

**Deloitte & Touche (now continued as Deloitte LLP)** *Appellant*

v.

**Livent Inc., through its special receiver and manager Roman Droniuk** *Respondent*

and

**Canadian Coalition for Good Governance and Chartered Professional Accountants of Canada** *Intervenors*

**INDEXED AS: DELOITTE & TOUCHE v. LIVENT INC. (RECEIVER OF)**

**2017 SCC 63**

File No.: 36875.

2017: February 15; 2017: December 20.

Present: McLachlin C.J. and Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Torts — Duty of care — Negligence — Negligent misrepresentation — Auditor failing to discover fraud by company's directors and company incurring losses — Proper application of analytical framework for establishing tort liability in cases of negligent misrepresentation or performance of service by auditor — Whether auditor breaching duty of care and therefore liable for company's losses — Appropriate date from which to calculate quantum of damages.*

Livent produced and staged performances in theatres that it owned in Canada and the U.S., with its shares listed on Canadian and U.S. stock exchanges. To enhance Livent's success, its directors manipulated the company's financial records. Deloitte was Livent's auditor. Deloitte never uncovered the fraud. In August 1997, however, Deloitte identified irregularities in the reporting of profit from an asset sale. Deloitte did not resign. Instead, for the purpose of helping Livent to solicit investment, Deloitte helped prepare, and approved, a press release issued in

**Deloitte & Touche (prorogée depuis sous le nom de Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.)** *Appelante*

c.

**Livent Inc., par son séquestre et administrateur spécial Roman Droniuk** *Intimée*

et

**Coalition canadienne pour une bonne gouvernance et Comptables professionnels agréés du Canada** *Intervenantes*

**RÉPERTORIÉ : DELOITTE & TOUCHE c. LIVENT INC. (SÉQUESTRE DE)**

**2017 CSC 63**

N° du greffe : 36875.

2017 : 15 février; 2017 : 20 décembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

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

*Responsabilité délictuelle — Obligation de diligence — Négligence — Déclaration inexacte faite par négligence — Défaut du vérificateur de découvrir la fraude des administrateurs d'une société et pertes subies par la société — Application correcte du cadre d'analyse permettant d'établir la responsabilité délictuelle dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d'un service par un vérificateur — Le vérificateur a-t-il manqué à l'obligation de diligence et est-il en conséquence responsable des pertes de la société? — Date à compter de laquelle il convient de calculer le montant des dommages-intérêts.*

Livent a produit et présenté des spectacles dans les théâtres qu'elle possédait au Canada et aux États-Unis, et ses actions étaient cotées à la bourse dans ces deux pays. Afin d'accroître le succès de Livent, ses administrateurs ont manipulé les documents financiers de l'entreprise. Deloitte était le vérificateur de Livent; elle n'a jamais découvert la fraude. En août 1997 cependant, Deloitte a découvert des irrégularités dans la comptabilisation des profits de la vente d'un actif. Deloitte n'a pas démissionné. Afin d'aider Livent à solliciter des

September 1997, which misrepresented the basis for the reporting of the profit. In October 1997, Deloitte provided a comfort letter for a public offering. It also prepared Livent's 1997 audit, which it finalized in April 1998. New equity investors later discovered the fraud. A subsequent investigation and re-audit resulted in restated financial reports. Livent filed for insolvency protection in November 1998. It sold its assets and went into receivership in 1999. Livent sued Deloitte later in tort and contract.

The trial judge held that Deloitte owed a duty of care to provide accurate information to Livent's shareholders. He held that Deloitte failed to meet the standard of care under this duty, either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998. The trial judge held that the measure of damages was the difference between Livent's value on the date on which Deloitte should have resigned and Livent's value at the time of insolvency. He reduced this by 25 percent to account for contingencies or trading losses, which he held were too remote to make Deloitte liable. The trial judge consequently awarded damages to Livent for breach of its duty of care, and alternatively for breach of contract, in the amount of \$84,750,000. The Court of Appeal upheld the trial judge's award and dismissed Deloitte's appeal and Livent's cross-appeal.

*Held* (McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part.

*Per* Karakatsanis, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The general framework set out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), and later refined in *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, applies in cases of pure economic loss arising from an auditor's negligent misrepresentation or performance of a service. Comprising two stages, the *Anns/Cooper* framework asks whether a *prima facie* duty of care exists between the parties, and if so, whether there are any residual policy considerations that may negate the imposition of a duty of care. At the first stage, a *prima facie* duty

investissements, Deloitte l'a plutôt aidée à préparer, et elle a approuvé, un communiqué de presse publié en septembre 1997 qui présentait de façon inexacte la comptabilisation des profits. En octobre 1997, Deloitte a fourni une lettre de confort pour un appel public à l'épargne. Elle a également préparé le rapport du vérificateur pour l'exercice 1997 de Livent, rapport qu'elle a finalisé en avril 1998. De nouveaux investisseurs ont plus tard découvert la fraude. Une enquête et une nouvelle vérification ultérieures ont donné lieu à des états financiers modifiés. En novembre 1998, Livent a demandé la protection contre l'insolvabilité. Elle a vendu ses éléments d'actif et a été mise sous séquestre en 1999. Livent a plus tard poursuivi Deloitte en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle.

Le juge de première instance a conclu que Deloitte avait une obligation de diligence pour fournir des renseignements exacts aux actionnaires de Livent. Il a conclu que Deloitte n'avait pas respecté la norme de diligence applicable en vertu de cette obligation, soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent. Le juge de première instance a conclu que le montant des dommages-intérêts équivalait à l'écart entre la valeur de Livent à la date à laquelle Deloitte aurait dû démissionner et la valeur de Livent au moment de la faillite. Il a retranché 25 pour 100 de ce montant pour tenir compte des imprévus ou des pertes commerciales qui, selon lui, étaient trop éloignées pour que Deloitte puisse en être tenue responsable. En conséquence, le juge de première instance a accordé à Livent des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars pour manquement à son obligation de diligence ou, autrement, pour violation de contrat. La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel de Deloitte et l'appel incident de Livent.

*Arrêt* (la juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie.

*Les juges* Karakatsanis, Gascon, Brown et Rowe : Le cadre général d'analyse établi dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), et précisé plus tard dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, s'applique dans le cas d'une perte purement économique découlant d'une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d'un service par un vérificateur. Le cadre d'analyse à deux volets des arrêts *Anns* et *Cooper* pose les questions de savoir s'il existe une obligation de diligence *prima facie* entre les parties, et si, dans l'affirmative, des

of care is recognized where proximity and reasonable foreseeability of injury are established. When assessing proximity, if a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown. If a risk of reasonably foreseeable injury can also be shown, the first stage of the *Anns/Cooper* framework is complete and a duty of care may be identified. In such circumstances, the second stage of the framework will seldom be engaged because any residual policy considerations will have already been taken into account when the proximate relationship was first identified.

Where an established proximate relationship cannot be found, courts must undertake a full proximity analysis. To determine whether the close and direct relationship exists, courts must examine all relevant factors arising from the relationship. In cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative in the proximity analysis: the defendant's undertaking and the plaintiff's reliance. Where the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff's reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care and the plaintiff has a right to rely on the defendant's undertaking. These corollary rights and obligations create a relationship of proximity. Any reliance on the part of the plaintiff, which falls outside of the scope of the defendant's undertaking, necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant's duty of care. This properly limits liability on the basis that the defendant cannot be liable for a risk of injury against which he did not undertake to protect.

As for assessing reasonable foreseeability in the *prima facie* duty of care analysis, this entails asking whether an injury to the plaintiff was a reasonably foreseeable consequence of the defendant's negligence. Reasonable foreseeability concerns the likelihood of injury arising from the defendant's negligence. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the proximate relationship informs the foreseeability inquiry. The

considérations de politique résiduelles sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence. Au premier volet de l'analyse, il existe une obligation de diligence *prima facie* lorsque le lien de proximité et la prévisibilité raisonnable d'un préjudice sont établis. Au moment de l'examen du lien de proximité, si un rapport relève d'une catégorie déjà établie, ou s'il s'agit d'un rapport analogue, l'existence du lien étroit et direct requis est établie. S'il est également possible d'établir l'existence d'un risque de préjudice raisonnablement prévisible, il est satisfait au premier volet du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* et il est possible d'affirmer l'existence d'une obligation de diligence. Dans de telles circonstances, le deuxième volet du cadre d'analyse entrera rarement en jeu parce que les considérations de politique résiduelles auront déjà été prises en compte lorsque l'existence du lien de proximité a été reconnue.

Lorsqu'ils ne peuvent conclure à l'existence d'un lien de proximité établi, les tribunaux doivent procéder à une analyse exhaustive à cet égard. Pour déterminer si le lien étroit et direct existe, les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents découlant du lien existant entre le demandeur et le défendeur. Dans le cas d'une perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d'un service, deux facteurs jouent un rôle déterminant dans l'analyse du lien de proximité : l'engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. Lorsqu'il s'engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d'agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l'engagement pris par le défendeur. Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l'engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l'obligation de diligence qui incombe au défendeur. Ce principe a pour effet de restreindre à juste titre la responsabilité au motif que le défendeur ne saurait être tenu responsable d'un risque de préjudice contre lequel il ne s'est pas engagé à protéger le demandeur.

L'examen de la prévisibilité raisonnable dans le cadre de l'analyse relative à l'obligation de diligence *prima facie* consiste à se demander si le préjudice subi par le demandeur constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur. La prévisibilité raisonnable s'attache à la probabilité de préjudice découlant de la négligence du défendeur. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation

purpose underlying the undertaking and the corresponding reliance limits the type of injury that could be reasonably foreseen to result from the defendant's negligence. An injury to the plaintiff will be reasonably foreseeable if the defendant should have reasonably foreseen that the plaintiff would rely on his or her representation and such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable. Both the reasonableness and the reasonable foreseeability of the plaintiff's reliance will be determined by the relationship of proximity between the parties.

At the second stage of the *Anns/Cooper* framework, the question is whether there are residual policy considerations outside the relationship of the parties that may negate the imposition of a duty of care. This stage is not concerned with the relationship between the parties, but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally. Factors to be considered include whether the law already provides a remedy, the spectre of unlimited liability to an unlimited class and whether there are other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized. The place within the *Anns/Cooper* framework of this policy inquiry is significant. It follows the proximity and foreseeability inquiries. The policy inquiry assesses whether, despite the proximate relationship between the parties and the reasonably foreseeable quality of the plaintiff's injury, the defendant should nonetheless be insulated from liability. That it would limit liability in the face of findings of both proximity and reasonable foreseeability makes plain how narrowly it should be relied upon.

No proximate relationship has previously been established as between an auditor and its client for the purposes of soliciting investment. This case therefore requires a full proximity analysis. From August to October 1997, the services which Deloitte provided to Livent — particularly its ongoing assistance in relation to the press release and the provision of the comfort letter — were undertaken for the purpose of helping Livent to solicit investment. Given this undertaking, Livent was entitled to rely upon Deloitte to carry out these services with reasonable care. It follows that a relationship of proximity arose but only in respect of the content of Deloitte's undertaking. Losses outside the scope of this undertaking

négligente d'un service, le lien de proximité sert à guider l'analyse de la prévisibilité. L'objet qui sous-tend l'engagement et le fait de se fier à cet engagement restreint le type de préjudice dont on pourrait raisonnablement prévoir qu'il découlera de la négligence du défendeur. Le préjudice du demandeur sera raisonnablement prévisible si le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration, et si cette confiance serait raisonnable dans les circonstances particulières de l'affaire. Tant le caractère raisonnable que la prévisibilité raisonnable de cette confiance du demandeur seront déterminés en fonction du lien de proximité entre les parties.

Au deuxième volet du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, il s'agit de déterminer si des considérations de politique résiduelles étrangères au lien existant entre les parties sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence. À cette étape, l'analyse ne porte pas sur le lien existant entre les parties mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général. Les facteurs à prendre en compte incluent les questions de savoir si la loi prévoit déjà une réparation, s'il faut craindre le risque de créer une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes et si d'autres raisons de politique générale indiquent que l'obligation de diligence ne devrait pas être reconnue. La place qu'occupe l'examen des considérations de politique dans le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* est importante. Cet examen fait suite à ceux du lien de proximité et de la prévisibilité, et il vise à déterminer si, malgré le lien de proximité qui unit les parties et le caractère raisonnablement prévisible du préjudice subi par le demandeur, le défendeur devrait tout de même être exonéré de responsabilité. La possibilité de limiter la responsabilité en dépit de la reconnaissance du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable démontre clairement à quel point il convient d'y recourir avec circonspection.

Aucun lien de proximité n'a déjà été établi entre un vérificateur et son client à des fins de sollicitation de fonds d'investissement. Il faut donc en l'espèce procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité. D'août à octobre 1997, les services que Deloitte a fournis à Livent — notamment une assistance constante concernant le communiqué de presse et la fourniture de la lettre de confort — avaient pour objet d'aider Livent à solliciter des investissements. Compte tenu de cet engagement, il était permis à Livent de s'attendre à ce que Deloitte agisse avec diligence raisonnable dans la prestation de ces services. Partant, il existait un lien de proximité, mais seulement quant au contenu de l'engagement pris par Deloitte. Les

are not recoverable from Deloitte. With respect to the press release and the comfort letter, Deloitte never undertook to assist Livent's shareholders in overseeing management; it cannot therefore be held liable for failing to take reasonable care to assist such oversight. Given that Livent had no right to rely on Deloitte's representations for a purpose other than that for which Deloitte undertook to act, Livent's reliance was neither reasonable nor reasonably foreseeable. Consequently, the increase in Livent's losses or liquidation deficit, which arose from that reliance, was not a reasonably foreseeable injury. Because no *prima facie* duty of care arose, there is no need to consider residual policy considerations.

However, the Court has already recognized that a duty is owed by an auditor in preparing a statutory audit and that a claim by a corporation for losses resulting from a negligent statutory audit could succeed. A statutory audit is prepared to allow shareholders to collectively supervise management and to take decisions with respect to the overall administration of the corporation. This describes precisely the function which Livent's shareholders were unable to discharge by reason of Deloitte's negligent 1997 audit. Deloitte did not alter the purpose for which it undertook to provide the 1997 audit or disclaim liability in relation to that purpose. Therefore, proximity is established in relation to the statutory audit, on the basis of the previously recognized proximate relationship. In addition, the type of injury Livent suffered was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence. Through the 1997 audit, Deloitte undertook to assist Livent's shareholders in scrutinizing management conduct. By negligently conducting the audit, and impairing Livent's shareholders' ability to oversee management, Deloitte exposed Livent to reasonably foreseeable risks, including losses that would have been avoided with a proper audit. Because proximity is based on a previously recognized category, there is no need to consider residual policy considerations. Deloitte owed Livent a duty of care, which it breached. Deloitte cannot rely on either the defence of illegality or of contributory fault, because the fraudulent acts of Livent's directors cannot be attributed to the corporation.

perles qui échappent à la portée de cet engagement ne sont pas susceptibles d'indemnisation par Deloitte. Relativement au communiqué de presse et à la lettre de confort, Deloitte ne s'est jamais engagée à aider les actionnaires de Livent à surveiller la gestion. Elle ne saurait donc être tenue responsable pour avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable afin de faciliter cette surveillance. Puisque Livent n'avait aucun droit de se fier aux déclarations de Deloitte à une fin autre que celle visée par l'engagement de cette dernière, la confiance de Livent n'était ni raisonnable ni raisonnablement prévisible. En conséquence, l'augmentation de la perte ou du déficit de liquidation de Livent découlant de cette confiance ne constituait pas un préjudice raisonnablement prévisible. En l'absence d'une obligation de diligence *prima facie*, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles.

Cependant, la Cour a déjà reconnu qu'un vérificateur qui procède à une vérification exigée par la loi est tenu à une obligation, et qu'une action intentée par une société relativement à des pertes découlant d'une vérification exigée par la loi entachée de négligence pourrait être accueillie. Une vérification exigée par la loi a pour objet de permettre aux actionnaires collectivement de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à l'administration globale de la société. Il s'agit exactement là de la tâche dont les actionnaires de Livent n'ont pas été en mesure de s'acquitter à cause de la préparation négligente, par Deloitte, de son rapport du vérificateur pour l'exercice 1997. Deloitte n'a pas modifié le but dans lequel elle s'est engagée à produire le rapport de 1997, ni ne s'est déchargée de toute responsabilité à l'égard de ce but. En conséquence, l'existence d'un lien de proximité est établie quant à la vérification exigée par la loi, compte tenu du rapport de proximité déjà reconnu. De plus, le type de préjudice subi par Livent était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte. Par le rapport de 1997, Deloitte s'est engagée à aider les actionnaires de Livent à examiner en détail la conduite de la gestion. En effectuant cette vérification avec négligence, et en restreignant la capacité des actionnaires de Livent à surveiller la gestion, Deloitte a exposé Livent à des risques raisonnablement prévisibles, notamment à des pertes qu'une vérification adéquate aurait permis d'éviter. Puisque le lien de proximité relève d'une catégorie déjà reconnue, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles. Deloitte avait une obligation de diligence envers Livent et elle a manqué à cette obligation. Deloitte ne peut se fonder sur aucun des moyens de défense que sont l'illégalité et la faute contributoire parce que les actes frauduleux des administrateurs de Livent ne peuvent être attribués à l'entreprise.

Remoteness is not a bar to Livent's recovery. Remoteness examines whether the harm is too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable. It overlaps conceptually with the reasonable foreseeability analysis but the duty of care analysis is concerned with the type of injury that is reasonably foreseeable as flowing from the defendant's conduct, whereas the remoteness analysis is concerned with the actual injury suffered by the plaintiff. However, the loss here — stemming from Deloitte's failure to fulfill the specific undertaking it made to Livent in relation to the 1997 audit — was reasonably foreseeable.

The trial judge assessed Livent's damages following the 1997 audit at \$53.9 million. Applying the trial judge's 25 percent contingency reduction to this amount results in a final damages assessment of \$40,425,000. This is the amount for which Deloitte is liable. At trial, Livent conceded that its losses for negligent performance of a service or breach of contract would be identical. Therefore, the same quantum of liability applies for Deloitte's concurrent claim in breach of contract.

*Per McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. (dissenting in part):* Deloitte owed a duty of care to Livent, which it breached when it failed to discover and expose Livent's fraud in the audited statements. However, Deloitte is not liable for the loss that befell Livent. The claim in tort must be dismissed. The result is the same with respect to Livent's action in contract.

Courts have provided two doctrinal approaches for limiting recovery of pure economic loss flowing from negligent misstatement. The first is to hold that the scope of the duty of care of the advice-giver does not cover the loss claimed. The second is to hold that the loss is too remote from the negligent act and thus was not legally caused by that act. Both inquiries invoke similar considerations and arrive at the same point. The remoteness inquiry looks at the wrongdoing and its proximity to the loss claimed. The factors to be considered are not closed. The advice-giver's knowledge of the claimant's circumstances, the reasonable expectations arising from the relationship, and the presence of intervening factors that led to the loss may figure in the analysis. The scope of the duty of care inquiry looks to the relationship between the defendant's advice and the plaintiff's loss. It asks if that

L'éloignement n'est pas un obstacle à l'indemnisation de Livent. L'éloignement appelle à se demander si le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable. Il recoupe en théorie l'analyse de la prévisibilité raisonnable, mais l'analyse relative à l'obligation de diligence s'intéresse au type de préjudice qu'il est raisonnable de prévoir qu'il découlera de la conduite du défendeur, alors que l'analyse relative à l'éloignement s'attache au préjudice réel subi par le demandeur. Toutefois, la perte en l'espèce — qui découle du défaut de Deloitte de respecter l'engagement précis qu'elle avait pris envers Livent relativement au rapport de 1997 — était raisonnablement prévisible.

Le juge de première instance a évalué à 53,9 millions de dollars les dommages subis par Livent après le rapport de 1997. Si l'on applique à cette somme la réduction pour éventualités de 25 pour 100 ordonnée par le juge de première instance, on obtient la somme de 40 425 000 dollars. C'est là la somme dont Deloitte est responsable. Au procès, Livent a reconnu que ses pertes attribuables à la prestation négligente d'un service ou à la violation de contrat seraient identiques. Une responsabilité dans la même mesure est donc appliquée à Deloitte pour la demande concurrente fondée sur la violation de contrat.

*La juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté (dissidents en partie) :* Deloitte avait une obligation de diligence envers Livent, obligation à laquelle elle a manqué lorsqu'elle n'a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent dans les états financiers vérifiés. Cependant, Deloitte n'est pas responsable des pertes qu'a subies Livent. L'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. L'action en responsabilité contractuelle de Livent aboutit au même résultat.

Les tribunaux ont fourni deux approches théoriques pour limiter les pertes purement économiques indemnifiables à la suite d'une déclaration inexacte faite par négligence. Selon la première, l'étendue de l'obligation de diligence de la personne qui donne le conseil ne couvre pas la perte alléguée. Selon la deuxième, la perte est trop éloignée de l'acte négligent et n'a donc pas été causée, en droit, par cet acte. Dans les deux cas, l'analyse suscite des considérations semblables et arrive au même point. L'analyse relative au caractère éloigné porte sur l'acte fautif et sa proximité à la perte alléguée. La liste des facteurs devant être pris en considération n'est pas exhaustive. La connaissance de la situation du demandeur par la personne donnant le conseil, les attentes raisonnables découlant de la relation et la présence de facteurs intermédiaires ayant mené à la perte sont des facteurs qui

relationship was proximate. In cases of economic loss, it inquires into the purpose for which the advice was given and asks whether a reasonable person would have expected, or foreseen, that negligent advice would lead to the loss in question by virtue of the plaintiff's reliance on the advice.

The duty of care inquiry leads to the two-part test set out in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.). The first part of the test asks whether there is proximity, or a sufficiently close relationship, between the parties. It focuses on the connection between the defendant's undertaking or statement and the loss claimed. The purpose for which the statement was made is pivotal, and is a matter of fact to be determined on the evidence adduced at trial.

In this case, three purposes of Livent's audit statements are discernable: (1) to report accurately on Livent's finances and provide it with audit opinions on which it could rely for the purpose of attracting investment; (2) to uncover errors or wrongdoing for the purpose of enabling Livent itself to correct or otherwise respond to the misfeasance; and (3) to provide audit reports on which Livent's shareholders could rely to supervise Livent's management. The scope of Deloitte's duty of care is defined solely by these purposes.

Deloitte's wrongful act did not deprive Livent of the ability to attract investment capital. In fact, Livent attracted a great deal of capital on the strength of Deloitte's statements. Likewise, Deloitte's wrongful act did not prevent Livent from detecting misfeasance in the company's management, which Livent would have corrected had it known. Finally, Livent did not prove that Deloitte's wrongdoing prevented its shareholders from exercising supervision in a manner that would have ended the company's loss-creating activities at an earlier date. The trial judge did not find that Livent's shareholders relied on Deloitte's negligent audit statements, or that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets in the period between the issuance of the relevant statements and Livent's insolvency. Crucially, the trial judge did not ask whether the shareholders had in fact relied on the audits and he did not ask whether, if they had relied, this reliance prevented them from taking steps to alter course. Finally,

peuvent être pris en compte dans l'analyse. L'analyse relative à l'étendue de l'obligation de diligence porte sur la corrélation entre le conseil du défendeur et la perte du demandeur. Il faut se demander si cette corrélation était immédiate. Dans les cas de perte économique, elle vise la fin pour laquelle le conseil a été donné, et il faut se demander si une personne raisonnable aurait pu prévoir que le conseil donné par négligence aurait causé la perte en question en raison du fait que le demandeur s'y soit fié.

L'analyse de l'obligation de diligence mène au critère en deux étapes énoncé dans l'arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.). La première étape du critère consiste à déterminer s'il y a proximité, ou une relation suffisamment étroite, entre les parties. Elle est axée sur le lien entre l'engagement ou la déclaration du défendeur et la perte alléguée. La fin pour laquelle la déclaration a été faite joue un rôle capital, et c'est une question de faits qu'il faut trancher en fonction de la preuve présentée au procès.

En l'espèce, on peut discerner trois fins auxquelles devaient servir les états financiers vérifiés par Livent : (1) présenter un état exact de la situation financière de Livent et lui fournir des opinions du vérificateur qu'elle pourra utiliser pour attirer des investissements; (2) découvrir des erreurs ou des actes fautifs afin de permettre à Livent de corriger elle-même cette faute ou de prendre des mesures à cet égard; et (3) fournir des rapports de vérification qui serviraient à la surveillance de la gestion de Livent par les actionnaires. Ces fins seulement définissent l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte.

L'acte fautif de Deloitte n'a pas empêché Livent d'attirer des capitaux d'investissement. En fait, Livent a attiré beaucoup de capitaux grâce aux déclarations de Deloitte. De même, l'acte fautif de Deloitte n'a pas empêché Livent de déceler dans la gestion de l'entreprise la faute que Livent aurait corrigée si elle en avait été informée. Enfin, Livent n'a pas prouvé que l'acte fautif de Deloitte a empêché ses actionnaires d'exercer leur surveillance d'une façon qui aurait mis fin plus tôt aux activités causant des pertes à l'entreprise. Le juge de première instance n'a pas conclu que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que, s'ils avaient reçu des états financiers exacts et s'y étaient fiés, ils auraient agi d'une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs au cours de la période entre la production des états financiers en cause et l'insolvabilité de Livent. Essentiellement, le juge de première instance ne s'est pas demandé si les actionnaires s'étaient effectivement fiés aux états financiers vérifiés, et il ne s'est

he did not ask whether these actions, had they been taken, would have prevented the losses that Livent built up during the seven-month period in question. If the trial judge had asked these questions, he would have been obliged to answer them in the negative, since Livent offered no proof to support affirmative answers. As a result, the factual basis for establishing loss on the basis of shareholder supervision was entirely lacking.

The majority suggests that, had Deloitte provided sound audit reports, Livent's shareholders and management may have made decisions that would have limited the company's losses. While this may be true, it is not enough to rely on unproven assertions to define the scope of the duty of care and to subsequently demonstrate causation. The majority's approach suggests that an auditor will generally become the underwriter for any losses suffered by a client following a negligent audit report. This, notwithstanding subsequent decisions — reliant or capricious — made by the client's shareholders. However, reliance cannot be presumed; it must be proved.

Because the loss at issue has not been shown to fall within the scope of Deloitte's duty of care, the first step of the *Anns* test is not established. It is therefore unnecessary to go on to ask whether *prima facie* liability is negated by policy considerations unrelated to the relationship between the parties. However, were it necessary to do so, the policy considerations of unfair allocation of loss and indeterminacy would preclude imposing liability on Deloitte.

### Cases Cited

By Gascon and Brown JJ.

**Applied:** *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; **distinguished:** *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191; *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662; *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240; **explained:** *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; **referred to:** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Canadian*

pas demandé si, dans le cas où les actionnaires s'étaient fiés à ces états financiers, cette confiance les avait empêchés de prendre des mesures pour changer les choses. Finalement, il ne s'est pas demandé si ces mesures, si elles avaient été prises, auraient empêché les pertes que Livent a accumulées pendant la période de sept mois en question. Si le juge de première instance avait posé ces questions, il aurait été tenu d'y répondre par la négative, puisque Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui de réponses affirmatives. En conséquence, aucun fondement factuel n'établissait une perte attribuable au manque de surveillance des actionnaires.

Selon les juges majoritaires, si Deloitte avait présenté des rapports de vérification justes, les actionnaires et les dirigeants de Livent auraient pu prendre des décisions qui auraient limité les pertes de l'entreprise. C'est peut-être le cas, mais il ne suffit pas que l'on se fie à des affirmations non prouvées pour définir l'étendue de l'obligation de diligence et démontrer par la suite la causalité. L'approche des juges majoritaires laisse croire qu'à la suite d'un rapport entaché de négligence, un vérificateur deviendra généralement garant de toutes les pertes subies par un client. Et cela malgré les décisions subséquentes — conséquentes ou fantaisistes — prises par les actionnaires du client. Toutefois, ce caractère conséquent ne peut être présumé; il doit être prouvé.

Puisqu'il n'a pas été démontré que les pertes en question sont visées par l'obligation de diligence de Deloitte, la première étape du critère énoncé dans *Anns* n'a pas été franchie. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si des considérations de politique générale non liées à la relation entre les parties annihilent la responsabilité *prima facie*. Cependant, s'il était nécessaire de le faire, les considérations de politique générale que sont l'attribution inéquitable de la perte et l'indétermination empêcheraient que Deloitte soit tenue responsable.

