefois que la jurisprudence est contradictoire quant à la portée du par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Voir p. ex. *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401; *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764.

[109] Mon collègue le juge Cromwell écrit qu’« il est plus sage pour nous . . . de ne pas nous prononcer sur ce point en tranchant le pourvoi *IMAX* » (para. 154). Je suis d’accord avec lui sur ce point. Cependant, l’on pourrait conclure que ses motifs supposent nécessairement que l’art. 21 ne s’applique pas en l’espèce car il parvient à la conclusion qu’un redressement *peut* être accordé, soit l’ajout de défendeurs, et ce, malgré l’expiration du délai

point and since I conclude that relief regarding the addition of new defendants should not be granted for other reasons, it is not necessary for me to address the issue of s. 21(1). I would nevertheless highlight that, at the very least, s. 21 is an explicit recognition by the Ontario legislature that amendments aiming to add parties to an existing procedure are different in nature than other types of amendments and should be made promptly. At the risk of repeating myself, for a period of almost five years and three months, the only defendants to the existing statement of claim were IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

[110] To sum up, given the agreement between the parties to suspend the limitation period while the decision was under reserve, which had the effect of leaving a period of 79 days available in the limitation period when leave was granted, and given the existence of the original statement of claim, I am of the view that a *nunc pro tunc* order is justified in relation to the defendants who were parties to that statement of claim. As regards the defendants who were not parties to any statement of claim at the time when argument on the leave application was concluded, however, the discretion to grant leave *nunc pro tunc* should not be exercised, nor do the facts of this case justify the application of the doctrine of special circumstances — assuming that it has not been abolished by s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*. I would therefore not issue the order in relation to Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron and Kathryn A. Gamble, but would issue it in respect of IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.

[111] As for *Celestica*, because no motion for leave was filed before the expiry of the limitation period, a *nunc pro tunc* order, assuming one were available, could not remedy that expiry. This is sufficient to deny a *nunc pro tunc* order. Moreover, for reasons which I will explain below, I am of the opinion, with

de prescription. Puisque les parties n'ont pas présenté d'argumentation complète sur ce point et que je conclus qu'un redressement concernant l'ajout de nouveaux défendeurs ne devrait pas être octroyé pour d'autres motifs, je n'ai pas à trancher la question du par. 21(1). Je soulignerais néanmoins que l'art. 21 constitue à tout le moins une reconnaissance explicite par le législateur ontarien que les modifications visant à ajouter des parties à une instance pendante diffèrent d'autres types de modification et devraient être apportées promptement. Au risque de me répéter, pendant presque cinq ans et trois mois, les seuls défendeurs parties à la déclaration existante étaient IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

[110] En somme, vu que les parties se sont entendues pour suspendre le délai de prescription alors que la décision était en délibéré, ce qui a eu pour effet de laisser une période de 79 jours à l'intérieur du délai de prescription quand la permission a été accordée, et vu l'existence de la déclaration initiale, je suis d'avis qu'il y a lieu de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* à l'endroit des défendeurs parties à cette déclaration initiale. Mais en ce qui concerne les défendeurs qui n'étaient pas parties à une déclaration existante au moment où le débat sur la demande de permission s'est conclu, le pouvoir discrétionnaire d'accorder la permission *nunc pro tunc* ne doit pas être exercé, et les faits de la présente espèce ne justifient pas non plus l'application de la doctrine des circonstances spéciales, à supposer que celle-ci n'ait pas été abolie par le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. Je suis donc d'avis de ne pas rendre l'ordonnance sollicitée à l'égard de Neil S. Braun, Kenneth G. Copland, Garth M. Girvan, David W. Leebron et Kathryn A. Gamble, mais de le faire à l'endroit d'IMAX Corp., Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.

[111] Quant à l'affaire *Celestica*, comme aucune requête pour permission n'a été déposée avant l'expiration du délai de prescription, une ordonnance *nunc pro tunc*, à supposer qu'on puisse y recourir, ne pourrait remédier à l'expiration de ce délai. Cette raison suffit pour refuser de rendre une ordonnance

all due respect, that it was not open to Perell J. to apply the doctrine of special circumstances to salvage the plaintiffs' claim.

### (3) Doctrine of Special Circumstances

[112] Although pinpointing the origin of an equitable doctrine is generally an exercise fraught with peril, it can be said with a limited degree of certainty that the doctrine of special circumstances originated in Lord Esher M.R.'s ruling in *Weldon v. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.). In that case, Lord Esher stated that an amendment adding a cause of action to a statement of claim after the expiry of the limitation period for that cause of action will generally be unfair and prejudice a defendant. He therefore held that a court should allow such an amendment only in "very peculiar circumstances": p. 395. It is this narrow exception which has evolved into what is now known as the doctrine of special circumstances.

[113] In essence, the doctrine allows a court to temper the potentially harsh and unfair effects of limitation periods by allowing a plaintiff to add a cause of action or a party to the statement of claim after the expiry of the relevant limitation period. I hasten to add that, as the Court recognized in *Basarsky v. Quinlan*, [1972] S.C.R. 380, and as the word "special" — or "peculiar" — suggests, the circumstances warranting such an amendment will not often occur.

[114] As an offspring of equity, the doctrine of special circumstances is naturally concerned with fairness to the parties. Indeed, this concern was at the forefront of Lord Esher's mind in *Weldon*. Unsurprisingly, no exhaustive list of the circumstances that qualify as "special" has been proposed by the courts, and I believe it would be risky and unwise to do so. I note however that, concerned with not prejudicing a defendant, this Court has paid particular attention to whether the facts relevant to the

*nunc pro tunc*. De plus, pour les motifs que j'exposerais plus loin, j'estime avec beaucoup d'égards qu'il n'était pas loisible au juge Perell de s'en remettre à la doctrine des circonstances spéciales pour sauvegarder la réclamation des demandeurs.

### (3) La doctrine des circonstances spéciales

[112] Cerner l'origine d'une doctrine en equity est généralement un exercice parsemé d'embûches, mais on peut affirmer avec un certain niveau de certitude que la doctrine des circonstances spéciales a vu le jour dans la décision *Weldon c. Neal* (1887), 19 Q.B.D. 394 (C.A.), du maître des rôles lord Esher. Dans cette affaire, lord Esher a affirmé qu'un amendement ajoutant une cause d'action à une déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable à cette cause d'action est généralement injuste et cause préjudice à un défendeur. En conséquence, le juge a conclu que le tribunal ne devrait pas autoriser pareil amendement, à moins d'être en présence de [TRADUCTION] « circonstances très particulières » : p. 395. Il s'agit là de l'exception limitée qui est devenue ce qu'on appelle désormais la doctrine des circonstances spéciales.

[113] Essentiellement, cette doctrine autorise le tribunal à modérer les effets potentiellement sévères et injustes des délais de prescription en permettant à un demandeur d'ajouter une cause d'action ou une partie à sa déclaration après l'expiration du délai de prescription applicable. Je m'empresse d'ajouter que, comme l'a reconnu la Cour dans *Basarsky c. Quinlan*, [1972] R.C.S. 380, et tel que l'évoquent les mots « spécial » ou « particulier », les circonstances justifiant une telle modification se présentent rarement.

[114] Issue de l'equity, la doctrine des circonstances spéciales implique naturellement l'équité envers les parties. En effet, cette préoccupation était celle de lord Esher dans *Weldon*. Comme on pouvait s'y attendre, les tribunaux n'ont proposé aucune liste exhaustive des circonstances qui pourraient être qualifiées de « spéciales », et j'estime qu'il serait périlleux et peu judicieux de le faire. Je signale toutefois que, soucieuse de ne pas causer préjudice à un défendeur, la Cour a porté une

extinguished action were pleaded in the original statement of claim and whether the defendant was aware of them during discovery: *Basarsky*; see also *Dugal*, at paras. 60-68. The factors enumerated by the Ontario Court of Appeal in *Frohlick v. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401, at para. 23, which were reiterated by van Rensburg J. in *IMAX*, are also helpful guides:

As such, “special circumstances” include factors such as: the relationship between the proposed claim and the existing action; the true nature of all of the claims; the progress of the action; and the knowledge of the parties . . . . [*IMAX*, at para. 71]

[115] Here, the legislature specifically barred a plaintiff from commencing a statutory action under s. 138.3 *OSA* without first obtaining leave of the court. This leave requirement, and its interaction with the limitation period, is central to the delicate balance which Part XXIII.1 *OSA* strikes between the various participants in the market.

[116] The doctrine of special circumstances is of no avail to any of the plaintiffs in the three cases before us. This is because neither the limitation period in s. 138.14 *OSA* nor the leave requirement in s. 138.8 *OSA* can be defeated by amending the pleadings to include a statutory claim under s. 138.3. In all three cases, this doctrine does not provide the plaintiffs with an effective remedy, since it cannot on its own overcome the leave requirement of s. 138.8 *OSA*.

[117] In the case of *Celestica*, in which the limitation period expired before a motion for leave was even brought, applying the special circumstances doctrine to grant relief to the plaintiffs would necessarily provide judges with general authority to extend limitation periods, which would frustrate the purpose of s. 138.14 *OSA*. It is also striking that

attention particulière à la question de savoir si les faits pertinents quant à l’action éteinte avaient été allégués dans la déclaration initiale et si le défendeur avait connaissance de ceux-ci au moment de l’interrogatoire préalable : *Basarsky*; voir également *Dugal*, par. 60-68. Les facteurs énumérés par la Cour d’appel de l’Ontario dans *Frohlick c. Pinkerton Canada Ltd.*, 2008 ONCA 3, 88 O.R. (3d) 401, par. 23, et réitérés par la juge van Rensburg dans l’arrêt *IMAX* nous éclairent également :

[TRADUCTION] Par conséquent, les « circonstances spéciales » comprennent des facteurs comme : le rapport entre la réclamation projetée et l’action en cours; la véritable nature de toutes les réclamations; l’évolution de l’action; les connaissances des parties . . . [*IMAX*, par. 71]

[115] En l’espèce, le législateur a expressément prévu l’impossibilité pour un demandeur d’intenter un recours au titre de l’art. 138.3 de la *LVM* sans avoir d’abord obtenu la permission du tribunal. Cette obligation d’obtenir une permission préalable et son interaction avec le délai de prescription sont au cœur de l’équilibre délicat établi par la partie XXIII.1 de la *LVM* entre les différents acteurs du marché.

[116] La doctrine des circonstances spéciales n’est d’aucune utilité pour l’un ou l’autre des demandeurs dans les trois dossiers dont nous sommes saisis. Il en est ainsi parce qu’on ne peut faire obstacle au délai prescrit à l’art. 138.14 de la *LVM* ou à la permission exigée à l’art. 138.8 de cette loi en amendant les actes de procédure pour y inclure le recours de l’art. 138.3. Dans les trois cas, cette doctrine ne permet pas aux demandeurs d’obtenir un redressement efficace car elle ne peut contrer à elle seule l’exigence de permission prévue par l’art. 138.8 de la *LVM*.

[117] Dans l’affaire *Celestica*, où le délai de prescription a expiré avant même qu’une requête pour permission soit présentée, appliquer la doctrine des circonstances spéciales pour accorder un redressement aux demandeurs conférerait nécessairement aux juges le pouvoir général de proroger les délais de prescription, ce qui irait à l’encontre de l’objet de

Perell J., in discussing the “special circumstances” justifying this discretionary remedy, did not conclude that the plaintiffs had been diligent, but focused instead on the absence of prejudice to the defendants.

*C. Threshold of Reasonable Possibility of Success*

[118] In *CIBC*, the defendants challenged the threshold that must be met by a plaintiff applying for leave under s. 138.8 *OSA*. One of the conditions that must be met to obtain leave is that the court must be satisfied that “there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff”: s. 138.8(1)(b) *OSA*. Strathy J. interpreted this statutory language as establishing a relatively low threshold according to which leave will be denied only if, “having considered all the evidence adduced by the parties and having regard to the limitations of the motions process, the plaintiffs’ case is so weak or has been so successfully rebutted by the defendant, that it has no reasonable possibility of success”: para. 374. The Court of Appeal upheld this interpretation of s. 138.8(1)(b).

[119] The defendants in *CIBC* argued in this Court that the threshold articulated by Strathy J. is too low.

[120] I will address the point briefly, given the Court’s recent decision in *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106.

[121] In *Theratechnologies*, the Court was asked to interpret s. 225.4 of the *Securities Act*, CQLR, c. V-1.1 (“*QSA*”), the Quebec counterpart to s. 138.8 *OSA*. That section, which introduces a leave requirement for a statutory claim based on a secondary market misrepresentation in Quebec, provides that

l’art. 138.14 de la *LVM*. Il est aussi remarquable que le juge Perell, dans son analyse des « circonstances spéciales » justifiant ce redressement discrétionnaire, n’ait pas conclu que les demandeurs avaient fait preuve de diligence. Il a plutôt insisté sur l’absence de préjudice subi par les défendeurs.

*C. Le critère préliminaire de la possibilité raisonnable de succès*

[118] Dans l’affaire *CIBC*, les défendeurs ont contesté le critère préliminaire auquel doit satisfaire un demandeur lorsqu’il demande la permission au titre de l’art. 138.8 de la *LVM*. L’une des conditions que le demandeur doit respecter pour pouvoir obtenir cette permission consiste à démontrer à la satisfaction du tribunal qu’« il est raisonnablement possible que l’action soit réglée au procès en faveur du demandeur » : al. 138.8(1)(b) de la *LVM*. Selon le juge Strathy, ces mots établissent un critère relativement peu élevé suivant lequel la permission ne sera pas accordée seulement si, [TRADUCTION] « eu égard à l’ensemble de la preuve présentée par les parties et compte tenu des limites inhérentes au processus des requêtes, la preuve du demandeur est tellement faible ou a été réfutée par le défendeur avec tant de succès qu’il n’a aucune possibilité raisonnable de succès » : par. 374. La Cour d’appel a confirmé cette interprétation de l’al. 138.8(1)(b).

[119] Les défendeurs dans le dossier *CIBC* ont fait valoir devant la Cour que le critère préliminaire formulé par le juge Strathy n’est pas assez lourd ou élevé.

[120] Je traiterai brièvement de ce point compte tenu de l’arrêt récent de la Cour dans *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106.

[121] Dans *Theratechnologies*, la Cour était appelée à interpréter l’art. 225.4 de la *Loi sur les valeurs mobilières*, RLRQ, c. V-1.1 (« *LVMQ* »), l’équivalent québécois de l’art. 138.8 de la *LVM*. Cet article, qui établit l’obligation d’obtenir la permission d’intenter un recours pour déclaration inexacte de

there must be a “reasonable possibility that [the action] will be resolved in favour of the plaintiff” for leave to be granted. The Court stated that for an action to have a “reasonable possibility” of success under s. 225.4, there must be a “reasonable or realistic chance that [it] will succeed”: *Theratechnologies*, at para. 38. Claimants must “offer both a plausible analysis of the applicable legislative provisions, and some credible evidence in support of the claim”: *Theratechnologies*, at para. 39.

[122] There is no difference between the language of s. 138.8 *OSA* and that of s. 225.4 *QSA*. Moreover, both provisions relate to leave applications for statutory claims based on secondary market misrepresentation, albeit in different jurisdictions. Accordingly, the threshold test under s. 225.4 *QSA* articulated in *Theratechnologies* applies in the context of s. 138.8 *OSA*.

[123] Although there may be differences in the records that need to be produced in support of the leave applications in Quebec and Ontario (*Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2013 QCCA 1256, at paras. 125-26 (CanLII)), this does not affect the threshold a plaintiff must meet.

#### D. *Preferability*

[124] In *CIBC*, the plaintiffs sought certification for seven common issues relating to a common law misrepresentation claim. Strathy J. held that reliance, a necessary element of a common law misrepresentation claim, “is not an issue that is capable of resolution on a common basis”: para. 600. He added that “a class proceeding would not be the preferable procedure for resolving a reliance-based claim, as it would give rise to individual issues of causation and reliance that would be unmanageable”: para. 610. In

faits sur le marché secondaire au Québec, indique qu’il doit exister une « possibilité raisonnable que le demandeur ait gain de cause » pour que la permission soit accordée. La Cour a affirmé que la « possibilité raisonnable » d’avoir gain de cause au sens de l’art. 225.4 s’entend d’une « possibilité raisonnable ou réaliste que le demandeur ait gain de cause » : *Theratechnologies*, par. 38. Ainsi, le demandeur doit « offrir une analyse plausible des dispositions législatives applicables, et il doit également présenter des éléments de preuve crédibles à l’appui de sa demande » : *Theratechnologies*, par. 39.

[122] Il n’y a pratiquement aucune différence entre le libellé de l’art. 138.8 de la *LVM* de l’Ontario et celui de l’art. 225.4 de la *LVMQ*. De plus, ces deux dispositions touchent les demandes de permission visant à intenter un recours statuaire pour déclaration inexacte de faits sur le marché secondaire, quoique dans des provinces différentes. Par conséquent, le critère préliminaire formulé dans l’arrêt *Theratechnologies* à l’égard de l’art. 225.4 de la *LVMQ* s’applique dans le contexte de l’art. 138.8 de la *LVM* ontarienne.

[123] Bien qu’il puisse y avoir des différences en ce qui concerne les documents à produire au Québec et en Ontario respectivement à l’appui des demandes de permission (*Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2013 QCCA 1256, [2013] R.J.Q. 1128, par. 125-126), cela n’a aucune incidence sur le critère préliminaire auquel doit satisfaire le demandeur.

#### D. *Le meilleur moyen*

[124] Dans le dossier *CIBC*, les demandeurs ont sollicité une autorisation de recours collectif quant à sept questions communes relatives à une réclamation pour déclaration inexacte en common law. Le juge Strathy a conclu que la question de savoir si une personne s’est fiée aux informations inexacts, élément nécessaire du recours de common law pour déclaration inexacte, [TRADUCTION] « n’est pas une question susceptible d’être traitée collectivement » : par. 600. Le juge Strathy a ajouté

the result, he refused to certify all seven issues relating to the common law negligent misrepresentation claim.