### Jurisprudence

Citée par les juges Gascon et Brown

**Arrêt appliqué :** *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; **distinction d'avec les arrêts :** *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191; *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662; *Hart Building Supplies Ltd. c. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240; **arrêts expliqués :** *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; **arrêts mentionnés :** *Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint*

*National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466; *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562; *Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129; *Fullowka v. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132; *Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206; *Gross v. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Nykredit Mortgage Bank plc. v. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627; *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190; *Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3 S.C.R. 3; *Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27; *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) v. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, 2002 SCC 81, [2002] 4 S.C.R. 312; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) v. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1.

By McLachlin C.J. (dissenting in part)

*Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *D'Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45; *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537; *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12; *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365; *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC

*John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *Kamloops (Ville) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466; *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562; *Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129; *Fullowka c. Pinkerton's of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132; *Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (1922); *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (1931); *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175; *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206; *Gross c. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Nykredit Mortgage Bank plc. c. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627; *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190; *Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181; *Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3; *Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27; *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) c. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, 2002 CSC 81, [2002] 4 R.C.S. 312; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) c. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1.

Citée par la juge en chef McLachlin (dissidente en partie)

*Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568; *D'Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45; *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537; *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12; *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365; *Hughes-Holland c. BPE*

21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Hogarth v. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289; *Wightman v. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187; *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833; *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136; *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Burns v. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383; *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) v. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561; *Temseel Holdings Ltd. v. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27; *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228; *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, Part XII, ss. 153, 154.  
*Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36.  
*Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225.  
*Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1, s. 3.

### Authors Cited

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*. Oxford: Hart, 2007.  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed. St. Paul, Minn.: Thomson Reuters, 2014, "indeterminate".  
Blom, Joost. "Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence?" (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895.  
Hohfeld, Wesley Newcomb. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1913), 23 *Yale L.J.* 16.  
Jutras, Daniel. "Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?" (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295.  
Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed. Toronto: Thomson Reuters, 2017.

*Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029; *Hogarth c. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289; *Wightman c. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, [2013] R.J.Q. 1054; *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833; *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114; *Citadelle, Cie d'assurances générales c. Vytlingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136; *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1; *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426; *Burns c. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383; *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) c. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561; *Temseel Holdings Ltd. c. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27; *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228; *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633.

### Lois et règlements cités

*Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1, art. 3.  
*Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, c. C-36.  
*Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, c. C225.  
*Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16, partie XII, art. 153, 154.

### Doctrine et autres documents cités

Beever, Allan. *Rediscovering the Law of Negligence*, Oxford, Hart, 2007.  
*Black's Law Dictionary*, 10th ed. by Bryan A. Garner, ed., St. Paul (Minn.), Thomson Reuters, 2014, « *indeterminate* ».  
Blom, Joost. « Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence? » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895.  
Hohfeld, Wesley Newcomb. « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1913), 23 *Yale L.J.* 16.  
Jutras, Daniel. « Civil Law and Pure Economic Loss : What Are We Missing? » (1987), 12 *Rev. can. dr. comm.* 295.  
Klar, Lewis N., and Cameron S. G. Jefferies. *Tort Law*, 6th ed., Toronto, Thomson Reuters, 2017.

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2006.

MacPherson, Darcy L. “Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*” (2005), 41 *Can. Bus. L.J.* 471.

Tushnet, Mark V. “Defending the Indeterminacy Thesis”, in Brian Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*. Oxford: Clarendon Press, 1998, 223.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed. Toronto: Canada Law Book, 2012.

Weinrib, Ernest J. “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Strathy C.J. and Blair and Lauwers JJ.A.), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, 393 D.L.R. (4th) 1, 342 O.A.C. 201, 52 B.L.R. (5th) 225, 31 C.B.R. (6th) 205, 24 C.C.L.T. (4th) 177, [2016] O.J. No. 51 (QL), 2016 CarswellOnt 122 (WL Can.), affirming a decision of Gans J., 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12, 10 C.C.L.T. (4th) 182, 26 B.L.R. (5th) 15, [2014] O.J. No. 1635 (QL), 2014 CarswellOnt 4365 (WL Can.). Appeal allowed in part, McLachlin C.J. and Wagner and Côté JJ. dissenting in part.

*Peter H. Griffin, Matthew Fleming, Scott Rollwagen and Nina Bombier, for the appellant.*

*Peter F. C. Howard, Patrick O’Kelly, Nicholas McHaffie and Aaron Kreaden, for the respondent.*

*Markus Koehnen, David Kent and Jeffrey Levine, for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance.*

*Guy J. Pratte, Nadia Effendi and Duncan A. W. Ault, for the intervener Chartered Professional Accountants of Canada.*

The judgment of Karakatsanis, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

GASCON AND BROWN JJ. —

## I. Introduction

[1] This appeal provides the Court with an opportunity to affirm the analytical framework by which

Linden, Allen M., and Bruce Feldthusen. *Canadian Tort Law*, 8th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2006.

MacPherson, Darcy L. « Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche* » (2005), 41 *Rev. can. dr. comm.* 471.

Tushnet, Mark V. « Defending the Indeterminacy Thesis », in Brian Bix, ed., *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, 223.

Waddams, S. M. *The Law of Damages*, 5th ed., Toronto, Canada Law Book, 2012.

Weinrib, Ernest J. « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d’appel de l’Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Blair et Lauwers), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, 393 D.L.R. (4th) 1, 342 O.A.C. 201, 52 B.L.R. (5th) 225, 31 C.B.R. (6th) 205, 24 C.C.L.T. (4th) 177, [2016] O.J. No. 51 (QL), 2016 CarswellOnt 122 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Gans, 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12, 10 C.C.L.T. (4th) 182, 26 B.L.R. (5th) 15, [2014] O.J. No. 1635 (QL), 2014 CarswellOnt 4365 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, la juge en chef McLachlin et les juges Wagner et Côté sont dissidents en partie.

*Peter H. Griffin, Matthew Fleming, Scott Rollwagen et Nina Bombier, pour l’appelante.*

*Peter F. C. Howard, Patrick O’Kelly, Nicholas McHaffie et Aaron Kreaden, pour l’intimée.*

*Markus Koehnen, David Kent et Jeffrey Levine, pour l’intervenante la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance.*

*Guy J. Pratte, Nadia Effendi et Duncan A. W. Ault, pour l’intervenante Comptables professionnels agréés du Canada.*

Version française du jugement des juges Karakatsanis, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LES JUGES GASCON ET BROWN —

## I. Introduction

[1] Le présent pourvoi donne à la Cour l’occasion de confirmer le cadre analytique qui permet

liability may be imposed in cases of negligent misrepresentation or performance of a service by an auditor.

[2] There is substantial agreement between us and the Chief Justice. We agree on the general analytical framework governing negligent misrepresentation claims (Chief Justice’s reasons, at paras. 146-47). And we agree that Deloitte & Touche (now Deloitte LLP) should not be liable for its corporate client Livent Inc.’s increase in liquidation deficit which followed Deloitte’s provision of negligent services in relation to the solicitation of investment.

[3] We conclude, however, that Deloitte should be liable for the increase in Livent’s liquidation deficit which followed the statutory audit. In *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, this Court recognized that a statutory audit is prepared to allow shareholders to collectively “supervise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporatio[n]” which permits “the shareholders, acting as a group, to safeguard the interests of the corporatio[n]” (para. 56 (emphasis deleted)). This describes precisely the function which Livent’s shareholders were unable to discharge by reason of Deloitte’s negligence. As a consequence, Livent’s corporate life was artificially prolonged, resulting in the interim deterioration of its finances. There was a sufficient evidentiary basis for liability based on impaired shareholder supervision. Application of the *Anns/Cooper* framework, coupled with the basis for auditor liability specifically identified by this Court in *Hercules*, would lead us to uphold the trial judge’s finding of liability in relation to the negligently prepared statutory audit.

[4] As a result, we would allow the appeal from the decision of the Ontario Court of Appeal, 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, but only in part.

d’imposer une responsabilité en cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service par un vérificateur.

[2] Nous sommes d’accord pour l’essentiel avec la Juge en chef. Nous souscrivons au cadre d’analyse général qui régit les demandes relatives à des déclarations inexactes faites par négligence (motifs de la Juge en chef, par. 146-147). Et nous sommes d’accord pour dire que Deloitte & Touche (maintenant Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.) ne devrait pas être tenue responsable de l’augmentation du déficit de liquidation de sa société cliente, Livent Inc., qui a suivi la prestation négligente, par Deloitte, de services relatifs à la sollicitation de fonds d’investissement.

[3] Cependant, nous concluons que Deloitte devrait être tenue responsable de l’augmentation du déficit de liquidation de Livent qui a suivi la vérification exigée par la loi. Dans l’arrêt *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, notre Cour a reconnu qu’une vérification exigée par la loi a pour objet de permettre aux actionnaires collectivement « de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à la bonne administration globale [de la société] » ce qui permet « aux actionnaires, en tant que groupe, de protéger les intérêts [de la société] » (par. 56 (soulignement omis)). Il s’agit exactement là de la tâche dont les actionnaires de Livent n’ont pas été en mesure de s’acquitter à cause de la négligence de Deloitte. En conséquence, l’existence de Livent en tant qu’entreprise a été artificiellement prolongée, de sorte que sa situation financière s’est entre-temps détériorée. Des éléments de preuve suffisants permettaient de conclure à la responsabilité de Deloitte du fait que la surveillance par les actionnaires était compromise. L’application du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, conjuguée au fondement de la responsabilité du vérificateur que notre Cour a expressément reconnu dans *Hercules*, nous amène à confirmer la conclusion de responsabilité tirée par le juge de première instance du fait de la préparation négligente du rapport du vérificateur exigé par la loi.

[4] En conséquence, nous sommes d’avis d’accueillir le pourvoi à l’encontre de la décision de la Cour d’appel de l’Ontario, 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225, mais en partie seulement.

## II. Facts and Judicial History

[5] We generally agree with the facts and judicial history set out by the Chief Justice in her reasons. In particular, she correctly identifies the trial judge's core finding that Deloitte's conduct fell below the standard of care on two occasions: "... either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998" (Chief Justice's reasons, at para. 127; trial reasons, 2014 ONSC 2176, 10 C.C.L.T. (4th) 182, at paras. 241-42). We, like the Chief Justice, do not dispute these core findings. Some further elaboration upon them is, however, helpful.

[6] The trial judge's findings of negligence can be divided into two separate events: (1) Deloitte's approval of a 1997 press release ("Press Release") and provision of a comfort letter ("Comfort Letter"); and (2) Deloitte's preparation and approval of the 1997 clean audit opinion ("1997 Audit"). We would not label all of these documents "audit statements". Indeed, collapsing the distinctions between these documents obfuscates a proper duty of care analysis.

[7] Livent asserts that it detrimentally relied on Deloitte in each of these events, which impaired its ability to oversee its operations. Specifically, Livent says that, had Deloitte been prudent in relation to these representations, Livent's life would not have been artificially extended and that, in turn, it would have suffered less corporate loss (calculated as the increase in the deficit between its liabilities and assets at the time of its liquidation): trial reasons, at paras. 23-25, citing Livent's amended statement of claim, at paras. 210 and 212. A detailed recounting of the events pertaining to these two representations is, therefore, critical to the negligence analysis in this case.

## II. Faits et historique judiciaire

[5] Nous souscrivons de manière générale aux faits et à l'historique des procédures judiciaires exposés par la Juge en chef dans ses motifs. En particulier, elle dégage bien la conclusion principale tirée par le juge de première instance, selon qui Deloitte n'a pas respecté la norme de diligence requise, et ce, à deux occasions : [TRADUCTION] « . . . soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent » (motifs de la Juge en chef, par. 127; motifs de première instance, 2014 ONSC 2176, 10 C.C.L.T. (4th) 182, par. 241-242). Tout comme la Juge en chef, nous ne contestons pas ces conclusions. Nous estimons toutefois utile de donner quelques précisions à cet égard.

[6] Les conclusions de négligence formulées par le juge de première instance peuvent être classées en fonction de deux événements distincts : (1) l'approbation par Deloitte d'un communiqué de presse en 1997 (« communiqué de presse ») et la fourniture d'une lettre de confort (« lettre de confort »); et (2) la préparation et l'approbation par Deloitte de l'opinion sans réserve du vérificateur pour l'exercice 1997 (« rapport de 1997 »). Nous ne qualifierions pas tous ces documents d'« états financiers vérifiés ». D'ailleurs, le fait de ne pas tenir compte des distinctions entre ces documents empêche une analyse adéquate de l'obligation de diligence.

[7] Livent fait valoir qu'elle s'est fiée à son détriment à Deloitte à chacune de ces occasions, ce qui a compromis sa capacité de surveiller ses activités. Plus précisément, Livent affirme que si Deloitte avait fait preuve de prudence dans ces déclarations, son existence n'aurait pas été artificiellement prolongée et elle aurait ainsi subi une perte moindre (établie par l'augmentation du déficit entre son actif et son passif au moment de sa liquidation) : motifs de première instance, par. 23-25, citant la déclaration modifiée de Livent, par. 210 et 212. Un compte rendu détaillé des événements ayant mené à ces deux déclarations s'avère donc essentiel en l'espèce pour l'analyse en matière de négligence.

A. *Primary Negligence Finding: The Press Release and Comfort Letter (August to October 1997)*

[8] Chronologically, the first representations found by the trial judge to be negligence causing compensable harm were the Press Release and Comfort Letter.

[9] The Comfort Letter pertains to an agreement whereby Dundee Realty Corp. sought to purchase the air rights above Livent's Pantages Theatre and adjacent lands ("Air Rights Agreement"). Deloitte audited the accounting and reporting relating to that purchase, and identified irregularities in the accounting for the reporting of profit. Ultimately, Livent and Deloitte disagreed about the irregularities, which left Deloitte with a choice between resigning (and reporting those irregularities to regulatory authorities and the next auditor), and remaining (thereby effectively capitulating to Livent's views on how the irregularities should be reported). Deloitte, negligently, chose the latter route. It did not resign or inform anyone of the accounting irregularities. Instead, it helped prepare, and approved, the Press Release of September 2, 1997, which misrepresented the basis for the reporting of profit arising from the Air Rights Agreement.

[10] Further, that Press Release was issued "on the eve of a public offering for which [Deloitte] was going to have to provide a comfort letter" (trial reasons, at para. 193). As a result, Deloitte — again, negligently — provided the Comfort Letter on October 10, 1997, in support of the U.S. \$125 million debenture underwriting. The purpose underlying the Press Release and the Comfort Letter is critical. It was not to inform *Livent* of its own financial position, but rather, to inform *investors* of Livent's financial position, furnishing "comfort" in respect of their investment (despite one of Deloitte's senior partners' express acknowledgment that Deloitte was in no position "to provide any comfort to any regulators,

A. *Conclusion principale de négligence : le communiqué de presse et la lettre de confort (août à octobre 1997)*

[8] Sur le plan chronologique, le communiqué de presse et la lettre de confort sont les premières déclarations qui, selon le juge de première instance, étaient entachées de négligence causant un préjudice indemnisable.

[9] La lettre de confort se rapporte à un accord visant l'acquisition, par Dundee Realty Corp., des droits relatifs à la propriété de l'espace se trouvant au-dessus du Pantages Theatre et des terrains adjacents appartenant à Livent (« accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus »). Deloitte a vérifié les documents comptables et les rapports relatifs à cette acquisition et y a découvert des irrégularités dans la comptabilisation des profits déclarés. Ultimement, Livent et Deloitte ne se sont pas entendues au sujet de ces irrégularités, de sorte que Deloitte a dû choisir entre donner sa démission (et signaler ces irrégularités aux autorités de réglementation et au vérificateur suivant), ou rester en poste (et accepter ainsi l'avis de Livent sur la manière de signaler les irrégularités en question). Deloitte a, par négligence, choisi la deuxième avenue. Elle n'a pas donné sa démission ni informé qui que ce soit des irrégularités qu'elle avait découvertes. Elle a plutôt aidé à préparer, et elle a approuvé, le communiqué de presse du 2 septembre 1997 qui présentait de façon inexacte la comptabilisation des profits découlant de l'accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus.

[10] En outre, le communiqué de presse a été publié [TRADUCTION] « la veille d'un appel public à l'épargne pour lequel [Deloitte] aurait à fournir une lettre de confort » (motifs de première instance, par. 193). En conséquence, Deloitte — encore par négligence — a fourni la lettre de confort le 10 octobre 1997 à l'appui d'une souscription de débentures s'élevant à 125 millions de dollars U.S. L'objet du communiqué de presse et de la lettre de confort est crucial. Il ne s'agissait pas d'informer *Livent* de sa propre situation financière, mais plutôt d'informer les *investisseurs* de la situation financière de Livent, en les « rassurant » au sujet de leur investissement (même si l'un des associés

underwriters or audit committee members as to the interim financial statement’s conformity with GAAP” (trial reasons, at para. 178 (emphasis added; emphasis in original deleted))). Casting “professional skepticism, if not GAAS, aside” (para. 209), Deloitte approved the Press Release and Comfort Letter — all, seemingly, to maintain its profitable relationship with Livent.

[11] Given the foregoing, the trial judge assessed Livent’s injury as of a “measurement date” of August 31, 1997, i.e., the date on which Deloitte would, acting reasonably, have resigned. The trial judge also reduced Livent’s damages by 25 percent, however, for “contingencies” said to represent the amount Livent would have lost, even without Deloitte’s negligence.

[12] Deloitte appeals the trial judge’s award of damages, which amounts to the measure of damages (75 percent of damages overall) that he estimated to have arisen after the date on which Deloitte should have resigned.

*B. Alternative Negligence Finding: The 1997 Audit (April 1998)*

[13] In the alternative, the trial judge held that, if Deloitte reasonably refrained from resigning in August or September of 1997, it was negligent in preparing the 1997 Audit which was finalized in April 1998. That audit, which lacked “independent thought”, essentially tracked the statutory audit for 1996 (“1996 Audit”), despite (1) Livent now presenting inordinate risk given its “more than . . . modest history of aggressive, if not questionable, accounting practices” (trial reasons, at para. 211); and (2) Deloitte discovering, before the audit was completed, that Livent had intentionally deceived it as

principaux de Deloitte a reconnu expressément que Deloitte n’était « pas en mesure de rassurer les autorités de réglementation, les investisseurs ou les membres du comité de vérification quant à la conformité des états financiers intermédiaires aux principes comptables généralement reconnus » (motifs de première instance, par. 178 (nous soulignons; soulignement dans l’original omis)). Abandonnant son « scepticisme professionnel, voire les normes de vérification généralement reconnues » (par. 209), Deloitte a donné son approbation au communiqué de presse et à la lettre de confort — et ce, apparemment dans le but de conserver sa relation fructueuse avec Livent.

[11] Compte tenu de ce qui précède, le juge de première instance a évalué le préjudice subi par Livent à compter du 31 août 1997, soit la « date d’évaluation » ou la date à laquelle Deloitte aurait démissionné si elle avait agi de façon raisonnable. Toutefois, le juge de première instance a aussi réduit de 25 pour 100 les dommages subis par Livent, pour les « éventualités » censées représenter la somme que Livent aurait perdue même sans la négligence de Deloitte.

[12] Deloitte se pourvoit à l’encontre de l’indemnité accordée par le juge de première instance, laquelle correspond au préjudice évalué (75 pour 100 du préjudice total) qui, selon le juge, serait survenu après la date à laquelle Deloitte aurait dû démissionner.

*B. Conclusion subsidiaire de négligence : le rapport de 1997 (avril 1998)*

[13] Le juge de première instance a estimé à titre subsidiaire que, si Deloitte s’est raisonnablement abstenue de démissionner en août ou en septembre 1997, elle a fait preuve de négligence en préparant le rapport de 1997, qu’elle a finalisé en avril 1998. Cette vérification, qui manquait [TRADUCTION] d’« indépendance d’esprit », reprenait pour l’essentiel le rapport exigé par la loi pour l’exercice 1996 (« rapport de 1996 »), malgré le fait que (1) Livent présentait déjà un risque excessif, étant donné ses [TRADUCTION] « antécédents plus que modestes en matière de pratiques comptables agressives, voire

to the nature of its contractual dealings underlying the Air Rights Agreement. Somehow, this latter discovery of deliberate deception — after which “all hell broke loose” (para. 213) — was not enough to persuade Deloitte to terminate its engagement with Livent, despite all of its testifying senior partners acknowledging that “their collective professional skepticism would have been at the highest level” at this time (para. 214), and despite Livent’s after-the-fact explanation for this deception “ma[king] no sense, whatsoever” (para. 234(5)). Deloitte’s willingness to succumb to Livent’s transparently fraudulent demands left the trial judge “breathless” (para. 238) and was “beyond [his] comprehension” (para. 239).

[14] Given the foregoing, the trial judge also assessed Livent’s injury as of an “alternative” measurement date of March 31, 1998, i.e., the date on which Deloitte would, acting reasonably, have provided a prudent audit opinion (trial reasons, at para. 306, fn. 188, and para. 369, fn. 228).

[15] We reiterate that the *purpose* of the representation is critical. Unlike the Press Release and Comfort Letter (which were intended to inform *investors* of Livent’s financial position), the 1997 Audit was intended to inform *Livent* of its own financial position for various purposes, including, most importantly, shareholder oversight of management.

### III. Analysis

#### A. *Duty of Care*

[16] Traditionally, the test from *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), governed the duty analysis in decisions of this Court

douteuses » (motifs de première instance, par. 211); et que (2) Deloitte avait découvert, avant que la vérification ne soit terminée, que Livent l’avait délibérément induite en erreur quant à la nature des ententes contractuelles sur lesquelles reposait l’accord sur les droits relatifs à la propriété du dessus. D’une certaine façon, cette dernière découverte d’une tromperie délibérée — qui a précédé une « pagaille monstre » (par. 213) — n’a pas suffi à convaincre Deloitte de mettre fin à son association avec Livent, même si tous ses associés principaux appelés à témoigner ont admis que « leur scepticisme professionnel collectif aurait dû être des plus élevés » à ce moment (par. 214), et même si l’explication que Livent a donnée par la suite au sujet de cette tromperie « n’avait absolument aucun sens » (par. 234(5)). Que Deloitte se soit pliée de bon gré aux demandes manifestement frauduleuses de Livent a non seulement laissé le juge de première instance « bouche bée » (par. 238), mais défiait « toute compréhension » (par. 239).

[14] Compte tenu de ce qui précède, le juge de première instance a également évalué le préjudice subi par Livent à une date d’évaluation [TRADUCTION] « subsidiaire », à savoir le 31 mars 1998, soit la date à laquelle Deloitte aurait présenté une opinion prudente si elle avait agi de façon raisonnable (motifs de première instance, par. 306, note 188, et par. 369, note 228).

[15] Nous répétons que la *fin* que visait la déclaration est d’une importance cruciale. Contrairement au communiqué de presse et à la lettre de confort (qui visaient à informer les *investisseurs* de la situation financière de Livent), le rapport de 1997 visait à informer *Livent* de sa propre situation financière, et ce, à diverses fins, la plus importante étant la surveillance de sa gestion par les actionnaires.

### III. Analyse

#### A. *Obligation de diligence*

[16] Traditionnellement, le critère de l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.), a régi l’analyse de l’obligation

addressing claims for pure economic loss (*Hercules; Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. v. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 1210; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021). Significantly, however, the *Anns* test for establishing tort liability in Canada has since been refined. In *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, this Court provided greater certainty to the law of tort by clarifying the factors which may be considered at each stage of the *Anns* test. While the resulting *Anns/Cooper* framework has yet to be applied by this Court in a case of auditor's negligence, we adopt this statement of La Forest J. for the Court in *Hercules*: "... to create a 'pocket' of negligent misrepresentation cases . . . in which the existence of a duty of care is determined differently from other negligence cases would, in my view, be incorrect . . ." (para. 21).

[17] We turn, therefore, to consider the test for establishing tort liability, beginning with this Court's decision in *Hercules*, and the proper application of the general *Anns/Cooper* framework to cases of auditors' liability.

(1) *Hercules*: The *Anns* Test

[18] In *Hercules*, this Court recognized a duty owed by an auditor in preparing a statutory audit of its corporate client. While the Court dismissed the plaintiff shareholders' claim for lost personal investments, it consistently maintained that a claim by the corporation itself for its own losses resulting from a negligent statutory audit could have succeeded (paras. 58-59; see also paras. 1 and 60-64):

All the participants in this appeal . . . raised the issue of whether the appellants' claims in respect of the losses

de diligence dans les décisions de notre Cour qui traitent des actions pour une perte purement économique (*Hercules; Bow Valley Husky (Bermuda) Ltd. c. Saint John Shipbuilding Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 1210; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021). Fait important cependant, le critère établi dans *Anns* qui permet, au Canada, d'imputer une responsabilité délictuelle a été depuis précisé. Dans *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, notre Cour a assuré une plus grande certitude du droit de la responsabilité délictuelle en clarifiant les facteurs qu'il convient d'examiner pour chacun des volets du critère de l'arrêt *Anns*. Bien que notre Cour n'ait pas encore appliqué le cadre d'analyse issu des arrêts *Anns* et *Cooper* à une affaire de négligence d'un vérificateur, nous faisons nôtres ces propos formulés par le juge La Forest au nom de la Cour dans *Hercules* : « . . . j'estime qu'il serait incorrect de créer une [TRADUCTION] "poche" de cas de déclaration inexacte faite par négligence [. . .] où l'existence d'une obligation de diligence serait déterminée différemment des autres cas de négligence . . . » (par. 21).

[17] Nous passons donc à l'examen du critère en matière de responsabilité délictuelle, en commençant par l'arrêt *Hercules* de notre Cour, et à l'application correcte du cadre général d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* aux cas de responsabilité des vérificateurs.

(1) L'arrêt *Hercules* : le critère de l'arrêt *Anns*

[18] Dans l'arrêt *Hercules*, notre Cour a reconnu que le vérificateur qui procède à une vérification exigée par la loi à l'égard de son entreprise cliente est tenu à une obligation. Bien que la Cour ait rejeté l'action intentée par les actionnaires pour perte de leurs placements personnels, elle a maintes fois affirmé qu'une action intentée par la société elle-même relativement à ses propres pertes découlant d'une vérification exigée par la loi entachée de négligence aurait pu être accueillie (par. 58-59; voir aussi par. 1 et 60-64) :

Tous les participants au présent pourvoi [. . .] ont soulevé la question de savoir si les actions des appelants

they suffered in their existing shareholdings through their alleged inability to oversee management of the corporations ought to have been brought as a derivative action . . . .

. . . if an action is to be brought in respect of such losses, it must be brought either by the corporation itself (through management) or by way of a derivative action.

[19] The duty analysis in *Hercules* entailed applying the then-current test for recognizing a duty of care in Canadian negligence law: the *Anns* test. Comprising two stages, the *Anns* test asked (1) whether a *prima facie* duty of care exists between the parties; and (2) if so, whether there are any residual policy considerations which should negate or limit the scope of the duty, the class of persons to whom it is owed or the damages to which a breach of it may give rise (*Hercules*, at para. 20; *Kamloops (City) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2, at pp. 10-11; *Norsk*, at p. 1155; *Bow Valley*, at para. 47).

[20] Under the *Anns* test, a *prima facie* duty of care is recognized where a “sufficiently close relationship between the plaintiff and the defendant” exists such that “in the reasonable contemplation of the [defendant], carelessness on its part may cause damage to the [plaintiff]” (*Hercules*, at para. 22; *Kamloops*, at p. 10). In other words, where injury to the plaintiff is a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence, a duty of care would, *prima facie*, arise. This relationship, where present, was labelled one of “proximity” (*ibid.*). In *Hercules*, the Court provided greater particularity to the test of reasonable foreseeability which established proximity under the *Anns* test in the context of claims for pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service. Specifically, it stated that proximity would inhere in a relationship where two criteria are met: (1) that the defendant should reasonably foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) that the plaintiff’s reliance would, in the circumstances of the case, be reasonable. The Court explained that

pour les pertes qu’ils ont subies sur le plan de leurs participations existantes, en raison de l’incapacité dans laquelle ils auraient été de surveiller la gestion des sociétés, auraient dû être intentées sous forme d’action oblique . . .

. . . si une action doit être intentée pour les pertes subies en raison de ces préjudices, elle doit l’être soit par la société même (par l’entremise de la direction), soit par voie d’action oblique.

[19] Dans *Hercules*, l’analyse de l’obligation de diligence supposait l’application du critère utilisé à l’époque en droit canadien en matière de négligence pour établir l’existence d’une obligation de diligence, à savoir le critère de l’arrêt *Anns*. Ce critère à deux volets posait les questions de savoir (1) s’il existe une obligation de diligence *prima facie* entre les parties; et (2) si, dans l’affirmative, des considérations de politique résiduelles justifient de restreindre ou de rejeter la portée de l’obligation, la catégorie de personnes qui en bénéficient, ou les dommages auxquels un manquement à l’obligation peut donner lieu (*Hercules*, par. 20; *Kamloops (Ville) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, p. 10-11; *Norsk*, p. 1155; *Bow Valley*, par. 47).

[20] Selon le critère de l’arrêt *Anns*, une obligation de diligence *prima facie* existe s’il y a « entre le demandeur et le défendeur, un lien suffisamment étroit » pour que « le manque de diligence de la part [du défendeur] puisse être raisonnablement perçu par celui-ci comme étant susceptible de causer un préjudice au demandeur » (*Hercules*, par. 22; *Kamloops*, p. 10). Autrement dit, lorsque le préjudice subi par le demandeur est une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur, il existe une obligation de diligence *prima facie*. Ce rapport, le cas échéant, a été qualifié de « lien étroit » (*ibid.*). Dans *Hercules*, la Cour a précisé davantage le critère de la prévisibilité raisonnable qui permettait d’établir l’existence du lien étroit requis par le critère de l’arrêt *Anns* dans le contexte d’une action pour perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d’un service. Plus précisément, la Cour a affirmé que l’existence d’un lien étroit était assujettie au respect de deux conditions : (1) le défendeur devrait prévoir raisonnablement que le demandeur

considering the plaintiff's *reliance* within the test for the reasonable foreseeability of injury did not "abandon the basic tenets underlying the [*Anns*] formula" (para. 25). Rather, as the plaintiff's injury in cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service stems from his or her detrimental reliance, the reasonableness of that reliance informs the determination of whether his or her injury is reasonably foreseeable (paras. 25-26). Where, therefore, the *Anns* test was applied to cases of negligent misrepresentation, reasonable foreseeability of injury alone, as arising from reasonable reliance, was sufficient to establish a proximate relationship supporting a *prima facie* duty of care (*Hercules*, at paras. 25 and 27; *Norsk*, at p. 1154; *Bow Valley*, at para. 61).

[21] The *Anns* test thereby set a low threshold at the first stage, imposing duties in relation to a nearly limitless class of persons who might rely on representations for nearly limitless purposes. Indeed, as this Court stated in *Hercules*, "[i]n modern commercial society, the fact that audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential takeover bidders, investors, etc.) for a wide variety of purposes will almost always be reasonably foreseeable to auditors themselves" (para. 32). For that reason — that is, because of the low "foreseeability" threshold for establishing a *prima facie* duty of care at the first stage of the *Anns* test — the Court looked to the second stage of the *Anns* test to negate or narrow the duty on the basis of the "policy consideration" of indeterminacy. It was here that the Court looked to the identity of the plaintiffs and the purpose of the audit opinion to deny liability for investment and devaluation losses of individual shareholders (paras. 27-28; see also *Haig v. Bamford*, [1977] 1 S.C.R. 466). Specifically, the Court found that one of the purposes of a statutory audit — that is, to "allo[w] shareholders,

se fierà à sa déclaration; et (2) la confiance accordée par le demandeur devrait, dans les circonstances, être raisonnable. La Cour a expliqué que la prise en compte de la *confiance* dont a fait preuve le demandeur dans le cadre du critère de la prévisibilité raisonnable du préjudice ne revenait pas à « abandonner les préceptes fondamentaux [. . .] du critère [de l'arrêt] *Anns* » (par. 25). Au contraire, puisque, dans les affaires de perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d'un service, le préjudice subi par le demandeur découle de la confiance dont il a fait preuve à son détriment, le caractère raisonnable de cette confiance permet de déterminer si le préjudice causé est raisonnablement prévisible (par. 25-26). En conséquence, lorsque le critère de l'arrêt *Anns* a été appliqué dans des affaires de déclaration inexacte faite par négligence, la prévisibilité raisonnable du préjudice découlant de la confiance raisonnable accordée à la déclaration a suffi à elle seule à établir l'existence d'un lien étroit qui appuie l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* (*Hercules*, par. 25 et 27; *Norsk*, p. 1154; *Bow Valley*, par. 61).

[21] Le premier volet du critère de l'arrêt *Anns* est donc peu exigeant, en ce qu'il impose des obligations envers une catégorie presque illimitée de personnes susceptibles de se fier aux déclarations, et ce, à des fins presque illimitées. En effet, comme la Cour l'a affirmé dans *Hercules*, « [d]ans le monde commercial contemporain, les vérificateurs eux-mêmes peuvent presque toujours raisonnablement prévoir que différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d'une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront, pour toute une gamme de raisons, à leurs rapports de vérification » (par. 32). C'est pourquoi — à cause du critère peu exigeant de la « prévisibilité » permettant d'établir l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* au premier volet du critère de l'arrêt *Anns* — la Cour s'est tournée vers le deuxième volet de ce critère pour écarter ou limiter l'obligation de diligence en se fondant sur la « considération de principe » de l'indétermination. C'est à cette étape que la Cour a examiné l'identité des demandeurs et l'objet de l'opinion du vérificateur pour écarter la responsabilité à l'égard des

as a group, to supervise management and to take decisions with respect to matters concerning the proper overall administration of the corporation” (para. 56 (emphasis in original)) — would have permitted the corporate client to recover its own losses at the time of receivership had the claim been brought in the corporation’s name. As we will explain, Livent’s injury following the 1997 Audit is precisely the type of injury described in *Hercules* as being compensable.

(2) Cooper: Refining the Anns Test

[22] While this Court’s holding in *Hercules* remains binding authority governing an auditor’s duty of care in relation to a statutory audit, the framework by which that duty is imposed has since been refined. In the companion cases of *Cooper* and *Edwards v. Law Society of Upper Canada*, 2001 SCC 80, [2001] 3 S.C.R. 562, this Court revised the *Anns* test by distinguishing more clearly between foreseeability and proximity, and by placing greater emphasis on a more demanding first stage of the two-stage analysis (*Cooper*, at para. 30). While, therefore, we rely on *Hercules* for the general proposition that an auditor may owe its client a duty of care in relation to a particular undertaking, it is the *Anns/Cooper* framework to which we must have reference in identifying a principled basis for imposing liability. And, properly applied, that framework will rarely, if ever, give rise to a *prima facie* duty of care that could result in indeterminate liability. Accordingly, and with great respect for contrary views, there is no reason to resort to the second stage in order to negate all liability in this case.

perles relatives aux placements et à la dévaluation subies par les actionnaires pris individuellement (par. 27-28; voir aussi *Haig c. Bamford*, [1977] 1 R.C.S. 466). Plus précisément, la Cour a conclu que l’un des objets d’une vérification exigée par la loi — à savoir, « permettre aux actionnaires, en tant que groupe, de superviser la gestion et de prendre des décisions relativement à la bonne administration globale [de la société] » (par. 56 (souligné dans l’original)) — aurait permis à la société cliente d’être indemnisée pour ses propres pertes au moment de la mise sous séquestre si l’action avait été intentée au nom de la société. Comme nous le verrons, le préjudice subi par Livent par suite du rapport de 1997 est précisément le type de préjudice qualifié d’indemnifiable dans l’arrêt *Hercules*.

(2) L’arrêt Cooper a précisé le critère de l’arrêt Anns

[22] Alors que la décision de la Cour dans *Hercules* fait autorité quant à l’obligation de diligence à laquelle un vérificateur est tenu dans le cadre d’une vérification exigée par la loi, le cadre d’analyse permettant de déterminer si cette obligation est retenue a depuis fait l’objet de précisions. Dans les affaires connexes *Cooper* et *Edwards c. Barreau du Haut-Canada*, 2001 CSC 80, [2001] 3 R.C.S. 562, notre Cour a révisé le critère de l’arrêt *Anns* en établissant plus clairement la distinction entre la prévisibilité et la proximité, et en mettant l’accent sur une application plus stricte du premier volet de l’analyse (*Cooper*, par. 30). Donc, alors que nous nous appuyons sur l’arrêt *Hercules* pour affirmer que le vérificateur peut avoir envers son client une obligation de diligence relativement à un engagement particulier, c’est au cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* que nous devons nous reporter pour déterminer si une raison de principe justifie d’imputer une responsabilité. Et s’il est appliqué correctement, ce cadre d’analyse ne permettra que rarement, voire jamais, de conclure à l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* susceptible de donner lieu à une responsabilité indéterminée. En conséquence, et en tout respect pour les opinions contraires, il n’y a pas de raison de recourir au deuxième volet du critère pour rejeter toute responsabilité en l’espèce.

(a) *Stage One: Prima Facie Duty of Care*

[23] In *Cooper*, this Court recognized that “foreseeability alone” is not enough to establish a *prima facie* duty of care (para. 22; see also *Edwards*, at para. 9). In doing so, it signalled a shift from the *Anns* test, which had grounded the recognition of a *prima facie* duty upon mere foreseeability of injury (*Hercules*, at paras. 25 and 27; *Norsk*, at p. 1154; *Bow Valley*, at para. 61). After *Cooper*, the first stage of the *Anns/Cooper* framework would require “something more” (*Cooper*, at para. 29). That “something more” is *proximity* (*Odhavji Estate v. Woodhouse*, 2003 SCC 69, [2003] 3 S.C.R. 263, at paras. 47-48; *Childs v. Desormeaux*, 2006 SCC 18, [2006] 1 S.C.R. 643, at para. 12; *Hill v. Hamilton-Wentworth Regional Police Services Board*, 2007 SCC 41, [2007] 3 S.C.R. 129, at para. 23; and *Fallowka v. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 SCC 5, [2010] 1 S.C.R. 132, at para. 18).

[24] In *Cooper*, the Court did not indicate whether proximity or reasonable foreseeability should be assessed first. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, however, proximity will be more usefully considered before foreseeability. What the defendant reasonably foresees as flowing from his or her negligence depends upon the characteristics of his or her relationship with the plaintiff, and specifically, in such cases, the purpose of the defendant’s undertaking. That said, both proximity and foreseeability of injury merit further reflection.

(i) Proximity

[25] Assessing proximity in the *prima facie* duty of care analysis entails asking whether the parties are in such a “close and direct” relationship that it would be “just and fair having regard to that relationship to impose a duty of care in law” (*Cooper*, at paras. 32 and 34).

a) *Premier volet : obligation de diligence prima facie*

[23] Dans l’arrêt *Cooper*, notre Cour a reconnu que la « prévisibilité ne suffit pas à elle seule » pour établir l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* (par. 22; voir aussi *Edwards*, par. 9). La Cour s’est ainsi éloignée du critère de l’arrêt *Anns*, qui avait fondé la reconnaissance d’une obligation *prima facie* sur la simple prévisibilité du préjudice (*Hercules*, par. 25 et 27; *Norsk*, p. 1154; *Bow Valley*, par. 61). Depuis l’arrêt *Cooper*, le premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* exige « autre chose » (*Cooper*, par. 29). Cette « autre chose » correspond au *lien de proximité* (*Succession Odhavji c. Woodhouse*, 2003 CSC 69, [2003] 3 R.C.S. 263, par. 47-48; *Childs c. Desormeaux*, 2006 CSC 18, [2006] 1 R.C.S. 643, par. 12; *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, par. 23; et *Fallowka c. Pinkerton’s of Canada Ltd.*, 2010 CSC 5, [2010] 1 R.C.S. 132, par. 18).

[24] Dans l’arrêt *Cooper*, la Cour n’a pas indiqué s’il convenait d’examiner d’abord le lien de proximité ou la prévisibilité raisonnable. Dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service, cependant, il sera plus utile d’examiner le lien de proximité avant la prévisibilité. Les conséquences auxquelles le défendeur peut raisonnablement s’attendre en raison de sa négligence dépendent des caractéristiques de ses liens avec le demandeur et, en particulier dans ces cas, de l’objet de l’engagement du défendeur. Cela dit, tant le lien de proximité que la prévisibilité du préjudice méritent un examen plus approfondi.

(i) Le lien de proximité

[25] L’examen du lien de proximité dans l’analyse relative à l’obligation de diligence *prima facie* appelle à se demander si le lien entre les parties est à ce point « étroit et direct » qu’il serait, « vu ce lien, [. . .] juste et équitable en droit d’imposer une obligation de diligence au défendeur » (*Cooper*, par. 32 et 34).

[26] Under the *Anns* test, proximity did not, “in and of itself, provide a principled basis on which to make a legal determination” (*Hercules*, at para. 23). Rather, proximity was a “label” which expressed nothing more than a “result, judgment or conclusion” (*ibid.*), where mere reasonable foreseeability of injury could be shown. While, under the *Anns/Cooper* framework, the proximity analysis has become more analytically robust, this descriptive component remains. By this, we mean that the term “proximity” is still used, in part, as a shorthand description of those categories of relationships in which proximity has already been found to exist (*Cooper*, at para. 23). If a relationship falls within a previously established category, or is analogous to one, then the requisite close and direct relationship is shown. So long, then, as a risk of reasonably foreseeable injury can also be shown — or has already been shown through an analogous precedent — the first stage of the *Anns/Cooper* framework is complete and a duty of care may be identified (*ibid.*, at para. 36). In such circumstances, the second stage of the *Anns/Cooper* framework will seldom be engaged because any residual policy considerations will have already been taken into account when the proximate relationship was first identified (*ibid.*, at para. 39; *Edwards*, at para. 10).

[27] This Court has on occasion defined previously established categories of proximity in broad terms. In *Hill*, for example, the Court listed “[t]he duty of care of the motorist to other users of the highway; the duty of care of the doctor to his patient; the duty of care of the solicitor to her client” (para. 25). Proximate relationships will not always, however, be identified so generally. In particular, whether proximity exists between two parties at large, or whether it inheres only for particular purposes or in relation to particular actions, will depend upon the nature of the particular relationship at issue (*ibid.*, at para. 27; *Haig*, at p. 479). Indeed, and as we explain below, factors which support recognizing “novel” proximate relationships do so based upon the characteristics of the parties’ relationship and

[26] Selon le critère de l’arrêt *Anns*, l’existence d’un lien de proximité « ne fournit pas en soi une justification, fondée sur des principes, qui permette de rendre une décision juridique » (*Hercules*, par. 23). En fait, l’expression « lien étroit » n’exprimait rien de plus « qu’un résultat, un jugement ou une conclusion » (*ibid.*), où la simple prévisibilité raisonnable d’un préjudice pouvait être établie. Bien que, selon le cadre des arrêts *Anns* et *Cooper*, l’analyse du lien de proximité soit devenue plus stricte, ces termes descriptifs demeurent valables. Ce que nous voulons dire, c’est que les termes « lien de proximité » servent toujours, en partie, à décrire brièvement les catégories de rapports pour lesquelles on a déjà reconnu l’existence d’un lien étroit (*Cooper*, par. 23). Si un rapport relève d’une catégorie déjà établie, ou s’il s’agit d’un rapport analogue, l’existence du lien étroit et direct requis est établie. Ainsi, dans la mesure où il est possible d’établir l’existence d’un risque de préjudice raisonnablement prévisible — ou cette existence a déjà été établie par un précédent analogue —, il est satisfait au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* et il est possible d’affirmer l’existence d’une obligation de diligence (*ibid.*, par. 36). Dans de telles circonstances, le deuxième volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* entrera rarement en jeu parce que les considérations de politique résiduelles auront déjà été prises en compte lorsque l’existence du lien de proximité a été reconnue (*ibid.*, par. 39; *Edwards*, par. 10).

[27] La Cour a parfois décrit de façon générale certaines catégories où le lien de proximité a déjà été établi. Dans l’arrêt *Hill*, par exemple, la Cour énumère les relations suivantes qui font naître une obligation de diligence : « La relation entre l’automobiliste et les autres usagers de la route, celle du médecin et de son patient, et celle de l’avocat et de son client . . . » (par. 25). Or, les liens de proximité ne seront pas toujours décrits de façon si générale. Plus particulièrement, la question de savoir si un lien de proximité existe entre deux parties en général ou seulement à des fins particulières, ou relativement à des actes en particulier, dépendra de la nature de la relation particulière en cause (*ibid.*, par. 27; *Haig*, p. 479). En effet, comme nous l’expliquons plus loin, les facteurs permettant d’établir de

the circumstances of each particular case (*Cooper*, at paras. 34-35).

[28] It follows that, where a party seeks to base a finding of proximity upon a previously established or analogous category, a court should be attentive to the particular factors which justified recognizing that prior category in order to determine whether the relationship at issue is, in fact, truly the same as or analogous to that which was previously recognized. And, by corollary, courts should avoid identifying established categories in an overly broad manner because, again, residual policy considerations are not considered where proximity is found on the basis of an established category (*Cooper*, at para. 39). Analytically, this makes sense. For a court to have previously recognized a proximate relationship, second-stage residual policy considerations must already have been taken into account. When, therefore, a court relies on an established category of proximity, it follows “that there are no overriding policy considerations that would [negate] the duty of care” (*ibid.*). A consequence of this approach, however, is that a finding of proximity based upon a previously established or analogous category must be grounded not merely upon the identity of the parties, but upon examination of the particular relationship at issue in each case. Otherwise, courts risk recognizing *prima facie* duties of care without any examination of pertinent second-stage residual policy considerations.

[29] Where an established proximate relationship cannot be found, courts must undertake a full proximity analysis. To determine whether the “‘close and direct’ relationship which is the hallmark of the common law duty of care” exists (*Saadati v. Moorhead*, 2017 SCC 28, [2017] 1 S.C.R. 543, at para. 24, citing *Cooper*, at para. 32, and *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), at pp. 580-81), courts must examine all relevant “factors arising from the *relationship* between the plaintiff and the defendant” (*Cooper*, at para. 30 (emphasis in original); *Edwards*, at para. 9; *Childs*, at para. 24; *Odhavji*, at para. 50;

« nouveaux cas » de liens de proximité dépendent des caractéristiques des rapports entre les parties et des circonstances de chaque affaire en particulier (*Cooper*, par. 34-35).

[28] Ainsi, lorsqu’une partie cherche à fonder l’existence d’un lien de proximité sur une catégorie déjà établie ou analogue, le tribunal doit être attentif aux facteurs particuliers qui ont permis d’établir cette catégorie pour déterminer si la relation en cause est en fait vraiment la même que celle établie auparavant ou si elle est analogue. Et, en corollaire, les tribunaux doivent s’abstenir de conclure de manière trop générale à l’existence de catégories établies puisque, rappelons-le, les considérations de politique résiduelles ne sont pas examinées si l’existence d’un lien de proximité est établie sur le fondement d’une catégorie reconnue (*Cooper*, par. 39). Cela est logique du point de vue analytique. Les tribunaux ne sauraient reconnaître l’existence d’un lien de proximité sans avoir considéré les considérations de politique résiduelles examinées au deuxième volet du critère. Ainsi, lorsqu’un tribunal se fonde sur une catégorie établie de lien de proximité, « aucune considération de politique prioritaire [n’]écarter » l’obligation de diligence (*ibid.*). Or, l’une des conséquences de cette approche est que, pour conclure à l’existence d’un lien de proximité sur le fondement d’une catégorie établie ou analogue, il faut tenir compte, dans chaque cas, non seulement de l’identité des parties, mais aussi du lien particulier en cause. Autrement, les tribunaux risquent de reconnaître l’existence d’une obligation de diligence *prima facie* sans avoir procédé à l’examen requis au deuxième volet portant sur les considérations de politique résiduelles.

[29] Lorsqu’ils ne peuvent conclure à l’existence d’un lien de proximité établi, les tribunaux doivent procéder à une analyse exhaustive à cet égard. Pour déterminer si le « lien “étroit et direct” qui caractérise l’obligation de diligence en common law » existe (*Saadati c. Moorhead*, 2017 CSC 28, [2017] 1 R.C.S. 543, par. 24, citant *Cooper*, par. 32, et *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.), p. 580-581), les tribunaux doivent examiner tous les facteurs pertinents « découlant du *lien* existant entre l[e] demande[ur] et le défendeur » (*Cooper*, par. 30 (souligné dans l’original); *Edwards*, par. 9; *Childs*,

*Hill*, at para. 24; *Fallowka*, at para. 26; *Saadati*, at para. 24). While these factors are diverse and depend on the circumstances of each case (*Cooper*, at para. 35), this Court has maintained that they include “expectations, representations, reliance, and the property or other interests involved” (*ibid.*, at para. 34; *Odhavji*, at para. 50; *Fallowka*, at para. 26) as well as any statutory obligations (*Cooper*, at para. 38; *Edwards*, at paras. 9 and 13; *Odhavji*, at para. 56).

[30] In cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, two factors are determinative in the proximity analysis: the defendant’s undertaking and the plaintiff’s reliance. Where the defendant undertakes to provide a representation or service in circumstances that invite the plaintiff’s reasonable reliance, the defendant becomes obligated to take reasonable care. And, the plaintiff has a right to rely on the defendant’s undertaking to do so (W. N. Hohfeld, “Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning” (1913), 23 *Yale L.J.* 16, at pp. 49-50). These corollary rights and obligations create a relationship of proximity (*Haig*, at p. 477; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), at pp. 637-38; *Glanzer v. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y. 1922), at pp. 275-76; *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at pp. 445-46; E. J. Weinrib, “The Disintegration of Duty” (2006), 31 *Adv. Q.* 212, at p. 230).

[31] Rights, like duties, are, however, not limitless. Any reliance on the part of the plaintiff which falls outside of the scope of the defendant’s undertaking of responsibility — that is, of the purpose for which the representation was made or the service was undertaken — necessarily falls outside the scope of the proximate relationship and, therefore, of the defendant’s duty of care (Weinrib; A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), at pp. 293-94). This principle, also referred to as the “end and aim” rule, properly limits liability on the basis that the defendant cannot be liable for a risk of injury against which he did not undertake to protect (*Glanzer*, at pp. 275 and 277; *Ultramares*, at pp. 445-46; *Haig*, at p. 482). By assessing all

par. 24; *Odhavji*, par. 50; *Hill*, par. 24; *Fallowka*, par. 26; *Saadati*, par. 24). Bien que ces facteurs soient variés et qu’ils dépendent des circonstances de l’affaire (*Cooper*, par. 35), notre Cour a affirmé qu’ils étaient composés « des attentes, des déclarations, de la confiance, des biens en cause et d’autres intérêts en jeu » (*ibid.*, par. 34; *Odhavji*, par. 50; *Fallowka*, par. 26) ainsi que des obligations imposées par la loi (*Cooper*, par. 38; *Edwards*, par. 9 et 13; *Odhavji*, par. 56).

[30] Dans le cas d’une perte purement économique attribuable à une déclaration inexacte faite par négligence ou à la prestation négligente d’un service, deux facteurs jouent un rôle déterminant dans l’analyse du lien de proximité : l’engagement pris par le défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier. Lorsqu’il s’engage à fournir une déclaration ou un service dans des circonstances qui invitent à la confiance raisonnable du demandeur, le défendeur est tenu d’agir avec diligence raisonnable, et le demandeur a le droit de se fier à l’engagement pris par le défendeur (W. N. Hohfeld, « Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning » (1913), 23 *Yale L.J.* 16, p. 49-50). Ce sont ces droits et ces obligations corollaires qui créent un lien de proximité (*Haig*, p. 477; *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), p. 637-638; *Glanzer c. Shepard*, 135 N.E. 275 (N.Y. 1922), p. 275-276; *Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 445-446; E. J. Weinrib, « The Disintegration of Duty » (2006), 31 *Adv. Q.* 212, p. 230).

[31] Or, tout comme les obligations, les droits ne sont pas illimités. Toute décision de la part du demandeur de se fier à l’engagement qui excède la portée de la responsabilité assumée par le défendeur — à savoir, qui est étrangère à l’objet de la déclaration ou du service qu’il s’est engagé à fournir — excède nécessairement le cadre du lien de proximité et, par conséquent, celui de l’obligation de diligence qui incombe au défendeur (Weinrib; A. Beever, *Rediscovering the Law of Negligence* (2007), p. 293-294). Ce principe, aussi appelé « règle de l’objet », a pour effet de restreindre à juste titre la responsabilité au motif que le défendeur ne saurait être tenu responsable d’un risque de préjudice contre lequel il ne s’est pas engagé à protéger le demandeur

relevant factors arising from the relationship between the parties, the proximity analysis not only determines the *existence* of a relationship of proximity, but also delineates the *scope* of the rights and duties which flow from that relationship. In short, it furnishes not only a “principled basis upon which to draw the line between those to whom the duty is owed and those to whom it is not” (*Fallowka*, at para. 70), but also a principled delineation of the scope of such duty, based upon the purpose for which the defendant undertakes responsibility. As we will explain, these principled limits are essential to determining the type of injury that was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence.

(ii) Reasonable Foreseeability

[32] Assessing reasonable foreseeability in the *prima facie* duty of care analysis entails asking whether an injury to the plaintiff was a reasonably foreseeable consequence of the defendant’s negligence (*Cooper*, at para. 30).

[33] Broadly speaking, reasonable foreseeability concerns the likelihood of injury arising from the defendant’s negligence (*Donoghue*, at p. 580). This inquiry is not amenable to, and does not require, actuarial precision. The jurisprudence gives content, however, to the foreseeability inquiry, providing courts with guidance. In the abstract, a defendant’s negligent misrepresentation or performance of a service could potentially give rise to innumerable injuries tangentially cascading from the originally contemplated service. This was so in *Hercules*, where the Court recognized that an auditor’s statement could be relied upon by a potentially limitless number of individuals (e.g., shareholders or takeover bidders), for a potentially limitless array of purposes (e.g., investments or takeover bids), any of which could result in various foreseeable injuries.

(*Glanzer*, p. 275 et 277; *Ultramares*, p. 445-446; *Haig*, p. 482). En tenant compte de tous les facteurs pertinents découlant du lien existant entre les parties, l’analyse du lien de proximité permet non seulement de déterminer l’*existence* d’une relation de proximité, mais aussi de délimiter la *portée* des droits et des obligations découlant de cette relation. En somme, l’analyse établit non seulement « un fondement rationnel à la ligne de démarcation entre ceux qui bénéficient de l’obligation de diligence et les autres » (*Fallowka*, par. 70), elle fixe aussi à la portée de cette obligation une délimitation rationnelle fondée sur l’objet de la responsabilité assumée par le défendeur. Comme nous allons l’expliquer, cette délimitation rationnelle est essentielle pour déterminer le type de préjudice qui constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur.

(ii) La prévisibilité raisonnable

[32] L’examen de la prévisibilité raisonnable dans le cadre de l’analyse relative à obligation de diligence *prima facie* consiste à se demander si le préjudice subi par le demandeur constituait une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence du défendeur (*Cooper*, par. 30).

[33] De manière générale, la prévisibilité raisonnable s’attache à la probabilité de préjudice découlant de la négligence du défendeur (*Donoghue*, p. 580). Cet examen ne se prête pas à une précision actuarielle et n’exige pas une telle précision. La jurisprudence établit toutefois le contenu de l’analyse de la prévisibilité et donne à cet égard des précisions aux tribunaux. Dans l’abstrait, une déclaration inexacte faite par négligence ou la prestation négligente d’un service par un défendeur pourrait éventuellement donner lieu à d’innombrables préjudices découlant indirectement du service envisagé à l’origine. C’était le cas dans l’affaire *Hercules*, où la Cour a reconnu qu’un nombre potentiellement infini de personnes pourraient se fier au rapport du vérificateur (p. ex., les actionnaires ou des auteurs d’une offre de prise de contrôle), et ce, pour une gamme de raisons potentiellement infinie (p. ex., des investissements ou des offres de prise de contrôle), dont chacune pourrait entraîner divers préjudices prévisibles.

[34] As we have already observed, however, reasonable foreseeability of injury is no longer the sole consideration at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. Since *Cooper*, both reasonable foreseeability and proximity — the latter expressed in *Cooper* as a distinct and more demanding hurdle than reasonable foreseeability — must be proven in order to establish a *prima facie* duty of care. And, in cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the proximate relationship — grounded in the defendant’s undertaking and the plaintiff’s reliance — informs the foreseeability inquiry. Meaning, the purpose underlying that undertaking and that corresponding reliance limits the type of injury which could be reasonably foreseen to result from the defendant’s negligence.