[125] The Court of Appeal upheld the motion judge's decision not to certify the issues relating to reliance and damages. However, it held that five out of the seven issues proposed by the plaintiffs related to the intent and conduct of the defendant CIBC, and should be certified as against CIBC in order to advance the litigation against it. The Court of Appeal therefore allowed the appeal in part and certified those five issues.

[126] In this Court, the defendants argued that none of the issues relating to the common law misrepresentation claim should be certified in this case. The defendants further argued that the common law misrepresentation claim fails the preferability analysis required under s. 5(1)(d) *CPA*, because the common law cause of action is not preferable to the statutory cause of action under Part XXIII.1 *OSA*. The defendants raised several arguments to the effect that the procedure created by Part XXIII.1 was specifically intended by the legislature to be the preferable procedure for class actions: CIBC's factum, at paras. 89-111.

[127] CIBC's argument is premised in part on *AIC Limited v. Fischer*, 2013 SCC 69, [2013] 3 S.C.R. 949, in which this Court stated that the preferability analysis focuses not just on the alternative procedure, but also on the effect that the procedure may have on the achievement of substantive results: para. 34.

[128] I am unable to accept CIBC's arguments. First, they run counter to the language of s. 138.13

qu'« un recours collectif ne serait pas le meilleur moyen de régler une action fondée sur le fait que le demandeur s'est fié aux déclarations, puisque cela soulèverait des questions individuelles de lien de causalité et de fiabilité qui seraient impossibles à gérer » : par. 610. Par conséquent, il a refusé d'autoriser les sept questions relatives à l'action en common law pour déclaration inexacte faite par négligence.

[125] La Cour d'appel a confirmé la décision du juge des requêtes de ne pas autoriser les questions relatives à la causalité et aux dommages-intérêts. Toutefois, elle a conclu que cinq des sept questions proposées par les demandeurs se rapportaient à l'intention et à la conduite de la défenderesse CIBC et devaient être autorisées à l'encontre de cette dernière pour que la poursuite engagée contre elle aille de l'avant. La Cour d'appel a donc accueilli l'appel en partie et autorisé ces cinq questions.

[126] Devant nous, les défendeurs ont fait valoir qu'aucune des questions liées à la réclamation de common law fondée sur la déclaration inexacte ne devrait être autorisée en l'espèce. Les défendeurs ont également affirmé que la réclamation de common law ne remplit pas la condition du meilleur moyen établie à l'al. 5(1)d) de la *LRC*, parce que la cause d'action en common law n'est pas meilleure que la cause d'action fondée sur la partie XXIII.1 de la *LVM*. Les défendeurs ont fait valoir plusieurs arguments selon lesquels le législateur voulait expressément que le recours créé par la partie XXIII.1 soit le meilleur pour les recours collectifs : mémoire de CIBC, par. 89-111.

[127] L'argument de CIBC s'appuie en partie sur l'arrêt *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949, dans lequel la Cour a mentionné que l'analyse du meilleur moyen s'attache non seulement à l'autre recours, mais aussi à l'effet que la procédure utilisée peut avoir sur l'atteinte de résultats concrets : par. 34.

[128] Je ne puis retenir les arguments de CIBC. Premièrement, ils vont à l'encontre du libellé de



*OSA*, which provides that the statutory right of action under s. 138.3 *OSA* is meant to be “in addition to, and without derogation from, any other rights”. Moreover, the preferability analysis under s. 5(1)(d) *CPA* requires a court to assess whether a class proceeding is the preferable *procedure*. The Court’s dictum in *Fischer* does not stand for the proposition, essentially advanced by the defendants, that a cause of action must be the preferable one in order for a claim based on it to be certified as a class proceeding. It merely indicates that the effect of a procedure on substantive rights is relevant to its preferability for the pursuit of a given cause of action. In short, the defendants’ argument confuses procedure with substantive causes of action.

## VI. Conclusion

[129] For the reasons stated above:

- In *CIBC*, I would allow the appeal except in respect of the Court of Appeal’s conclusion that five of the seven issues proposed by the plaintiffs should be certified.
- In *IMAX*, I would allow the appeal and only issue a *nunc pro tunc* order granting leave to commence the statutory action in relation to the defendants who were parties to the original statement of claim, that is, IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler and Francis T. Joyce.
- In *Celestica*, I would also allow the appeal.
- Finally, in *CIBC* and *Celestica*, I would award costs to the appellants throughout. In *IMAX*, I would also award costs to the appellants throughout regardless of my decision to grant a *nunc pro tunc* order for some defendants.

l’art. 138.13 de la *LVM*, lequel indique que le droit d’action conféré par l’art. 138.3 de la *LVM* « ne port[e] pas atteinte aux autres droits [. . .] mais s’y ajout[e] ». De plus, l’analyse du meilleur moyen fondée sur l’al. 5(1)d) de la *LRC* exige du tribunal qu’il évalue si un recours collectif est le meilleur moyen. La remarque de la Cour dans *Fischer* ne permet pas d’affirmer, comme le font essentiellement les défendeurs, qu’une cause d’action doit être la meilleure pour être autorisée comme recours collectif. La Cour précise simplement que l’effet d’une procédure sur les droits substantiels est pertinent lorsqu’il s’agit de déterminer si c’est le meilleur moyen de poursuivre une cause d’action donnée. Bref, l’argument des défendeurs confond la procédure et les causes d’action sur le fond.

## VI. Conclusion

[129] Pour les motifs qui précèdent :

- Dans *CIBC*, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi, sauf en ce qui concerne la conclusion de la Cour d’appel selon laquelle il y a lieu d’autoriser cinq des sept questions proposées par les demandeurs.
- Dans *IMAX*, je suis d’avis d’accueillir le pourvoi et de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* accordant la permission d’intenter le recours statuaire seulement à l’égard des défendeurs parties à la déclaration initiale, en l’occurrence IMAX Corporation, Richard L. Gelfond, Bradley J. Wechsler et Francis T. Joyce.
- Dans *Celestica*, je suis également d’avis d’accueillir le pourvoi.
- Enfin, dans *CIBC* et *Celestica*, je suis d’avis d’accorder aux appelants leurs dépens devant toutes les cours. Dans *IMAX*, je suis également d’avis d’accorder aux appelants leurs dépens devant toutes les cours malgré ma décision de rendre une ordonnance *nunc pro tunc* à l’endroit de certains défendeurs.

The following are the reasons delivered by

CROMWELL J. —

### I. Introduction

[130] I agree with my colleague Côté J.'s interpretation of the limitation and leave provisions which leads to the conclusion that the actions in these appeals were commenced after expiry of the limitation period. I also agree that the Ontario Superior Court of Justice has a discretionary power to grant leave, *nunc pro tunc*, after the expiry of that period, to commence a statutory claim for secondary market misrepresentation under Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (“OSA”). I part company with my colleague, however, on the question of whether the appeals in *Canadian Imperial Bank of Commerce et al. v. Green and Bell* (“CIBC”) and *IMAX Corp. et al. v. Silver and Cohen* (“IMAX”) are proper cases in which to exercise that discretion. In my view they are and I would dismiss the appeals. As for the appeal in *Celestica Inc. et al. v. Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund et al.* (“*Celestica*”), I agree with Côté J.'s reasons and disposition, including as to costs.

[131] The possible limitation period problem was not on anyone's radar before the Ontario Court of Appeal's decision in *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, in February 2012. These proceedings had been underway for years before that, since 2006 in the case of the *IMAX* action and 2008 in the case of the *CIBC* action. In both matters, the motion judges found that the plaintiffs had prosecuted their claims with diligence, that the claims had a reasonable prospect of success, that the defendants had been well aware of the nature of the claims from the beginning and that there was no hint of prejudice to them resulting from the passage of time. The record suggests that the defendants were as surprised as the plaintiffs to learn that they

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CROMWELL —

### I. Introduction

[130] Je souscris à l'interprétation que donne ma collègue la juge Côté des dispositions relatives au délai de prescription et à l'autorisation et qui mène à la conclusion que les actions en l'espèce ont été intentées après l'expiration du délai de prescription. Je partage aussi son avis que la Cour supérieure de justice de l'Ontario a le pouvoir discrétionnaire d'accorder, après l'expiration de ce délai, l'autorisation *nunc pro tunc* d'exercer un recours pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5 (« LVM »). Je diverge toutefois d'opinion avec ma collègue sur le point de savoir si les affaires *Banque Canadienne Impériale de Commerce et autres c. Green et Bell* (« CIBC ») et *IMAX Corp. et autres c. Silver et Cohen* (« IMAX ») sont des cas où il est opportun d'exercer ce pouvoir discrétionnaire. J'estime qu'ils le sont et je suis d'avis de rejeter les pourvois. Pour ce qui est du pourvoi dans *Celestica Inc. et autres c. Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario et autres* (« *Celestica* »), je souscris aux motifs et au dispositif de la juge Côté, y compris sur la question des dépens.

[131] Personne ne croyait que le délai de prescription risquait de poser problème avant que la Cour d'appel de l'Ontario ne rende son arrêt *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, en février 2012. Ces procédures étaient alors en cours depuis des années, soit depuis 2006 dans l'affaire *IMAX* et depuis 2008 dans l'affaire *CIBC*. Dans les deux dossiers, les juges des motions ont conclu que les demandeurs avaient poursuivi leurs réclamations avec diligence, que les réclamations avaient une possibilité raisonnable d'être accueillies, que les défendeurs connaissaient fort bien leur nature depuis le début et qu'aucun indice ne portait à croire que le temps écoulé leur avait causé préjudice. Le dossier révèle que les défendeurs ont été aussi étonnés que

might have a limitation defence when *Timminco* was released. Failing to exercise the *nunc pro tunc* discretion in these cases permits the defendants to avoid facing the merits of the plaintiffs' claims on purely technical grounds that even the defendants did not assert until after the fact.

## II. *CIBC*

[132] The motion judge in the *CIBC* appeals, Strathy J. (as he then was), found that the plaintiffs' secondary market misrepresentation claim brought under Part XXIII.1 of the *OSA* was time-barred because they had not obtained leave of the court to commence it within the three-year limitation period found at s. 138.14 of the *OSA*: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225. I agree with this conclusion. Strathy J. also found, however, that he had no authority to grant the plaintiffs leave *nunc pro tunc* in order to avoid dismissing the plaintiffs' action as time-barred. I agree with Côté J. that this conclusion was wrong and that the motion judge in fact had a discretion to grant the order *nunc pro tunc*.

[133] The question then becomes whether that discretion ought to be exercised in the plaintiffs' favour. The motion judge stated that if he had jurisdiction to extend the limitation period by granting leave *nunc pro tunc*, he would do so. Before turning to his reasons for reaching that conclusion, it is worth noting how well placed he was to assess the factors relevant to this question. Any legal errors that he made were irrelevant to his assessment of the equities in relation to whether or not to allow the claim to proceed.

[134] The motion judge had been the case management judge assigned to this file since the fall of

les demandeurs d'apprendre qu'ils disposaient peut-être d'un moyen de défense fondé sur la prescription lorsque *Timminco* a été rendu. L'omission d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* dans les présentes affaires permet aux défendeurs d'éluder le bien-fondé des réclamations des demandeurs pour des motifs purement techniques que même les défendeurs n'ont invoqués qu'après coup.

## II. *CIBC*

[132] Le juge des motions dans l'affaire *CIBC*, le juge Strathy (maintenant Juge en chef de l'Ontario), a conclu que le recours intenté par les demandeurs pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire en vertu de la partie XXIII.1 de la *LVM* était prescrit parce que le tribunal ne leur avait pas accordé l'autorisation de l'intenter dans le délai de trois ans fixé à l'art. 138.14 de cette loi : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225. Je fais mienne cette conclusion. Par contre, le juge Strathy a aussi conclu qu'il ne disposait pas du pouvoir d'accorder aux demandeurs l'autorisation *nunc pro tunc* en vue d'éviter d'avoir à rejeter l'action des demandeurs pour cause de prescription. À l'instar de la juge Côté, j'estime que cette conclusion était erronée et que le juge des motions pouvait effectivement rendre l'ordonnance *nunc pro tunc* dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[133] Il faut donc déterminer si ce pouvoir discrétionnaire devrait être exercé en faveur des demandeurs. Le juge des motions a affirmé qu'il aurait prorogé le délai de prescription en accordant l'autorisation *nunc pro tunc* s'il était compétent pour le faire. Avant de passer aux motifs pour lesquels le juge des motions est parvenu à cette conclusion, il convient de noter à quel point il était bien placé pour évaluer les facteurs pertinents à cet égard. Toute erreur de droit qu'il aurait commise, le cas échéant, n'avait rien à voir avec son évaluation du caractère équitable de la décision de permettre ou non que la réclamation aille de l'avant.

[134] Le juge des motions était chargé de la gestion de l'instance dans ce dossier depuis l'automne

2009. He had conducted the 8-day hearing which led to his decision. The record before him was voluminous. It consisted of some 25 affidavits, excerpts from thousands of documents, 29 days of cross-examination and the evidence of 18 witnesses. The reasons for decision demonstrate that the motion judge had an encyclopedic grasp of this material. He was, therefore, ideally placed to assess and weigh all of the many considerations that are relevant to the question of whether the court's discretion should be exercised in the plaintiffs' favour. His assessment of those considerations and the weight to be given to them should, in my view, be treated with deference on appeal.

[135] The motion judge gave five reasons why he would exercise his discretion to grant leave *nunc pro tunc* in the plaintiffs' favour. I see no error in the principles that he applied, in the factors that he considered relevant or in his assessment of the evidence. In short, I see no basis to interfere with his conclusion that this is a proper case to exercise the *nunc pro tunc* discretion in the plaintiffs' favour.

[136] The motion judge began by finding that the plaintiffs had been diligent in pursuing their action:

First, unlike the situation in *Timminco Ltd.*, the plaintiffs have been diligently pursuing the motion for leave on their own behalf and on behalf of the Class. This is not a case in which the suspension of the limitation period would have left the parties, Class Members and the court without any guarantee that the action would be prosecuted. [para. 541]

He reviewed the history of the litigation in detail: para. 494. He found that while the action had moved slowly, there had never been any doubt about the plaintiffs' intention to seek leave and that a "great deal of time, effort and resources ha[d] been expended to develop a substantial record": para. 495. He noted that the plaintiffs had faced some challenges along the way and that "[t]heir

2009. Il avait présidé l'audience de huit jours qui a débouché sur sa décision. Le dossier porté à sa connaissance était volumineux. Il se composait de quelque 25 affidavits, extraits de milliers de documents, 29 jours de contre-interrogatoire et dépositions de 18 témoins. Le juge des motions a démontré dans ses motifs de décision qu'il avait une connaissance encyclopédique de cette preuve. Il se trouvait donc dans une situation idéale pour évaluer et soupeser l'ensemble des multiples considérations se rapportant au point de savoir si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. J'estime qu'il faut faire preuve de déférence en appel à l'égard de son analyse de ces considérations et du poids à leur attribuer.

[135] Le juge des motions a donné cinq raisons pour lesquelles il était d'avis d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour accorder l'autorisation *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs. Je ne relève aucune erreur dans les principes qu'il a appliqués, les facteurs qu'il a jugé pertinents ou son appréciation de la preuve. Bref, je ne vois aucune raison de modifier sa conclusion qu'il y a lieu en l'espèce d'exercer le pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc* en faveur des demandeurs.

[136] Le juge des motions a d'abord conclu que les demandeurs avaient poursuivi leur action avec diligence :

[TRADUCTION] Tout d'abord, contrairement à la situation qui prévalait dans *Timminco Ltd.*, les demandeurs ont poursuivi avec diligence la motion en autorisation en leur propre nom et au nom du groupe. Nous ne sommes pas en présence d'un cas où la suspension du délai de prescription n'aurait donné aux parties, aux membres du groupe et au tribunal aucune garantie que l'action suivrait son cours. [par. 541]

Il a étudié en détail l'historique du litige : par. 494. Selon lui, bien que l'action ait avancé lentement, l'intention des demandeurs de solliciter l'autorisation n'a jamais fait de doute et [TRADUCTION] « beaucoup de temps, d'efforts et de ressources avaient été consacrés au montage d'un dossier substantiel » : par. 495. Il a souligné que les demandeurs avaient connu certaines difficultés en cours

conduct [could not] be described as dilatory”: para. 495. He observed that the action had been under case management from the outset. I see no basis on which we could reach a different assessment of the plaintiffs’ diligence than did the motion judge who had been immersed for several years in this file.

[137] The motion judge then noted that the limitation issue came as a surprise to the bar when the *Timminco* decision was released in February 2012:

Second, *Timminco Ltd.* was a case of first impression. It is fair to say that it came as a surprise to the bar. There are other decisions of this court, specifically those of Perell J. in *Timminco Ltd.*, of Rady J. in *Nor-Dor Developments Ltd.* and of van Rensburg J. in *Silver v. Imax Corp.*, that suggested that the course of action proposed by the plaintiffs was appropriate. [para. 542]

[138] The motion judge elaborated on this point by noting that, until the *Timminco* decision, the limitation period issue had not been the subject of discussion between the parties or counsel: “There is nothing in the communications between counsel, leading up to the certification and leave motions, to suggest that either party had considered the possibility that the limitation period . . . might expire if the certification and leave hearing did not occur and leave was not granted before December 6, 2010” (para. 497). He observed that *Timminco* was released on the second to last day of the original hearing of the motion (i.e. February 16, 2012) and that counsel for the individual *defendants* described it at the time as a “thunderbolt”: para. 475. It was only then that counsel requested an opportunity to make further submissions on the issue of whether this action was time-barred and additional factums and authorities were delivered and further argument heard in April 2012: para. 476.

[139] The plaintiffs reasonably thought that they could be granted leave after the expiry of the

de route et que « [l]eur conduite [ne pouvait] être qualifiée de dilatoire » : par. 495. Il a ajouté que l’instance avait été gérée par un juge depuis le début. Je ne vois pas pourquoi nous pourrions tirer un autre constat sur la diligence des demandeurs que celui du juge des motions, qui a étudié à fond ce dossier pendant des années.

[137] Le juge des motions a alors fait remarquer que la question du délai de prescription avait pris le barreau par surprise lorsque l’arrêt *Timminco* a été rendu, en février 2012 :

[TRADUCTION] Deuxièmement, *Timminco Ltd.* constituait une première. Il est juste de dire que cet arrêt a pris de court le barreau. D’autres décisions de notre cour, tout particulièrement celles du juge Perell dans *Timminco Ltd.*, du juge Rady dans *Nor-Dor Developments Ltd.* et de la juge van Rensburg dans *Silver c. Imax Corp.*, donnaient à penser que la démarche proposée par les demandeurs était appropriée. [par. 542]

[138] Le juge des motions a fourni des précisions sur ce point en soulignant que, jusqu’à l’arrêt *Timminco*, les parties ou les avocats n’avaient pas débattu de la question du délai de prescription : [TRADUCTION] « Les communications échangées entre les avocats avant la motion en certification du recours collectif et celle en autorisation ne portent aucunement à croire que l’une ou l’autre des parties n’avait envisagé la possibilité que le délai de prescription [. . .] expire si l’audience sur la certification et l’autorisation n’avait pas eu lieu et si l’autorisation n’avait pas été accordée avant le 6 décembre 2010 » (par. 497). Il a fait observer que *Timminco* avait été rendu l’avant-dernier jour de l’audition initiale de la motion (soit le 16 février 2012) et que les avocats des *défendeurs* individuels l’avaient décrit à l’époque comme un « coup de tonnerre » : par. 475. Ce n’est qu’à ce moment-là que les avocats des *défendeurs* ont demandé la permission de présenter d’autres observations sur la question de savoir si l’action en cause était prescrite, et des mémoires et sources supplémentaires ont été déposés et d’autres plaidoiries ont été entendues en avril 2012 : par. 476.

[139] Les demandeurs croyaient raisonnablement qu’ils pourraient obtenir l’autorisation après

limitation period. The defendants did not suggest otherwise until after *Timminco* was released. The “thunderbolt” remark suggests that the defendants were as surprised by the ruling — and the possibility that the claim was irremediably statute-barred — as everyone else. The point is not whether, with the benefit of hindsight, we think that these views were wrong. Neither is the point that the plaintiffs’ decision to seek leave *nunc pro tunc* was an intentional strategic choice. The point, in my view, is that this strategic choice had a reasonable basis at the time it was made. No one apparently had ever thought otherwise. The motion judge concluded that this was a factor favouring exercising his discretion in favour of the plaintiffs. I see no reason to differ from that conclusion.

[140] The motion judge next turned to the fact that exercising his discretion would not undermine the purposes of limitation periods:

Third, extending the limitation period in this particular case would not do violence to the purposes of limitation periods, including the need of parties to order their affairs after reasonable periods of repose and to avoid evidence becoming stale or lost. The defendants have known of the action from an early stage and have mounted a full evidentiary response. The limitation period could have been extended without unfairness to the defendant and without impairing public confidence in the administration of justice. [para. 543]

[141] This is a proper consideration and I see no error in the motion judge’s reliance on it here. I would put the point more bluntly. Holding that the plaintiffs’ claim is irremediably statute-barred is to defeat that claim by allowing the defendants to take advantage of an after-the-fact “gotcha” — a technical defence, the application of which in this case does not further either the purpose of the limitation defence or reinforce public confidence in the administration of justice.

l’expiration du délai de prescription. Les défendeurs n’ont prétendu le contraire qu’après le prononcé de l’arrêt *Timminco*. L’emploi de l’expression « coup de tonnerre » donne à penser que les défendeurs étaient aussi surpris que les autres par l’arrêt et la possibilité que la réclamation soit irrémédiablement prescrite. Il n’importe pas de savoir si, en rétrospective, nous croyons que ces points de vue étaient erronés. Il n’importe pas non plus de savoir si la décision des demandeurs de solliciter l’autorisation *nunc pro tunc* constituait un choix stratégique délibéré. Ce qui importe, selon moi, c’est que ce choix stratégique avait un fondement raisonnable au moment où il a été fait. Personne n’avait jamais apparemment pensé le contraire. Le juge des motions a conclu que ce facteur favorisait l’exercice de son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Je ne vois aucune raison de m’écarter de cette conclusion.

[140] Le juge des motions a affirmé ensuite que l’exercice de son pouvoir discrétionnaire ne minerait pas les objectifs des délais de prescription :

[TRADUCTION] Troisièmement, la prorogation du délai de prescription dans l’affaire qui nous occupe ne porterait pas atteinte aux objectifs des délais de prescription, notamment la nécessité pour les parties d’organiser leurs affaires après des périodes raisonnables de répit et d’éviter la désuétude ou la perte d’éléments de preuve. Les défendeurs sont au courant de l’action depuis le début et ont monté un dossier complet de preuve en réplique. Le délai de prescription aurait pu être prorogé sans que les défendeurs en subissent une injustice et sans miner la confiance du public dans l’administration de la justice. [par. 543]

[141] C’est là une considération pertinente et j’estime que le juge des motions n’a commis aucune erreur en s’appuyant sur celle-ci en l’espèce. Je serai plus direct. Juger que la réclamation des demandeurs est irrémédiablement prescrite revient à éteindre ce droit d’action en permettant aux défendeurs de tirer profit après coup d’un moyen de défense technique « je vous ai eu », dont l’application en l’espèce ne favorise pas l’atteinte de l’objectif du moyen de défense fondé sur la prescription, ni ne renforce la confiance du public dans l’administration de la justice.

[142] The motion judge next considered the duty to protect unrepresented putative class action members:

Fourth, this is a proposed class action and the court has a duty to the unrepresented putative Class Members to ensure that their rights are protected. At least up until the decision in *Timminco Ltd.*, it was reasonable for unrepresented Class Members to assume that their rights could shelter under the umbrella of this action. Their rights will now be lost as a result of the expiry of the limitation period. [para. 544]

[143] I see no basis to object to the motion judge's reasoning on this point.

[144] The final basis for exercising discretion in the plaintiffs' favour was that their claim has a reasonable prospect of success:

Finally, I have found that the plaintiffs' statutory claim has a reasonable possibility of success. In the next section of these reasons, I will set out my conclusion that the statutory claim would be suitable for certification under the *C.P.A.* As a result of the expiry of the limitation period, this class action, which has a reasonable possibility of success, will not be resolved on its merits, an unfortunate conclusion, under the circumstances. [para. 545]

[145] There is no basis to interfere with the motion judge's assessment of the potential merit of the plaintiffs' claim or with his conclusion that this factor supported exercising discretion in their favour. I note that my colleague Côté J. does not take issue with the motion judge's conclusion that this action had a reasonable prospect of success.

[146] To conclude, the motion judge identified relevant considerations, weighed them carefully and decided that if he had jurisdiction to do so, he would exercise his discretion in the plaintiffs' favour. I see nothing wrong with his analysis, let alone anything that justifies second-guessing his conclusion on appeal.

[142] Le juge des motions est ensuite passé à l'obligation de protéger les demandeurs non représentés du recours collectif projeté :

[TRADUCTION] Quatrièmement, il s'agit d'un recours collectif projeté et le tribunal est tenu envers les membres non représentés du groupe proposé de veiller à la protection de leurs droits. Il était raisonnable pour ces personnes, du moins jusqu'à l'arrêt *Timminco Ltd.*, de présumer que leurs droits pourraient être protégés par ce recours. Ils perdront désormais ces droits du fait de l'expiration du délai de prescription. [par. 544]

[143] Je ne vois aucune raison de m'opposer au raisonnement du juge des motions sur ce point.

[144] Le dernier motif pour lequel il convenait d'exercer le pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs était que leur réclamation a une possibilité raisonnable d'être accueillie :

[TRADUCTION] Enfin, j'ai conclu que la réclamation présentée par les demandeurs en vertu de la loi a une possibilité raisonnable d'être accueillie. Dans la prochaine section des présents motifs, j'exposerai ma conclusion que cette réclamation se prêterait à la certification au titre de la *LRC*. Vu l'expiration du délai de prescription, le recours collectif en question, qui a une possibilité raisonnable d'être accueilli, ne sera pas tranché sur le fond, un dénouement malheureux dans les circonstances. [par. 545]

[145] Il n'y a aucune raison de modifier l'évaluation qu'a faite le juge des motions du bien-fondé éventuel de la réclamation des demandeurs, ou sa conclusion que ce facteur étayait l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en leur faveur. Je signale que ma collègue la juge Côté ne s'inscrit pas en faux contre la conclusion du juge des motions selon laquelle l'action en cause avait une possibilité raisonnable d'être accueillie.

[146] Pour terminer, le juge des motions a relevé des considérations pertinentes, les a soupesées avec soin et a décidé que, s'il était compétent pour le faire, il aurait exercé son pouvoir discrétionnaire en faveur des demandeurs. Je ne relève aucune lacune dans son analyse, encore moins une erreur qui justifie une remise en question de sa conclusion en appel.

[147] Other issues were raised in the *CIBC* appeals. With respect to the threshold for leave under s. 138.8 of the *OSA*, I agree with my colleague Côté J.'s conclusion as to the applicable threshold and with my colleague Karakatsanis J. that the *CIBC* plaintiffs met it. I also agree with Côté J.'s analysis and disposition of the certification of common issues.

[148] In *CIBC*, therefore, I would apply the *nunc pro tunc* doctrine to grant leave to commence the statutory action, and dismiss the appeals.

### III. *IMAX*

[149] Like my colleague Côté J., I agree that the motion judge in this matter, van Rensburg J. (as she then was), was correct to exercise her *nunc pro tunc* discretion. I part company with my colleague, however, in overturning the motion judge's decision to exercise her curative discretion in relation to the defendants whom she permitted to be added to the amended statement of claim.

[150] Like my colleague, I do not think that this case is an appropriate one to finally decide whether the limitation defence in relation to the claims against additional defendants is beyond the reach of the court's discretion by virtue of s. 21(1) of the *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B. The point is an important one in Ontario law, the Ontario jurisprudence is not settled and we received no argument on it in this appeal, and only brief submissions in the appeal in *Celestica*.

[151] Section 21(1) of the *Limitations Act, 2002* prevents the addition of a party where a limitation period has expired with respect to the claim against that party. However, s. 20 provides that the *Limitations Act, 2002* (and therefore s. 21(1)) "does not

[147] D'autres questions ont été soulevées dans les pourvois du dossier *CIBC*. Pour ce qui est du critère préliminaire servant à déterminer s'il y a lieu d'accorder l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM*, je fais mienne la conclusion de ma collègue la juge Côté relative au critère préliminaire applicable et je suis d'accord avec ma collègue la juge Karakatsanis que les demandeurs dans *CIBC* ont satisfait à ce critère. Je souscris également à l'analyse et à la décision de la juge Côté en ce qui concerne la certification des questions communes.

[148] Par conséquent, dans *CIBC*, je suis d'avis d'appliquer la doctrine *nunc pro tunc* pour accorder l'autorisation d'intenter l'action conférée par la loi, et de rejeter les pourvois.

### III. *IMAX*

[149] À l'instar de ma collègue la juge Côté, j'estime que la juge des motions dans cette affaire, la juge van Rensburg (maintenant juge à la Cour d'appel), avait eu raison d'exercer son pouvoir discrétionnaire *nunc pro tunc*. Je diverge toutefois d'opinion avec ma collègue en infirmant la décision de la juge des motions d'exercer son pouvoir discrétionnaire réparateur à l'endroit des défendeurs dont elle a autorisé l'ajout à la déclaration modifiée.

[150] Tout comme ma collègue, je ne crois pas qu'il y a lieu en l'espèce de décider de façon définitive si le moyen de défense fondé sur la prescription des poursuites engagées contre d'autres défendeurs outrepassé le pouvoir discrétionnaire du tribunal suivant le par. 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, c. 24, ann. B. Il s'agit d'un enjeu important en droit ontarien. Or, la jurisprudence de cette province en la matière n'est pas établie et nous n'avons reçu aucun argument à ce sujet en l'espèce. Seules de brèves observations ont été présentées dans l'affaire *Celestica*.

[151] Le paragraphe 21(1) de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* empêche de joindre une partie en cas d'expiration du délai de prescription applicable à une réclamation contre cette partie. Par contre, l'art. 20 dispose que cette loi (et, du même



affect the extension, suspension or other variation of a limitation period or other time limit by or under another Act”. The relevant limitation period here, of course, is found not in the *Limitations Act, 2002* but in the *OSA*. The limitation period is therefore “under another Act”. The question that arises is whether the discretion which the motion judge exercised to make an amendment to add parties after expiry of a limitation period is an “extension, suspension or other variation of a limitation period . . . by or under another Act” and therefore not ousted by s. 21(1).

[152] The Ontario jurisprudence is not settled on this question. In *Joseph v. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401, the issue was whether the amendment powers under the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, could be used so as to extend a limitation period under the *Limitations Act, 2002*. The court’s conclusion in the negative does not precisely resolve the question in this case. Moreover, the Ontario Court of Appeal has held that the doctrine of special circumstances continues to be available with respect to limitation periods other than those set out in the *Limitations Act, 2002*: see, e.g., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services v. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401. In the Ontario Superior Court of Justice, there are conflicting decisions in relation to the impact of ss. 20 and 21 on the court’s inherent jurisdiction: see, e.g., the three motion judges’ decision in the present appeals and *Dugal v. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764. Recent commentary takes the view that the discretionary jurisdiction may apply to other limitation periods contained in different legislation, such as the *OSA* in this case: C. Porretta and R. Punjani, “The Clock Strikes: A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later” (2015), 44 *Adv. Q.* 346, at p. 375.

coup, le par. 21(1)) « n’a pas pour effet de porter atteinte à la prorogation, à la suspension ou à une autre modification d’un délai de prescription ou autre prévue sous le régime d’une autre loi ». Naturellement, le délai de prescription applicable en l’espèce figure non pas dans la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, mais dans la *LVM*. Le délai de prescription est donc prévu « sous le régime d’une autre loi ». Cela soulève la question de savoir si le pouvoir discrétionnaire qu’a exercé la juge des motions pour modifier la déclaration par adjonction de parties après l’expiration d’un délai de prescription constitue « [une] prorogation, [une] suspension ou [. . .] une autre modification d’un délai de prescription [. . .] prévue sous le régime d’une autre loi » et n’est donc pas écarté par le par. 21(1).

[152] La jurisprudence ontarienne n’est pas établie sur ce point. Dans *Joseph c. Paramount Canada’s Wonderland*, 2008 ONCA 469, 90 O.R. (3d) 401, il s’agissait de savoir si l’on pouvait recourir aux pouvoirs de modification établis par les *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, pour proroger un délai de prescription fixé dans la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*. La conclusion négative de la Cour d’appel ne résout pas précisément la question en litige dans la présente affaire. De plus, la Cour d’appel de l’Ontario a décidé qu’il est toujours possible de se prévaloir de la doctrine des circonstances particulières à l’égard des délais de prescription qui ne sont pas impartis par la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* : voir, p. ex., *Bikur Cholim Jewish Volunteer Services c. Langston*, 2009 ONCA 196, 94 O.R. (3d) 401. La Cour supérieure de justice de l’Ontario a rendu des décisions contradictoires au sujet de l’incidence des art. 20 et 21 sur la compétence inhérente de la cour : voir, p. ex., la décision des trois juges des motions dans les présents dossiers ainsi que *Dugal c. Manulife Financial Corp.*, 2011 ONSC 1764. Selon un commentaire récent, le pouvoir discrétionnaire peut s’appliquer aux autres délais de prescription que l’on trouve dans différentes lois telle la *LVM* en l’espèce : C. Porretta et R. Punjani, « The Clock Strikes : A Review of the Limitations Act, 2002, A Decade Later » (2015), 44 *Adv. Q.* 346, p. 375.

[153] The motion judge reviewed the Ontario jurisprudence and concluded that the Superior Court of Justice continues to have discretion in relation to amendments that have the effect of overcoming the limitation period set out in the *OSA: Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881, at paras. 67-88 (CanLII). She found that s. 20 of the *Limitations Act, 2002* preserved that jurisdiction: paras. 82-83. The Court of Appeal did not consider this aspect of the case, given its conclusion that the action was not statute-barred: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. The appellants in this case did not rely on ss. 20 and 21 of the *Limitations Act, 2002*, although the appellants in the *Celestica* appeal did advance brief argument on this point: A.F., at paras. 76-78.

[154] In my view, the wiser course for us in these circumstances is not to address this issue in disposing of the *IMAX* appeal. The issue is an important point of Ontario limitations law on which the Ontario Court of Appeal has not definitively ruled. The point is also far from straightforward, as evidenced by the conflicting views of the motion judges in these cases. We have nothing in the reasons of the Court of Appeal in this case to assist our consideration of the question and the parties to the *IMAX* appeal did not address it. I would therefore dispose of this appeal without deciding this point. To be clear, I am treating this as an issue not before us for decision in this appeal and my reasons should not be understood as implying anything else.

[155] I focus, therefore, on the motion judge's exercise of the discretion, assuming that she had it to exercise. I find nothing to fault and no basis for reaching a different conclusion.

[156] The application to dismiss the statutory claim on the basis of the limitation period was heard more than two years after leave to proceed and certification had been granted. The motion judge noted that the defendants had actual notice of the nature of

[153] La juge des motions a passé en revue la jurisprudence de l'Ontario et conclu que la Cour supérieure de justice conserve son pouvoir discrétionnaire relativement aux modifications qui ont pour effet de contrer le délai de prescription établi dans la *LVM : Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881, par. 67-88 (CanLII). Elle a conclu que l'art. 20 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions* maintenait ce pouvoir : par. 82-83. La Cour d'appel n'a pas examiné cet aspect de l'affaire, vu sa conclusion que l'action n'était pas prescrite : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402. Les appelants dans cette affaire n'ont pas invoqué les art. 20 et 21 de la *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, mais les appelants dans *Celestica* ont effectivement présenté un bref argument sur ce point : m.a., par. 76-78.