[35] As a matter of first principles, it must be borne in mind that an injury to the plaintiff in this sort of case flows from the fact that he or she detrimentally relied on the defendant’s undertaking, whether it take the form of a representation or the performance of a service. It follows that an injury to the plaintiff will be reasonably foreseeable if (1) the defendant should have reasonably foreseen that the plaintiff would rely on his or her representation; and (2) such reliance would, in the particular circumstances of the case, be reasonable (*Hercules*, at para. 27). Both the reasonableness and the reasonable foreseeability of the plaintiff’s reliance will be determined by the relationship of proximity between the parties; a plaintiff has a right to rely on a defendant to act with reasonable care for the particular purpose of the defendant’s undertaking, and his or her reliance on the defendant for that purpose is therefore both reasonable and reasonably foreseeable. But a plaintiff has no right to rely on a defendant for any other purpose, because such reliance would fall outside the scope of the defendant’s undertaking. As such, any consequent injury could not have been reasonably foreseeable.

[36] We add this. Under the *Anns* test, the Court recognized that auditors may owe a *prima facie* duty

[34] Or, comme nous l’avons fait observer, la prévisibilité raisonnable du préjudice n’est plus la seule considération prise en compte au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*. Depuis l’arrêt *Cooper*, il convient de prouver autant la prévisibilité raisonnable que le lien de proximité — défini dans l’arrêt *Cooper* comme un obstacle distinct et plus exigeant que la prévisibilité raisonnable — afin d’établir une obligation de diligence *prima facie*. Et dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence ou de prestation négligente d’un service, le lien de proximité — fondé sur l’engagement du défendeur et le fait pour le demandeur de s’y fier — sert à guider l’analyse de la prévisibilité. C’est donc dire que l’objet qui sous-tend l’engagement et le fait de se fier à cet engagement restreint le type de préjudice dont on pourrait raisonnablement prévoir qu’il découlera de la négligence du défendeur.

[35] Quant aux principes fondamentaux, n’oublions pas que le préjudice subi par le demandeur dans une affaire de cette nature découle de ce que ce dernier s’est fié à son détriment à l’engagement du défendeur, peu importe qu’il s’agisse d’une déclaration ou de la prestation d’un service. Il s’ensuit que le préjudice du demandeur sera raisonnablement prévisible si (1) le défendeur aurait dû raisonnablement prévoir que le demandeur se fierait à sa déclaration; et si (2) cette confiance serait raisonnable dans les circonstances particulières de l’affaire. (*Hercules*, par. 27). Tant le caractère raisonnable que la prévisibilité raisonnable de cette confiance du demandeur seront déterminés en fonction du lien de proximité entre les parties. Un demandeur a le droit de se fier au défendeur pour qu’il agisse avec une diligence raisonnable à l’égard de l’objet particulier de l’engagement qu’il prend, et la confiance que le demandeur accorde au défendeur à cette fin est donc à la fois raisonnable et raisonnablement prévisible. Mais le demandeur ne peut pas se fier au défendeur pour une autre fin, car une telle confiance excéderait la portée de l’engagement du défendeur. Dans un tel cas, tout préjudice consécutif subi par le demandeur n’aurait pu être raisonnablement prévisible.

[36] Nous ajoutons ce qui suit. La Cour a reconnu que, selon le critère de l’arrêt *Anns*, un vérificateur

of care to an innumerable number of parties on the basis of reasonable foreseeability alone (*Hercules*, at para. 32). We acknowledge that the *Anns/Cooper* framework, when applied to cases of negligent misrepresentation, will give rise to a far narrower scope of reasonably foreseeable injuries and, therefore, a narrower range of *prima facie* duties of care. This is no indictment of the *Anns/Cooper* analysis. Rather, it was the very purpose and effect of this Court's instruction in *Cooper* that “something more” than mere foreseeability is required at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. By requiring examination of the relationship between the parties as we have just discussed, *Cooper* gave Canadian courts a more complete array of legal tools to determine whether it is “just and fair” to impose a *prima facie* duty of care.

(b) *Stage Two: Residual Policy Considerations*

[37] Where a *prima facie* duty of care is recognized on the basis of proximity and reasonable foreseeability, the analysis advances to stage two of the *Anns/Cooper* framework. Here, the question is whether there are “residual policy considerations” outside the relationship of the parties that may negate the imposition of a duty of care (*Cooper*, at para. 30; *Edwards*, at para. 10; *Odhavji*, at para. 51).

[38] By “residual”, we mean that such considerations “are not concerned with the relationship between the parties [already considered at stage one], but with the effect of recognizing a duty of care on other legal obligations, the legal system and society more generally” (*Cooper*, at para. 37; see also *Edwards*, at para. 10). To the extent, therefore, that stage one of the *prima facie* duty of care is said to engage “policy” considerations arising from the relationship between the parties — i.e., the recognition

peut avoir, sur le seul fondement de la prévisibilité raisonnable, une obligation de diligence *prima facie* à l'égard d'innombrables personnes (*Hercules*, par. 32). Nous reconnaissons qu'en l'appliquant aux affaires de déclaration inexacte faite par négligence, le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* permettra de reconnaître une gamme beaucoup plus restreinte de préjudices raisonnablement prévisibles et, par conséquent, une gamme plus restreinte d'obligations de diligence *prima facie*. Il ne s'agit aucunement de critiquer le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, mais plutôt de reconnaître que c'était là l'objectif même de la directive formulée par la Cour dans l'arrêt *Cooper* — soit que le premier volet du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* exigeait « autre chose » que la simple prévisibilité. En rendant nécessaire l'examen de la relation entre les parties, comme nous venons de le voir, l'arrêt *Cooper* a mis à la disposition des tribunaux canadiens un complément d'outils juridiques servant à déterminer s'il est « juste et équitable » d'imposer une obligation de diligence *prima facie*.

b) *Deuxième volet : les considérations de politique résiduelles*

[37] Lorsque l'existence d'une obligation de diligence *prima facie* est établie sur le fondement du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable, l'analyse passe au deuxième volet du cadre établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Il s'agit alors de déterminer si « des considérations de politique résiduelles » étrangères au lien existant entre les parties sont susceptibles d'écarter l'imposition d'une obligation de diligence (*Cooper*, par. 30; *Edwards*, par. 10; *Odhavji*, par. 51).

[38] Par « résiduelles », nous voulons dire que ces considérations « ne portent pas sur le lien existant entre les parties [qui a déjà été examiné au premier volet du critère], mais sur l'effet que la reconnaissance d'une obligation de diligence aurait sur les autres obligations légales, sur le système juridique et sur la société en général » (*Cooper*, par. 37; voir aussi *Edwards*, par. 10). Donc, dans la mesure où le premier volet relatif à l'obligation de diligence *prima facie* fait apparemment intervenir des

that it is sound “policy” to only hold defendants liable for negligence when they are in a proximate relationship with the plaintiff and when the injury suffered was reasonably foreseeable (see *Cooper*, at para. 25) — such “policy” considerations are not revisited at stage two (*ibid.*, at para. 28). Indeed such reconsideration would be both redundant and analytically confusing (*ibid.*, at para. 29).

[39] *Cooper*, and in particular, its strict delineation between “factors arising from the *relationship* between [the parties]” (para. 30 (emphasis in original)) and factors that “are not concerned with the relationship between the parties” (para. 37) has impacted the stage at which certain factors are considered within the *Anns/Cooper* framework. For example, principles that were traditionally considered at the second stage of the *Anns* test in cases of negligent misrepresentation, such as (1) whether the defendant knew the identity of the plaintiff or the class of plaintiffs who would rely on its representation; and (2) whether the reliance losses claimed by the plaintiff stem from the particular transaction in respect of which the statement at issue was made (*Hercules*, at paras. 27 and 40; *Bow Valley*, at paras. 55-56), are no longer considered at the second stage. This is because, as we have explained, these factors arise from the *relationship* between the parties and are, therefore, properly accounted for under the first stage proximity and reasonable foreseeability analysis.

[40] What, then, remains to be considered at the second stage of the *Anns/Cooper* framework? In *Cooper*, this Court identified factors which are external to the relationship between the parties, including (1) whether the law already provides a remedy; (2) whether recognition of the duty of care creates “the spectre of unlimited liability to an unlimited class”; and (3) whether there are “other reasons of broad policy that suggest that the duty of care should not be recognized” (para. 37). In this way, the residual policy inquiry is a normative inquiry. It asks whether it would be better, for reasons relating to

considérations « de politique » découlant du lien existant entre les parties — c.-à-d., où l’on reconnaît qu’il est judicieux de ne tenir un défendeur responsable de négligence que s’il a un lien de proximité avec le demandeur et que le préjudice subi était raisonnablement prévisible (voir *Cooper*, par. 25) — il n’y a pas lieu de réexaminer ces considérations « de politique » au deuxième volet (*ibid.*, par. 28). En effet, un tel réexamen serait redondant tout en prêtant à confusion sur le plan analytique (*ibid.*, par. 29).

[39] L’arrêt *Cooper*, et plus particulièrement la démarcation rigoureuse qu’il établit entre les facteurs « découlant du *lien* existant entre [les parties] » (par. 30 (souligné dans l’original)) et les facteurs qui « ne portent pas sur le lien existant entre les parties » (par. 37), a remis en cause l’étape à laquelle il faut tenir compte de certains facteurs selon le cadre d’analyse établi par les arrêts *Anns* et *Cooper*. Par exemple, les principes habituellement examinés au deuxième volet du critère de l’arrêt *Anns* dans les cas de déclaration inexacte faite par négligence, à savoir (1) si le défendeur connaissait le demandeur ou la catégorie de demandeurs susceptibles de se fier à sa déclaration; et (2) si les pertes que le demandeur aurait subies en raison de la confiance qu’il a accordée au défendeur découlent de l’opération même visée par la déclaration en cause (*Hercules*, par. 27 et 40; *Bow Valley*, par. 55-56), ne sont plus examinées au second volet. En effet, comme nous l’avons expliqué, ces facteurs découlent du *lien* existant entre les parties et il en est donc dûment tenu compte au premier volet de l’analyse relative au lien de proximité et à la prévisibilité raisonnable.

[40] Que reste-t-il donc à examiner au deuxième volet du cadre établi par les arrêts *Anns* et *Cooper*? Dans *Cooper*, notre Cour a dégagé des facteurs qui sont étrangers au lien existant entre les parties, notamment (1) si la loi prévoit déjà une réparation; (2) s’il faut craindre le risque que la reconnaissance de l’obligation de diligence crée « une responsabilité illimitée pour un nombre illimité de personnes »; et (3) si « [d]’autres raisons de politique générale [indiquent] que l’obligation de diligence ne devrait pas être reconnue » (par. 37). En ce sens, l’analyse relative aux considérations de politique résiduelles est

legal or doctrinal order, or reasons arising from other societal concerns, not to recognize a duty of care in a given case.

[41] The place within the *Anns/Cooper* framework of this policy inquiry is significant. It follows the proximity and foreseeability inquiries. The policy inquiry assesses whether, *despite* the proximate relationship between the parties, and *despite* the reasonably foreseeable quality of the plaintiff's injury, the defendant should nonetheless be insulated from liability (*Cooper*, at para. 30; *Odhavji*, at para. 51). That it would limit liability in the face of findings of both proximity and reasonable foreseeability makes plain how narrowly it should be relied upon (*Cooper*, at para. 30, citing *Yuen Kun Yeu v. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175 (P.C.); *Edgeworth Construction Ltd. v. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 S.C.R. 206, at p. 218). Only in rare cases — such as those concerning decisions of governmental policy (*Cooper*, at paras. 38 and 53) or quasi-judicial bodies (*ibid.*, at para. 52; *Edwards*, at para. 19) — should liability be denied when a defendant's negligence causes reasonably foreseeable injury to a plaintiff with whom he or she shares a close and direct relationship. In light of the above, the stage at which certain factors are considered in the *Anns/Cooper* framework is material.

[42] In this case, the Chief Justice finds that, if it were necessary to proceed to the second stage of the *Anns/Cooper* framework, she would insulate Deloitte from liability based on the residual policy consideration of indeterminacy (para. 166). We concede that indeterminate liability may, in some cases, be a legitimate residual policy consideration (*Cooper*, at paras. 37 and 54; *Hercules*, at para. 31). In our view, however, rarely, if ever, should a concern for indeterminate liability persist after a properly applied proximity and foreseeability analysis

une analyse normative. Elle appelle à déterminer s'il serait préférable, pour des raisons d'ordre juridique ou théorique, ou pour des raisons tenant à d'autres préoccupations sociales, de ne pas reconnaître l'existence d'une obligation de diligence dans un cas donné.

[41] La place qu'occupe l'examen des considérations de politique dans le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* est importante. Cet examen fait suite à ceux du lien de proximité et de la prévisibilité, et il vise à déterminer si, *malgré* le lien de proximité qui unit les parties, et *malgré* le caractère raisonnablement prévisible du préjudice subi par le demandeur, le défendeur devrait tout de même être exonéré de responsabilité (*Cooper*, par. 30; *Odhavji*, par. 51). La possibilité de limiter la responsabilité en dépit de la reconnaissance du lien de proximité et de la prévisibilité raisonnable démontre clairement à quel point il convient d'y recourir avec circonspection (*Cooper*, par. 30, citant *Yuen Kun Yeu c. Attorney-General of Hong Kong*, [1988] 1 A.C. 175 (C.P.); *Edgeworth Construction Ltd. c. N. D. Lea & Associates Ltd.*, [1993] 3 R.C.S. 206, p. 218). Ce n'est qu'en de rares cas — tels les cas concernant des décisions de politique gouvernementale (*Cooper*, par. 38 et 53) ou des décisions prises par des organismes quasi judiciaires (*ibid.*, par. 52; *Edwards*, par. 19) — que le défendeur sera exonéré de responsabilité alors que sa négligence a causé un préjudice raisonnablement prévisible au demandeur, avec qui il a un lien étroit et direct. Eu égard à ce qui précède, l'étape à laquelle certains facteurs sont pris en considération dans le cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* revêt une importance.

[42] En l'espèce, la Juge en chef conclut que s'il était nécessaire de passer à la deuxième étape du cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Anns* et *Cooper*, elle exonérerait Deloitte de responsabilité en raison de la considération de politique résiduelle liée à l'indétermination (par. 166). Nous admettons que la responsabilité indéterminée peut, dans certains cas, constituer une considération de politique résiduelle légitime (*Cooper*, par. 37 et 54; *Hercules*, par. 31). Nous estimons toutefois qu'une préoccupation liée à la responsabilité indéterminée ne

(*Saadati*, at para. 34; *Fullowka*, at para. 70). Robust application of stage one of the *Anns/Cooper* framework should almost always obviate concerns for indeterminate liability. This follows from an appreciation of what indeterminate liability, as a concept, actually means.

[43] Indeterminate liability is liability of a specific *character*, not of a specific *amount*. In particular, indeterminate liability should not be confused with significant liability (*Gross v. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142, at para. 38). Certain activities — like flying commercial aircraft, manufacturing pharmaceutical drugs, or auditing a large corporation — may well give rise to significant liability. But such liability arises from the nature of the defendant’s undertakings and of the severe but reasonably foreseeable scale of injury that can result where such undertakings are negligently performed. This explains the significant compensation which these high risk undertakings typically attract. It also explains why contractual disclaimers limiting liability may often be warranted (*Edgeworth*, at p. 220). In contrast, the liability arising from these “high risk” undertakings may only be characterized as “indeterminate” if the scope of such liability is impossible to ascertain (*Black’s Law Dictionary* (10th ed. 2014), *sub verbo* “indeterminate”). In other words, liability is truly “indeterminate” if “the accepted sources of law and the accepted methods of working with those sources such as deduction and analogy . . . are insufficient to resolve the question” (M. V. Tushnet, “Defending the Indeterminacy Thesis”, in B. Bix, ed., *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory* (1998), 223, at pp. 224-25). More specifically, there are three pertinent aspects to so-called “indeterminacy” in these cases: (1) value indeterminacy (“liability in an indeterminate amount”); (2) temporal indeterminacy (“liability . . . for an indeterminate time”); and (3) claimant indeterminacy (“liability . . . to an indeterminate class”): *Hercules*, at para. 31, citing *Ultramares*, at p. 444. Naturally, when a claim has value, temporal, and claimant indeterminacy, our legal tools are

devrait que rarement, voire jamais, subsister après une analyse correcte du lien de proximité et de la prévisibilité (*Saadati*, par. 34; *Fullowka*, par. 70). L’application rigoureuse du premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* devrait dans presque tous les cas écarter les préoccupations liées à la responsabilité indéterminée. C’est ce qui ressort d’une appréciation de ce que signifie en réalité le concept de responsabilité indéterminée.

[43] La responsabilité indéterminée est une responsabilité de *nature* particulière et non d’une *importance* particulière. Plus précisément, il ne faut pas confondre responsabilité indéterminée et lourde responsabilité (*Gross c. Great-West Life Assurance Co.*, 2002 ABCA 37, 299 A.R. 142, par. 38). Certaines activités — comme le pilotage d’aéronefs commerciaux, la fabrication de médicaments pharmaceutiques ou la vérification de grandes sociétés — peuvent fort bien faire naître une lourde responsabilité. Or, une telle responsabilité tient à la nature des engagements pris par le défendeur et aux préjudices, graves mais raisonnablement prévisibles, qu’une exécution négligente risque de causer. C’est pour cette raison que ces engagements à risque élevé donnent habituellement lieu à des indemnités importantes. C’est aussi pour cette raison que les clauses contractuelles limitant la responsabilité peuvent souvent s’avérer nécessaires (*Edgeworth*, p. 220). Par contre, la responsabilité découlant de ces engagements « à risque élevé » ne peut être qualifiée d’« indéterminée » que s’il est impossible d’en établir la portée (*Black’s Law Dictionary* (10<sup>e</sup> éd. 2014), le mot « *indeterminate* »). Autrement dit, la responsabilité est réellement « indéterminée » si [TRADUCTION] « les sources de droit reconnues et leurs méthodes d’application reconnues, telles la déduction et l’analogie [. . .] ne permettent pas de trancher la question » (M. V. Tushnet, « Defending the Indeterminacy Thesis », dans B. Bix, dir., *Analyzing Law : New Essays in Legal Theory* (1998), 223, p. 224-225). Plus précisément, il y a trois aspects pertinents à ce qu’on appelle l’« indétermination » dans ces cas : (1) l’indétermination quant à la valeur (« responsabilité pour un montant indéterminé »), (2) l’indétermination temporelle (« responsabilité [. . .] pour un temps indéterminé »), et (3) l’indétermination quant au

insufficient to resolve the quantum of infinite damages that will flow from such a claim.

[44] All this said, it would be very difficult for liability of an indeterminate character, so understood, to survive a robust analysis of proximity and foreseeability at the first stage of the *Anns/Cooper* framework. In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, the requisite proximity analysis will address claimant indeterminacy because the class of claimants is *determinate*, including only those in respect of whom the defendant undertook to act. Likewise, foreseeability, which is constrained by the purpose of the undertaking in question, should address concerns about value indeterminacy, because the value of damages is limited — that is, *determined* — by the reasonably foreseeable quality of the injury (*Hercules*, at para. 32). Finally, proximity and foreseeability should both address temporal indeterminacy since the longer the period of time over which injury is said to have occurred, the less likely the defendant undertook to protect against it and the less foreseeable the injury, taken as a whole. Hence Cardozo C.J.’s statement in the oft-cited *Ultramares* decision that a duty which gives rise to indeterminacy “enkindle[s] doubt whether a flaw may not exist in the implication of a duty that exposes to these consequences” (p. 444; see also Weinrib, at p. 231; Beever, at p. 275). In other words, a finding of indeterminate liability at the damages stage strongly suggests that a legal error occurred at the duty stage, since a finding of a *prima facie* duty of indeterminate scope underlies the resulting indeterminate liability.

demandeur (« responsabilité [ . . . ] à l’égard d’une catégorie indéterminée » de demandeurs): *Hercules*, par. 31, citant *Ultramares*, p. 444. Il va sans dire que, dans le cas d’une demande indéterminée quant à la valeur, au temps et aux demandeurs, les outils juridiques dont nous disposons ne permettent pas de déterminer le montant des dommages-intérêts à accorder pour les préjudices illimités qui découleront d’une telle demande.

[44] Cela dit, la responsabilité dite indéterminée saurait très difficilement résister à une analyse rigoureuse du lien de proximité et de la prévisibilité au premier volet du cadre d’analyse établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper*. Dans le cas d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service, l’analyse requise du lien de proximité couvrira l’indétermination relative au demandeur parce que la catégorie de demandeurs est *déterminée*; seules sont visées les personnes envers qui le défendeur s’est engagé. De la même manière, la prévisibilité, qui est circonscrite par l’objet de l’engagement en question, devrait écarter les craintes relatives à l’indétermination quant à la valeur, parce que la valeur des dommages-intérêts est limitée — c.-à-d. *déterminée* — par le caractère raisonnablement prévisible du préjudice (*Hercules*, par. 32). Enfin, l’analyse du lien de proximité et de la prévisibilité devrait porter sur l’indétermination temporelle étant donné que, plus la période au cours de laquelle le préjudice aura été subi est longue, moins il est probable que ce préjudice soit visé par l’engagement du défendeur et qu’il soit prévisible, dans son ensemble. D’où la déclaration du juge en chef Cardozo dans l’arrêt *Ultramares* fréquemment cité, à savoir que l’obligation qui donne lieu à l’indétermination [TRADUCTION] « fait naître un doute quant à l’existence d’une erreur dans la reconnaissance d’une obligation qui expose à toutes ces conséquences » (p. 444; voir également Weinrib, p. 231; Beever, p. 275). En d’autres termes, une conclusion de responsabilité indéterminée tirée à l’étape de l’établissement d’un préjudice tend fortement à indiquer qu’une erreur de droit a été commise à l’étape de l’établissement d’une obligation, puisque la reconnaissance d’une obligation *prima facie* de portée indéterminée sous-tend la conclusion de responsabilité indéterminée.

[45] We would add one final point. Indeterminate liability is a residual policy consideration, nothing more. The presence of indeterminacy need not be dispositive of liability in all cases. To approach the analysis otherwise would transform indeterminate liability from a policy *consideration* into a policy *veto*. While indeterminacy may militate against liability, other policy considerations — such as the immense profit margins that “high risk” actors often benefit from, or the extent to which “high risk” actors voluntarily assume the risk of indeterminate liability — may ultimately justify maintaining that liability, despite its indeterminacy (Beever, at p. 293). Even, therefore, in the rare case where indeterminate liability survives the proximity and foreseeability inquiries, it is not automatic that such indeterminacy will necessarily govern (*Fallowka*, at para. 70). Indeed, any so-called “indeterminate liability” which survives stage one of the *Anns/Cooper* framework presumably arises from the risk against which the defendant voluntarily undertook to protect the plaintiff and, therefore, may justly and fairly result in liability.

#### B. *Application*

[46] Having set out the proper legal framework for establishing liability in cases of pure economic loss arising from negligent misrepresentation or performance of a service, we turn now to apply that framework to the trial judge’s two findings of negligence in this case.

[47] In summary, at the first stage of the *Anns/Cooper* framework, a duty of care is established where proximity and reasonably foreseeability of injury are found. In our view, Deloitte’s undertakings in relation to soliciting investment, and the 1997 Audit, gave rise to proximate relationships. The purpose of those undertakings, in turn, determines the type of injury that was reasonably foreseeable as a

[45] Nous tenons à ajouter une dernière remarque. La responsabilité indéterminée n’est rien de plus qu’une considération de politique résiduelle. La reconnaissance de l’indétermination n’a pas à trancher la question de la responsabilité dans tous les cas. Aborder l’analyse autrement ferait de la responsabilité indéterminée — une *considération* de politique générale — un *veto* de politique générale. Bien que l’indétermination puisse jouer contre la responsabilité, d’autres considérations de politique générale — par exemple, les marges de profit énormes dont bénéficient souvent les acteurs « qui prennent un risque élevé », ou la mesure dans laquelle ces acteurs assument volontairement le risque d’une responsabilité indéterminée — peuvent ultimement justifier le maintien de cette responsabilité, malgré son caractère indéterminé (Beever, p. 293). En conséquence, même dans les rares cas où la responsabilité indéterminée résiste aux analyses du lien de proximité et de la prévisibilité, l’indétermination ne primera pas nécessairement d’emblée (*Fallowka*, par. 70). D’ailleurs, toute soi-disant « responsabilité indéterminée » qui résiste au premier volet du cadre d’analyse des arrêts *Anns* et *Cooper* découle probablement du risque contre lequel le défendeur s’est engagé volontairement à protéger le demandeur, et peut donc entraîner, de façon juste et équitable, une responsabilité.

#### B. *Application*

[46] Maintenant que nous avons établi le cadre juridique permettant de déterminer la responsabilité dans le cas d’une perte purement économique découlant d’une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d’un service, il nous faut maintenant l’appliquer aux deux conclusions de négligence formulées par le juge de première instance en l’espèce.

[47] En résumé, à la première étape du cadre d’analyse énoncé dans *Anns* et *Cooper*, il y a obligation de diligence si la proximité et la prévisibilité raisonnable du préjudice sont établies. À notre avis, les engagements de Deloitte relativement à la sollicitation d’investissements, et le rapport de 1997, ont donné lieu à des liens de proximité. Les fins pour lesquelles ces engagements ont été pris déterminent

result of Livent's reliance. Livent relied on the 1997 Audit for the purpose it was provided. Thus, a resulting injury was reasonably foreseeable. The same cannot be said, however, in respect of Deloitte's negligent assistance in soliciting investment.

[48] At the second stage of the *Anns/Cooper* framework, residual policy considerations may negate Deloitte's duty of care. But none apply to the negligent provision of the 1997 Audit.

- (1) Solicitation of Investment (August to October 1997)
- (a) *Prima Facie Duty of Care*
- (i) Proximity

[49] The proximity analysis first asks whether the relationship at issue falls within, or is analogous to, a previously recognized category of proximity (*Cooper*, at para. 36; *Edwards*, at para. 9).

[50] In *Hercules*, this Court found that an auditor may be in a proximate relationship with its corporate client sufficient to give rise to a duty of care. That proximate relationship was not, however, between an auditor and its client at large. Rather, the recognized relationship was limited to the preparation of a statutory audit (para. 14).

[51] In this case, the asserted proximate relationship is not so narrow in scope. Livent claims that Deloitte owed it a duty of care in relation both to (1) the preparation of the 1997 Audit; and (2) the approval of the Press Release and preparation of the Comfort Letter. We see it as vital to the resolution of this case to distinguish between these two sets of documents.

quant à eux le type de préjudice qui était raisonnablement prévisible en raison du fait que Livent s'est fiée à ces engagements et ce rapport. Livent s'est fiée au rapport de 1997 aux fins pour lesquelles il a été préparé. Le préjudice qui en a résulté était donc raisonnablement prévisible. Toutefois, on ne peut dire la même chose pour l'aide entachée de négligence que Deloitte a fournie en ce qui a trait à la sollicitation d'investissements.

[48] À la deuxième étape du cadre d'analyse des arrêts *Anns* et *Cooper*, des considérations de politique résiduelles peuvent écarter l'obligation de diligence de Deloitte. Cependant, aucune ne s'applique à la préparation entachée de négligence du rapport de 1997 par Deloitte.

- (1) Sollicitation d'investissements (août à octobre 1997)
- a) *Obligation de diligence prima facie*
- (i) Lien de proximité

[49] L'analyse relative au lien de proximité consiste d'abord à se demander si le lien en question appartient, ou s'il est analogue, à l'une des catégories de liens qui ont déjà été reconnues (*Cooper*, par. 36; *Edwards*, par. 9).

[50] Dans *Hercules*, notre Cour a conclu que le lien entre un vérificateur et son entreprise cliente pouvait être suffisamment étroit pour donner lieu à une obligation de diligence. Il ne s'agissait cependant pas d'un lien de proximité entre un vérificateur et son client en général. Le lien ainsi reconnu se limitait à la préparation d'une vérification exigée par la loi (par. 14).