[154] À mon avis, il est plus sage pour nous dans les circonstances de ne pas nous prononcer sur ce point en tranchant le pourvoi *IMAX*. Il s'agit d'un enjeu important du droit ontarien des prescriptions sur lequel la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas statué de manière définitive. L'enjeu est également loin d'être simple, comme en font foi les points de vue opposés des juges des motions dans les présentes affaires. Les motifs de la Cour d'appel en l'espèce ne nous aident aucunement à analyser la question et les parties au pourvoi *IMAX* ne l'ont pas abordée. Par conséquent, je suis d'avis de statuer sur ce pourvoi sans trancher ce point. Par souci de clarté, il ne s'agit pas, selon moi, d'une question qui nous a été soumise pour décision en l'espèce et on ne doit pas considérer que mes motifs laissent sous-entendre quoi que ce soit d'autre.

[155] Je m'attache donc à l'exercice, par la juge des motions, du pouvoir discrétionnaire, à supposer qu'elle en disposait. Je n'ai rien à lui reprocher et aucune raison de parvenir à une autre conclusion.

[156] La demande visant à faire rejeter le recours conféré par la loi sur le fondement du délai de prescription a été entendue plus de deux ans après que le tribunal eut accordé l'autorisation de procéder et certifié le recours collectif. La juge des motions a

all of the claims against them well within the limitation period. She observed that, in fact, this actual notice “far exceeded the detail of what would have been pleaded in a statement of claim” by virtue of the requirement that the plaintiffs file affidavits in support of their leave motion: para. 89. The motion judge also found that the motion for leave was brought promptly and pursued vigorously without inappropriate delay.

[157] The motion judge also dismissed the defendants’ argument that time continued to run until the plaintiffs actually filed their amended statement of claim, a step which did not occur until some two and one-half years after the expiry of the limitation period. Giving effect to this argument, she found, would be “arbitrary and unfair”: para. 95. In her view, the plaintiffs had “moved promptly to make the amendments as soon as they reasonably could have done so”: para. 95. She explained:

The defendants sought to appeal the leave decision, such that it was only on February 14, 2011, with the release of the decision refusing leave to appeal, that the order granting leave under s. 138.8 became final. Any attempt to amend the Statement of Claim in the interim would have been premature. Considering the issues, and the attempt to obtain the defendants’ approval to the amendments, many of which were in relation to aspects of the claim other than the pleading of the statutory cause of action, the plaintiffs moved promptly to make the amendments as soon as they reasonably could have done so. [Emphasis added; para. 95.]

[158] The motion judge was intimately familiar with the progress of this file with which she had been dealing over several years. I see no basis on which to interfere with her assessment of the equities of the situation or of the plaintiffs’ diligence. In particular, there is nothing that permits us to second-guess on appeal her conclusion that the plaintiffs moved promptly to make the amendments to their statement of claim as soon as they reasonably could have done so.

fait remarquer que les défendeurs avaient bel et bien été avisés de la nature de toutes les réclamations contre eux bien avant la fin du délai de prescription. Elle a ajouté qu’en fait, cet avis [TRADUCTION] « dépassait de loin le détail de ce qui aurait été plaidé dans une déclaration » par suite de l’obligation pour les demandeurs de déposer des affidavits à l’appui de leur motion en autorisation : par. 89. La juge a également conclu que cette motion avait été présentée rapidement et poursuivie avec vigueur sans retard indu.

[157] La juge des motions a aussi rejeté l’argument des défendeurs selon lequel le délai continuait de courir jusqu’à ce que les demandeurs aient effectivement déposé leur déclaration modifiée, ce qu’ils n’ont fait que quelque deux ans et demi après l’expiration du délai de prescription. Il serait, selon elle, [TRADUCTION] « arbitraire et injuste » de retenir cet argument : par. 95. À son avis, les demandeurs ont « agi rapidement en vue d’apporter les modifications le plus tôt possible » : par. 95. Voici ses explications :

[TRADUCTION] Les défendeurs ont demandé à interjeter appel de la décision d’accorder l’autorisation, si bien que ce n’est que le 14 février 2011, date où la Cour d’appel a refusé l’autorisation d’appel, que l’ordonnance accordant l’autorisation visée à l’art. 138.8 est devenue définitive. Il aurait été prématuré de tenter de modifier entre-temps la déclaration. Vu les questions et la tentative de faire approuver par les défendeurs les modifications, dont beaucoup touchaient d’autres aspects de la réclamation que la plaidoirie de la cause d’action légale, les demandeurs ont agi rapidement en vue d’apporter les modifications le plus tôt possible. [Je souligne; par. 95.]

[158] La juge des motions connaissait fort bien l’évolution de ce dossier dont elle s’est occupée pendant des années. À mon avis, il n’existe aucune raison de modifier son évaluation du caractère équitable de la situation ou de la diligence des demandeurs. Plus particulièrement, rien ne nous permet de remettre en question en appel sa conclusion que les demandeurs ont agi promptement en vue de modifier leur déclaration le plus tôt possible.

#### IV. Disposition

[159] I would dismiss the appeals in *CIBC* and *IMAX*. I agree with Karakatsanis J.'s disposition as to costs.

The reasons of Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. were delivered by

[160] KARAKATSANIS J. — These appeals concern class proceedings asserting both the statutory cause of action for secondary market misrepresentations and the common law tort of negligent misrepresentation. The question here is whether s. 28 of the *Class Proceedings Act, 1992*, S.O. 1992, c. 6 (*CPA*), can suspend the limitation period for the statutory cause of action found in Part XXIII.1 of the Ontario *Securities Act*, R.S.O. 1990, c. S.5 (*OSA*), where leave has not yet been granted under that Part. My colleague Côté J. concludes that it cannot. I disagree, and would hold that it can.

[161] As long as the class proceeding is properly commenced, s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all of the causes of action asserted (that is, fully pleaded) within the proceeding. As leave under s. 138.8 of the *OSA* is not a constituent element of the statutory cause of action set out in s. 138.3, the “assertion” of that cause of action does not require the prior obtaining of leave. Thus, I conclude that s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation period in s. 138.14 of the *OSA* once the representative plaintiff properly commences a class proceeding for a common law cause of action and pleads the statutory cause of action and its constituent elements in the statement of claim.

[162] Neither the text nor the purpose of s. 28 supports my colleague Côté J.'s conclusion that this provision will not suspend the class members' limitation period until the representative plaintiff obtains leave

#### IV. Dispositif

[159] Je suis d'avis de rejeter les pourvois dans *CIBC* et *IMAX*. Je souscris à la décision de la juge Karakatsanis sur les dépens.

Version française des motifs des juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon rendus par

[160] LA JUGE KARAKATSANIS — Les présents pourvois portent sur des recours collectifs dans lesquels sont invoqués à la fois la cause d'action légale pour présentation inexacte des faits sur le marché secondaire et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law. La question en l'espèce est de savoir si l'art. 28 de la *Loi de 1992 sur les recours collectifs*, L.O. 1992, c. 6 (*LRC*), peut suspendre le délai de prescription applicable à la cause d'action qui figure à la partie XXIII.1 de la *Loi sur les valeurs mobilières* de l'Ontario, L.R.O. 1990, c. S.5 (*LVM*), lorsque l'autorisation n'a pas encore été accordée en application de cette partie. Ma collègue la juge Côté conclut que l'art. 28 ne peut suspendre le délai en question. Je ne partage pas son point de vue et je suis d'avis de conclure qu'il le peut.

[161] Tant que le recours collectif est valablement introduit, l'art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription qui s'appliquent à toutes les causes d'action invoquées (c'est-à-dire plaidées à fond) dans l'instance. Puisque l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM* n'est pas un élément constitutif de la cause d'action prévue à l'art. 138.3, il n'est pas nécessaire d'obtenir au préalable l'autorisation pour « invoquer » cette cause d'action. J'en conclus que l'art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription fixé à l'art. 138.14 de la *LVM* dès que le représentant des demandeurs introduit valablement un recours collectif fondé sur une cause d'action en common law et plaide la cause d'action légale et ses éléments constitutifs dans la déclaration.

[162] Ni le libellé ni l'objet de l'art. 28 n'appuient la conclusion de ma collègue la juge Côté selon laquelle cette disposition ne suspend pas les délais de prescription applicables aux membres du

under s. 138.8 of the *OSA*. Such an interpretation is not consistent with the purposes of the *CPA* as a whole, nor is it harmonious with the purposes or text of Part XXIII.1 of the *OSA*, a statutory framework intended to operate effectively with the class proceeding vehicle. Concretely, excluding the statutory cause of action from s. 28 protection until leave has been granted removes compliance with the limitation period from the plaintiff's control. It would also necessarily oblige potential class members to file a multitude of individual motions for leave to commence the statutory claim, thus unnecessarily adding procedural steps and increasing costs and delays for all parties involved. Such an obligation is not required by the text of s. 28, nor by the context or purposes of the *CPA*. Such a result serves neither judicial economy nor access to justice. Rather, it undermines the harmonious operation of class proceedings in the securities context.

[163] In my view, the five-member panel of the Court of Appeal in this case (the *Green* panel) was correct to overturn that court's earlier interpretation of the application of s. 28 of the *CPA* to the s. 138.14 limitation period. For the reasons below, I would dismiss the appeals.

#### I. Facts and Judicial History

[164] The appeals in these three cases stem from motions in class proceedings brought before different judges of the Ontario Superior Court of Justice: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225 (*CIBC*), per Strathy J.; *Silver v. IMAX*, 2012 ONSC 4881 (*IMAX*), per van Rensburg J.; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) v. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264 (*Celestica*), per Perell J. In each case, the plaintiffs claimed damages under the common law tort of

groupe jusqu'à ce que le représentant des demandeurs obtienne l'autorisation visée à l'art. 138.8 de la *LVM*. Une telle interprétation n'est pas compatible avec les objets de la *LRC* dans son ensemble, et elle ne s'harmonise pas non plus avec les objets ou le texte de la partie XXIII.1 de la *LVM*, un cadre législatif qui est censé coexister efficacement avec le mécanisme du recours collectif. Concrètement, exclure la cause d'action légale de la protection offerte par l'art. 28 jusqu'à ce que l'autorisation soit accordée fait en sorte que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. En outre, cela obligerait nécessairement les membres éventuels du groupe à déposer une multitude de motions individuelles en autorisation d'intenter l'action prévue par la loi, imposant ainsi inutilement à toutes les parties en cause des formalités procédurales supplémentaires, des coûts plus élevés et des délais plus longs. Pareille obligation n'est imposée ni par le libellé de l'art. 28 ni par le contexte ou les objets de la *LRC*. Un tel résultat ne favorise ni l'économie des ressources judiciaires ni l'accès à la justice. Il nuit plutôt au fonctionnement harmonieux des recours collectifs dans le contexte des valeurs mobilières.

[163] À mon avis, la formation de cinq juges de la Cour d'appel saisie de la présente affaire — *Green* — a eu raison d'infirmier l'interprétation que cette cour avait donnée précédemment à l'application de l'art. 28 de la *LRC* au délai fixé par l'art. 138.14. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de rejeter les pourvois.

#### I. Faits et historique judiciaire

[164] Les pourvois dans les trois présentes affaires découlent tous de motions en certification de recours collectifs présentées devant des juges différents de la Cour supérieure de justice de l'Ontario : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2012 ONSC 3637, 29 C.P.C. (7th) 225 (*CIBC*), le juge Strathy; *Silver c. IMAX*, 2012 ONSC 4881 (*IMAX*), la juge van Rensburg; *Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund (Trustees of) c. Celestica Inc.*, 2012 ONSC 6083, 113 O.R. (3d) 264 (*Celestica*), le juge Perell. Dans

negligent misrepresentation and under the statutory cause of action in Part XXIII.1 of the *OSA* for alleged misrepresentations in respect of shares trading in the secondary market. None of the plaintiffs obtained leave to commence the statutory claim before commencing the class proceeding. In all of the cases, the limitation period, if not suspended, would have run out prior to leave being obtained: *Green v. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402 (*Green ONCA*), at para. 2.

[165] During the course of these class proceedings, the Ontario Court of Appeal released its decision in another matter, *Sharma v. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, in which it interpreted the application of s. 28 of the *CPA* to the limitation period in s. 138.14 of the *OSA* for the first time. The panel (per Goudge J.A.) held that s. 28 did not suspend the s. 138.14 limitation period until leave was obtained: para. 20. Prior to this decision, the parties in the present appeals assumed that s. 28 suspended the limitation period whether or not leave had been granted. As Strathy J. noted, “Counsel for the individual defendants aptly described [*Timminco*], at that time, as a ‘thunderbolt’”: *CIBC*, at para. 475.

[166] The motion judges presiding over the present cases found that the panel’s interpretation of s. 28 in *Timminco* governed the claims. Van Rensburg J. and Perell J. applied the common law doctrines of *nunc pro tunc* and special circumstances to save the *IMAX* and *Celestica* claims from being statute-barred. Strathy J. found that those doctrines were inapplicable, and that the statutory claim in *CIBC* could not be saved.

[167] On appeal, all three cases were heard together by a five-member panel of the Ontario

chacune des causes, les demandeurs réclamaient des dommages-intérêts fondés sur le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law et la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 de la *LVM*, c’est-à-dire la présentation inexacte de faits à l’égard du commerce d’actions sur le marché secondaire. Aucun des demandeurs n’a obtenu l’autorisation d’intenter l’action prévue par la loi avant d’introduire le recours collectif. Dans tous les dossiers, le délai de prescription, s’il n’était pas suspendu, aurait expiré avant que les demandeurs n’obtiennent l’autorisation : *Green c. Canadian Imperial Bank of Commerce*, 2014 ONCA 90, 370 D.L.R. (4th) 402 (*Green, C.A. Ont.*), par. 2.

[165] Pendant que ces recours collectifs étaient en instance, la Cour d’appel de l’Ontario a rendu sa décision dans une autre affaire, *Sharma c. Timminco Ltd.*, 2012 ONCA 107, 109 O.R. (3d) 569, où elle a interprété pour la première fois l’application de l’art. 28 de la *LRC* au délai de prescription prévu à l’art. 138.14 de la *LVM*. La formation (sous la plume du juge Goudge) a statué que l’art. 28 ne suspendait pas ce délai de prescription jusqu’à ce que l’autorisation soit obtenue : par. 20. Avant cette décision, les parties aux présents pourvois tenaient pour acquis que l’art. 28 suspendait le délai de prescription, que l’autorisation ait été accordée ou non. Comme l’a signalé le juge Strathy, [TRADUCTION] « [I]es procureurs des défendeurs ont qualifié à juste titre [l’arrêt *Timminco*] à cette époque de “coup de tonnerre” » : *CIBC*, par. 475.

[166] Les juges des motions qui instruisaient les présentes affaires ont conclu que les réclamations devaient être tranchées suivant l’interprétation donnée à l’art. 28 par la formation dans *Timminco*. Les juges van Rensburg et Perell ont appliqué les doctrines de *nunc pro tunc* et des circonstances particulières, reconnues en common law, pour empêcher la prescription des réclamations dans les dossiers *IMAX* et *Celestica*. Le juge Strathy a conclu que ces doctrines ne s’appliquaient pas et que l’action intentée en vertu de la loi dans le dossier *CIBC* ne pouvait être sauvegardée.

[167] En appel, les trois affaires ont été instruites ensemble par une formation de cinq juges

Court of Appeal: *Green ONCA*, at para. 5. The panel overturned *Timminco*, holding that s. 28 of the *CPA* suspends the limitation period for all class members once the statutory cause of action is asserted in a class proceeding by a representative plaintiff, even if leave has not yet been granted, as long as the facts that found the action and the intent to seek leave to commence the action have been pleaded: *Green ONCA*, at paras. 6 and 78.

[168] Following these decisions, the Ontario legislature amended Part XXIII.1 of the *OSA* so that the limitation period is suspended on the filing of a motion for leave under s. 138.8 (s. 138.14(2), am. S.O. 2014, c. 7, Sch. 28, s. 15). Despite this amendment, the question at issue in these appeals requires determination for the parties before us and for other class proceedings brought prior to the amendment of the *OSA*.

## II. Analysis

### A. *The Issues*

[169] Section 28 of the *CPA* is engaged upon the “commencement of the class proceeding” and operates to suspend “any limitation period applicable to a cause of action asserted” in the class proceeding. Part XXIII.1 of the *OSA* provides, first, that an action under that Part cannot be commenced “without leave of the court granted upon motion with notice”: s. 138.8(1). Second, it provides that “[n]o action shall be commenced” after the expiration of the applicable limitation period: s. 138.14.

[170] The combined operation of these provisions in the context of these class proceedings raises the following questions in relation to s. 28 of the *CPA*:

1. Is leave required in order for the plaintiff to “assert” the Part XXIII.1 statutory cause of action?

de la Cour d’appel de l’Ontario : *Green, C.A. Ont.*, par. 5. La formation a infirmé l’arrêt *Timminco*, jugeant que l’art. 28 de la *LRC* suspend le délai de prescription applicable à tous les membres du groupe dès qu’un représentant des demandeurs invoque la cause d’action légale dans un recours collectif, et ce, même si l’autorisation n’a pas encore été accordée, pourvu que les faits à l’origine de l’action et l’intention de demander l’autorisation d’intenter l’action aient été plaidés : *Green, C.A. Ont.*, par. 6 et 78.

[168] À la suite de ces décisions, le législateur ontarien a modifié la partie XXIII.1 de la *LVM* pour faire en sorte que le délai de prescription soit suspendu au moment du dépôt d’une motion en autorisation au titre de l’art. 138.8 (par. 138.14(2), mod. L.O. 2014, c. 7, ann. 28, art. 15). Malgré cette modification, il faut trancher la question en litige dans les présents pourvois pour les parties qui comparaissent devant nous et pour les besoins des autres recours collectifs intentés avant la modification de la *LVM*.

## II. Analyse

### A. *Les questions en litige*

[169] L’article 28 de la *LRC* entre en jeu à l’« introduction du recours collectif » et a pour effet de suspendre « tout délai de prescription applicable à une cause d’action d’action invoquée » dans le recours collectif. La partie XXIII.1 de la *LVM* prévoit, en premier lieu, qu’une action visée par cette partie ne peut être intentée « qu’avec l’autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis » : par. 138.8(1). En deuxième lieu, elle dispose qu’« [a]ucune action ne doit être intentée » après l’expiration du délai de prescription applicable : art. 138.14.

[170] L’application conjointe de ces dispositions dans le contexte des recours collectifs en cause soulève les questions suivantes en lien avec l’art. 28 de la *LRC* :

1. L’autorisation est-elle nécessaire pour que le demandeur « invoqu[e] » la cause d’action prévue à la partie XXIII.1?

2. Is leave a pre-condition for the commencement of a class proceeding asserting both the Part XXIII.1 statutory cause of action and the common law tort of negligent misrepresentation?

[171] I agree with the five-member panel of the Ontario Court of Appeal and would therefore answer these questions as follows.

1. The statutory cause of action can be asserted in a class proceeding statement of claim before leave is obtained under the *OSA*.
2. Section 28 of the *CPA* applies once *the class proceeding* is commenced with respect to a *cause of action* asserted. Where the statutory cause of action is asserted in a class proceeding that has been properly commenced with respect to a common law tort, s. 28 will suspend the limitation period for all causes of action.

#### B. *Section 28 of the CPA*

[172] The *CPA* creates and governs the procedural vehicle of class proceedings. It is a remedial statute designed to improve judicial economy, increase the access of plaintiffs to the court system for claims that would otherwise be too costly, and promote behavioural modification of wrongdoers: *Hollick v. Toronto (City)*, 2001 SCC 68, [2001] 3 S.C.R. 158, at para. 15; Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions* (1982) (*OLRC Report*), vol. I, at pp. 117 and 212. Section 28 is an integral part of this scheme:

**28.** (1) [Limitations] Subject to subsection (2), any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding and resumes running against the class member when,

- (a) the member opts out of the class proceeding;

2. L'autorisation est-elle une condition préalable à l'introduction d'un recours collectif dans lequel sont invoqués la cause d'action prévue à la partie XXIII.1 et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law?

[171] Je suis d'accord avec la formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario et je suis par conséquent d'avis de répondre comme suit à ces questions :

1. La cause d'action légale peut être invoquée dans la déclaration d'un recours collectif avant que l'autorisation ne soit obtenue en application de la *LVM*.
2. L'article 28 de la *LRC* s'applique dès que *le recours collectif* est introduit à l'égard d'une *cause d'action* invoquée. Lorsque la cause d'action prévue par la loi est invoquée dans un recours collectif valablement introduit à l'encontre d'un délit de common law, l'art. 28 a pour effet de suspendre le délai de prescription pour toutes les causes d'action.

#### B. *L'article 28 de la LRC*

[172] La *LRC* crée et régit le mécanisme procédural qu'est le recours collectif. Il s'agit d'une loi réparatrice conçue pour améliorer l'économie des ressources judiciaires, assurer aux demandeurs un meilleur accès au système judiciaire pour qu'ils puissent présenter des réclamations qui seraient par ailleurs trop coûteuses ainsi que favoriser la modification du comportement des malfaiteurs : *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158, par. 15; Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on Class Actions* (1982) (*Rapport de la CRDO*), vol. I, p. 117 et 212. L'article 28 fait partie intégrante de ce régime :

**28.** (1) [Prescription] Sous réserve du paragraphe (2), tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif et reprend au détriment du membre au moment où, selon le cas :

- a) ce membre se retire du recours collectif;



- |  |   |
|--|---|
| <p>(b) an amendment that has the effect of excluding the member from the class is made to the certification order;</p> <p>(c) a decertification order is made under section 10;</p> <p>(d) the class proceeding is dismissed without an adjudication on the merits;</p> <p>(e) the class proceeding is abandoned or discontinued with the approval of the court; or</p> <p>(f) the class proceeding is settled with the approval of the court, unless the settlement provides otherwise.</p> | <p>b) est apportée une modification de l'ordonnance certifiant le recours collectif qui a pour effet d'exclure du groupe le membre;</p> <p>c) une ordonnance annulant l'ordonnance certifiant le recours collectif est rendue en vertu de l'article 10;</p> <p>d) le recours collectif est rejeté sans décision sur le fond;</p> <p>e) il y a désistement du recours collectif avec l'approbation du tribunal;</p> <p>f) le recours collectif fait l'objet d'une transaction avec l'approbation du tribunal, à moins que la transaction ne prévoie autre chose.</p> |
|--|---|

[173] The French version of s. 28(1) states that “*tout délai de prescription applicable à une cause d'action invoquée dans un recours collectif est suspendu en faveur d'un membre du groupe à l'introduction du recours collectif*”.

[173] Aux termes de la version anglaise du par. 28(1), « *any limitation period applicable to a cause of action asserted in a class proceeding is suspended in favour of a class member on the commencement of the class proceeding* ».

[174] Section 28 protects potential class members from the expiration of their individual limitation periods during the representative plaintiffs' pursuit of their rights through a class proceeding by suspending the limitation period for all potential class members for any “cause of action asserted in a class proceeding”. In this way, s. 28 promotes two of the purposes guiding the *CPA* — judicial economy and access to justice: *OLRC Report*, vol. III, at p. 779.

[174] L'article 28 protège les membres éventuels du groupe contre l'expiration de leurs délais de prescription respectifs pendant que le représentant des demandeurs défend leurs droits au moyen d'un recours collectif en faisant suspendre le délai de prescription pour tous les membres éventuels du groupe relativement à toute « cause d'action invoquée dans un recours collectif ». L'article 28 favorise ainsi la réalisation de deux objets de la *LRC*, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice : *Rapport de la CRDO*, vol. III, p. 779.

[175] Regardless of when the representative plaintiff commences proceedings within the limitation period, the length of the certification process is inherently uncertain: see *OLRC Report*, vol. III, at p. 779. Without s. 28, the commencement of a proceeding by a representative plaintiff would only suspend the limitation period with respect to that plaintiff; the limitation period governing other potential class members would continue to run during the certification proceedings. Thus, potential class members would have to initiate parallel individual proceedings to protect their rights from becoming statute-barred. Neither outcome — the inundation of the courts by parallel individual proceedings or the expiration of plaintiffs' individual rights due to a delayed or failed

[175] Indépendamment du moment où le représentant des demandeurs introduit le recours dans le délai prescrit, la durée du processus de certification est intrinsèquement incertaine : voir *Rapport de la CRDO*, vol. III, p. 779. Sans l'art. 28, l'introduction d'un recours par un représentant des demandeurs n'aurait pour effet de suspendre le délai de prescription que pour ce représentant seulement; le délai de prescription applicable aux autres membres éventuels du groupe continuerait de courir pendant l'instance de certification. Les membres éventuels du groupe seraient donc obligés d'introduire des instances individuelles parallèles pour empêcher la prescription de leurs droits. Ni l'un ni l'autre de ces résultats — la multiplication d'instances individuelles parallèles

certification process — is desirable: *ibid.*, at pp. 779-80.

[176] Section 28 offers protection against both outcomes: *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), at p. 47. Section 28 shelters the rights of potential class plaintiffs under the umbrella of the representative plaintiff's action. As long as the representative plaintiff commences a class proceeding within the applicable limitation period, s. 28 will suspend the limitation periods of all potential class members during the certification process.

[177] As the text of s. 28 indicates, the suspension applies to any “cause of action asserted in a class proceeding” — “*une cause d'action invoquée dans un recours collectif*”. In these appeals, this Court must determine whether s. 28 shelters the rights of potential class members with respect to a Part XXIII.1 statutory cause of action that is fully pleaded (that is, asserted), but where leave has not yet been granted.

### C. Part XXIII.1 of the OSA

[178] Part XXIII.1 is remedial legislation intended to promote the twin purposes of facilitating and enhancing access to justice for investors and deterring corporate misconduct and negligence. It was introduced to the OSA following a series of “high profile and well publicized incidents of alleged misrepresentations and questionable disclosure” by Canadian public companies: Canadian Securities Administrators, “Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of ‘Material Fact’ and ‘Material Change’”, CSA Notice 53-302, reproduced in (2000), 23 OSCB 7383, at p. 7385. The Toronto Stock Exchange Committee on Corporate Disclosure (the Allen Committee) recommended the inclusion of a statutory civil liability regime in the OSA to remedy two gaps in the OSA enforcement measures: (1) the inability of regulators to effectively enforce compliance with disclosure in the secondary market; and (2) the inadequacy and inaccessibility of

devant les tribunaux ou l'expiration des droits respectifs des demandeurs pour cause de retard ou d'échec du processus de certification — n'est souhaitable : *ibid.*, p. 779-780.

[176] L'article 28 permet d'éviter ces deux résultats : *Report of the Attorney General's Advisory Committee on Class Action Reform* (1990), p. 47. L'article 28 abrite les droits d'éventuels demandeurs du groupe sous le parapluie de l'action du représentant des demandeurs. Tant que ce dernier introduit un recours collectif dans le délai de prescription applicable, l'art. 28 suspendra les délais de prescription applicables à tous les éventuels membres du groupe durant le processus de certification.

[177] Comme l'indique l'art. 28, la suspension s'applique à toute « cause d'action invoquée dans un recours collectif » (« *cause of action asserted in a class proceeding* »). Dans les présents pourvois, notre Cour doit décider si l'art. 28 abrite les droits d'éventuels membres du groupe à l'égard d'une cause d'action prévue à la partie XXIII.1 qui est plaidée à fond (c'est-à-dire invoquée), mais dans un cas où l'autorisation n'a pas encore été accordée.

### C. La partie XXIII.1 de la LVM

[178] La partie XXIII.1 constitue un ensemble de dispositions législatives réparatrices qui vise à favoriser l'atteinte d'un double objet, à savoir faciliter et améliorer l'accès à la justice des investisseurs et dissuader les entreprises de faire preuve d'inconduite et de négligence. Elle a été ajoutée à la LVM après une série de [TRADUCTION] « cas très médiatisés de déclarations inexactes et de pratiques de divulgation douteuses » imputées à des sociétés ouvertes canadiennes : Autorités canadiennes en valeurs mobilières, « Proposal for a Statutory Civil Remedy for Investors in the Secondary Market and Response to the Proposed Change to the Definitions of “Material Fact” and “Material Change” », avis n° 53-302 des ACVM, reproduit dans (2000), 23 OSCB 7383, p. 7385. Le Committee on Corporate Disclosure de la Bourse de Toronto (le comité Allen) a recommandé l'inclusion d'un régime légal de responsabilité civile dans la LVM pour corriger deux lacunes des mesures visant à faire respecter

existing civil remedies for secondary market misrepresentations (*Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (the *Allen Committee Report*), at pp. vi-vii).

[179] In response to this need, Part XXIII.1 seeks to deter misleading disclosure without unduly penalizing innocent market participants or unreasonably increasing the cost of disclosure: CSA Notice 53-302, at p. 7387. To do so, it provides investors who incurred losses as a result of a misrepresentation or lack of timely disclosure on the secondary market with a statutory cause of action: *OSA*, ss. 138.3 and 138.4. This statutory cause of action exists over and above any other causes of action the plaintiff may have: s. 138.13. The scheme balances provisions to facilitate recourse for plaintiff investors, such as deemed reliance on the misrepresentation, with protections for corporate defendants. Two such protections are the restrictive limitation period and the leave requirement.

[180] First, the limitation period is restrictive in that it runs from the occurrence of the misrepresentation, or from a news release advising that leave has been granted to commence an action based on such misrepresentation, rather than from a prospective plaintiff's discovery or awareness of that event:

**138.14** [Limitation period] No action shall be commenced under section 138.3,

- (a) in the case of misrepresentation in a document, later than the earlier of,

la *LVM* : (1) l'incapacité des organismes de réglementation d'imposer efficacement le respect des obligations de divulgation sur le marché secondaire; (2) l'insuffisance et l'inaccessibilité des recours civils existants dans les cas de présentation inexacte des faits sur le marché secondaire (*Final Report — Responsible Corporate Disclosure: A Search for Balance* (1997) (le *Rapport du comité Allen*), p. vi-vii).

[179] Compte tenu de ce besoin, la partie XXIII.1 vise à prévenir la divulgation trompeuse sans pénaliser indûment les acteurs du marché qui n'ont rien à se reprocher et sans accroître déraisonnablement le coût de la divulgation : avis n° 53-302 des ACVM, p. 7387. Pour ce faire, elle confère une cause d'action aux investisseurs qui ont subi des pertes en raison d'une déclaration inexacte ou d'un manquement à l'obligation d'information occasionnelle sur le marché secondaire: *LVM*, art. 138.3 et 138.4. Cette cause d'action légale existe en sus de toutes les autres causes d'action dont peut disposer le demandeur : art. 138.13. Le régime établit un équilibre entre les dispositions qui facilitent les recours des investisseurs demandeurs, comme la règle selon laquelle l'investisseur est réputé s'appuyer sur la déclaration inexacte, et les mesures destinées à protéger les sociétés défenderesses. Le délai de prescription rigoureux et la nécessité d'obtenir l'autorisation de poursuivre sont deux mesures de protection de ce genre.

[180] Premièrement, le délai de prescription est rigoureux en ce sens qu'il commence à courir à compter de la présentation inexacte de faits ou de la délivrance d'un communiqué portant qu'a été accordée une autorisation d'intenter une action fondée sur la présentation inexacte, plutôt qu'à compter du moment où le demandeur éventuel découvre le fait ou en a connaissance :

**138.14** [Prescription] Aucune action ne doit être intentée en vertu de l'article 138.3 :

- a) dans le cas de la présentation inexacte de faits dans un document, après le premier en date des jours suivants :

- (i) three years after the date on which the document containing the misrepresentation was first released, and
- (ii) six months after the issuance of a news release disclosing that leave has been granted to commence an action under section 138.3 or under comparable legislation in the other provinces or territories in Canada in respect of the same misrepresentation;

Similar limitation periods are prescribed for a misrepresentation in a public oral statement (s. 138.14(b)) and for the failure to make timely disclosure (s. 138.14(c)). This legislative choice protects corporate defendants from untimely claims and forces plaintiffs to act promptly.

[181] Similarly, the leave requirement acts as a screening mechanism, allowing courts to protect corporate defendants from unmeritorious claims:

**138.8 (1)** [Leave to proceed] No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court granted upon motion with notice to each defendant. The court shall grant leave only where it is satisfied that,

- (a) the action is being brought in good faith; and
- (b) there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff.

*D. Relationship Between Section 28 of the CPA and Part XXIII.1 of the OSA*

[182] It is not a coincidence that the balancing of interests under Part XXIII.1 of the *OSA* is most evident in the context of a class action — the most effective procedural vehicle for securities liability claims. In recommending an expansion of Ontario’s class action regime, the Ontario Law Reform Commission highlighted the inadequacy of the then-available procedural vehicles to address claims in the securities context:

- (i) trois ans après la date à laquelle le document contenant la présentation inexacte des faits a été publié pour la première fois,
- (ii) six mois après la délivrance d’un communiqué portant qu’a été accordée une autorisation d’intenter une action en vertu de l’article 138.3 ou de dispositions législatives comparables d’autres provinces ou territoires du Canada à l’égard de la même présentation inexacte des faits;

Des délais de prescription semblables sont prévus pour la présentation inexacte de faits dans une déclaration orale publique (al. 138.14b)) et le non-respect des obligations d’information occasionnelle (al. 138.14c)). Ce choix législatif protège les sociétés défenderesses des réclamations tardives et oblige les demandeurs à agir avec célérité.

[181] De même, la nécessité d’obtenir l’autorisation de poursuivre sert de mécanisme de filtrage, ce qui permet aux tribunaux de protéger les sociétés défenderesses des réclamations dénuées de fondement :

**138.8 (1)** [Autorisation de poursuivre] Une action ne peut être intentée en vertu de l’article 138.3 qu’avec l’autorisation du tribunal, accordée sur motion avec préavis à chaque défendeur, et que si le tribunal est convaincu de ce qui suit :

- a) l’action est intentée de bonne foi;
- b) il est raisonnablement possible que l’action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur.

*D. Lien entre l’art. 28 de la LRC et la partie XXIII.1 de la LVM*

[182] Ce n’est pas une coïncidence si l’équilibre des intérêts que vise la partie XXIII.1 de la *LVM* ressort le plus clairement du contexte des recours collectifs, le mécanisme procédural le plus efficace pour intenter une action en responsabilité portant sur des valeurs mobilières. En recommandant l’élargissement du régime ontarien des recours collectifs, la Commission de réforme du droit de l’Ontario avait mis en évidence l’insuffisance des mécanismes procéduraux alors disponibles pour traiter les réclamations dans le contexte des valeurs mobilières :

Although losses stemming from wrongdoing in relation to the trading of securities may be large in the aggregate, individual losses may be comparatively small; when the small size of the claim is combined with the cost of litigating complex issues in securities cases, access to the courts to redress wrongdoing may not be economically feasible for the individual investor. Moreover, . . . there is not, at present, an effective means of aggregating claims that arise in the securities context.

(*OLRC Report*, vol. I, at p. 236)

The Allen Committee, tasked more than a decade later with recommending a statutory civil liability scheme in the securities context, concluded that

the combination of class actions with statutory civil liability for a misrepresentation in continuous disclosure, properly designed, would provide the benefits of better disclosure without unduly facilitating meritless litigation.

(*Allen Committee Report*, at para. 4.6)

[183] The effectiveness and preferability of the class proceeding in pursuing Part XXIII.1 statutory claims depends on these balanced protections. By freeing plaintiffs from the obligation to prove their reliance on the misrepresentation, Part XXIII.1 ensures that class proceedings remain effective procedural vehicles for injured securities purchasers. However, by requiring plaintiffs to comply with the leave requirement and imposing a cap on recoverable damages, Part XXIII.1 also protects corporate defendants from meritless large-scale strike suits and extortionate liability in the class action context. This Part was intended to operate harmoniously with the *CPA*. The evidence to date indicates that this interrelationship is key: 26 of the 27 claims that have been the subject of decisions under Part XXIII.1 in Ontario thus far have been brought through the class proceedings vehicle.

[TRADUCTION] Bien que les pertes découlant d'actes répréhensibles en lien avec le commerce de valeurs mobilières puissent être importantes globalement, les pertes individuelles peuvent être relativement faibles; lorsque le faible montant de la réclamation vient s'ajouter au coût occasionné par l'instruction de questions complexes en matière de valeurs mobilières, il n'est peut-être pas économiquement rentable pour l'investisseur individuel de s'adresser aux tribunaux pour obtenir réparation. Qui plus est, [. . .] il n'existe pas à l'heure actuelle de moyen efficace pour regrouper les réclamations qui se présentent dans le contexte des valeurs mobilières.