[51] Dans l'affaire qui nous occupe, le lien de proximité invoqué n'est pas de portée si limitée. Livent affirme que Deloitte avait envers elle une obligation de diligence relativement à (1) la préparation du rapport de 1997; et à (2) l'approbation du communiqué de presse et la rédaction de la lettre de confort. Nous estimons primordial pour l'issue du présent pourvoi de faire une distinction entre ces deux catégories de documents.

[52] The mere fact that proximity has been recognized as existing between an auditor and its client for *one* purpose is insufficient to conclude that proximity exists between the same parties for *all* purposes. As discussed above, an overly broad characterization of an established category of proximity which fails to consider the scope of activity in respect of which proximity was previously recognized, risks a premature imposition of a *prima facie* duty of care. In our respectful view, this very error impairs the reasons of the trial judge and the Court of Appeal. This approach is fundamentally inconsistent with the framework set out by this Court in *Cooper*. For this reason, we do not agree that this Court has previously established a proximate relationship as between an auditor and its client for the purposes of soliciting investment. In these circumstances, we must undertake a full proximity analysis.

[53] As we have indicated above, the full proximity analysis in cases of negligent misrepresentation is focussed upon the purpose of the defendant's undertaking and the plaintiff's reliance. From August to October of 1997, the services which Deloitte provided to Livent — particularly its ongoing assistance in relation to the Press Release and the provision of the Comfort Letter — were undertaken for the purpose of helping Livent to solicit investment. Given this undertaking, Livent was entitled to rely upon Deloitte to carry out these services with reasonable care. From this, it follows that a relationship of proximity arose *in respect of the content of Deloitte's undertaking*. Deloitte's undertaking did *not* entitle Livent to rely on Deloitte's services and representations for *all* possible purposes. Rather, the "close and direct" relationship which obligated Deloitte to act with reasonable care was limited to the purpose for which Deloitte undertook to act. In this regard, we agree with the Chief Justice that "[l]oss that results from [Livent's] inability to attract investment . . . may fall within the scope of Deloitte's duty of care", though only in relation to the Press Release and Comfort Letter (para. 153).

[52] Le simple fait que l'existence d'un lien de proximité ait été reconnue entre un vérificateur et son client pour *une* fin donnée n'est pas suffisant pour conclure à l'existence d'un lien de proximité entre les mêmes parties pour *toutes* les fins. Rappelons qu'une interprétation trop large d'une catégorie établie de liens de proximité qui ne tient pas compte du champ d'activité à l'égard duquel l'existence d'un lien a déjà été établie risque de donner lieu à l'imposition prématurée d'une obligation de diligence *prima facie*. En toute déférence, c'est cette erreur même qui vicie les motifs du juge de première instance et de la Cour d'appel. Cette approche est fondamentalement incompatible avec le cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Cooper*. Pour ce motif, nous ne reconnaissons pas que la Cour a déjà établi l'existence d'un lien de proximité entre un vérificateur et son client à des fins de sollicitation de fonds d'investissement. Dans ces circonstances, nous devons procéder à une analyse exhaustive du lien de proximité.

[53] Comme nous l'avons déjà indiqué, dans le cas d'une déclaration inexacte faite par négligence, une telle analyse est axée sur l'objet de l'engagement du défendeur et le fait pour le demandeur de s'y fier. D'août à octobre 1997, les services que Deloitte a fournis à Livent — notamment une assistance constante concernant le communiqué de presse et la fourniture de la lettre de confort — avaient pour objet d'aider Livent à solliciter des investissements. Compte tenu de cet engagement, il était permis à Livent de s'attendre à ce que Deloitte agisse avec diligence raisonnable dans la prestation de ces services. Partant, il existe un lien de proximité *quant au contenu de l'engagement pris par Deloitte*. L'engagement de Deloitte *ne* permettait *pas* à Livent de se fier aux déclarations et aux services fournis par Deloitte à *toutes* les fins possibles. En fait, le lien « étroit et direct » qui obligeait Deloitte à faire preuve de diligence raisonnable se limitait à l'objet de l'engagement pris par celle-ci. À cet égard, nous sommes d'accord avec la Juge en chef pour dire que « [l]es pertes découlant de l'incapacité [de Livent] à attirer des investissements [. . .] peuvent [. . .] être visées par l'obligation de diligence de Deloitte », mais seulement relativement au communiqué de presse et à la lettre de confort (par. 153).

(ii) Reasonable Foreseeability

[54] Having established a relationship of proximity for the purpose of soliciting investment, Livent asserts that the increase in its liquidation deficit beginning in the fall of 1997 was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence, because "[t]he false financial picture that ought not to have been certified by Deloitte" was relied upon by Livent to artificially extend its solvency (R.F., at para. 108). In other words, had Deloitte resigned rather than continued to assist Livent in soliciting investment, Livent would have known its actual finances and avoided their interim deterioration. In our view, however, this type of injury was not a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligent assistance in soliciting investment. This follows from our earlier observations about how the scope of the parties' proximate relationship limits the type of injuries that are reasonably foreseeable.

[55] In cases of negligent misrepresentation or performance of a service, a plaintiff's injury will be reasonably foreseeable where (1) the defendant should reasonably foresee that the plaintiff will rely on his or her representation; and (2) reliance by the plaintiff would, in the particular circumstances of the case, be reasonable (*Hercules*, at para. 27). Whether reliance is reasonable and reasonably foreseeable will turn on whether the plaintiff had a right to rely on the defendant *for that purpose*. Here, Livent argues that it detrimentally relied on Deloitte's services and representations to artificially extend the life of the corporation. This reliance is not, however, tied to the solicitation of investment, but was a matter of oversight of management. Phrased in terms of Deloitte's undertaking, during the fall of 1997 Deloitte undertook to assist Livent in soliciting investment, not in oversight of management. Losses related to this undertaking — for example, an inability to solicit investment because of Deloitte's negligence — may be recoverable from Deloitte. But losses outside the scope of this undertaking, including those claimed here relating to a lack of oversight of management

(ii) Prévisibilité raisonnable

[54] Livent a établi l'existence d'un lien de proximité ayant comme fin la sollicitation d'investissements, et elle affirme que l'augmentation de son déficit de liquidation à partir de l'automne 1997 était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte, parce qu'elle s'était fiée au [TRADUCTION] « faux portrait financier que Deloitte n'aurait pas dû attester » pour prolonger artificiellement sa solvabilité (m.i., par. 108). En d'autres termes, si Deloitte avait démissionné plutôt que de continuer à aider Livent à solliciter des investissements, Livent aurait su quelle était sa situation financière réelle et aurait évité qu'elle se détériore entre-temps. Or, nous estimons que ce type de préjudice ne constitue pas une conséquence raisonnablement prévisible de l'assistance fournie par Deloitte de manière négligente en vue de solliciter des investissements. C'est ce qui ressort de nos observations précédentes quant à la façon dont la portée du lien de proximité entre les parties a pour effet de circonscrire le type de préjudices raisonnablement prévisibles.

[55] Dans le cas d'une déclaration inexacte faite par négligence ou de la prestation négligente d'un service, le préjudice subi par le demandeur sera raisonnablement prévisible (1) lorsque le défendeur pourrait raisonnablement prévoir que le demandeur se fier à sa déclaration; et (2) lorsque, dans les circonstances particulières de l'affaire, la confiance du demandeur serait raisonnable (*Hercules*, par. 27). Pour déterminer si la confiance du demandeur est raisonnable et raisonnablement prévisible, il faut se demander si le demandeur pouvait se fier au défendeur *à cette fin précise*. En l'espèce, Livent plaide qu'elle s'est fiée à son détriment aux déclarations et aux services fournis par Deloitte pour prolonger artificiellement l'existence de l'entreprise. Cette confiance n'est cependant pas liée à la sollicitation de fonds d'investissement, mais plutôt à la surveillance de la gestion. Aux termes de l'engagement pris par Deloitte, au cours de l'automne 1997, celle-ci s'est engagée à aider Livent à solliciter des fonds d'investissement, non pas à surveiller la gestion. Les pertes associées à cet engagement — par exemple, l'incapacité de solliciter des investissements en

extending Livent's solvency, are not recoverable from Deloitte. Simply put, Deloitte never undertook, in preparing the Comfort Letter, to assist Livent's shareholders in overseeing management; it cannot therefore be held liable for failing to take reasonable care to assist such oversight. And, given that Livent had no right to rely on Deloitte's representations for a purpose other than that for which Deloitte undertook to act, Livent's reliance was neither reasonable nor reasonably foreseeable. Consequently, the increase in Livent's liquidation deficit which arose from its reliance on the Press Release and Comfort Letter was not a reasonably foreseeable injury.

[56] This is not to say that Livent had no resources for oversight at the time Deloitte assisted in soliciting investment. Indeed, for internal oversight purposes, Livent could reasonably rely on Deloitte's 1996 Audit. Unlike the Comfort Letter, the 1996 Audit was prepared for the purpose of assisting shareholder oversight of management. As a consequence, its negligent preparation could result in reasonably foreseeable injury flowing from the shareholders' inability to oversee management. The trial judge, however, made a finding of fact that any negligence in Deloitte's preparation of the 1996 Audit caused no injury to Livent. As this finding has not been cross-appealed by Livent, we make no further comment on it.

(b) *Residual Policy Considerations*

[57] Having concluded that no *prima facie* duty of care arose in respect of Deloitte's assistance in soliciting investment and the resulting increase in Livent's liquidation deficit, there is no need to consider residual policy considerations.

raison de la négligence de Deloitte — sont susceptibles d'indemnisation par Deloitte. Ce n'est cependant pas le cas des pertes qui échappent à la portée de cet engagement, notamment celles qui sont liées à l'absence de surveillance de la gestion dont l'effet a été de prolonger la solvabilité de Livent. Autrement dit, en préparant la lettre de confort, Deloitte ne s'est jamais engagée à aider les actionnaires de Livent à surveiller la gestion. Deloitte ne saurait donc être tenue responsable pour avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable afin de faciliter cette surveillance. Et puisque Livent n'avait aucun droit de se fier aux déclarations de Deloitte à une fin autre que celle visée par l'engagement de cette dernière, la confiance de Livent n'était ni raisonnable ni raisonnablement prévisible. En conséquence, l'augmentation du déficit de liquidation de Livent découlant du fait que celle-ci s'est fiée au communiqué de presse et à la lettre de confort ne constituait pas un préjudice raisonnablement prévisible.

[56] Cela ne veut pas dire que Livent ne disposait d'aucun moyen de surveiller la gestion à l'époque où Deloitte l'a aidée à solliciter des investissements. En effet, pour les besoins d'une surveillance interne, Livent pouvait raisonnablement se fier au rapport de 1996 préparé par Deloitte. Contrairement à la lettre de confort, le rapport de 1996 avait pour objet d'aider les actionnaires à surveiller la gestion. Par conséquent, sa préparation négligente pouvait causer un préjudice raisonnablement prévisible, les actionnaires étant incapables de surveiller la gestion. Le juge de première instance a toutefois conclu en fait que la négligence dont Deloitte avait fait preuve dans la préparation du rapport de 1996 n'avait causé aucun préjudice à Livent. Puisque Livent n'a pas formé de pourvoi incident contre cette conclusion, nous nous abstenons de toute autre remarque à ce sujet.

(b) *Considérations de politique résiduelles*

[57] Ayant conclu à l'absence d'une obligation de diligence *prima facie* pour ce qui est de la collaboration de Deloitte dans la sollicitation de fonds d'investissement et de l'augmentation consécutive du déficit de liquidation de Livent, point n'est besoin d'examiner les considérations de politique résiduelles.

(2) 1997 Clean Audit Opinion (April 1998)

(a) *Prima Facie Duty of Care*

(i) Proximity

[58] This Court has previously established that an auditor owes its corporate client a duty of care in the preparation of a statutory audit. It follows that the established proximate relationship in *Hercules* will be dispositive of the existence of a duty of care in this case, unless the purpose of Deloitte's undertaking to prepare such an audit in this case can be distinguished from the undertaking in *Hercules*. As we will show, it cannot.

[59] In *Hercules*, at para. 48, this Court cited Lord Oliver's statement in *Caparo*, at p. 583, identifying the purposes of a statutory audit:

It is the auditors' function to ensure, so far as possible, that the financial information as to the company's affairs prepared by the directors accurately reflects the company's position in order, first, to protect the company itself from the consequences of undetected errors or, possibly, wrongdoing . . . and, second, to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company's affairs and to exercise their collective powers to reward or control or remove those to whom that conduct has been confided. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

[60] These purposes, according to La Forest J., were no different under the statutory audit provisions in Manitoba's *Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, which were at issue in *Hercules*. Regarding the second purpose, this Court stated that a statutory audit was necessary to "permit the shareholders, as a body, to make decisions as to the manner in which they want the corporation to be managed, to assess the performance of the directors and officers, and to decide whether or not they wish to retain the existing management or to have them replaced" (*Hercules*, at para. 49). The purpose of the audited

(2) Opinion sans réserve pour l'exercice 1997 (avril 1998)

a) *Obligation de diligence prima facie*

(i) Proximité

[58] Notre Cour a déjà établi que le vérificateur est tenu à l'égard d'une société cliente à une obligation de diligence dans la préparation d'une vérification exigée par la loi. Il s'ensuit que le lien de proximité reconnu dans l'arrêt *Hercules* sera déterminant pour ce qui est de l'existence d'une obligation de diligence en l'espèce, à moins que la fin à laquelle Deloitte s'est engagée à préparer cette vérification soit différente de celle en cause dans l'arrêt *Hercules*. Comme nous le verrons, elle ne l'est pas.

[59] Dans l'arrêt *Hercules*, par. 48, notre Cour a cité les propos formulés par lord Oliver dans l'arrêt *Caparo*, p. 583, au sujet des objectifs d'une vérification exigée par la loi :

[TRADUCTION] Il appartient aux vérificateurs de s'assurer, autant que possible, que l'information financière relative aux affaires de la société préparée par les administrateurs reflète exactement la situation de la société, afin, premièrement, de protéger la société elle-même contre les conséquences d'erreurs ou, peut-être, de fautes non décelées [ . . . ] et, deuxièmement, de fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner soigneusement la gestion des affaires de la société et d'exercer leurs pouvoirs collectifs de récompenser, de contrôler ou de destituer ceux à qui cette gestion a été confiée. [Nous soulignons; soulignement dans l'original omis.]

[60] Selon le juge La Forest, ces buts ne diffèrent pas de ceux visés aux dispositions relatives à la vérification exigée par la *Loi sur les corporations*, L.R.M. 1987, c. C225, du Manitoba, en cause dans *Hercules*. Au sujet du deuxième but, notre Cour a déclaré qu'une vérification exigée par la loi était nécessaire afin de « permettre [aux actionnaires], en tant qu'entité, de prendre des décisions quant à la façon dont ils veulent que la société soit gérée, d'évaluer le rendement des administrateurs et des dirigeants, et de décider s'ils veulent les garder en poste ou les remplacer » (*Hercules*, par. 49). Ainsi,

reports then “was, precisely, to assist the collectivity of shareholders of the audited companies in their task of overseeing management” (*ibid.*).

[61] No party before us has suggested that the purposes for which a statutory audit is prepared, and which have been recognized in Canadian law for 20 years, have changed. These purposes are consistent with the governing statute in this case: Ontario’s *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (“*OBCA*”). In particular, ss. 153 and 154 of the *OBCA* require Deloitte, as Livent’s auditor, to examine Livent’s financial statements in order for Livent’s directors to fulfill their obligation to place a yearly statutory audit before its shareholders at the annual general meeting. And, while the engagement letters between Deloitte and Livent indicated that the detection of fraud was not guaranteed even where Deloitte acted with all reasonable care, they did not disclaim liability for negligently failing to uncover fraud. Thus, in our view, Deloitte did not alter the purpose for which it undertook to provide the 1997 Audit or disclaim liability in relation to that purpose.

[62] Given the foregoing, no basis exists for distinguishing the purpose of the statutory audit in this case from the purpose which underlay the statutory audit in *Hercules*. It follows that proximity is established between Livent and Deloitte in relation to the statutory audit, on the basis of the previously recognized proximate relationship identified by this Court.

(ii) Reasonable Foreseeability

[63] Livent says that the increase in its liquidation deficit was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte’s negligent audit, because the audit preserved a false financial picture upon which Livent relied to artificially extend its solvency and delay filing for bankruptcy. In other words, if Deloitte had taken reasonable care in auditing Livent, then

le but des rapports de vérification « était précisément d’aider la collectivité des actionnaires des sociétés vérifiées à en surveiller la gestion » (*ibid.*).

[61] Aucune des parties devant nous n’a prétendu que les buts visés par la préparation de la vérification exigée par la loi, qui sont reconnus en droit canadien depuis une vingtaine d’années, ont changé. Ces buts sont compatibles avec la loi ontarienne applicable en l’espèce, la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16 (« *LSAO* »). Plus particulièrement, les art. 153 et 154 de la *LSAO* exigent que Deloitte, en tant que vérificateur de Livent, procède à l’examen des états financiers de cette dernière afin que les administrateurs de Livent puissent s’acquitter de leur obligation de soumettre chaque année aux actionnaires, lors de l’assemblée générale annuelle, un rapport du vérificateur. Par ailleurs, bien qu’il fût précisé dans les lettres de mission entre Deloitte et Livent que la détection de la fraude n’était pas garantie même si Deloitte prenait toutes les précautions raisonnables, elles ne libéraient pas cette dernière de sa responsabilité en cas d’omission, par négligence, de détecter une fraude. Nous estimons donc que Deloitte n’a pas modifié le but dans lequel elle s’est engagée à produire le rapport de 1997 ni ne s’est déchargée de toute responsabilité à l’égard de ce but.

[62] Compte tenu de ce qui précède, aucune raison ne justifie d’établir une distinction entre le but de la vérification exigée par la loi en l’espèce et le but qui sous-tendait la vérification exigée par la loi en cause dans l’arrêt *Hercules*. Il s’ensuit que l’existence d’un lien de proximité est établie entre Livent et Deloitte quant à la vérification exigée par la loi, compte tenu du rapport de proximité déjà reconnu par notre Cour.

(ii) Prévisibilité raisonnable

[63] Livent affirme que l’augmentation de son déficit de liquidation était une conséquence prévisible de la vérification négligente de Deloitte, parce que le rapport de vérification a préservé un faux portrait financier sur lequel Livent s’est appuyée pour prolonger de façon artificielle sa solvabilité et retarder sa mise en faillite. Autrement dit, si Deloitte avait

Livent would have discovered the fraud and avoided the interim deterioration of its assets.

[64] In our view, this type of injury was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligent audit. The purpose of the 1997 Audit was, as this Court described in *Hercules*, two-fold: (1) to protect the company from the consequences of undetected errors and wrongdoing; and (2) to provide shareholders with reliable intelligence enabling oversight (para. 48, citing *Caparo*, at p. 583). Those purposes, as we have already described in our discussion of proximity generally, inform the scope of reasonably foreseeable injury. Specifically, at the time Deloitte undertook to provide the 1997 Audit, Livent was entitled to rely on Deloitte to take reasonable care in doing so for these recognized purposes. Livent's reliance on Deloitte for the purpose of overseeing the conduct of management was therefore both reasonable and reasonably foreseeable. And, as Livent's injury arises from its detrimental reliance, the injury linked to that reliance is itself reasonably foreseeable.

[65] It follows that the type of injury Livent suffered here was a reasonably foreseeable consequence of Deloitte's negligence. Through the 1997 Audit, Deloitte undertook to assist Livent's shareholders in scrutinizing management conduct. By negligently conducting the audit, and impairing Livent's shareholders' ability to oversee management, Deloitte exposed Livent to reasonably foreseeable risks, including "business losses" that would have been avoided with a proper audit. Indeed, the risk of injury flowing from undetected fraud is *precisely* the type of injury statutory audits seek to avoid.

[66] We add one final point in this regard. In *Hercules* (at para. 48), this Court cited *Caparo* for

pris des précautions raisonnables en procédant à la vérification des états financiers de Livent, cette dernière aurait découvert la fraude et évité la dévalorisation de son actif entre-temps.

[64] À notre avis, ce type de préjudice était une conséquence raisonnablement prévisible de la vérification négligente faite par Deloitte. Le but du rapport de 1997 était double, comme la Cour l'a indiqué dans *Hercules* : (1) protéger la société contre les conséquences d'erreurs et de fautes non décelées; et (2) fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d'examiner la gestion de l'entreprise (par. 48, citant *Caparo*, p. 583). Ces buts, comme nous l'avons déjà expliqué de façon générale dans notre analyse de la proximité, précisent la portée du préjudice raisonnablement prévisible. Plus précisément, au moment où Deloitte s'est engagée à produire le rapport de 1997, Livent était en droit de s'attendre à ce que Deloitte prenne des précautions raisonnables pour le préparer dans le respect de ces buts reconnus. Que Livent s'en soit remise à Deloitte dans le but de surveiller la conduite de la gestion était donc aussi raisonnable que raisonnablement prévisible. Et, puisque le préjudice subi par Livent découle de la confiance qu'elle a eue à son détriment, le préjudice lié à cette confiance était lui-même raisonnablement prévisible.

[65] Il s'ensuit que le type de préjudice subi par Livent en l'espèce était une conséquence raisonnablement prévisible de la négligence de Deloitte. Par le rapport de 1997, Deloitte s'est engagée à aider les actionnaires de Livent à examiner en détail la conduite de la gestion. En effectuant cette vérification avec négligence, et en restreignant la capacité des actionnaires de Livent à surveiller la gestion, Deloitte a exposé Livent à des risques raisonnablement prévisibles, notamment à des « pertes d'entreprise » qu'une vérification adéquate aurait permis d'éviter. D'ailleurs, le risque de préjudice découlant d'une fraude non détectée est *précisément* le type de préjudice qu'une vérification exigée par la loi vise à prévenir.

[66] Un dernier point à cet égard. Dans l'arrêt *Hercules* (par. 48), la Cour a cité l'arrêt *Caparo* à

the proposition that statutory audits are conducted, in part, “to provide shareholders with reliable intelligence for the purpose of enabling them to scrutinise the conduct of the company’s affairs”. If subsequent business decisions that would not have survived such scrutiny do not fall within the scope of an auditor’s duty of care, one wonders what injury, if any, could result in liability for a negligent audit with respect to this recognized auditing purpose. Corporate scrutiny connotes both *knowledge* of problems within the corporation, and *decisions* reflecting an appreciation of those problems. Indeed, it is only by acting on the knowledge contained in an audit that is the product of reasonable care that corporation’s avoid losses that would have otherwise occurred without that audit.

(b) *Residual Policy Considerations*

[67] Having found a proximate relationship based on a previously recognized category, we need not consider residual policy considerations to negate or limit the scope of the duty of care (*Cooper*, at para. 39). Nonetheless, as the Chief Justice finds, in the alternative, that the policy consideration of indeterminate liability would deny recovery in this case (paras. 165-66), it is useful to examine how the established proximate relationship engaged in this case precludes indeterminate liability.

[68] As discussed, the character of indeterminacy in these cases has three pertinent aspects: (1) temporal; (2) claimant; and (3) value (*Hercules*, at para. 31, citing *Ultramares*, at p. 444). None of them arise here, consistent with our earlier observation that a robust application of the *Anns/Cooper* framework will usually, if not always, preclude the imposition of liability that is in any way indeterminate (*Saadati*, at para. 34; *Fallowka*, at para. 70).

l’appui de la proposition selon laquelle les vérifications exigées par la loi visent notamment à « fournir aux actionnaires des renseignements fiables qui leur permettront d’examiner soigneusement la gestion des affaires de la société ». Si les décisions d’affaires prises par la suite — qui n’auraient pas résisté à un tel examen — ne relèvent pas de l’obligation de diligence du vérificateur, on peut se demander quel préjudice, s’il en est, pourrait donner lieu à une responsabilité pour vérification négligente quant à ce but reconnu de la vérification. La surveillance des affaires d’une entreprise suppose non seulement que l’on *connait* les problèmes de celle-ci, mais aussi que l’on prend des *décisions* témoignant d’une compréhension de ces problèmes. En fait, ce n’est qu’en agissant en fonction des renseignements contenus dans un rapport de vérification préparé de façon raisonnablement diligente qu’une entreprise peut éviter des pertes auxquelles elle n’aurait pu échapper sans cette vérification.

b) *Considérations de politique résiduelles*

[67] Ayant conclu à l’existence d’un lien de proximité relevant d’une catégorie déjà reconnue, point n’est besoin d’examiner les considérations de politique résiduelles qui écarteraient l’obligation de diligence ou en restreindraient la portée (*Cooper*, par. 39). Néanmoins, comme la Juge en chef conclut, subsidiairement, que la considération de politique de la responsabilité indéterminée empêcherait toute indemnisation en l’espèce (par. 165-166), il est utile d’examiner comment le lien de proximité établi en l’espèce rend impossible la responsabilité indéterminée.

[68] Comme nous l’avons vu, l’indétermination dans de tels cas peut être considérée sous trois aspects pertinents : (1) un temps indéterminé, (2) un demandeur indéterminé et (3) un montant indéterminé (*Hercules*, par. 31, citant *Ultramares*, p. 444). Aucun de ces aspects n’est présent en l’espèce, ce qui est conforme à l’observation que nous avons formulée plus tôt, selon laquelle une application rigoureuse du cadre d’analyse retenu dans les arrêts *Anns* et *Cooper* aura habituellement, sinon toujours, pour effet d’empêcher l’imposition d’une responsabilité qui soit de quelque façon indéterminée (*Saadati*, par. 34; *Fallowka*, par. 70).

[69] Here, as to temporal indeterminacy, any suggestion that Livent could recover indefinitely from the negligent preparation of the 1997 Audit fundamentally mischaracterizes the scope of *annual* statutory audits. The injury flowing from the 1997 Audit could not be assessed over an *indeterminate* time window. Rather, statutory audits must occur annually (*OBCA*, s. 154). As a result, the liability that could attach to one year’s negligent audit could not extend beyond the following year’s audit, which would effectively supersede the prior year’s audit as the factual and legal cause of the injury alleged. Put simply, the time window during which liability might flow from a single negligent statutory audit is not indeterminate. It is one year.

[70] Regarding claimant indeterminacy, the class of claimants here could not be further from *indeterminate*: it represents one single claimant — Livent. In *Hercules*, this Court noted that “audit reports will be relied on by many different people (e.g., shareholders, creditors, potential take-over bidders, investors, etc.)” (para. 32). That claim gave rise to indeterminate liability because the class of claimants (the “many different people”) was indeterminate. For example, any number of investors could rely on an audit to inform their investment decisions. This case, in contrast, is entirely distinguishable. The fact of a single potential claimant raises no concern of claimant indeterminacy.

[71] We note, parenthetically, that Deloitte characterizes Livent’s claim as, in reality (that is, in light of its insolvency), a claim by its various stakeholders. But this submission conflates the plaintiff, Livent, with the stakeholders who may benefit from the success of Livent’s claim, thereby disregarding Livent’s separate corporate personality. More importantly, it directly contradicts this Court’s holding

[69] En l’espèce, au regard de l’indétermination temporelle, toute prétention voulant que Livent puisse être indemnisée pendant un temps indéterminé du fait de la préparation négligente du rapport de 1997 dénature fondamentalement la portée des vérifications *annuelles* exigées par la loi. L’évaluation du préjudice découlant du rapport de 1997 ne saurait porter sur une période *indéterminée*. Au contraire, les vérifications exigées par la loi doivent se faire sur une base annuelle (*LSAO*, art. 154). Partant, la responsabilité qui pourrait s’attacher à la vérification négligente pour un exercice en particulier ne saurait aller au-delà de la vérification pour l’exercice suivant, laquelle remplacerait en fait la vérification antérieure en tant que cause factuelle et juridique du préjudice allégué. En termes simples, le délai pendant lequel il est possible d’encourir une responsabilité en raison d’une seule vérification exigée par la loi entachée de négligence n’est pas indéterminé. Il est de un an.

[70] Pour ce qui est de l’indétermination quant au demandeur, la catégorie de demandeurs visée en l’espèce ne pourrait être moins *indéterminée* : elle est constituée d’un seul demandeur — Livent. Dans l’arrêt *Hercules*, notre Cour a fait remarquer que « différentes personnes (par exemple, des actionnaires, des créanciers, les auteurs éventuels d’une offre de prise de contrôle, des investisseurs, etc.) se fieront [. . .] à leurs rapports de vérification » (par. 32). Ce recours a donné lieu à une responsabilité indéterminée parce que la catégorie de demandeurs (les « différentes personnes ») était indéterminée. Par exemple, un nombre indéterminé d’investisseurs pouvaient se fier au rapport de vérification pour éclairer leurs décisions en matière d’investissement. La présente affaire est, par contre, totalement différente. Le fait qu’il n’y a qu’un seul demandeur potentiel écarte toute possibilité d’indétermination.