(*Rapport de la CRDO*, vol. I, p. 236)

Le comité Allen, chargé plus d'une décennie plus tard de recommander un régime légal de responsabilité civile dans le contexte des valeurs mobilières, a conclu que :

[TRADUCTION] . . . un régime bien conçu qui conjuguerait les recours collectifs et la responsabilité civile légale dans les cas de déclaration inexacte de l'information continue offrirait les avantages d'une information de meilleure qualité sans favoriser indûment les actions dénuées de fondement.

(*Rapport du comité Allen*, par. 4.6)

[183] L'efficacité du recours collectif pour exercer des poursuites fondées sur la partie XXIII.1 et le fait qu'il s'agit du meilleur moyen de les engager dépendent de ces protections équilibrées. En déchargeant les demandeurs de l'obligation de prouver qu'ils se sont appuyés sur la déclaration inexacte, la partie XXIII.1 fait en sorte que les recours collectifs demeurent des mécanismes procéduraux efficaces dont peuvent se prévaloir les acheteurs de valeurs mobilières lésés. Par contre, en obligeant les demandeurs à respecter la condition d'obtenir l'autorisation de poursuivre et en imposant un plafond aux dommages-intérêts recouvrables, la partie XXIII.1 protège aussi les sociétés défenderesses des poursuites à grande échelle opportunistes et dénuées de fondement et contre une responsabilité exorbitante dans le contexte du recours collectif. Cette partie est censée coexister de manière harmonieuse avec la *LRC*. À ce jour, la preuve indique que cette corrélation est essentielle : parmi les 27 poursuites tranchées en application de la partie XXIII.1 en Ontario jusqu'à présent, 26 l'ont été par le truchement du recours collectif.

E. *Joint Operation of Section 28 of the CPA and Sections 138.8(1) and 138.14 of the OSA*

[184] As noted above, the question is whether, in a class proceeding claiming both the Part XXIII.1 statutory cause of action and the common law tort of negligent misrepresentation, s. 28 of the *CPA* can suspend the limitation period applicable to the statutory cause of action if leave has not yet been obtained under the *OSA*.

[185] This requires determining how the two statutes operate together. The Court must determine whether the statutory cause of action can be “asserted” and whether the class proceedings can be “commenced” for the purposes of s. 28 of the *CPA* before leave has been granted under the *OSA*, such that the statutory limitation period is suspended pending certification under the *CPA*. Prior to the recent amendment, Part XXIII.1 of the *OSA* was silent regarding suspension of the limitation period. This Court must seek a harmonious interpretation that respects the ordinary meaning of the text of both statutes, and the context and the purpose of the *CPA*, recognizing its intended application in the securities context.

[186] As both the *CPA* and Part XXIII.1 of the *OSA* are remedial in nature, the provisions from those statutes must be interpreted broadly and purposively: R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at §§ 15.18, 15.22 and 15.59. Moreover, in analysing the interaction between the laws of one legislature, we must presume that the laws “are meant to work together, both logically and teleologically, as parts of a functioning whole”: Sullivan, at §11.2; *Thibodeau v. Air Canada*, 2014 SCC 67, [2014] 3 S.C.R. 340, at para. 93; *Lévis (City) v. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 SCC 14, [2007] 1 S.C.R. 591, at para. 47. Here, the relevant provisions in the *OSA* were enacted after the *CPA*, although the legislator clearly intended to facilitate class actions for securities litigation. However, to the extent that we must interpret provisions in Part

E. *Effet conjugué de l’art. 28 de la LRC ainsi que du par. 138.8(1) et de l’art. 138.14 de la LVM*

[184] Comme je l’ai déjà indiqué, il s’agit de déterminer si, dans un recours collectif alléguant à la fois la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 et le délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law, l’art. 28 de la *LRC* peut suspendre le délai de prescription applicable à la cause d’action légale si l’autorisation n’a pas encore été obtenue en vertu de la *LVM*.

[185] Cette analyse requiert qu’on établisse la manière dont les deux lois coexistent. La Cour doit décider si la cause d’action légale peut être « invoquée » et si le recours collectif peut être « introduit » pour l’application de l’art. 28 de la *LRC* avant que l’autorisation n’ait été accordée en application de la *LVM*, de sorte que le délai de prescription prévu par la loi est suspendu jusqu’à la certification au titre de la *LRC*. Avant la modification récente, la partie XXIII.1 de la *LVM* était muette sur la suspension du délai de prescription. La Cour doit chercher une interprétation harmonieuse qui respecte le sens ordinaire du texte des deux lois ainsi que le contexte et l’objet de la *LRC*, eu égard à la manière dont cette loi est censée s’appliquer dans le contexte des valeurs mobilières.

[186] Puisque la *LRC* et la partie XXIII.1 de la *LVM* sont toutes les deux de nature réparatrice, leurs dispositions doivent être interprétées de façon large et fondée sur leur objet : R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6<sup>e</sup> éd. 2014), § 15.18, 15.22 et 15.59. De plus, en analysant la corrélation entre les lois d’un législateur, nous devons nous rappeler que ces lois [TRADUCTION] « sont présumées fonctionner ensemble, tant logiquement que téléologiquement, comme les diverses parties d’un tout » : Sullivan, § 11.2; *Thibodeau c. Air Canada*, 2014 CSC 67, [2014] 3 R.C.S. 340, par. 93; *Lévis (Ville) c. Fraternité des policiers de Lévis Inc.*, 2007 CSC 14, [2007] 1 R.C.S. 591, par. 47. En l’espèce, les dispositions pertinentes de la *LVM* ont été adoptées après la *LRC*, mais le législateur entendait manifestement faciliter les recours collectifs dans le

XXIII.1 of the *OSA* to resolve this issue, it is clear that this Part was intended to operate in the context of class proceedings legislation: *Allen Committee Report*, at para. 4.6. If available, we should prefer an interpretation that does not frustrate the purposes of either law at issue.

(1) Is Leave Required to Assert the Part XXIII.1 Statutory Cause of Action for the Purposes of Section 28?

[187] Section 28 of the *CPA* is engaged upon the “commencement of the class proceeding” with respect to “a cause of action asserted” in the class proceeding. Must a plaintiff first obtain leave under the *OSA* in order to properly “assert” the statutory cause of action for the purposes of s. 28?

[188] A cause of action is “a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person”: *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.), at pp. 242-43, per Diplock L.J.; *Markevich v. Canada*, 2003 SCC 9, [2003] 1 S.C.R. 94, at para. 27; *Dilollo Estate (Trustee of) v. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81, at para. 43.

[189] As the *Timminco* and *Green* panels of the Court of Appeal noted, “assert” has multiple dictionary meanings. To “assert” is defined variously as “[t]o invoke or enforce a legal right” or “make or enforce a claim to”: *Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), at p. 139; *Canadian Oxford Dictionary* (2nd ed. 2004), at p. 78. Applying these meanings to the s. 28 context, the *Timminco* panel endorsed the narrower definition “to enforce”: paras. 17-18. The *Green* panel disagreed, instead adopting the broader definition “to invoke/to make”: para. 46.

domaine des valeurs mobilières. Toutefois, dans la mesure où nous devons interpréter les dispositions de la partie XXIII.1 de la *LVM* pour régler la question dont nous sommes saisis, il est clair que cette partie était censée s’appliquer dans le contexte de la législation sur les recours collectifs : *Rapport du comité Allen*, par. 4.6. Nous devons retenir si possible une interprétation qui ne contrecarre pas les objets des lois en cause.

(1) Pour l’application de l’art. 28, faut-il obtenir l’autorisation d’invoquer la cause d’action prévue à la partie XXIII.1?

[187] L’article 28 de la *LRC* entre en jeu à l’« introduction du recours collectif » pour « une cause d’action invoquée » dans le recours collectif. Un demandeur doit-il d’abord obtenir l’autorisation en vertu de la *LVM* pour pouvoir valablement « invoquer » la cause d’action légale pour l’application de l’art. 28?

[188] Une cause d’action est [TRADUCTION] « une situation de fait qui donne le droit d’obtenir réparation contre autrui devant les tribunaux » : *Letang c. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232 (C.A.), p. 242-243, le lord juge Diplock; *Markevich c. Canada*, 2003 CSC 9, [2003] 1 R.C.S. 94, par. 27; *Dilollo Estate (Trustee of) c. I.F. Propco Holdings (Ontario) 36 Ltd.*, 2013 ONCA 550, 117 O.R. (3d) 81, par. 43.

[189] Comme l’ont souligné les formations de la Cour d’appel dans les arrêts *Timminco* et *Green*, les dictionnaires donnent de nombreuses acceptions du mot anglais « assert ». Le verbe « assert » est défini tantôt comme [TRADUCTION] « invoquer ou faire valoir un droit », tantôt comme [TRADUCTION] « faire ou exécuter une réclamation » : *Black’s Law Dictionary* (10<sup>e</sup> éd. 2014), p. 139; *Canadian Oxford Dictionary* (2<sup>e</sup> éd. 2004), p. 78. Appliquant ces définitions dans le contexte de l’art. 28, la formation saisie de l’affaire *Timminco* a adopté l’acception plus étroite [TRADUCTION] « exécuter » : par. 17-18. La formation saisie de l’affaire *Green* n’était pas de cet avis, adoptant l’acception plus large [TRADUCTION] « invoquer/faire » : par. 46.

[190] In my view, the *Green* panel’s conclusion that “asserting” a cause of action in s. 28 refers to “invoking the legal right” or “making the claim” is more consistent with the English and French text of s. 28 and with the context of s. 28. It is difficult to see how a plaintiff could ever “enforce” a claim in a pleading, practically or theoretically. A statement of claim, by its nature, is a tool of invocation, as compared to a court judgment, which by its nature is a tool of enforcement. Section 28 is engaged at a very early stage in the litigation — the commencement of a class proceeding. At this stage, the representative plaintiff must plead the constituent elements of the cause of action founding the right or claim in order to then apply for certification: *CPA*, ss. 2(2) and 5.<sup>2</sup> It is in this sense that the plaintiff “makes the claim” or “invokes the legal right”. This is the term used in the French version of s. 28: “*invoquée*”.

[191] In the context of “invoking the legal right” or “making the claim”, what does it mean to “assert” the cause of action? To return to the definition of “cause of action”, the claim must assert the “factual situation” that “entitles one person to obtain from the court a remedy against another person”: *Letang*, at pp. 242-43; see also P. M. Perell and J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2nd ed. 2014), at ¶¶ 4.409 and 4.412 to 4.414. Thus, in order to “make the claim” or “invoke the legal right”, the representative plaintiff must plead the essential factual elements required to constitute the cause of action. Côté J. cites *Méthot v. Montreal Transportation Commission*, [1972] S.C.R. 387, per Hall J., in support of her conclusion that the “assertion” of the statutory cause of action requires the plaintiffs to first obtain leave: para. 51. However, the issue in *Méthot* was whether a notice requirement was a constituent element of the particular statutory cause of action. The Court decided that it was, and therefore that the right of action arose only once the notice requirement was fulfilled: p. 398. In contrast, as I shall explain,

<sup>2</sup> The court may only certify a class proceeding in respect of the causes of action “disclose[d]” in the pleadings: *CPA*, s. 5(1)(a).

[190] À mon avis, la conclusion de la formation saisie de l’affaire *Green* selon laquelle le mot « *asserted* », dans la version anglaise de l’art. 28, parlant d’une cause d’action, a le sens d’« invoquer le droit » ou de « faire valoir la réclamation » concorde mieux avec les textes anglais et français de l’art. 28 et le contexte de celui-ci. Il est difficile de voir comment un demandeur pourrait un jour « exécuter » une réclamation dans un acte de procédure, que ce soit en pratique ou en théorie. Une déclaration, de par sa nature, est un outil d’expression, par opposition à un jugement de la cour qui, de par sa nature, est un outil d’exécution. L’article 28 entre en jeu au tout début de l’instance, lors de l’introduction d’un recours collectif. À cette étape, le représentant des demandeurs doit plaider les éléments constitutifs de la cause d’action sur laquelle repose le droit ou la réclamation pour ensuite demander la certification : *LRC*, par. 2(2) et art. 5<sup>2</sup>. C’est en ce sens que le demandeur « fait valoir la réclamation » ou « invoque le droit ». C’est d’ailleurs le terme utilisé dans la version française de l’art. 28 : « *invoquée* ».

[191] Retenant l’acception « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation », que veut-on dire, dans le texte anglais, lorsqu’on utilise le verbe « *assert* » avec le terme « *cause of action* »? Si l’on revient à la définition de « cause d’action », la réclamation doit invoquer la « situation de fait » qui « donne le droit d’obtenir réparation contre autrui devant les tribunaux » : *Letang*, p. 242-243; voir également P. M. Perell et J. W. Morden, *The Law of Civil Procedure in Ontario* (2<sup>e</sup> éd. 2014), ¶ 4.409 et 4.412 à 4.414. Par conséquent, pour « faire valoir la réclamation » ou « invoquer le droit », le représentant des demandeurs doit plaider les éléments de fait essentiels nécessaires pour constituer la cause d’action. La juge Côté cite l’arrêt *Méthot c. Commission de Transport de Montréal*, [1972] R.C.S. 387, le juge Hall, à l’appui de sa conclusion selon laquelle pour pouvoir « invoquer » (« *asserted* » dans la version anglaise de cet arrêt) la cause d’action légale, les demandeurs doivent d’abord obtenir l’autorisation : par. 51. Toutefois, il s’agissait dans *Méthot* de déterminer si l’obligation de donner un avis était

<sup>2</sup> Le tribunal ne peut certifier un recours collectif qu’à l’égard des causes d’action « rév[élées] » dans les actes de procédure : *LRC*, al. 5(1)a).



the leave requirement at issue in these appeals is not a constituent element of the Part XXIII.1 statutory cause of action.

[192] Section 138.3 provides injured shareholders with four causes of action tied to misrepresentations in public documents, oral statements, or the failure to make timely disclosure of a material change: *OSA*, s. 138.3(1) to (4). Each cause of action will arise from the factual situation required to give the injured shareholder a “right of action for damages”. For example, s. 138.3(1) sets out the multiple factual elements that constitute the right of action for damages for misrepresentations in a document. In order to “invoke the legal right” or “make the claim” based on this cause of action, a representative plaintiff must plead all of these elements. Notably, the obtaining of leave is not one of them. Leave is not part of the “factual situation” giving rise to this cause of action. Moreover, while not decisive, the structure of Part XXIII.1 sets out the s. 138.3 causes of action under the heading “Liability”, whereas the s. 138.8 leave requirement is set out under the heading “Procedural Matters”. In view of these considerations, I conclude that the presence or absence of leave does not impact the existence of the cause of action founding the statutory claim.

[193] Furthermore, treating the leave requirement as an essential component of “asserting” a claim would be inconsistent with the substance of the leave requirement itself. In order to obtain leave, the plaintiff must convince the court of two things: that “the action is being brought in good faith” and that “there is a reasonable possibility that the action will be resolved at trial in favour of the plaintiff” (*OSA*,

un élément constitutif de la cause d’action légale en question. La Cour a décidé que c’était le cas et que le droit d’action ne prenait naissance qu’au moment où l’avis exigé était donné : p. 398. Inversement, comme je l’expliquerai plus loin, la nécessité d’obtenir l’autorisation en cause dans les présents pourvois n’est pas un élément constitutif de la cause d’action prévue à la partie XXIII.1.

[192] L’article 138.3 accorde aux actionnaires lésés quatre causes d’action liées à la présentation inexacte de faits dans des documents ou des déclarations orales publiques ou au non-respect des obligations d’information occasionnelle portant sur un changement important : *LVM*, par. 138.3(1) à (4). Chaque cause d’action découlera de la situation de fait qui doit prévaloir pour donner à l’actionnaire lésé le « droit d’intenter une action en dommages-intérêts ». Par exemple, le par. 138.3(1) énonce les multiples éléments de fait qui donnent ouverture au droit d’action en dommages-intérêts fondé sur la présentation inexacte de faits dans un document. Pour « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation » sur le fondement de cette cause d’action, le représentant des demandeurs doit plaider tous ces éléments. Signalons que l’obtention de l’autorisation n’en fait pas partie. L’autorisation ne fait pas partie de la « situation de fait » à l’origine de cette cause d’action. En outre, bien qu’elle ne soit pas déterminante, la structure de la partie XXIII.1 énonce les causes d’actions prévues à l’art. 138.3 sous la rubrique « Responsabilité », alors que la nécessité d’obtenir l’autorisation prévue à l’art. 138.8 est énoncée sous la rubrique « Questions de procédure ». Compte tenu de ces considérations, je conclus que la présence ou l’absence d’autorisation n’influe aucunement sur l’existence de la cause d’action sur laquelle repose le recours prévu par la loi.

[193] De plus, considérer la nécessité d’obtenir l’autorisation comme un élément essentiel du fait d’« invoquer » un recours serait contraire à l’essence même de cette condition. Pour obtenir l’autorisation, le demandeur doit convaincre le tribunal de deux choses : « l’action est intentée de bonne foi » et « il est raisonnablement possible que l’action soit réglée au moment du procès en faveur du demandeur »

s. 138.8(1); *Theratechnologies inc. v. 121851 Canada inc.*, 2015 SCC 18, [2015] 2 S.C.R. 106, at paras. 31 and 38). To do so, the plaintiff must address the merits of the “factual situation” giving rise to the statutory cause of action by “setting forth the material facts” (*OSA*, s. 138.8(2)):

(2) Upon an application under this section, the plaintiff and each defendant shall serve and file one or more affidavits setting forth the material facts upon which each intends to rely.

[194] In this regime, the leave requirement relates directly to the merits of the action. If obtaining leave were also a constituent element of the statutory cause of action, the court would be required to assess whether leave could be granted as an underlying pre-condition of the ultimate decision on whether to grant leave. Such an outcome would represent a sort of “catch-22” — you cannot get leave without proving you can get leave. Certainly, this would not be consistent with the scheme of the *OSA*.

[195] Effectively, obtaining leave under s. 138.8 of the *OSA* is a procedural requirement. A proceeding with respect to the statutory cause of action cannot be commenced without leave. Though the leave requirement impacts the plaintiff’s ability to bring suit, it does not form part of, or affect, the factual elements comprising the statutory cause of action. Leave is necessary for the right arising from s. 138.3 to be ultimately exercised, adjudicated at trial and enforced (to obtain damages). However, “asserting” the statutory cause of action for the purposes of s. 28 of the *CPA* — that is, “invoking the legal right” or “making the claim” — does not require the representative plaintiff to first obtain leave.

(*LVM*, par. 138.8(1); *Theratechnologies inc. c. 121851 Canada inc.*, 2015 CSC 18, [2015] 2 R.C.S. 106, par. 31 et 38). Pour ce faire, le demandeur doit aborder le fond de la « situation de fait » donnant naissance à la cause d’action légale en « énonçant les faits importants » (*LVM*, par. 138.8(2)) :

(2) Sur requête présentée en vertu du présent article, le demandeur et chaque défendeur signifient et déposent un ou plusieurs affidavits énonçant les faits importants sur lesquels ils ont chacun l’intention de se fonder.

[194] Selon ce régime, la nécessité d’obtenir l’autorisation se rapporte directement au bien-fondé de l’action. Si l’obtention de l’autorisation était aussi un élément constitutif de la cause d’action légale, le tribunal serait tenu de se demander s’il est possible d’accorder l’autorisation comme condition préalable sous-jacente à la décision finale d’accorder ou non l’autorisation. Un tel résultat représenterait en quelque sorte une situation sans issue — vous ne pouvez pas obtenir l’autorisation sans prouver que vous pouvez l’obtenir. Un tel résultat serait certainement contraire à l’économie de la *LVM*.

[195] De fait, l’obtention de l’autorisation visée à l’art. 138.8 de la *LVM* est une exigence procédurale. Une instance fondée sur la cause d’action légale ne peut être introduite sans autorisation. Bien que la nécessité d’obtenir l’autorisation ait une incidence sur la faculté du demandeur d’intenter une poursuite, elle ne fait pas partie des éléments de fait qui composent la cause d’action légale et ne change rien à ces éléments. Il faut obtenir l’autorisation pour que le droit découlant de l’art. 138.3 puisse être exercé, tranché au procès et exécuté par la suite (en vue d’obtenir des dommages-intérêts). Cependant, « invoquer » (« *asserting* ») la cause d’action légale pour l’application de l’art. 28 de la *LRC* — c’est-à-dire « invoquer le droit » ou « faire valoir la réclamation » — n’oblige pas le représentant des demandeurs à obtenir d’abord l’autorisation.

(2) Is Leave a Pre-condition for the Commencement of a Class Proceeding Asserting the Part XXIII.1 Statutory Cause of Action?

[196] As noted above, s. 28 only suspends the running of the limitation periods upon the “commencement of the class proceeding”. Ontario’s *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, define a “proceeding” as “an action or application”: r. 1.03(1). A proceeding is commenced by the issuance of an originating process, such as a statement of claim, a notice of action, or a notice of application: r. 1.03(1), “originating process”. “Commencement” for the purposes of s. 28 refers to the commencement of an intended class proceeding under the *CPA* prior to certification: *Logan v. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), at paras. 21-23. To commence a class proceeding, the representative plaintiff must file a statement of claim: r. 1.03(1), “action”.

[197] With respect to an individual statutory cause of action under Part XXIII.1 of the *OSA*, s. 138.8(1) provides: “No action may be commenced under section 138.3 without leave of the court . . . .” It may well be that a plaintiff could not “commence” an individual statutory action without leave; however these appeals concern class actions, not individual actions. Further, we need not decide the issue of whether a class proceeding based solely on the statutory cause of action may be commenced without leave. The issue before us is whether *these class proceedings* have been properly commenced within the meaning of s. 28 of the *CPA*.

[198] There is no question that a class proceeding asserting the common law cause of action based on the tort of misrepresentation may be properly commenced simply by issuing a statement of claim. However, the appellants say that a class proceeding must be capable of being commenced separately for each cause of action asserted. I disagree.

(2) L’autorisation est-elle une condition préalable à l’introduction d’un recours collectif dans lequel est invoquée la cause d’action prévue à la partie XXIII.1?

[196] Comme je l’ai déjà indiqué, l’art. 28 ne suspend les délais de prescription qu’à l’« introduction du recours collectif ». Les *Règles de procédure civile* de l’Ontario, R.R.O. 1990, Règl. 194, définissent l’« instance » (« *proceeding* ») comme une « [a]ction ou requête » : par. 1.03(1). Une instance est introduite par la délivrance d’un acte introductif d’instance comme une déclaration, un avis d’action ou un avis de requête : par. 1.03(1), « acte introductif d’instance ». L’« introduction », pour l’application de l’art. 28, s’entend de l’introduction d’un recours collectif projeté en vertu de la *LRC* avant la certification : *Logan c. Canada (Minister of Health)* (2004), 71 O.R. (3d) 451 (C.A.), par. 21-23. Pour introduire un recours collectif, le représentant des demandeurs doit déposer une déclaration : par. 1.03(1), « action ».

[197] En ce qui concerne la cause d’action individuelle fondée sur la partie XXIII.1 de la *LVM*, le par. 138.8(1) prévoit ce qui suit : « Une action ne peut être intentée en vertu de l’article 138.3 qu’avec l’autorisation du tribunal . . . . » Il se peut fort bien qu’un demandeur ne puisse pas « tenter » une action individuelle prévue par la loi sans autorisation; cependant, les présents pourvois portent sur des recours collectifs, et non sur des recours individuels. En outre, nous n’avons pas à décider si un recours collectif fondé uniquement sur la cause d’action légale peut être introduit sans autorisation. La question à trancher est de savoir si *les recours collectifs en l’espèce* ont été valablement introduits au sens de l’art. 28 de la *LRC*.

[198] Il est indubitable qu’un recours collectif dans lequel on invoque la cause d’action de common law fondée sur le délit de déclaration inexacte peut être valablement introduit par le simple dépôt d’une déclaration. Toutefois, les appelants affirment qu’un recours collectif doit pouvoir être introduit séparément pour chaque cause d’action invoquée. Je ne suis pas d’accord.

[199] The text of s. 28 clearly recognizes the realistic prospect that multiple causes of action (with differing limitation periods and procedural requirements) could be asserted in a single statement of claim. The commencement of the “class proceeding” is sufficient to suspend “any limitation period applicable to a cause of action asserted” in the class proceeding. Section 28 does not condition the “commencement” of the class proceeding on the prior fulfilment of all procedural requirements in respect of every cause of action asserted in the proceeding. Nor does it contemplate separate class actions, or different commencement dates, for the different causes of action. Rather, on a plain reading of s. 28, the limitation periods applicable to all causes of action asserted in the proceeding are suspended upon the commencement of the class proceeding, regardless of whether some (such as the Part XXIII.1 statutory cause of action) would require leave to proceed individually.

[200] In my view, this understanding of s. 28 best accords with the words, scheme and purpose of the *CPA*, as well as the language, purpose and operation of Part XXIII.1 of the *OSA*.

[201] Unlike my colleague Côté J., I do not find it troubling that the intended class proceeding asserting the statutory cause of action (alongside the common law tort) “commences” under s. 28 prior to leave being obtained: para. 50. As stated above, the statutory cause of action arises prior to leave being obtained. It seems to me that a more troubling inconsistency flows from my colleague’s interpretation of s. 28: the class proceeding could have different commencement dates for each cause of action. Her interpretation could also result in multiple class proceedings arising from the same facts. This result is neither required nor preferred by the language of s. 28.

[202] My colleague and the appellants suggest that the purpose of s. 28 is merely to shelter potential class members under a cause of action that could otherwise be commenced as an individual

[199] L’article 28 reconnaît clairement la possibilité réelle que de multiples causes d’action (dont les délais de prescription et les exigences procédurales varient) soient invoquées dans une seule déclaration. L’introduction du « recours collectif » suffit pour suspendre « tout délai de prescription applicable à une cause d’action invoquée » dans le recours collectif. L’article 28 n’a pas pour effet de rendre l’« introduction » du recours collectif conditionnelle à la réalisation de toutes les exigences procédurales à l’égard de chacune des causes d’action invoquées dans le recours. Il n’envisage pas non plus des recours collectifs distincts, ou des dates d’introduction distinctes pour les diverses causes d’action. Selon le sens ordinaire de l’art. 28, les délais de prescription applicables à toutes les causes d’action invoquées dans le recours sont plutôt suspendus à l’introduction du recours collectif, que certaines d’entre elles (telle la cause d’action prévue à la partie XXIII.1) nécessitent ou non une autorisation pour aller de l’avant individuellement.

[200] À mon avis, cette interprétation de l’art. 28 est celle qui s’accorde le mieux avec le libellé, l’économie et l’objet de la *LRC*, ainsi qu’avec le texte, l’objet et l’application de la partie XXIII.1 de la *LVM*.

[201] Contrairement à ma collègue la juge Côté, je ne vois rien de troublant à ce que le recours collectif projeté dans lequel est invoquée la cause d’action légale (avec le délit de common law) soit « introduit » au sens de l’art. 28 avant l’obtention de l’autorisation : par. 50. Comme je l’ai déjà mentionné, la cause d’action légale prend naissance avant l’obtention de l’autorisation. L’interprétation que ma collègue donne à l’art. 28 me paraît engendrer une incohérence plus troublante encore : le recours collectif comporterait différentes dates d’introduction pour chaque cause d’action. En outre, selon son interprétation, de multiples recours collectifs pourraient découler des mêmes faits. Le libellé de l’art. 28 ne dicte ni ne privilégie ce résultat.

[202] Ma collègue et les appelants affirment que l’art. 28 a simplement pour objet d’abriter les membres éventuels du groupe sous une cause d’action qui pourrait autrement être introduite sous

action — and not to broaden the rights of the representative plaintiff by sheltering a statutory cause of action under a properly commenced class proceeding. They rely heavily on the fact that an individual plaintiff who brings an individual action (as opposed to a class action) does not benefit from a suspended limitation period simply by asserting the statutory claim in her statement of claim.

[203] With respect, such a view misses the larger point. Section 28 will never apply to an individual plaintiff; it applies only in the context of class actions. It responds to the interrelated need to protect the interests of class members and to avoid the duplication of redundant individual proceedings by class members; such needs are simply not present in individual proceedings. The provision forms part of a larger scheme that seeks to make class actions an effective and accessible procedural vehicle. Moreover, the comparison my colleague draws between the rights of individual and class plaintiffs is somewhat theoretical, since, as noted earlier, 26 of the 27 claims that have been the subject of decisions under Part XXIII.1 in Ontario have been brought through the class proceedings vehicle. Indeed, this Part of the *OSA* was specifically designed to work effectively with class proceedings.

[204] I recognize my colleague's point that the class action is a procedural vehicle, not intended to increase the parties' substantive rights. However, the class action nonetheless provides class members with tools and advantages that "mak[e] pursuing one's substantive rights feasible . . . in a way that allows mass claims to be adjudicated efficiently": W. K. Winkler et al., *The Law of Class Actions in Canada* (2014), at p. 6. For example, where damages are certified as a common issue, ss. 23 and 24 of the *CPA* allow the court to admit otherwise inadmissible statistical information to determine issues relating to the quantum or distribution of a monetary award, and to undertake an aggregate assessment of the quantum of monetary damages owed to the class members: *Markson v. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, at paras. 40-58; *Cassano v. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA

forme de recours individuel — et non d'élargir les droits du représentant des demandeurs en abritant une cause d'action légale sous un recours collectif valablement introduit. Ils s'appuient en grande partie sur le fait qu'une demanderesse individuelle qui intente un recours individuel (par opposition à un recours collectif) ne bénéficie pas d'un délai de prescription suspendu simplement en invoquant le droit d'action légale dans sa déclaration.

[203] Soit dit avec égards, une telle opinion passe à côté de la vue d'ensemble. L'article 28 ne s'appliquera jamais à un demandeur individuel : il ne s'applique que dans le contexte des recours collectifs. Il répond aux besoins corrélatifs de protéger les intérêts des membres du groupe, d'une part, et d'éviter le dédoublement de recours individuels redondants par des membres du groupe, d'autre part; de tels besoins ne se présentent tout simplement pas dans les instances individuelles. La disposition fait partie d'un régime plus large qui vise à faire du recours collectif un mécanisme procédural efficace et accessible. Qui plus est, la comparaison que dresse ma collègue entre les droits des demandeurs individuels et collectifs est quelque peu théorique car, rappelons-le, sur les 27 poursuites tranchées en application de la partie XXIII.1 en Ontario, 26 l'ont été par la voie du recours collectif. De fait, cette partie de la *LVM* a été expressément conçue pour s'appliquer efficacement avec les recours collectifs.

[204] Il est vrai, comme le soutient ma collègue, que le recours collectif est un mécanisme procédural qui n'a pas pour but d'accroître les droits substantiels des parties. Toutefois, le recours collectif offre néanmoins aux membres du groupe des outils et des avantages [TRADUCTION] « qui donnent à quelqu'un la possibilité de faire valoir ses droits substantiels [. . .] d'une manière qui permet de trancher efficacement des réclamations présentées par de nombreuses parties » : W. K. Winkler et autres, *The Law of Class Actions in Canada* (2014), p. 6. Par exemple, lorsque les dommages-intérêts sont certifiés comme question commune, les art. 23 et 24 de la *LRC* permettent au tribunal d'admettre en preuve des données statistiques autrement inadmissibles pour trancher les questions en litige qui ont trait au montant ou à la répartition d'une somme adjugée et d'entreprendre une évaluation globale du montant des

781, 87 O.R. (3d) 401, at paras. 41-53; *Fulawka v. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346, at paras. 119-39; *Pro-Sys Consultants Ltd. v. Microsoft Corporation*, 2013 SCC 57, [2013] 3 S.C.R. 477, at paras. 131-35; see also *St. Lawrence Cement Inc. v. Barrette*, 2008 SCC 64, [2008] 3 S.C.R. 392, at paras. 107-18. These mechanisms, like the protection offered by s. 28 from the running of limitation periods, are not available to individual plaintiffs. These mechanisms make the pursuit of the substantive right of action “feasible” and “efficient” in the context of a collective suit. Far from being “anomalous” (see Côté J. reasons, at para. 71), the benefits provided by these provisions are consistent with the intention to make the class proceeding an effective and feasible vehicle for the collective pursuit of substantive claims.

[205] Moreover, an interpretation that suspends the limitation period where leave has not yet been granted: (1) promotes the purposes of the *CPA*; (2) is harmonious with the language, purpose and operation of Part XXIII.1 of the *OSA*; and (3) allows the class proceeding to remain an effective vehicle for the pursuit of Part XXIII.1 statutory claims while respecting the policy underpinnings of limitation periods.

[206] First, such an interpretation of s. 28 furthers the *CPA*'s goals of judicial economy and access to justice. It guarantees the class members' access to the courts by maintaining one of the main benefits of the class action: the suspension of the limitation period for all class members. Section 28 protects potential class members, including the representative plaintiff, from the running of their individual limitation periods during the collective pursuit of their claims through the class proceeding vehicle. This protection ceases and the individual limitation periods resume running on the occurrence of any of the six events set out in s. 28(1) that end that collective pursuit. Effective protection of

dommages-intérêts auxquels ont droit les membres du groupe : *Markson c. MBNA Canada Bank*, 2007 ONCA 334, 85 O.R. (3d) 321, par. 40-58; *Cassano c. Toronto-Dominion Bank*, 2007 ONCA 781, 87 O.R. (3d) 401, par. 41-53; *Fulawka c. Bank of Nova Scotia*, 2012 ONCA 443, 111 O.R. (3d) 346, par. 119-139; *Pro-Sys Consultants Ltd. c. Microsoft Corporation*, 2013 CSC 57, [2013] 3 R.C.S. 477, par. 131-135; voir aussi *Ciment du Saint-Laurent inc. c. Barrette*, 2008 CSC 64, [2008] 3 R.C.S. 392, par. 107-118. Les demandeurs individuels ne peuvent se prévaloir de ces mécanismes pas plus que de la protection offerte par l'art. 28 contre l'écoulement des délais de prescription. Ces mécanismes font en sorte qu'il est « réaliste » et « efficace » d'exercer le droit d'action substantiel dans le contexte d'une poursuite collective. Loin d'être « anormaux » (voir les motifs de la juge Côté, par. 71), les avantages que procurent ces dispositions sont conformes à l'intention de faire du recours collectif un moyen efficace et réaliste d'exercer collectivement des recours substantiels.

[205] En outre, une interprétation qui a pour effet de suspendre le délai de prescription lorsque l'autorisation n'a pas encore été accordée : (1) favorise la réalisation des objets de la *LRC*; (2) s'harmonise avec le texte, l'objet et l'application de la partie XXIII.1 de la *LVM*; (3) fait en sorte que le recours collectif demeure un moyen efficace d'exercer les recours fondés sur la partie XXIII.1, tout en respectant les considérations d'ordre public qui sous-tendent les délais de prescription.

[206] Premièrement, une telle interprétation de l'art. 28 favorise la réalisation des objets de la *LRC*, à savoir l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice. Elle garantit aux membres du groupe l'accès aux tribunaux en maintenant l'un des principaux avantages du recours collectif : la suspension du délai de prescription pour tous les membres du groupe. L'article 28 protège les membres éventuels du groupe, y compris le représentant des demandeurs, contre l'écoulement de leurs délais de prescription respectifs pendant l'exercice collectif de leurs poursuites par le truchement du recours collectif. Cette protection disparaît et les délais de prescription individuels recommencent à

potential class members during the collective pursuit of their claims necessarily entails protecting the rights that those class members seek to pursue in a class proceeding as opposed to in individual actions. This interpretation of s. 28 protects class members' individual rights from becoming statute-barred during the pursuit of the class proceeding. This protection, in turn, obviates the need for class members to initiate duplicate individual proceedings to protect these rights, thus promoting judicial economy. My colleague's conclusion that s. 28 does not protect individual class members prior to the obtaining of leave "could go a long way toward eliminating the economic advantage of class proceedings for any class member with a small claim": *Logan v. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (Ont. S.C.J.), at para. 23, per Winkler J., aff'd *Logan* (Ont. C.A.). As Feldman J.A. noted in the present appeals, one of the effects of the decision in *Timminco* was that "[o]ne of the main benefits of the class action, the suspension of the limitation period for all members of the class, has been removed": *Green ONCA*, at para. 64.