[71] Soulignons en passant que Deloitte dit de l’action intentée par Livent qu’elle est intentée, en réalité (c’est-à-dire, à la lumière de son insolvabilité), par ses différentes parties intéressées. Or, cet argument confond la demanderesse, Livent, avec ses parties intéressées qui pourraient tirer profit du succès de l’action intentée par elle, et fait ainsi abstraction de la personnalité morale distincte de Livent.

in *Hercules* that a derivative action — which, too, could benefit various stakeholders — is the appropriate vehicle for a claim regarding a negligent statutory audit (paras. 1 and 58-64).

[72] The absence of temporal and claimant indeterminacy in turn explains the absence of value indeterminacy in this case. Here, Livent’s improvident use of investment funds could not result in liability of an *indeterminate* value. Rather, the liability in this case could not exceed the losses of a single corporation. When undertaking to audit Livent, Deloitte must have known that Livent was a substantial corporation, and in turn, that it could suffer large financial losses if misinformed by its auditor. But *significant* liability is distinct from *indeterminate* liability (*Gross*, at para. 38). Put differently, Deloitte was, indeed, “able to gauge the scale of its potential liability” before undertaking the 1997 Audit (Chief Justice’s reasons, at para. 176). This is a far cry from the limitless potential quantum of lost investments by innumerable third parties relying on audit statements for their own investment decisions (see *Hercules*, at para. 32). The concern that Deloitte did not know “the scope of [its] liability at the time [it took] on [its] engagement” with Livent (Chief Justice’s reasons, at para. 176) conflates *indeterminate* liability with *undetermined* liability.

[73] The Chief Justice describes the liability sought to be imposed here as “indeterminate” because Livent’s reliance purportedly fell outside the scope of Deloitte’s undertaking (para. 170). We disagree. To the contrary, value indeterminacy is limited by the purposes for which the audit was prepared, and Livent’s reliance fell squarely within that purpose. In *Hercules*, this Court rejected a claim by investors because they might use audit reports for a “collateral or unintended purpose” (para. 38), thereby giving rise to indeterminate liability (since the variety of purposes to which an audit may be

Plus important encore, cet argument va directement à l’encontre de la conclusion de notre Cour dans *Hercules* selon laquelle une action oblique — qui, elle aussi, pourrait profiter à divers intéressés — est le recours approprié en cas de vérification exigée par la loi entachée de négligence (par. 1 et 58-64).

[72] L’absence d’une indétermination quant au temps et au demandeur explique par ailleurs l’absence d’une indétermination quant à la valeur en l’espèce. Ici, l’utilisation malavisée des fonds d’investissement par Livent ne peut donner lieu à une responsabilité pour une valeur *indéterminée*. En fait, la responsabilité dont il est question en l’espèce ne saurait excéder les pertes d’une seule entreprise. Lorsqu’elle a accepté de procéder à la vérification de Livent, Deloitte devait savoir que Livent était une entreprise d’envergure, et qu’elle pouvait subir d’importantes pertes financières si elle était mal informée par son vérificateur. Mais une responsabilité *importante* est distincte d’une responsabilité *indéterminée* (*Gross*, par. 38). Autrement dit, Deloitte était, en réalité, « en mesure d’évaluer l’ampleur de sa responsabilité éventuelle » avant d’entreprendre son rapport de 1997 (motifs de la Juge en chef, par. 176). La situation est très différente du montant potentiellement illimité correspondant aux investissements perdus par un nombre incalculable de tiers ayant fondé leurs décisions d’affaires sur des états financiers vérifiés (voir *Hercules*, par. 32). La considération selon laquelle Deloitte ne connaissait pas « l’étendue de [sa] responsabilité au moment où [elle accepte] un engagement » de Livent (motifs de la Juge en chef, par. 176) confond la responsabilité *indéterminée* et la responsabilité *non déterminée*.

[73] La Juge en chef qualifie la responsabilité que l’on cherche à imposer en l’espèce d’« indéterminé[e] » parce que la confiance de Livent échapperait à la portée de l’engagement de Deloitte (par. 170). Nous ne partageons pas cet avis. Au contraire, l’indétermination quant à la valeur est limitée par les fins auxquelles le rapport de vérification a été préparé, et le fait pour Livent de s’y fier correspondait clairement à ces fins. Dans l’arrêt *Hercules*, notre Cour a rejeté une action intentée par des investisseurs au motif qu’ils pouvaient utiliser les rapports de vérification « pour quelque fin connexe ou non

put is potentially limitless). But that is not the case here. The 1997 Audit was prepared for the express purpose of oversight of management by Livent's shareholders, and the loss at issue flowed from those shareholders' inability to conduct that oversight. It follows that the purposes underlying the 1997 Audit — of which, as we have explained, there are only two — do not give rise to potential indeterminacy, and by corollary, relate to potential losses that, too, are not indeterminate. This is not a case where, for example, an unknown third-party relied on an audit to launch a takeover bid — a purpose outside the scope of the audit (*Hercules*, at para. 32). Rather, this is a case in which an established purpose of the audit was undermined, and where losses predictably flowed from that failed purpose (*Haig*, at pp. 478-79).

[74] Here, *one* claimant (Livent) is suing Deloitte for failing to satisfy one of *two* auditing purposes (oversight of management) which would have been superseded by an audit *one* year later. No indeterminate liability arises in this context. In this regard, La Forest J.'s remarks for this Court in *Hercules* (at para. 37) are apposite:

... in cases where the defendant knows the identity of the plaintiff (or of a class of plaintiffs) and where the defendant's statements are used for the specific purpose or transaction for which they were made, policy considerations surrounding indeterminate liability will not be of any concern since the scope of liability can readily be circumscribed.

[75] The lack of indeterminacy here between Deloitte (an auditor) and Livent (its corporate client) is unsurprising given (1) this Court's recognition in *Hercules* that a duty of care exists between an auditor and its corporate client in relation to a statutory audit; and (2) this Court's direction in *Cooper* that the second stage of the *Anns/Cooper* framework

voulue » (par. 38), ce qui donnait lieu à une responsabilité indéterminée (puisque les diverses fins auxquelles peut servir un rapport de vérification sont potentiellement illimitées). Or, ce n'est pas le cas en l'espèce. Le rapport de 1997 a été préparé dans le but exprès de permettre aux actionnaires de Livent de surveiller la gestion, et la perte en question est le résultat de leur incapacité à assurer cette surveillance. Il s'ensuit que les buts qui sous-tendent le rapport de 1997 — deux seulement, comme nous l'avons expliqué — ne donnent pas lieu à une éventuelle indétermination, et s'attachent, corollairement, à des pertes éventuelles qui, elles non plus, ne sont pas indéterminées. Il ne s'agit pas d'un cas où, par exemple, une tierce partie inconnue se serait fiée à un rapport de vérification pour faire une offre publique d'achat — un but qui échappe à la portée de la vérification (*Hercules*, par. 32). Il s'agit plutôt d'un cas où l'un des objectifs établis de la vérification a été sapé, et où, comme il fallait s'y attendre, des pertes s'en sont suivies (*Haig*, p. 478-479).

[74] En l'espèce, *une seule* demanderesse (Livent) poursuit Deloitte pour défaut de respecter l'une des *deux* fins visées par le rapport de vérification (la surveillance de la gestion), lequel rapport aurait été remplacé par une vérification effectuée *une* année plus tard. Il n'y a aucune responsabilité indéterminée dans un tel contexte. À cet égard, les observations formulées au nom de la Cour par le juge La Forest dans l'arrêt *Hercules* (par. 37) sont pertinentes :

... dans les cas où le défendeur connaît le demandeur (ou la catégorie de demandeurs) et où les déclarations du défendeur sont utilisées précisément dans le but ou aux fins de l'opération pour lesquels elles ont été faites, les considérations de principe entourant la responsabilité indéterminée sont dénuées d'intérêt étant donné que l'étendue de la responsabilité peut facilement être circonscrite.

[75] L'absence d'indétermination en l'espèce entre Deloitte (un vérificateur) et Livent (l'entreprise qui est sa cliente) n'a rien de surprenant étant donné (1) que dans l'arrêt *Hercules*, notre Cour a reconnu l'existence d'une obligation de diligence entre un vérificateur et l'entreprise qui est sa cliente relativement à une vérification exigée par la loi; et (2) que

need not be considered where a previously recognized proximate relationship exists.

(c) *Remoteness*

[76] The Chief Justice says that Deloitte's complete immunity from liability would similarly flow from a remoteness analysis (para. 173). We disagree.

[77] In a successful negligence action, a plaintiff must demonstrate that (1) the defendant owed him or her a duty of care; (2) the defendant's behaviour breached the standard of care; (3) the plaintiff sustained damage; and (4) the damage was caused, in fact and in law, by the defendant's breach (*Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at para. 3; *Saadati*, at para. 13). The principle of remoteness, or legal causation, examines whether "the harm [is] too unrelated to the wrongful conduct to hold the defendant fairly liable" (*Mustapha*, at para. 12, citing A. M. Linden and B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8th ed. 2006), at p. 360; see also *Saadati*, at para. 34). It is trite law that "it is the foresight of the reasonable man which alone can determine responsibility" (*Mustapha*, at paras. 11-13, citing *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.), at p. 424). Therefore, injury will be sufficiently related to the wrongful conduct if it is a reasonably foreseeable consequence of that conduct.

[78] We acknowledge that remoteness, so understood, overlaps conceptually with the reasonable foreseeability analysis conducted in the *prima facie* duty of care analysis (*Mustapha*, at para. 15). But the two are distinct: the duty analysis is concerned with *the type of injury* that is reasonably foreseeable as flowing from the defendant's conduct, whereas the remoteness analysis is concerned with the reasonable foreseeability of *the actual injury* suffered by the plaintiff (L. N. Klar and C. S. G. Jefferies,

dans l'arrêt *Cooper*, notre Cour a indiqué qu'il n'était pas nécessaire d'examiner le deuxième volet du cadre établi dans les arrêts *Anns* et *Cooper* lorsqu'il existe un lien de proximité déjà reconnu.

c) *Éloignement*

[76] La Juge en chef affirme que l'exonération absolue de responsabilité serait tout autant accordée à Deloitte à l'issue d'une analyse fondée sur le caractère éloigné (par. 173). Nous ne sommes pas de cet avis.

[77] Pour avoir gain de cause dans une action fondée sur la négligence, le demandeur doit démontrer (1) que le défendeur avait envers lui une obligation de diligence; (2) que par ses agissements, le défendeur a manqué à la norme de diligence; (3) que le demandeur a subi des dommages; et (4) que ces dommages sont imputables, en fait et en droit, au manquement du défendeur (*Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 3; *Saadati*, par. 13). Le principe de l'éloignement, ou de la causalité juridique, appelle à se demander si [TRADUCTION] « le préjudice a trop peu de lien avec l'acte fautif pour que le défendeur puisse raisonnablement être tenu responsable » (*Mustapha*, par. 12, citant A. M. Linden et B. Feldthusen, *Canadian Tort Law* (8<sup>e</sup> éd. 2006), p. 360; voir aussi *Saadati*, par. 34). Il est bien établi en droit que [TRADUCTION] « le fait que le préjudice était prévisible par l'homme raisonnable est le seul critère de la responsabilité » *Mustapha*, par. 12, citant *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.), p. 424). Ainsi, le préjudice aura un lien suffisant avec l'acte fautif s'il en est une conséquence raisonnablement prévisible.

[78] Nous reconnaissons qu'ainsi interprété, le principe de l'éloignement recoupe en théorie l'analyse de la prévisibilité raisonnable considérée dans le cadre de l'analyse de l'obligation de diligence *prima facie* (*Mustapha*, par. 15). Mais les deux analyses sont distinctes : l'analyse relative à l'obligation de diligence s'intéresse *au type de préjudice* qu'il est raisonnable de prévoir qu'il découlera de la conduite du défendeur, alors que l'analyse relative à l'éloignement s'attache à la prévisibilité raisonnable

*Tort Law* (6th ed. 2017), at p. 565: “Remoteness questions deal with how far liability should extend in reference to injuries caused to the plaintiff, once a duty relationship [has] been established” (emphasis added)).

[79] Remoteness, at its core, turns on the reasonable foreseeability of the actual injury suffered by the plaintiff. But, and as we have explained, the loss here — stemming from Deloitte’s failure to fulfill the specific undertaking it made to Livent — was reasonably foreseeable. It follows that remoteness is not a bar to Livent’s recovery.

[80] Nonetheless, the Chief Justice holds that Livent’s loss is too remote because it cannot be attributed to its shareholders’ reliance on the 1997 Audit for the purpose of overseeing management. Specifically, she says that “Livent did not prove and the trial judge did not find that Livent’s shareholders relied on Deloitte’s negligent audit statements, or that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets” (para. 159). With respect, we see the matter differently. In its amended statement of claim, Livent advanced its theory of impaired shareholder reliance (A.R., vol. III, at p. 112):

As a consequence of the Auditors’ breaches of duty, they missed repeated opportunities to uncover and reveal the accounting irregularities and errors being orchestrated by Drabinsky and Gottlieb. Consequently, the Livent Stakeholders were deprived of the opportunity to exercise their collective will by, inter alia, ousting Drabinsky and Gottlieb thereby avoiding further losses, damages and liabilities incurred by Livent and the Livent Stakeholders. [Emphasis added.]

[81] Similarly, when the trial judge summarized Livent’s position at trial, he wrote (at para. 23):

du *préjudice réel* subi par le demandeur (L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6<sup>e</sup> éd. 2017), p. 565 : [TRADUCTION] « Les questions relatives à l’éloignement visent à déterminer l’étendue de la responsabilité au regard du préjudice causé au demandeur, une fois établie l’existence d’une relation découlant d’une obligation » (nous soulignons)).

[79] L’éloignement, pour l’essentiel, tient à la prévisibilité raisonnable du préjudice réel subi par le demandeur. Or, et comme nous l’avons expliqué, la perte en l’espèce — qui découle du défaut de Deloitte de respecter l’engagement précis qu’elle avait pris envers Livent — *était* raisonnablement prévisible. Il s’ensuit que l’éloignement n’est pas un obstacle à l’indemnisation de Livent.

[80] Pourtant, la Juge en chef estime que la perte de Livent est trop éloignée parce qu’on ne saurait l’attribuer au fait que les actionnaires se sont fiés au rapport de 1997 pour surveiller la gestion de l’entreprise. En particulier, elle affirme que « Livent n’a pas prouvé, et le juge de première instance n’a pas conclu, que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que s’ils avaient reçu des états financiers exacts et s’y étaient fiés, ils auraient agi d’une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs » (par. 159). Avec égards, nous envisageons la question différemment. Dans sa déclaration modifiée, Livent a fait valoir comme suit sa thèse de la confiance compromise des actionnaires (m.a., vol. III, p. 112) :

[TRADUCTION] En raison des manquements à leur obligation, les vérificateurs ont raté maintes occasions de découvrir et de révéler les irrégularités et erreurs comptables planifiées par Drabinsky et Gottlieb. En conséquence, les parties intéressées de Livent ont été privées de l’occasion d’exercer leur volonté collective, notamment en limogeant Drabinsky et Gottlieb et en évitant du coup les pertes, dommages et dettes encore plus élevés qu’ont subis Livent et les parties intéressées de Livent. [Nous soulignons.]

[81] De même, en résumant la thèse défendue par Livent au procès, le juge de première instance a écrit ce qui suit (par. 23) :

[Deloitte's] alleged negligent issuance of unqualified opinions, in turn, deprived the honest directors and shareholders of the opportunity to put a stop to the fraud, and the losses eventually caused to the company by the fraud, at an earlier date. [Emphasis added.]

[82] The trial judge accepted this theory: “. . . I believe that the honest directors and innocent shareholders in this case were entitled to rely on Deloitte's audits to discharge their supervisory task . . .” (para. 341). Nonetheless, the Chief Justice would deny liability because, in her view, “Livent offered no proof to support” the assertion that its shareholders would have called management to account had they received a non-negligent audit in March of 1998 (para. 161). But this is *precisely* what the record shows. On November 18, 1998, Livent received a prudently prepared audit of its restated 1997 financial statements. This prudent audit disclosed a “significant, if not staggering” difference in reported income (trial reasons, at para. 15). Specifically, the prudent audit uncovered an additional loss of over \$50 million during the 1997 fiscal year.

[83] Livent's response upon receipt of this audit report is telling and, in our view, belies any suggestion that informed shareholder scrutiny would have permitted Livent to act in any manner other than expected. *That same day*, “Drabinsky and Gottlieb were dismissed for cause . . . and Livent voluntarily made a petition for bankruptcy protection” in the United States (trial reasons, at para. 16). *The next day*, “Livent filed for protection under the [Companies' Creditors Arrangement Act, R.S.C. 1985, c. C-36] in Canada” (*ibid.*). It is difficult to conceive of a clearer demonstration of when and how Livent's shareholders would have “prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets” had Deloitte prepared a prudent audit in March of 1998 (Chief Justice's reasons, at para. 159).

[TRADUCTION] La négligence dont [Deloitte] aurait fait preuve en produisant des opinions sans réserve a, du même coup, privé les administrateurs et les actionnaires honnêtes de la possibilité de mettre, avant la date à laquelle ils l'ont fait, un terme à la fraude, ainsi qu'aux pertes que la société a ultimement subies. [Nous soulignons.]

[82] Le juge de première instance a accepté cette thèse : [TRADUCTION] « . . . je crois que les administrateurs honnêtes et les actionnaires innocents en l'espèce devaient pouvoir se fier aux vérifications faites par Deloitte pour s'acquitter de leur tâche de surveillance . . . » (par. 341). Néanmoins, la Juge en chef ne reconnaît pas la responsabilité de Deloitte parce que selon elle, « Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui » de l'affirmation selon laquelle ses actionnaires auraient demandé à la direction de rendre des comptes s'ils avaient reçu un rapport non entaché de négligence en mars 1998 (par. 161). Or, *c'est précisément* ce qui ressort du dossier. Le 18 novembre 1998, Livent a reçu un rapport de vérification — prudemment préparé — de ses états financiers modifiés pour l'exercice 1997. Ce rapport de vérification prudent révélait un écart « important, voire colossal » dans le revenu déclaré (motifs de première instance, par. 15). Plus particulièrement, ce rapport laissait voir une perte additionnelle de plus de 50 millions de dollars pour l'exercice 1997.

[83] La réponse de Livent, lorsqu'elle a reçu ce rapport, est éloquente et, à notre avis, elle contredit toute prétention qu'un examen attentif par des actionnaires informés aurait permis à Livent d'agir autrement que de la manière attendue. *Ce même jour*, [TRADUCTION] « Drabinsky et Gottlieb ont été congédiés pour un motif valable [. . .] et Livent a elle-même demandé la protection de la loi sur la faillite » aux États-Unis (motifs de première instance, par. 16). *Le lendemain*, « Livent s'est placée sous la protection de la [Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-36] au Canada » (*ibid.*). Il est difficile de démontrer avec plus d'éloquence quand et comment les actionnaires de Livent auraient « empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs » si Deloitte s'était montrée prudente dans la préparation de son rapport de vérification en mars 1998 (motifs de la Juge en chef, par. 159).

[84] On this record, any speculation that Livent’s shareholders might have done nothing in response to rampant fraud is simply unsustainable. Indeed, the similarly speculative claim that Livent’s shareholders might have done nothing when confronted with a notional liquidation deficit of approximately \$365 million in early April 1998 (when we know that the actual liquidation deficit of \$413.83 million in mid-November 1998 prompted Livent’s immediate petition into bankruptcy) is — also in light of this record — equally improbable.

[85] The Chief Justice, however, advances one additional basis upon which to deny Deloitte’s liability: that Deloitte should be liable “only for the information” it provided (the audit opinion), not “for the decision[s] to be informed by it” (para. 171). This proposition does not preclude Deloitte’s liability here.

(d) *Additional Basis for Limiting Liability: Information, Advice and the “SAAMCO Principle”*

[86] The Chief Justice seeks to limit Deloitte’s liability because it merely provided “information” to Livent, not “advice”, and, as a consequence, did not “assume responsibility for what the shareholders decide[d] to do with that information” (para. 170). In this regard, she cites (at para. 149) the following passage from *Hughes-Holland v. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, at para. 44:

A valuer or a conveyancer, for example, will rarely supply more than a specific part of the material on which his client’s decision is based. He is generally no more than a provider of what Lord Hoffmann [in *SAAMCO*] called “information”. At the opposite end of the spectrum, an investment adviser advising a client whether to buy a particular stock, or a financial adviser advising whether to invest self-invested pension fund in an annuity are likely, in Lord Hoffmann’s terminology, to be regarded as giving “advice”. Between these extremes, every case is likely to depend on the range of matters for which the defendant

[84] Au vu du dossier, toute hypothèse suivant laquelle les actionnaires de Livent auraient pu ne rien faire devant une fraude patente est tout simplement insoutenable. De fait, l’hypothèse semblable voulant que les actionnaires de Livent auraient pu ne rien faire s’ils avaient été placés devant l’éventualité d’un déficit de liquidation d’environ 365 millions de dollars au début d’avril 1998 (alors que nous savons qu’à la mi-novembre 1998, le déficit de liquidation réel de 413 830 000 dollars a immédiatement provoqué la requête en faillite de Livent) est — également au vu du dossier — tout aussi improbable.

[85] La Juge en chef, toutefois, propose un motif additionnel pour exonérer Deloitte de responsabilité : Deloitte aurait dû être responsable « seulement à l’égard des renseignements » qu’elle a fournis (l’opinion du vérificateur), et non « à l’égard de[s] décision[s] que ceux-ci devaient éclairer » (par. 171). Cette proposition n’écarter pas la responsabilité de Deloitte en l’espèce.

d) *Moyens additionnels de limiter la responsabilité : renseignements, conseils et le « principe SAAMCO »*

[86] La Juge en chef cherche à limiter la responsabilité de Deloitte parce que celle-ci a simplement fourni des « renseignements » à Livent, et non des « conseils », et qu’en conséquence, elle n’a pas « assum[é] [. . .] la responsabilité de ce que les actionnaires décident de faire avec ces renseignements » (par. 170). À cet égard, elle cite (au par. 149) le passage suivant tiré de *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, par. 44 :

[TRADUCTION] L’évaluateur ou le rédacteur d’actes translatifs de propriété, par exemple, ne communiquera que rarement plus qu’une partie précise des renseignements sur lesquels repose la décision de son client. De manière générale, il se limite à fournir ce que lord Hoffmann [dans *SAAMCO*] appelait de l’« information ». À l’autre extrémité du spectre, un conseiller en placements qui conseille un client au sujet de l’achat de certaines actions en bourse, ou un conseiller financier qui se prononce sur l’opportunité d’investir dans une rente des sommes détenuées dans un fonds de retraite autogéré sont susceptibles,

assumed responsibility and no more exact rule can be stated.

[87] It is true that Deloitte, as auditor, did not advise Livent on its business decisions. But it nevertheless “assumed responsibility” over providing accurate information upon which the shareholders could rely to scrutinize management conduct. Deloitte does not escape liability simply because a negligent audit, in itself, cannot cause financial harm. Audits never, in themselves, cause harm. It is only when they are detrimentally relied upon that tangible consequences ensue.

[88] The consequences of this line of reasoning should not be understated. By effectively limiting an auditor’s liability to the harms inherent in the negligent audit, while excluding those harms which are a reasonably foreseeable consequence of that negligent audit (i.e., an inability to oversee management), a central purpose for which a statutory audit is prepared is undercut, thereby immunizing auditors from liability for any act of negligence impairing oversight. This holding is inconsistent with the Court’s jurisprudence (which prescribes recovery for reasonably foreseeable injury, even if that injury is not technically immediate) and is in tension with *Hercules* (which sought to limit auditors’ liability for statutory audits to determinate corporate claims rather than indeterminate stakeholder claims, not to insulate auditors from virtually all liability).

[89] The Chief Justice’s reliance on the so-called “SAAMCO principle” — derived from the House of Lords’ decision in *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1997] A.C. 191 (“SAAMCO”); see also *Nykredit Mortgage Bank*

selon le propos de lord Hoffmann, d’être considérés comme ayant fourni des « opinions ». Entre ces deux extrêmes, chaque cas dépendra probablement de la gamme de questions au sujet desquelles le défendeur a assumé une responsabilité, et on ne peut énoncer à cet égard une règle plus précise.

[87] Il est vrai que Deloitte, en tant que vérificateur, n’a pas conseillé Livent concernant ses décisions d’affaires. Mais elle a tout de même « assumé la responsabilité » de fournir des renseignements exacts auxquels les actionnaires pourraient se fier pour examiner en détail la conduite de la direction. Deloitte n’échappe pas à sa responsabilité tout simplement parce qu’une vérification entachée de négligence ne peut en soi causer un préjudice financier. Un rapport du vérificateur ne cause jamais de lui-même un préjudice financier. Ce n’est que si quelqu’un s’y fie à son détriment qu’il entraîne des conséquences tangibles.

[88] Il ne faut pas sous-estimer les conséquences qu’entraînerait un tel raisonnement. En limitant effectivement la responsabilité du vérificateur aux seuls préjudices découlant de la vérification entachée de négligence, tout en excluant le préjudice constituant une conséquence raisonnablement prévisible (c.-à-d. l’incapacité de surveiller la gestion), un objectif principal de la vérification exigée par la loi est mis à mal, et les vérificateurs sont ainsi dégagés de responsabilité pour tout acte négligent compromettant la surveillance de l’entreprise. Cette constatation est incompatible avec la jurisprudence de notre Cour (qui prévoit l’indemnisation du préjudice raisonnablement prévisible, même si ce préjudice n’est pas strictement immédiat) en plus d’entrer en conflit avec l’arrêt *Hercules* (qui visait à limiter, dans le cas d’une vérification exigée par la loi, la responsabilité des vérificateurs aux réclamations déterminées de l’entreprise plutôt qu’aux réclamations indéterminées des intéressés, et non à dégager les vérificateurs de pratiquement toute responsabilité).

[89] À notre avis, la Juge en chef commet une erreur lorsqu’elle invoque le principe qu’on peut appeler le « principe SAAMCO » — tiré de l’arrêt de la Chambre des lords *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1997] A.C.

*plc. v. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627 (H.L.); *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190 (H.L.); and *BPE Solicitors* — is in our respectful view mistaken for the same reason as her reliance on the dichotomy between information and advice as described in *BPE Solicitors*. Her reliance on both U.K. decisions is premised on how Deloitte never assumed responsibility for injuries resulting from Livent's operations — either because those injuries were not caused by the mere information contained in the 1997 Audit (*BPE Solicitors*), or because those injuries did not flow from what was incorrect in the 1997 Audit (*SAAMCO*). But, in assuming responsibility for informing shareholder scrutiny of management, Deloitte *did* assume responsibility for injuries flowing from that impaired scrutiny.

[90] In simple terms, the *SAAMCO* principle denies recovery for pure economic loss where the plaintiff's injury would still have occurred even if the defendant's negligent misrepresentation were factually true. Rephrased as a test, the principle denies liability where an *alternate* cause that is *unrelated* to the defendant's negligence is the true source of the plaintiff's injury. This alternate and unrelated cause explains why the truth of the negligent misstatement has no bearing on the plaintiff's ultimate injury (i.e., because, even with that truth, the injury would have flowed as a result of the alternate cause). Or, framed from the perspective of the duty of care, the defendant could not have undertaken to protect against injuries that would have been caused by alternate and unrelated sources. In *SAAMCO*, the House of Lords explained the principle with the commendably Albertan example of a mountaineer:

A mountaineer about to undertake a difficult climb is concerned about the fitness of his knee. He goes to a doctor who negligently makes a superficial examination and pronounces the knee fit. The climber goes on the expedition,

191 (« *SAAMCO* »); voir aussi *Nykredit Mortgage Bank plc. c. Edward Erdman Group Ltd. (No. 2)*, [1997] 1 W.L.R. 1627 (H.L.); *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [2000] 2 A.C. 190 (H.L.); et *BPE Solicitors* — pour la même raison qu'elle commet une erreur lorsqu'elle invoque la dichotomie entre les renseignements et les conseils décrite dans *BPE Solicitors*. Son application de ces deux décisions du Royaume-Uni prend appui sur le fait que Deloitte n'a jamais assumé la responsabilité des préjudices découlant des activités de Livent — soit parce que ces préjudices n'étaient pas causés seulement par les renseignements figurant dans le rapport de 1997 (*BPE Solicitors*), ou parce que ces préjudices ne découlaient pas des renseignements erronés dans le rapport de 1997 (*SAAMCO*). Cependant, lorsqu'elle a assumé la responsabilité d'aider les actionnaires à surveiller la gestion, Deloitte a *effectivement* assumé la responsabilité des préjudices découlant de cette surveillance compromise.

[90] En termes simples, le principe *SAAMCO* rejette l'idée d'une indemnisation des pertes purement économiques lorsque le demandeur aurait subi un préjudice même si la déclaration inexacte faite de façon négligente par le défendeur s'avérait dans les faits exacte. Reformulé sous forme de critère, le principe rejette toute responsabilité lorsqu'une cause *subsidaire étrangère* à la négligence du défendeur est la source véritable du préjudice subi par le demandeur. Cette cause subsidiaire et étrangère explique pourquoi la véracité de la déclaration erronée entachée de négligence n'a aucune incidence sur le préjudice subi en fin de compte par le demandeur (c.-à-d. pourquoi, malgré la véracité de cette déclaration, la cause subsidiaire aurait entraîné le préjudice). Ou pourquoi, du point de vue de l'obligation de diligence, le défendeur n'aurait pas pu s'engager à protéger le demandeur contre les préjudices qu'auraient entraînés les sources subsidiaires et étrangères. Dans l'arrêt *SAAMCO*, la Chambre des lords a expliqué le principe par l'excellent exemple albertain de l'alpiniste :

[TRADUCTION] Un alpiniste sur le point d'entreprendre une escalade difficile s'inquiète de l'état de son genou. Il consulte un médecin qui lui fait négligemment un examen superficiel et conclut que le genou est en bon état.

which he would not have undertaken if the doctor had told him the true state of his knee. He suffers an injury which is an entirely foreseeable consequence of mountaineering but has nothing to do with his knee. [p. 213]

[91] In this example, the doctor's negligent misrepresentation (the positive knee diagnosis) is a cause that is alternate and unrelated to the cause of the mountaineer's injury (a mountaineering accident unrelated to the knee, for example, an avalanche). As a result, even had the doctor's negligent misrepresentation been true (i.e., even if the mountaineer's knee had been fit), the injury would still have occurred, since the fitness of his knee would not have prevented the injury caused by the avalanche. In other words, the doctor could not have undertaken to protect against an avalanche, which is unrelated to his or her diagnosis.

[92] Deloitte is unlike the doctor. Deloitte's negligence related to a statutory audit, a purpose of which is management oversight by shareholders. That oversight, in turn, informs (or is related to) subsequent business decisions by the corporation. It follows that Livent's trading losses were not an alternate and unrelated cause of Livent's injury. To the contrary, the shareholders' capacity to oversee the conduct of Livent's business was entirely dependent upon the statutory audit preceding that oversight. In particular, the shareholders' reliance on that audit and the audit's portrayal of the directors and their business ventures was a critical component of their oversight of management — which, we reiterate, was the very purpose in respect of which Deloitte undertook to act with reasonable care.

[93] It therefore follows from a proper understanding of the *SAAMCO* principle that it does not limit Deloitte's liability in respect of the 1997 Audit.

L'alpiniste se joint à l'expédition, ce qu'il n'aurait pas fait si le médecin l'avait informé du véritable état de son genou. Il subit une blessure qui est une conséquence entièrement prévisible de l'ascension, mais qui n'a rien à voir avec son genou. [p. 213]

[91] Dans cet exemple, la déclaration inexacte entachée de négligence du médecin (le diagnostic de bon état du genou) est une cause subsidiaire et étrangère à la cause de la blessure de l'alpiniste (un accident d'alpinisme sans rapport avec le genou, par exemple, une avalanche). Ainsi, même si la déclaration inexacte faite par négligence s'était avérée véridique (c.-à-d. même si le genou de l'alpiniste avait été en bon état), l'alpiniste se serait quand même blessé puisque le bon état de son genou n'aurait pas empêché la blessure causée par l'avalanche. Autrement dit, le médecin n'aurait pas pu s'engager à le protéger d'une avalanche, qui n'a aucun rapport avec son diagnostic.

[92] Deloitte est dans une situation différente de celle du médecin. Sa négligence avait trait à une vérification exigée par la loi qui devait permettre aux actionnaires de surveiller la gestion de l'entreprise. Cette surveillance éclaire (ou concerne) elle-même des décisions d'affaires ultérieures de l'entreprise. C'est donc dire que les pertes commerciales de Livent ne sont pas une cause subsidiaire et étrangère au préjudice qu'elle a subi. Au contraire, la capacité des actionnaires à surveiller la conduite des affaires de Livent dépendait entièrement du rapport d'évaluation exigé par la loi qui a précédé cette surveillance. Plus particulièrement, le fait que les actionnaires se fiaient sur ce rapport et la façon dont ce rapport présentait les administrateurs et leurs opérations commerciales constituaient des éléments essentiels de leur surveillance de la gestion — surveillance qui, rappelons-le, constituait le but même pour lequel Deloitte s'était engagée à agir avec diligence raisonnable.

[93] Une interprétation correcte du principe *SAAMCO* mène donc à la conclusion que celui-ci ne limite pas la responsabilité de Deloitte pour ce qui est du rapport de 1997.

[94] We add, however, that a full consideration of *SAAMCO*'s application in Canadian law by this Court should await future cases, with greater consideration of the principle by lower courts, more comprehensive submissions by counsel, and critically, with facts more analogous to those in the *SAAMCO* jurisprudence. *SAAMCO* addressed whether a negligent valuator should be liable, not only for the difference between their valuation and a prudent valuation, but also for a subsequent drop in the market which exacerbated the lenders' losses. In this specific context, the loss attributable to the negligent valuation is easily extricable; it is the difference between the negligent valuation and a prudent valuation. But the same cannot be said in the context of statutory audits, where the "cause" of future losses flowing from future commercial activity is far more complex to isolate. Indeed, as Lord Sumption noted in *BPE Solicitors* (at para. 46):

Where the loss arises from a variety of commercial factors which it was for the claimant to identify and assess, it will commonly be difficult or impossible as well as unnecessary to quantify and strip out the financial impact of each one of them.

[95] In any event, the *SAAMCO* principle, at least in the manner the Chief Justice applies it here, conflicts with Canadian jurisprudence. Under established Canadian tort law, a defendant is liable if the plaintiff proves — in respect of causation — that the defendant caused the plaintiff's injury in fact (*Clements v. Clements*, 2012 SCC 32, [2012] 2 S.C.R. 181, at para. 8) and in law (*Mustapha*, at paras. 12-13). As we have already explained, Livent proved both in respect of its injuries after the 1997 Audit. It follows that Deloitte is liable for Livent's injuries following that audit. Admittedly, a defendant may limit its liability, even if the plaintiff proves legal and factual causation, where the defendant proves that some of the plaintiff's injury would have still occurred without the defendant's negligence because of alternate hypothetical causes (*Rainbow Industrial Caterers Ltd. v. Canadian National Railway Co.*, [1991] 3

[94] Cependant, nous ajoutons que la Cour, avant de procéder à un examen minutieux de l'application du principe *SAAMCO* en droit canadien, devrait attendre que d'autres décisions soient rendues, dans lesquelles les tribunaux inférieurs auraient étudié davantage le principe, les avocats auraient soumis des arguments plus complets et, surtout, les faits seraient plus semblables à ceux dans la décision *SAAMCO*. Celle-ci portait sur la question de savoir si un évaluateur négligent devrait être responsable non seulement de la différence entre son évaluation et une évaluation prudente, mais aussi de la chute subséquente des marchés, qui a exacerbé les pertes du prêteur. Dans ce contexte précis, la perte attribuable à l'évaluation négligente est facilement isolable; il s'agit de la différence entre l'évaluation négligente et l'évaluation prudente. Toutefois, il en va autrement dans le contexte des vérifications exigées par la loi, où il est beaucoup plus complexe d'isoler la « cause » des pertes futures découlant d'activités commerciales futures. D'ailleurs, comme l'a souligné lord Sumption dans *BPE Solicitors* (par. 46) :

[TRADUCTION] Lorsque la perte découle d'une panoplie de facteurs commerciaux qu'il appartenait au demandeur de cerner et d'évaluer, il sera généralement difficile, voire impossible, et inutile de quantifier et de déterminer les répercussions financières de chacun d'entre eux.

[95] Quoi qu'il en soit, le principe *SAAMCO*, du moins de la façon dont la Juge en chef l'applique en l'espèce, est contraire à la jurisprudence canadienne. Selon le droit canadien établi en matière de responsabilité délictuelle, un défendeur est responsable lorsque le demandeur prouve — pour ce qui est de la causalité — que le défendeur a causé le préjudice du demandeur en fait (*Clements c. Clements*, 2012 CSC 32, [2012] 2 R.C.S. 181, par. 8) et en droit (*Mustapha*, par. 12-13). Comme nous l'avons déjà expliqué, Livent a prouvé ces deux éléments quant aux préjudices qu'elle a subis à la suite du rapport de 1997. Il s'ensuit que Deloitte est responsable des préjudices subis par Livent par suite du rapport. Certes, un défendeur peut limiter sa responsabilité, même si le demandeur prouve la causalité juridique et factuelle, lorsque le défendeur prouve que, même en l'absence de négligence de sa part, le demandeur

S.C.R. 3, at pp. 15-16). But those alternate hypothetical causes were already accounted for in the trial judge's 25 percent reduction in damages (trial reasons, at paras. 324-26). And, in so far as the Chief Justice holds that Livent failed to prove that alternate hypothetical causes did not cause the remaining 75 percent of damages, she disregards that it is Deloitte, not Livent, who bears the burden of proving that liability should be limited in this fashion (*Rainbow Industrial Caterers*, at pp. 15-16).

### C. *Defences*

[96] Finally, having concluded that we would uphold the trial judge's finding that Deloitte is liable for its negligence in relation to the statutory audit, we must consider the two defences Deloitte advanced before this Court. First, Deloitte submits that both lower courts erred in failing to find that Livent's action was not barred by the defence of illegality. Secondly, Deloitte submits that, even had Livent's action not been barred for illegality, Deloitte should only be liable for part of the injury due to Livent's contributory fault.

[97] Both defences rely on the applicability of the doctrine of corporate identification. As the wrongdoing at issue was not that of Livent's but of its directors Drabinsky and Gottlieb, Deloitte cannot succeed on either defence unless it can show that the fraudulent acts of Livent's employees should be attributed to the corporation. The corporate identification doctrine is not, however, a standalone principle; rather, it is a means by which acts may be attributed to a corporation for the particular purpose or defence at issue. It follows that corporate identification must be analyzed independently for each defence.

aurait de toute façon subi un certain préjudice en raison d'autres causes hypothétiques (*Rainbow Industrial Caterers Ltd. c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1991] 3 R.C.S. 3, p. 15-16). Or, le juge de première instance a déjà pris en compte ces autres causes hypothétiques en réduisant les dommages de 25 pour 100 (motifs de première instance, par. 324-326). Et dans la mesure où la Juge en chef conclut que Livent n'a pas réussi à prouver que d'autres causes hypothétiques n'ont pas causé 75 pour 100 des dommages, elle fait abstraction du fait que c'est à Deloitte, et non à Livent, qu'il incombe de prouver que la responsabilité devrait être limitée de cette façon (*Rainbow Industrial Caterers*, p. 15-16).

### C. *Moyens de défense*

[96] Ayant conclu que nous confirmerions la décision du juge de première instance selon laquelle Deloitte est responsable de la négligence dont elle a fait preuve relativement à la vérification exigée par la loi, il nous faut finalement examiner les deux moyens de défense que Deloitte a plaidés devant notre Cour. Premièrement, Deloitte soutient que les deux tribunaux d'instance inférieure ont eu tort de ne pas conclure que la défense d'illégalité ne rendait pas irrecevable l'action de Livent. Deuxièmement, Deloitte soutient que même si l'action de Livent n'a pas été jugée irrecevable pour cause d'illégalité, Deloitte devrait seulement être tenue responsable d'une partie du préjudice du fait de la faute contributive de Livent.

[97] Ces deux moyens sont fondés sur l'applicabilité de la doctrine de l'identification à la société. La faute en cause n'étant pas celle de Livent, mais celle de ses administrateurs Drabinsky et Gottlieb, aucun des moyens de défense invoqués par Deloitte ne saurait être retenu à moins que cette dernière ne puisse démontrer que les actes frauduleux commis par les employés de Livent devraient être attribués à l'entreprise. La doctrine de l'identification à la société n'est cependant pas une doctrine autonome; il s'agit plutôt d'un moyen par lequel des actes peuvent être attribués à une société pour la fin ou la défense particulière en cause. Il s'ensuit que cette doctrine commande une analyse indépendante de chaque moyen de défense.

(1) Illegality

[98] The defence of illegality bars an otherwise valid action in tort on the basis that the plaintiff has engaged in illegal or immoral conduct and, therefore, should not recover (*Hall v. Hebert*, [1993] 2 S.C.R. 159, at p. 169; *British Columbia v. Zastowny*, 2008 SCC 4, [2008] 1 S.C.R. 27, at para. 20). Grounded in public policy, it is available in very “limited” circumstances, only where it is necessary to preserve the “integrity of the justice system” (*Hall*, at pp. 179-80). And, the integrity of the justice system will only be compromised where a “damage award in a civil suit would, in effect, allow a person to profit from illegal or wrongful conduct, or would permit an evasion or rebate of a penalty prescribed by the criminal law” (*ibid.*, at p. 169; *Zastowny*, at para. 3).

[99] Here, the only illegal or wrongful conduct was committed by Livent’s directors, Drabinsky and Gottlieb, and portions of management. It follows that, for Deloitte to rely on the defence of illegality, it must be able to attribute the “illegal or wrongful conduct” of certain directors and managers to Livent itself, the plaintiff in this case.

[100] The test for corporate attribution was set out by this Court in *Canadian Dredge & Dock Co. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 662. To attribute the fraudulent acts of an employee to its corporate employer, two conditions must be met: (1) the wrongdoer must be the directing mind of the corporation; and (2) the wrongful actions of the directing mind must have been done within the scope of his or her authority; that is, his or her actions must be performed within the sector of corporate operation assigned to him. For the purposes of this analysis, an individual will cease to be a directing mind unless the action (1) was not totally in fraud of the corporation; and (2) was by design or result partly for the benefit of the corporation (pp. 681-82 and 712-13).

(1) L’illégalité

[98] La défense d’illégalité fait obstacle à une action en responsabilité délictuelle par ailleurs valide parce que le demandeur a commis un acte illégal ou immoral et qu’il ne devrait donc pas être indemnisé (*Hall c. Hebert*, [1993] 2 R.C.S. 159, p. 169; *Colombie-Britannique c. Zastowny*, 2008 CSC 4, [2008] 1 R.C.S. 27, par. 20). Fondé sur des considérations d’ordre public, ce moyen ne peut être soulevé que dans des circonstances très « limité[es] », soit seulement lorsqu’il est nécessaire de préserver « l’intégrité du système de justice » (*Hall*, p. 179-180). Et l’intégrité du système de justice ne sera compromise que lorsque « l’attribution de dommages-intérêts dans une poursuite civile aurait pour effet de permettre à une personne de tirer profit de sa conduite illégale ou fautive, ou de faire en sorte qu’elle échappe à une sanction pénale ou qu’elle bénéficie d’une réduction de cette sanction » (*ibid.*, p. 169; *Zastowny*, par. 3).

[99] En l’espèce, la seule conduite illégale ou fautive a été commise par les administrateurs de Livent, Drabinsky et Gottlieb, et par certains de ses dirigeants. Ainsi, pour que Deloitte puisse invoquer la défense d’illégalité, elle doit pouvoir attribuer la « conduite illégale ou fautive » de certains administrateurs et dirigeants à Livent elle-même, la demanderesse dans la présente affaire.

[100] Le critère applicable à l’attribution d’un acte à une société a été énoncé par notre Cour dans l’arrêt *Canadian Dredge & Dock Co. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 662. Afin de pouvoir imputer les actes frauduleux d’un employé à la société qui l’emploie, deux conditions doivent être remplies : (1) l’auteur de la faute doit être l’âme dirigeante de la société; et (2) les actes fautifs de l’âme dirigeante ne doivent pas excéder son pouvoir, en ce sens qu’ils doivent être accomplis dans le cadre du secteur d’activités de la société qui lui est attribué. Pour les besoins de cette analyse, une personne cessera d’être une âme dirigeante à moins que l’acte qu’elle a commis (1) n’ait pas été complètement frauduleux envers la société; et (2) ait eu en partie pour but ou pour conséquence de procurer un avantage à la société (p. 681-682 et 712-713).

[101] At first glance, these conditions might seem to be satisfied in this case. Drabinsky and Gottlieb were directing minds, acting within the sector of corporate operations assigned to them, whose fraud was genuinely designed and executed in an attempt to assist Livent through the artificial extension of its life. Indeed, the application of the doctrine in this case would be consistent with the factually analogous decision in *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240. There, the test laid down by this Court in *Canadian Dredge* was strictly applied in the context of a civil claim for auditor's negligence and was satisfied. The court attributed the fraudulent acts of the "alter ego and directing mind" to the auditor's corporate client and barred recovery for the auditor's negligent preparation of a statutory audit.

[102] In our view, however, a strict application of this Court's decision in *Canadian Dredge* was not warranted in *Hart*, and is not warranted here. It must be recalled that *Canadian Dredge* was decided in the context of criminal liability. Accordingly, the underlying question there was who should bear the responsibility for the criminal actions of a corporation's directing mind. Consequently, the policy factors identified therein which weigh in favour of imputing a corporation with the illegality or wrongdoing of its directing mind flow from the "social purpose" of holding a corporation responsible for the *criminal* acts of its employees where those acts are designed and carried out, at least in part, to benefit the corporation (*Canadian Dredge*, at p. 704).

[103] However, as Estey J. himself recognized, the doctrine is only one of "judicial necessity" and where its application "would not provide protection of any interest in the community" or "would not advantage society by advancing law and order", the rationale for its application "fades away" (*Canadian Dredge*, at pp. 707-8 and 718-19). While public policy and judicial necessity may favour imputing the

[101] À première vue, il semblerait que l'on ait satisfait à ces conditions en l'espèce. Drabinsky et Gottlieb étaient les âmes dirigeantes, leurs actes relevaient du secteur d'activités de la société qui leur était attribué, et leurs actes frauduleux avaient véritablement pour but de tenter d'aider Livent en prolongeant artificiellement son existence. En fait, l'application de la doctrine en l'espèce s'accorderait avec la décision dans *Hart Building Supplies Ltd. c. Deloitte & Touche*, 2004 BCSC 55, 41 C.C.L.T. (3d) 240, dont les faits sont analogues à ceux de l'espèce. Dans cette affaire, le critère établi par notre Cour dans l'arrêt *Canadian Dredge* a été rigoureusement appliqué dans le contexte d'une action civile pour négligence intentée contre un vérificateur, et ses conditions ont été remplies. La cour a imputé les actes frauduleux de [TRADUCTION] « l'alter ego et âme dirigeante » à la société cliente du vérificateur et a exclu toute indemnisation pour la préparation négligente par le vérificateur d'une vérification exigée par la loi.

[102] À notre avis, toutefois, l'application stricte de la décision de notre Cour dans *Canadian Dredge* n'était pas justifiée dans *Hart*, et elle n'est pas justifiée en l'espèce. Il convient de rappeler que l'arrêt *Canadian Dredge* s'inscrit dans un contexte de responsabilité criminelle. Ainsi, la question sous-jacente dans cette affaire était de savoir qui devait porter la responsabilité des actes criminels de l'âme dirigeante d'une société. En conséquence, les facteurs de politique générale dégagés dans cette affaire qui favorisent l'imputation à la société de l'illégalité ou des actes fautifs de son âme dirigeante, découlaient de l'« avantage social » à tenir une société responsable des actes *criminels* de ses employés lorsque ces actes sont expressément conçus et accomplis, du moins en partie, pour profiter à la société (*Canadian Dredge*, p. 704).

[103] Cependant, comme le juge Estey l'a lui-même reconnu, la doctrine n'en est qu'une de « nécessité juridique », et lorsque son application « ne protégerait aucun intérêt de la collectivité » ni ne « favorisera[it] l'ordre public », la règle n'aurait « plus de raison d'être » (*Canadian Dredge*, p. 707-708 et 718-719). Bien que des considérations de politique générale et la nécessité juridique puissent

corporation with the actions of its directing minds in certain criminal prosecutions, the same cannot be said of attributing the actions of a directing mind for the purposes of a civil suit in the context of an auditor's negligent preparation of a statutory audit. As indicated above, the very purpose of a statutory audit is to provide a means by which fraud and wrongdoing may be discovered. It follows that denying liability on the basis that an individual within the corporation has engaged in the very action that the auditor was enlisted to protect against would render the statutory audit meaningless (D. L. MacPherson, "Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche*" (2005), 41 *Can. Bus. L.J.* 471). As Livent submitted, it would be perverse to deny auditor's liability for negligently failing to detect fraud "where the harm [to the corporation] is likely to occur and likely to be most serious" (R.F., at para. 94).

[104] While, therefore, this Court's decision in *Canadian Dredge* remains the authoritative test for the application of the corporate identification doctrine, we would reaffirm one qualification. The principles set out in *Canadian Dredge* provide a *sufficient* basis to find that the actions of a directing mind be attributed to a corporation, not a *necessary* one (pp. 681-82). As a principle that is grounded in policy, and which only serves as a means to hold a corporation criminally responsible or to deny civil liability, courts retain the discretion to refrain from applying it where, in the circumstances of the case, it would not be in the public interest to do so. And where, as here, its application would render meaningless the very purpose for which a duty of care was recognized, such application will rarely be in the public interest. If a professional undertakes to provide a service to detect wrongdoing, the existence of that wrongdoing will not normally weigh in favour of barring civil liability for negligence through the corporate identification doctrine. (That said, we leave for another day the question of whether the same is true in the context of a "one man" corporation, where the sole director and shareholder hires

jouer en faveur de l'imputation à la société des actes de ses âmes dirigeantes dans certaines poursuites criminelles, il en va autrement de l'imputation des actes d'une âme dirigeante pour le besoin d'une poursuite au civil dans le contexte de la préparation négligente d'une vérification exigée par la loi. Comme nous l'avons indiqué, le but même d'une vérification exigée par la loi est d'offrir un moyen de découvrir la fraude et les actes fautifs. Ainsi, refuser d'imputer la responsabilité à la société au motif qu'un de ses employés a commis les actes mêmes contre lesquels le vérificateur a été retenu pour protéger la société reviendrait donc à vider de son sens la vérification exigée par la loi (D. L. MacPherson, « Emaciating the Statutory Audit — A Comment on *Hart Building Supplies Ltd. v. Deloitte & Touche* » (2005), 41 *Rev. can. dr. comm.* 471). Comme Livent l'a fait valoir, il serait illogique de refuser de tenir responsable le vérificateur qui a omis par négligence de détecter une fraude [TRADUCTION] « lorsqu'il est probable que le préjudice [de la société] se produira et qu'il sera vraisemblablement très grave » (m.i., par. 94).

[104] Ainsi, bien que l'arrêt *Canadian Dredge* de notre Cour demeure l'arrêt de principe pour l'application de la doctrine de l'identification à la société, nous aimerions réaffirmer une nuance. Les principes établis dans l'arrêt *Canadian Dredge* offrent un fondement *suffisant* pour conclure que les actes d'une âme dirigeante doivent être imputés à la société, mais il ne s'agit pas d'un fondement *nécessaire* (p. 681-682). Comme il s'agit d'un principe qui repose sur une considération de politique générale et qui permet seulement de conclure à la responsabilité criminelle d'une société ou de l'exonérer de la responsabilité civile, les tribunaux conservent le pouvoir discrétionnaire de s'abstenir de l'appliquer lorsque, dans les circonstances de l'espèce, il ne serait pas dans l'intérêt public de le faire. Et lorsque, comme en l'espèce, l'application de ce principe viderait de son sens la raison même pour laquelle l'obligation de diligence a été reconnue, il sera rarement dans l'intérêt public de l'appliquer. Si un professionnel s'engage à fournir un service visant à détecter un acte fautif, l'existence de cet acte fautif ne fera normalement pas pencher la balance en faveur de la non-imputation d'une responsabilité

the auditor to uncover the wrongful action which he, himself, carries out: *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) v. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; see also *373409 Alberta Ltd. (Receiver of) v. Bank of Montreal*, 2002 SCC 81, [2002] 4 S.C.R. 312, at para. 22; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) v. Nazim (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1, at para. 30.)

[105] Finally, given the limited application of the defence of illegality, as recognized by this Court in *Hall and Zastowny*, we find no further compelling reason to justify the use of the corporate identification doctrine in these circumstances.

## (2) Contributory Fault

[106] In the alternative, Deloitte submits that the Court of Appeal erred in holding Deloitte liable for the entirety of the proven loss, and specifically that Livent should have been found contributorily at fault in accordance with s. 3 of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1:

In any action for damages that is founded upon the fault or negligence of the defendant if fault or negligence is found on the part of the plaintiff that contributed to the damages, the court shall apportion the damages in proportion to the degree of fault or negligence found against the parties respectively.

[107] Again, the only conduct implicating Livent in this case was committed by Livent's directors, Drabinsky and Gottlieb, and portions of management. It follows that, for Deloitte to rely on the defence of contributory fault, it must be able to attribute the conduct of certain directors and managers to Livent itself.

[108] Unlike the discretionary illegality doctrine, Deloitte notes that s. 3 of the *Negligence Act*

civile pour négligence par application de la doctrine de l'identification à la société. (Cela dit, nous reportons à une autre occasion l'examen de la question de savoir s'il en va de même dans le contexte d'une société à actionnaire unique, où l'unique administrateur et actionnaire engage le vérificateur afin qu'il découvre une action fautive que l'administrateur a lui-même commise : *Stone & Rolls Ltd. (in liquidation) c. Moore Stephens*, [2009] UKHL 39, [2009] 1 A.C. 1391; voir également *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, 2002 CSC 81, [2002] 4 R.C.S. 312, par. 22; *Bilta (U.K.) Ltd. (in liquidation) c. Nazir (No. 2)*, [2015] UKSC 23, [2016] A.C. 1, par. 30.

[105] Enfin, vu l'application limitée de la défense d'illégalité, tel que la Cour l'a reconnu dans les arrêts *Hall et Zastowny*, nous concluons qu'aucune autre raison impérieuse ne justifie le recours à la doctrine de l'identification à la société dans les circonstances de l'espèce.

## (2) La faute contributoire

[106] À titre subsidiaire, Deloitte plaide que la Cour d'appel a commis une erreur en tenant Deloitte responsable de la totalité de la perte prouvée, et plus particulièrement qu'elle aurait dû conclure que Livent avait commis une faute contributoire au sens de l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1 :

Dans une action en dommages-intérêts qui se fonde sur la faute ou la négligence du défendeur, si le tribunal constate qu'il y a eu, de la part du demandeur, faute ou négligence qui a contribué aux dommages, le tribunal répartit les dommages-intérêts selon la part respective de responsabilité de chaque partie.

[107] Encore là, les seuls actes impliquant Livent en l'espèce ont été commis par ses administrateurs, Drabinsky et Gottlieb, et certains de ses dirigeants. Ainsi, pour que Deloitte puisse invoquer la défense de faute contributoire, elle doit pouvoir attribuer la conduite de certains administrateurs et dirigeants à Livent elle-même.

[108] Deloitte souligne que, à la différence de la doctrine discrétionnaire de l'illégalité, l'art. 3 de la

is mandatory (“the court shall apportion the damages”), and argues that corporate identification *must* be permitted because “the application of the corporate identification doctrine must be tailored to the terms of the particular substantive rule it serves” (A.F., at para. 132, citing C.A. reasons, at para. 157). This argument, however, misunderstands what the *Negligence Act* actually makes mandatory. The *Negligence Act* requires that a plaintiff’s fault be factored into the apportionment of damages. But corporate identification is a prerequisite to the plaintiff, Livent, being at fault. In other words, Deloitte’s claim that s. 3 of the *Negligence Act* requires that Livent bear its share of the fault presupposes corporate identification, in effect, putting the cart before the horse. The *Negligence Act* only makes contribution by a negligent plaintiff mandatory; it does not make attribution of negligence to a plaintiff mandatory.