[207] Second, such an interpretation is harmonious with the balance struck by Part XXIII.1 of the *OSA*. Even if the limitation period is suspended, the leave requirement remains. The leave requirement still serves its screening function, because in order to obtain leave, the representative plaintiff must address the merits of the statutory cause of action: *OSA*, s. 138.8. Moreover, the service of the class action claim still satisfies the recognized policy rationales for the limitation period, and for limitation periods generally: protecting the defendant from liability for ancient obligations, putting the defendant on notice of the claims against her, guaranteeing the preservation of relevant evidence, and ensuring that plaintiffs act in a timely manner (*M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at pp. 29-30; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808). If the plaintiff does not commence a class proceeding and

courir dès que survient l'un des six faits énoncés au par. 28(1) qui ont pour effet de mettre un terme à cette poursuite collective. La protection efficace des membres éventuels du groupe pendant la poursuite collective de leurs réclamations implique nécessairement la protection de droits que ces membres du groupe cherchent à faire valoir dans un recours collectif plutôt que dans des recours individuels. Cette interprétation de l'art. 28 empêche la prescription des droits individuels des membres du groupe pendant l'exercice du recours collectif. Cette protection dispense par ailleurs les membres du groupe de la nécessité d'intenter des recours individuels répétitifs pour protéger les droits en question, ce qui favorise l'économie des ressources judiciaires. La conclusion de ma collègue selon laquelle l'art. 28 ne protège pas chacun des membres du groupe avant l'obtention de l'autorisation [TRADUCTION] « pourrait contribuer largement à éliminer l'avantage économique du recours collectif pour tout membre du groupe ayant une petite créance » : *Logan c. Canada (Minister of Health)*, 2003 CanLII 20308 (C.S.J. Ont.), par. 23, le juge Winkler, conf. par *Logan* (C.A. Ont.). Comme l'a fait remarquer la juge Feldman dans les présentes affaires, l'arrêt *Timminco* a eu notamment pour conséquence que [TRADUCTION] « [l']un des principaux avantages du recours collectif, la suspension du délai de prescription pour tous les membres du groupe, a été supprimé » : *Green, C.A. Ont.*, par. 64.

[207] Deuxièmement, une telle interprétation s'harmonise avec l'équilibre établi dans la partie XXIII.1 de la *LVM*. Même si le délai de prescription est suspendu, il faut toujours obtenir l'autorisation. Cette condition remplit toujours sa fonction de filtrage car, pour obtenir l'autorisation, le représentant des demandeurs doit plaider le bien-fondé de la cause d'action légale : *LVM*, art. 138.8. Qui plus est, la signification de la déclaration du recours collectif satisfait quand même aux critères fondés sur les justifications d'ordre public recon- nues relativement au délai de prescription en cause de même qu'aux délais de prescription en général : décharger la défenderesse de la responsabilité à l'égard d'anciennes obligations, aviser la défenderesse des réclamations formées contre elle, garantir la conservation d'éléments de preuve pertinents et faire en sorte que les demandeurs agissent en temps

assert the statutory claim in the proceeding before the limitation period runs out, her claim will be statute-barred. As well, the inclusion of the statutory claim and the facts underlying it gives notice to the defendants of the particulars of the claim against them and ensures that the defendants will be able to preserve evidence relevant to the claim. Indeed, as class proceedings are actively managed both pre-trial and during the trial, the managing judge is empowered to take appropriate measures to ensure that the claims proceed expeditiously and that leave is sought in a timely manner: *Perell and Morden*, at ¶¶ 4.234 and 4.235; *CPA*, ss. 12 and 34. Far from “displacing” the balance struck by the legislature in Part XXIII.1, this interpretation of s. 28 maintains that balance and furthers the legislative intent that Part XXIII.1 operate harmoniously with class proceedings legislation. Indeed, legislative reactions in Manitoba and Ontario to the release of the *Timminco* decision indicate that the interpretation endorsed by my colleague “interprets [Part XXIII.1 of the *OSA*] in an unintended way and limits the access to justice that the new remedy was intended to provide”: *Green ONCA*, at para. 73.

[208] Finally, such an approach ensures that the class proceeding remains the most effective and available vehicle through which to pursue Part XXIII.1 statutory claims. As the facts of the *IMAX* appeal illustrate, even a plaintiff who discovers the misrepresentation quickly and initiates her claim in a timely manner may be unable to obtain leave and “commence” the statutory action within the three-year limitation period: paras. 5, 22 and 90 (CanLII). Tying the running of the limitation period to the granting of leave removes compliance with the limitation period from the plaintiff’s control. It gives defendants both the incentive and, potentially, the means to delay the proceedings on the leave

opportun (*M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, p. 29-30; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808). Si la demanderesse n’introduit pas de recours collectif et n’y invoque pas le droit d’action légal dans l’instance avant l’expiration du délai de prescription, son droit d’action sera prescrit. En outre, l’inclusion de l’action prévue par la loi et des faits qui la sous-tendent informe les défendeurs des détails du recours intenté contre eux et garantit que les défendeurs seront en mesure de conserver les éléments de preuve pertinents quant à l’action. En effet, puisque les recours collectifs sont activement gérés avant le procès et pendant celui-ci, le juge chargé de la gestion de l’instance a le pouvoir de prendre les mesures qui s’imposent pour que les réclamations soient instruites avec célérité et que l’autorisation soit demandée en temps opportun : *Perell et Morden*, ¶ 4.234 et 4.235; *LRC*, art. 12 et 34. Loin de « briser » l’équilibre établi par le législateur à la partie XXIII.1, cette interprétation de l’art. 28 maintient cet équilibre et favorise l’atteinte de l’objectif législatif de faire en sorte que la partie XXIII.1 s’applique harmonieusement avec la loi sur les recours collectifs. De fait, les réactions du législateur au Manitoba et en Ontario au prononcé de l’arrêt *Timminco* indiquent que l’interprétation adoptée par ma collègue [TRADUCTION] « donne lieu à une interprétation de la [partie XXIII.1 de la *LVM*] que ne souhaitait pas le législateur et qui limite l’accès à la justice que ce nouveau recours visait à procurer » : *Green, C.A. Ont.*, par. 73.

[208] Enfin, une telle approche garantit que le recours collectif demeure le mécanisme le plus efficace et répandu pour exercer des recours en vertu de la partie XXIII.1. Comme le montrent les faits dans le pourvoi *IMAX*, même le demandeur qui découvre rapidement la présentation inexacte des faits et présente sa réclamation en temps opportun peut être incapable d’obtenir l’autorisation et d’« tenter » l’action prévue par la loi dans le délai de prescription de trois ans : par. 5, 22 et 90 (CanLII). Rattacher l’écoulement du délai de prescription à l’octroi de l’autorisation a pour résultat que le respect du délai de prescription échappe à la volonté du demandeur. Cela donne aux défendeurs



motion until the expiry of the limitation period. As Feldman J.A. noted, it “undercuts the ability of investors to bring a class action within the limitation period because they do not have control of whether they can meet or toll the limitation period”: *Green ONCA*, at para. 66. Such an approach also jeopardizes the adjudicative role of the court, as the cases under appeal illustrate. If unsuspending, the limitation period in the *IMAX* appeal would have expired while the leave and certification motions were under reserve, and the limitation period in the *CIBC* appeals would have expired between the filing of the notice of motion seeking leave and the hearing: *IMAX*, at para. 41; *CIBC*, at paras. 494 and 497. Such an interpretation risks the effect of forcing the court to decide whether to allow plaintiffs’ rights to expire or to risk the rights of others by deferring other urgent matters to prioritize leave motions: see, for example, *CIBC*, at para. 539.

[209] In contrast, tying the suspension of the limitation period to the assertion of the statutory cause of action in a class proceeding, rather than to the granting of leave by the court, avoids these undesirable consequences. Potential plaintiffs can effectively pursue Part XXIII.1 statutory claims through the class proceeding vehicle. Courts are not put in the difficult position of deferring other cases to avoid an injustice.

### III. Conclusion

[210] In my view, as long as the Part XXIII.1 statutory cause of action is asserted in a properly commenced class proceeding, s. 28 of the *CPA* will suspend the limitation periods applicable to all causes of action asserted — including the limitation period governing the statutory claim — regardless of whether leave has been obtained. This interpretation is consistent with the language of s. 28 and the purposes guiding the *CPA*, and is harmonious with the

l’incitatif et, éventuellement, les moyens de retarder l’instruction de la motion en autorisation jusqu’à l’expiration du délai de prescription. Comme l’a souligné la juge Feldman, cela [TRADUCTION] « sape la faculté des investisseurs d’intenter un recours collectif dans le délai de prescription, car la possibilité de respecter ou d’interrompre le délai échappe à leur volonté » : *Green, C.A. Ont.*, par. 66. Une telle approche met également en péril la fonction décisionnelle du tribunal, comme l’illustrent les décisions portées en appel. S’il n’avait pas été suspendu, le délai de prescription dans le pourvoi *IMAX* aurait expiré pendant que les motions en autorisation et pour certification du recours collectif étaient prises en délibéré et le délai de prescription dans les pourvois du dossier *CIBC* aurait expiré entre le dépôt de l’avis de motion en autorisation et l’audience : *IMAX*, par. 41; *CIBC*, par. 494 et 497. Pareille interprétation risque d’avoir pour effet de forcer le tribunal à décider de permettre l’expiration des droits des demandeurs ou de compromettre les droits de tiers en reportant l’examen d’autres questions urgentes pour traiter en priorité des motions en autorisation : voir, par exemple, *CIBC*, par. 539.

[209] Inversement, rattacher la suspension du délai de prescription au fait d’invoquer la cause d’action légale dans un recours collectif plutôt qu’à l’octroi de l’autorisation par le tribunal, permet d’éviter ces conséquences indésirables. Les demandeurs éventuels peuvent effectivement intenter des poursuites fondées sur la partie XXIII.1 par la voie du recours collectif. Les tribunaux ne se trouvent pas dans la situation difficile d’avoir à reporter d’autres instances pour éviter une injustice.

### III. Conclusion

[210] À mon avis, tant que la cause d’action prévue à la partie XXIII.1 est invoquée dans un recours collectif valablement introduit, l’art. 28 de la *LRC* suspend les délais de prescription applicables à toutes les causes d’action invoquées — y compris le délai de prescription régissant le recours prévu par la loi — que l’autorisation ait ou non été obtenue. Cette interprétation est compatible avec le libellé de l’art. 28 et les objets encadrant la *LRC*, en

language and purposes driving Part XXIII.1 of the *OSA*. In the cases before us, the class proceedings were properly commenced with respect to the common law tort of negligent misrepresentation.

[211] In contrast, the interpretation adopted by my colleague Côté J. seriously undermines the viability of the class action vehicle in the context of Part XXIII.1 statutory claims. As the *Green* panel noted, this obliges class members to “do what s. 28 was intended to obviate: commence their own action with leave in order to try to ensure that their action is brought within the limitation period” (para. 65). By rendering the class action an ineffective vehicle to pursue Part XXIII.1 statutory claims, my colleague’s interpretation effectively bars Part XXIII.1 from fulfilling either of its goals; it can neither facilitate access to justice for investors nor deter corporate misconduct.

[212] The defendants in the *CIBC* appeals additionally challenge the articulation of the standard to obtain leave under s. 138.8 of the *OSA* adopted by Strathy J. and the *Green* panel. I agree with my colleague Côté J. that the reasonable possibility of success threshold test articulated by this Court in *Theratechnologies* applies to a motion for leave under s. 138.8 of the *OSA*. In my view, the *CIBC* plaintiffs have met this threshold. I also agree with my colleague’s discussion and disposition of the *CIBC* defendants’ appeals concerning the certification of common issues.

#### IV. Disposition

[213] In each of the three cases appealed to this Court, the respondent plaintiffs commenced class proceedings and pleaded the constituent facts of the tort of negligent misrepresentation and of the

plus de s’harmoniser avec le texte et les objets qui animent la partie XXIII.1 de la *LVM*. Dans les affaires dont nous sommes saisis, les recours collectifs ont été valablement introduits en ce qui a trait au délit de déclaration inexacte faite par négligence en common law.

[211] À l’inverse, l’interprétation qu’a adoptée ma collègue la juge Côté compromet sérieusement la viabilité du mécanisme du recours collectif dans le contexte des réclamations fondées sur la partie XXIII.1. Comme l’a souligné la formation des juges dans l’affaire *Green*, cette interprétation a pour effet d’obliger les membres du groupe à [TRADUCTION] « faire ce que l’art. 28 était censé éviter : introduire leur propre recours avec autorisation pour tenter de garantir que leur action est intentée dans le délai prescrit » (par. 65). En faisant du recours collectif un moyen inefficace d’engager des poursuites en vertu de la partie XXIII.1, l’interprétation de ma collègue empêche effectivement la partie XXIII.1 d’atteindre l’un ou l’autre de ses objectifs : elle ne peut ni faciliter l’accès des investisseurs à la justice ni décourager l’inconduite des entreprises.

[212] Les défendeurs dans les pourvois du dossier *CIBC* contestent en outre la formulation du critère d’obtention de l’autorisation visée à l’art. 138.8 de la *LVM* qu’ont retenue le juge Strathy et la formation des juges dans l’affaire *Green*. Je conviens avec ma collègue la juge Côté que le critère préliminaire formulé par notre Cour dans l’arrêt *Theratechnologies*, soit la possibilité raisonnable d’avoir gain de cause, s’applique à une motion en autorisation visée par l’art. 138.8 de la *LVM*. À mon avis, les demandeurs dans l’affaire *CIBC* ont satisfait à ce critère. Je souscris également à l’analyse et au dispositif de ma collègue visant les pourvois des défendeurs dans l’affaire *CIBC* en ce qui concerne la certification des questions communes.

#### IV. Dispositif

[213] Dans chacune des trois affaires portées en appel devant notre Cour, les demandeurs intimés ont introduit des recours collectifs et plaidé dans leurs déclarations les faits constitutifs du délit de

Part XXIII.1 statutory cause of action in their statements of claim. In my view, this pleading constitutes an assertion of the statutory cause of action for the purposes of s. 28 of the CPA. Thus, the limitation periods for the statutory claims at issue in these appeals are suspended as of the date of filing of their statements of claim. None of the claims are statute-barred. In light of this conclusion, it is not necessary to address the availability of *nunc pro tunc* or the special circumstances doctrine. However, I should not be taken to agree with either the analysis or conclusions of Côté J. on these issues.

[214] I would dismiss the appeals with costs throughout.

*Appeals in CIBC and IMAX dismissed with costs throughout, McLachlin C.J. and Rothstein and Côté JJ. dissenting in part.*

*Appeal in Celestica allowed with costs throughout, Moldaver, Karakatsanis and Gascon JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant the Canadian Imperial Bank of Commerce: Torys, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Gerald McCaughey et al.: Goodmans, Toronto.*

*Solicitors for the appellants IMAX Corporation et al.: McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Solicitors for the appellants Celestica Inc., Stephen W. Delaney and Anthony P. Puppi: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Howard Green and Anne Bell: Rochon Genova, Toronto.*

*Solicitors for the respondents Marvin Neil Silver and Cliff Cohen: Siskinds, London; Sutts Strosberg, Windsor.*

déclaration inexacte faite par négligence en common law et de la cause d'action prévue à la partie XXIII.1. À mon avis, en plaissant ainsi ces faits, ils se trouvent à avoir invoqué la cause d'action légale pour l'application de l'art. 28 de la LRC. Par conséquent, les délais de prescription applicables aux réclamations présentées en vertu de la loi qui sont en litige dans les présents pourvois sont suspendus à compter de la date du dépôt de leurs déclarations. Aucune des réclamations n'est prescrite. Vu cette conclusion, il est inutile de se prononcer sur la possibilité d'invoquer la doctrine de *nunc pro tunc* ou celle des circonstances particulières. Il ne faut toutefois pas considérer que je souscris à l'analyse ou aux conclusions de la juge Côté sur ces points.

[214] Je suis d'avis de rejeter les pourvois avec dépens devant toutes les cours.

*Pourvois dans CIBC et IMAX rejetés avec dépens devant toutes les cours, la juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Côté sont dissidents en partie.*

*Pourvoi dans Celestica accueilli avec dépens devant toutes les cours, les juges Moldaver, Karakatsanis et Gascon sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelante la Banque Canadienne Impériale de Commerce : Torys, Toronto.*

*Procureurs des appelants Gerald McCaughey et autres : Goodmans, Toronto.*

*Procureurs des appelants IMAX Corporation et autres : McCarthy Tétrault, Toronto.*

*Procureurs des appelants Celestica Inc., Stephen W. Delaney et Anthony P. Puppi : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.*

*Procureurs des intimés Howard Green et Anne Bell : Rochon Genova, Toronto.*

*Procureurs des intimés Marvin Neil Silver et Cliff Cohen : Siskinds, London; Sutts Strosberg, Windsor.*

*Solicitors for the respondents the Trustees of the Millwright Regional Council of Ontario Pension Trust Fund, Nabil Berzi and Huacheng Xing: Koskie Minsky, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Foundation for Advancement of Investor Rights: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Shareholder Association for Research and Education: Groia & Company, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Ontario Securities Commission: Ontario Securities Commission, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Insurance Bureau of Canada: Stikeman Elliott, Toronto.*

*Procureurs des intimés les Fiduciaires de la caisse de retraite en fiducie du Millwright Regional Council of Ontario, Nabil Berzi et Huacheng Xing : Koskie Minsky, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Fondation canadienne pour l'avancement des droits des investisseurs : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Shareholder Association for Research and Education : Groia & Company, Toronto.*

*Procureur de l'intervenante la Commission des valeurs mobilières de l'Ontario : Commission des valeurs mobilières de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Bureau d'assurance du Canada : Stikeman Elliott, Toronto.*