[109] In any event, we repeat our earlier conclusion that where, as here, the use of the corporate identification doctrine would undermine the very purpose of establishing a duty of care, it will rarely be in the public interest to apply it. A negligent auditor cannot limit liability for its own negligence by attributing to the corporation the wrongful acts of its employees, such acts being the very conduct that the auditor undertook to uncover. Additionally, had Deloitte sought to limit its liability through apportionment, it need not have relied on the doctrine of corporate identification at all. Specifically, Deloitte could have brought third party claims against the guilty parties, Drabinsky and Gottlieb, for their wrongful actions. For whatever reason, it chose not to do so. Nonetheless, the availability of a third party claim against a fraudulent director weighs against the application of the doctrine. In this case, it is not in the public interest to undermine separate legal personality where the wrongdoer could have been properly named as a third party.

*Loi sur le partage de la responsabilité* est impératif (« le tribunal répartit les dommages-intérêts »), et elle soutient que l’identification à la société *doit* être permise parce que [TRADUCTION] « l’application de la doctrine de l’identification à la société doit être adaptée aux termes de la règle de fond qu’elle sert » (m.a., par. 132, citant les motifs de la Cour d’appel, par. 157). Cet argument témoigne toutefois d’une incompréhension des dispositions impératives de la *Loi sur le partage de la responsabilité*. Cette loi exige qu’il soit tenu compte de la faute du demandeur dans la répartition des dommages-intérêts. Or, l’identification à la société est une condition préalable à l’imputation d’une faute à la demanderesse Livent. En d’autres termes, l’argument avancé par Deloitte — que l’art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité* exige que Livent supporte sa part de la faute — présuppose l’identification à la société, ce qui consiste à mettre la charrue devant les bœufs. La *Loi sur le partage de la responsabilité* rend seulement obligatoire la contribution du demandeur négligent; elle ne rend pas obligatoire l’attribution d’une négligence au demandeur.

[109] Quoi qu’il en soit, nous répétons la conclusion tirée précédemment que lorsque, comme en l’espèce, l’application de la doctrine de l’identification à la société aurait pour effet de miner l’objet même de l’établissement d’une obligation de diligence, il sera rarement dans l’intérêt public de l’appliquer. Un vérificateur négligent ne peut limiter sa responsabilité pour sa propre négligence en attribuant à la société les actes fautifs de ses employés, de tels actes étant précisément ce que le vérificateur s’est engagé à découvrir. En outre, si Deloitte voulait limiter sa responsabilité en la partageant, il n’était aucunement nécessaire qu’elle s’appuie sur la doctrine de l’identification à la société. Plus particulièrement, Deloitte aurait pu demander que les parties coupables, Drabinsky et Gottlieb, soient mises en cause afin qu’elles répondent de leurs actes fautifs. Pour une raison inconnue, elle a décidé de ne pas le faire. Il reste que la possibilité de mettre en cause un administrateur frauduleux joue en défaveur de l’application de la doctrine. En l’espèce, il n’est pas dans l’intérêt public de s’attaquer à la personnalité juridique distincte de l’entreprise alors que le fautif aurait pu être dûment mis en cause.

#### D. Conclusion

[110] It follows from the foregoing that we would allow the appeal, but only in part.

[111] In our view, the trial judge and Court of Appeal erred in finding that Deloitte's negligence in relation to the Press Release and Comfort Letter resulted in injuries that were reasonably foreseeable in light of the proximate relationship between the parties. At that time, Deloitte's services were engaged for the purpose of soliciting investment, not management oversight. As Livent's losses did not flow from a failure to solicit investment, we would deny recovery for the increase in Livent's liquidation deficit beginning in the fall of 1997.

[112] We would, however, allow recovery for the increase in Livent's liquidation deficit which followed the 1997 Audit. We agree with the trial judge that "Deloitte should not have signed off on the 1997 Audit in early April 1998" (para. 242) and that the increase in Livent's liquidation deficit which followed fell within the duty of care owed by Deloitte to Livent in relation to the preparation of a statutory audit, the express purpose of which was to assist Livent in management oversight.

[113] The trial judge assessed Livent's damages following the 1997 Audit at \$53.9 million (para. 306, fn. 188, and para. 369, fn. 228). Applying the trial judge's 25 percent contingency reduction to this amount results in a final damages assessment of \$40,425,000. This is the amount for which Deloitte is liable.

[114] Throughout these proceedings, the parties have primarily framed this dispute as one in negligence. Indeed, this was noted by the trial judge (at para. 47). At trial, Livent conceded that its losses

#### D. Conclusion

[110] Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, mais seulement en partie.

[111] À notre avis, le juge de première instance et la Cour d'appel ont eu tort de conclure que la négligence dont Deloitte avait fait preuve en ce qui concerne le communiqué de presse et la lettre de confort avait causé des préjudices qui étaient raisonnablement prévisibles compte tenu du lien de proximité qu'il y avait entre les parties. À l'époque, les services de Deloitte avaient été retenus afin de solliciter des investissements, non pas afin de faciliter la surveillance de la gestion de l'entreprise. Comme les pertes de Livent ne découlaient pas d'un défaut de solliciter des investissements, nous sommes d'avis de refuser l'indemnisation pour l'accroissement du déficit de liquidation de Livent à compter de l'automne 1997.

[112] Nous sommes toutefois d'avis d'accorder une indemnité pour l'augmentation du déficit de liquidation qui a suivi le rapport de 1997. Nous sommes d'accord avec le juge de première instance pour dire que [TRADUCTION] « Deloitte n'aurait pas dû approuver le rapport de 1997 au début d'avril 1998 » (par. 242) et que l'augmentation consécutive du déficit de liquidation de Livent relevait de l'obligation de diligence à laquelle Deloitte était tenue envers Livent quant à la préparation d'une vérification exigée par la loi, laquelle visait expressément à aider Livent à surveiller la gestion de l'entreprise.

[113] Le juge de première instance a évalué les dommages subis par Livent après le rapport de 1997 à 53,9 millions de dollars (par. 306, note 188, et par. 369, note 228). Si l'on applique à cette somme la réduction pour éventualités de 25 pour 100 ordonnée par le juge de première instance, on obtient la somme de 40 425 000 dollars. C'est là la somme dont Deloitte est responsable.

[114] Tout au long du litige, les parties ont considéré qu'il s'agissait principalement d'une poursuite fondée sur la négligence. C'est aussi ce que le juge de première instance a fait remarquer (par. 47). Au

for negligent performance of a service or breach of contract would be identical (*ibid.*). The trial judge agreed, finding that Livent’s claim in contract “succeed[ed] . . . for the [same] reasons” as its claim of negligent performance of a service and that the elements of its claim in contract were “incorporated by reference to the finding of ‘negligence’” (para. 243). Given the above, we would impose the same quantum of liability on Deloitte for the concurrent claim in breach of contract.

[115] Accordingly, the appeal is allowed in part. The amount of the trial award is reduced from \$84,750,000 to \$40,425,000. Livent shall have its costs throughout.

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

[116] THE CHIEF JUSTICE (dissenting in part) — Garth Drabinsky and Myron Gottlieb built a North American theatre empire that came to be known as Livent Inc. Seeking ever more spectacular success, they resorted to manipulating the company’s financial records. When the scheme came to light, Livent collapsed. Its assets were liquidated. Drabinsky and Gottlieb went to jail.

[117] This is among the many lawsuits that followed. The courts below held that Deloitte & Touche, a firm of accountants and Livent’s auditor, breached the duty of care it owed to Livent in failing to detect and expose Livent’s fraud, as a result of which Livent was able to continue operations and continue losing money — money it now claims from Deloitte.

[118] I agree with the courts below that Deloitte owed a duty of care to Livent, which it breached

procès, Livent a reconnu que ses pertes attribuables à la prestation négligente d’un service ou à la violation de contrat seraient identiques (*ibid.*). Le juge de première instance a acquiescé et a conclu que la demande de Livent fondée sur le contrat était [TRADUCTION] « accueillie [. . .] pour les [mêmes] raisons » qu’il accueillait sa demande fondée sur la prestation négligente d’un service, et que les éléments de sa demande fondée sur le contrat étaient « incorporés par renvoi à la conclusion relative à la “négligence” » (par. 243). Compte tenu de ce qui précède, nous sommes d’avis d’imposer à Deloitte une responsabilité dans la même mesure pour la demande concurrente fondée sur la violation de contrat.

[115] En conséquence, le pourvoi est accueilli en partie. La somme de 84 750 000 dollars accordée en première instance est réduite à 40 425 000 dollars. Livent a droit à ses dépens dans toutes les cours.

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

[116] LA JUGE EN CHEF (dissidente en partie) — Garth Drabinsky et Myron Gottlieb ont édifié dans le domaine du théâtre un empire nord-américain qui s’est fait connaître sous le nom de Livent Inc. À la poursuite d’un succès encore plus fulgurant, ils ont recouru à la manipulation des documents financiers de l’entreprise. Lorsque le stratagème a été découvert, Livent s’est effondrée. Ses actifs ont été liquidés. MM. Drabinsky et Gottlieb ont été incarcérés.

[117] L’affaire qui nous occupe compte parmi les nombreuses poursuites qui ont suivi. Les juridictions inférieures ont jugé que Deloitte & Touche, un cabinet de comptables et vérificateur de Livent, a manqué à l’obligation de diligence envers cette dernière lorsqu’elle n’a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent, ce qui a fait en sorte que Livent a pu poursuivre ses activités et continuer à perdre de l’argent — argent qu’elle réclame maintenant à Deloitte.

[118] Je suis d’accord avec les juridictions inférieures pour dire que Deloitte avait une obligation

when it failed to discover and expose Livent's fraud in the audited statements it prepared. However, I do not agree that Deloitte is liable for virtually all the loss that befell Livent as it pursued its precipitous decline into insolvency through doomed investments. I would allow the appeal.

### I. Facts

[119] The saga that led to these proceedings began in 1989 when two would-be entertainment moguls, Drabinsky and Gottlieb, launched a takeover bid of their employer, Cineplex Odeon Corporation. When the bid failed, the pair formed MyGar Partnership, which purchased all of the assets and some of the liabilities of Cineplex's live entertainment division. These included Toronto's Pantages Theatre and the rights to a wildly successful show, *The Phantom of the Opera*. MyGar carried on business through its nominee corporation, Live Entertainment Corporation of Canada Inc., and both entities were rolled into Live Entertainment of Canada Inc., or Livent Inc., in 1993. Livent made its debut in Canada's equity market with an initial public offering that year. By the end of 1995, Livent's shares were also listed on New York's NASDAQ exchange.

[120] Deloitte & Touche (now Deloitte LLP) became MyGar's auditor in 1989 and continued as auditors for MyGar and its successor Livent until 1998.

[121] Livent's strategy was vertical integration. Unlike other players in the live entertainment industry, it brought the entire enterprise, from production to performance, under one roof — a roof that Livent, as a proprietor of theatre properties, also owned. This was an immensely costly and risky undertaking. Livent invested in real estate in Toronto, Vancouver, New York, and Chicago. It produced and presented

de diligence envers Livent, obligation à laquelle elle a manqué lorsqu'elle n'a pas détecté et dénoncé la fraude commise par Livent dans les états financiers vérifiés qu'elle a préparés. Cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que Deloitte est responsable de pratiquement toutes les pertes qu'a subies Livent alors qu'elle semblait rapidement dans l'insolvabilité en raison d'investissements voués à l'échec. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

### I. Les faits

[119] La saga qui a mené à ces procédures a commencé en 1989, lorsque deux aspirants magnats du spectacle, MM. Drabinsky et Gottlieb, ont lancé une offre publique d'achat visant leur employeur, Cineplex Odeon Corporation. Lorsque leur offre a échoué, ils ont constitué la société MyGar Partnership qui a acheté tous les éléments d'actif et certains éléments de passif de la division des spectacles sur scène de Cineplex. Il s'agissait notamment du Pantages Theatre de Toronto et des droits sur un spectacle connaissant un incroyable succès, *The Phantom of the Opera* (*Le Fantôme de l'Opéra*). MyGar a mené ses activités par l'intermédiaire de sa société prête-nom, Live Entertainment Corporation of Canada Inc., et en 1993, ces deux entités ont fusionné pour devenir Live Entertainment of Canada Inc., ou Livent Inc. Livent a percé le marché boursier canadien en lançant la même année un premier appel public à l'épargne. À la fin de 1995, les actions de Livent étaient aussi cotées au marché d'actions NASDAQ de New York.

[120] Deloitte & Touche (maintenant Deloitte S.E.N.C.R.L./s.r.l.) est devenue le vérificateur de MyGar en 1989 et a continué d'agir à ce titre pour MyGar et son successeur, Livent, jusqu'en 1998.

[121] Livent a eu recours à la stratégie d'intégration verticale. Contrairement à d'autres acteurs de l'industrie des spectacles sur scène, Livent a regroupé l'ensemble des activités, de la production à la présentation des spectacles, sous un même toit, lequel appartenait d'ailleurs à Livent en sa qualité de propriétaire de théâtres. Il s'agissait d'un projet extrêmement coûteux et risqué. Livent a investi

a string of spectacular (and therefore expensive) musicals. When its shows succeeded, Livent reaped all the rewards. When they did not, it bore the losses alone.

[122] Drabinsky and Gottlieb were determined to prove that their business model worked. To be sure it did, they and their associates cooked the books. They did so in four ways:

- i. Drabinsky and Gottlieb pocketed some \$7.5 million in kickbacks in the two years before Livent's initial public offering. These they secured by causing MyGar to pay false or inflated invoices to various contractors, who in turn directed funds to Drabinsky and Gottlieb personally or to another company they controlled. A substantial portion of the falsified expenses were booked as assets. Drabinsky and Gottlieb's balance sheets were thus infused with fantasy as early as 1991.
- ii. Livent officers and employees distorted the company's financial records by shifting expenses between accounting periods and from one activity or production to another. They doctored Livent's accounting software to permit and conceal these manipulations.
- iii. Livent overstated its bottom line by extending the time over which it amortized the costs of putting on its productions and, in some periods, by avoiding amortization altogether. This it did by transferring millions of dollars of "pre-production costs" from shows to fixed assets or from one show to another, and particularly to shows that had not yet opened.

dans le secteur immobilier à Toronto, Vancouver, New York et Chicago. Elle a produit et présenté une série de comédies musicales spectaculaires (et par conséquent coûteuses). Lorsque les spectacles étaient couronnés de succès, Livent récoltait tous les fruits. Dans le cas contraire, elle assumait seule les pertes.

[122] Messieurs Drabinsky et Gottlieb voulaient à tout prix démontrer que leur modèle d'entreprise fonctionnait bien. Pour y arriver, de concert avec leurs associés, ils ont falsifié les comptes, et ce, de quatre manières :

- i. Messieurs Drabinsky et Gottlieb ont empoché quelque 7,5 millions de dollars en pots-de-vin au cours des deux années précédant le premier appel public à l'épargne de Livent. Ils y sont parvenus en faisant payer par MyGar des factures fausses ou gonflées à divers entrepreneurs, qui versaient en retour de l'argent à MM. Drabinsky et Gottlieb personnellement ou à une autre société que ceux-ci contrôlaient. Une partie importante des dépenses falsifiées étaient consignées comme des éléments d'actif. Les bilans de MM. Drabinsky et Gottlieb étaient donc truffés de faussetés dès 1991.
- ii. Les dirigeants et les employés de Livent ont falsifié les documents financiers de l'entreprise en transférant les dépenses d'une période comptable à une autre et d'une activité ou production à une autre. Ils ont trafiqué le logiciel de comptabilité de Livent pour effectuer et dissimuler ces manœuvres.
- iii. Livent a exagéré son résultat net en prolongeant la période d'amortissement des coûts de production de ses spectacles et, pour certaines périodes, en écartant complètement l'amortissement. À cette fin, elle a transféré des millions de dollars des « coûts préalables à la production » de ses spectacles vers des biens immobilisés ou d'un spectacle à l'autre et, en particulier, à des spectacles qui n'étaient pas encore présentés.

iv. The company recorded imaginary revenue by entering into loan or financing agreements that it camouflaged as asset sales. Livent purported to sell various rights related to its productions and properties, but simultaneously entered into secret side agreements permitting purchasers to recover what they had paid. The revenue booked from such transactions ran well into the millions of dollars.

[123] Livent not only misled the markets, it also fooled its auditor. Deloitte never uncovered the company's schemes. Livent continued to raise investment capital and reinvest it in unprofitable theatre enterprises. Deloitte's auditors report for Livent's Fiscal Year 1997 did not disclose the fraud and, although Deloitte objected when Gottlieb presented a misleading quarterly financial statement to the Audit Committee in August 1997, it did not resign.

[124] The truth came to light in 1998. New equity investors appointed new management, who discovered "irregularities". Deloitte retracted its audit opinions for 1996 and 1997. A subsequent investigation and re-audit resulted in restated financial reports. Drabinsky and Gottlieb were suspended, fired, and convicted of fraud.

[125] Livent filed for insolvency protection in both Canada and the United States in November 1998 and sold its assets in August 1999. It went into receivership the following month. The trial judge found that Livent lost \$113,000,000 between the time of Deloitte's negligent failure to end its relationship with Livent and Livent's insolvency. He reduced that amount by 25 percent for contingencies and awarded \$84,750,000 in damages. Livent seeks to recover this loss from Deloitte.

iv. L'entreprise a enregistré des revenus fictifs en concluant des conventions de prêt ou des accords de financement qu'elle camouflait en ventes d'actifs. Livent a prétendu vendre différents droits afférents à ses productions et propriétés, tout en concluant en même temps des accords parallèles secrets qui permettaient aux acheteurs de recouvrer le prix payé. Les recettes inscrites aux livres provenant de ces transactions se chiffraient largement en millions de dollars.

[123] Livent a non seulement induit les marchés en erreur, elle a aussi trompé son vérificateur. Deloitte n'a jamais découvert les stratagèmes de la société. Livent a continué à réunir des capitaux d'investissement et à les réinvestir dans des projets de scène non rentables. Le rapport du vérificateur présenté par Deloitte pour l'exercice de 1997 de Livent n'a pas révélé la fraude, et même si elle a exprimé son opposition lorsque Gottlieb a présenté des états financiers trimestriels falsifiés au comité de vérification en août 1997, Deloitte n'a pas démissionné.

[124] La vérité a éclaté en 1998. De nouveaux investisseurs ont nommé d'autres dirigeants, qui ont découvert des « irrégularités ». Deloitte a fait une rétractation concernant ses opinions du vérificateur relatives aux exercices 1996 et 1997. Une enquête et une nouvelle vérification subséquentes ont donné lieu à des états financiers modifiés. Messieurs Drabinsky et Gottlieb ont été suspendus, congédiés et déclarés coupables de fraude.

[125] En novembre 1998, Livent a demandé la protection contre l'insolvabilité au Canada et aux États-Unis et en août 1999, elle a vendu ses éléments d'actif. Elle a été mise sous séquestre le mois suivant. Le juge de première instance a conclu que Livent avait subi des pertes de 113 000 000 de dollars entre le moment où Deloitte a négligé de mettre un terme à sa relation avec Livent et l'insolvabilité de Livent. Il a diminué ce montant de 25 pour 100 pour tenir compte des imprévus et a accordé des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars. Livent cherche à recouvrer ces pertes auprès de Deloitte.

## II. Judicial History

[126] Livent sued Deloitte for \$450,000,000 and other relief. It advanced concurrent claims in tort and contract; the parties agreed that the damages under either head would be the same. Livent claimed that Deloitte was responsible for every dollar Livent lost from the date of Deloitte's breach of duty. Deloitte's defence was that most of the losses claimed were beyond the scope of Deloitte's legal responsibility. The courts below largely sided with Livent.

### A. *Ontario Superior Court of Justice (Commercial List) (Gans J.), 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12*

[127] The trial judge held that Deloitte owed a duty of care to provide accurate information to Livent's shareholders. He held that the standard of care under this duty required Deloitte to take steps that would have effectively cut off Livent's access to the capital markets and forced it into formal insolvency as early as 14 months before it ultimately filed for insolvency protection. The trial judge concluded that Deloitte failed to meet this standard of care, either when it failed to discover the fraud and act on that discovery in August 1997, or when it signed off on Livent's 1997 financial statements in April 1998.

[128] The trial judge held that the measure of damages was the difference between Livent's value when the breach occurred, and Livent's value at the time of insolvency (\$113,000,000). He reduced this by 25 percent to account for "contingencies" or "trading losses" sustained as a result of Livent's "unprofitable but legitimate theatre business" (paras. 324-26), which he held were too remote to make Deloitte liable.

## II. Historique judiciaire

[126] Livent a poursuivi Deloitte pour 450 000 000 de dollars et demandé d'autres mesures de réparation. Elle a présenté des demandes concurrentes en responsabilité délictuelle et en responsabilité contractuelle; les parties ont convenu que, dans un cas ou dans l'autre, le montant des dommages-intérêts serait le même. Livent a soutenu que Deloitte était responsable de chaque dollar qu'elle a perdu à compter de la date du manquement, par Deloitte, à son obligation de diligence. Deloitte a plaidé en défense que la plupart des pertes alléguées échappaient à la portée de sa responsabilité juridique. Les juridictions inférieures ont tranché principalement en faveur de Livent.

### A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (rôle des affaires commerciales) (le juge Gans), 2014 ONSC 2176, 11 C.B.R. (6th) 12*

[127] Le juge de première instance a conclu que Deloitte avait une obligation de diligence pour fournir des renseignements exacts aux actionnaires de Livent. Il a estimé que la norme de diligence en vertu de cette obligation exigeait que Deloitte prenne des mesures qui auraient effectivement privé Livent de l'accès aux marchés des capitaux et l'auraient obligée à déclarer faillite 14 mois avant que cette dernière demande finalement la protection contre l'insolvabilité. Le juge a conclu que Deloitte n'avait pas respecté cette norme de diligence, soit en août 1997, lorsqu'elle n'a pas découvert la fraude et n'a pas pris les mesures que cette découverte rendait nécessaires, ou en avril 1998, lorsqu'elle a approuvé les états financiers de 1997 de Livent.

[128] Le juge de première instance a conclu que le montant des dommages-intérêts équivalait à l'écart entre la valeur de Livent au moment où le manquement a eu lieu et la valeur de Livent au moment de l'insolvabilité (113 000 000 de dollars). De ce montant, il a retranché 25 pour 100 pour tenir compte des [TRADUCTION] « imprévus » ou des « pertes commerciales » attribuables aux « activités de scène non rentables mais légitimes » (par. 324-326) de Livent, qui, selon le juge, étaient trop éloignées pour que Deloitte puisse en être tenue responsable.

[129] The trial judge also rejected Deloitte's submission that Livent's recovery should be either barred by the defence of illegality, or reduced on account of contributory fault pursuant to s. 3 of the *Negligence Act*, R.S.O. 1990, c. N.1.

[130] The trial judge consequently awarded damages to Livent for breach of its duty of care, and alternatively for breach of contract, in the amount of \$84,750,000.

B. *Court of Appeal for Ontario (Strathy C.J. and Blair and Lauwers J.J.A.), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225*

[131] The Court of Appeal upheld the trial judge's award and dismissed both the appeal and cross-appeal.

### III. Analysis

[132] The only issue on this appeal is whether Deloitte is liable for the lion's share of the loss Livent sustained after it failed to detect the fraud of the company's principals and report it in its audit statements (the total loss less a 25 percent discount for contingencies and Livent's improvident investments). Livent claims that if Deloitte had reported the fraud when it should have, it would have been put out of business, which would have saved it from the loss that it suffered thereafter. Instead, it was able to continue to raise more capital and spend it in ways that decreased Livent's net worth. Deloitte argues that it is not liable for the full extent of Livent's pre-liquidation loss because this loss falls outside the scope of Deloitte's duty of care, or is too "remote" from the legal cause.

[133] The law of negligent misstatement has limited recovery of pure economic (financial) loss for two reasons. The first reason is that it may be unfair to hold a person who makes a negligent

[129] Le juge de première instance a également rejeté l'argument de Deloitte selon lequel l'illégalité invoquée comme moyen de défense devait empêcher Livent de toucher une indemnité, ou le montant de cette indemnité devait être réduit pour cause de faute contributoire suivant l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, L.R.O. 1990, c. N.1.

[130] En conséquence, le juge de première instance a accordé à Livent des dommages-intérêts s'élevant à 84 750 000 dollars pour manquement à son obligation de diligence ou, autrement, pour violation de contrat.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Strathy et les juges Blair et Lauwers), 2016 ONCA 11, 128 O.R. (3d) 225*

[131] La Cour d'appel a confirmé la décision du juge de première instance et a rejeté l'appel et l'appel incident.

### III. Analyse

[132] En l'espèce, la seule question en litige est de savoir si Deloitte est responsable de la majeure partie des pertes que Livent a subies après que Deloitte n'ait pas réussi à découvrir la fraude commise par les dirigeants de l'entreprise et à la signaler dans ses états financiers vérifiés (la perte totale diminuée de 25 pour 100 pour les imprévus et les mauvais investissements de Livent). Livent affirme que si Deloitte avait signalé la fraude au moment où elle aurait dû le faire, Livent aurait été forcée de cesser ses activités, ce qui lui aurait évité de subir la perte qu'elle a subie par la suite. Elle a plutôt continué à réunir des capitaux et à les dépenser d'une façon qui diminuait la valeur nette de Livent. Deloitte plaide qu'elle n'est pas responsable de la totalité de la perte subie avant la liquidation de Livent parce que cette perte échappe à l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte, ou parce qu'elle est trop « éloignée » de la cause juridique.

[133] Le droit en matière de déclarations inexactes faites par négligence prévoit une indemnisation limitée des pertes purement économiques (financières) pour deux raisons. La première, c'est qu'il peut être

misstatement liable for all loss incurred thereafter, where other decisions and acts contributed to that loss. This is referred to as the fair allocation of loss principle. The second reason is to avoid the spectre of indeterminate liability, which the law of negligence has never countenanced.

[134] These two reasons — one of principle and the other of policy — are complementary. They work together to ensure fair outcomes and promote predictability in the law.

[135] As Lord Bridge observed in *Caparo Industries plc. v. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), at p. 576:

To hold the maker of the statement to be under a duty of care in respect of the accuracy of the statement to all and sundry for any purpose for which they may choose to rely on it is not only to subject him, in the classic words of Cardozo C.J., to “liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class” ([*Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), at p. 444]), it is also to confer on the world at large a quite unwarranted entitlement to appropriate for their own purposes the benefit of the expert knowledge or professional expertise attributed to the maker of the statement.

See also *D’Amato v. Badger*, [1996] 2 S.C.R. 1071, at para. 18; *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 31; *Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 S.C.R. 1021, at p. 1137, per McLachlin J.; *R. v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, 2011 SCC 42, [2011] 3 S.C.R. 45, at para. 99, quoting *Cooper v. Hobart*, 2001 SCC 79, [2001] 3 S.C.R. 537, at para. 54.

[136] For these reasons, common law courts have rejected a simple “but for” test for recovery of economic loss for negligent misstatement: *BG Checo International Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 S.C.R. 12, at p. 44; *South Australia Asset Management Corp. v. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365 (H.L.) (“SAAMCO”), at pp. 369-72, per Lord Hoffmann; *Hughes-Holland v.*

injuste de tenir une personne responsable de la totalité des pertes subies en raison de sa déclaration inexacte, alors que d’autres décisions et actes ont contribué à ces pertes : c’est ce qu’on appelle le principe de l’attribution équitable de la perte. La seconde est qu’il faut éviter le spectre de la responsabilité indéterminée, que le droit de la négligence n’a jamais admise.

[134] Ces deux raisons — une de principe et l’autre de politique générale — sont complémentaires. Ensemble, elles donnent lieu à des résultats justes et favorisent la prévisibilité du droit.

[135] Comme l’a fait observer lord Bridge dans *Caparo Industries plc. c. Dickman*, [1990] 1 All E.R. 568 (H.L.), p. 576 :

[TRADUCTION] Conclure que l’auteur de la déclaration a, quant à son exactitude, une obligation de diligence envers toute personne qui voudrait l’invoquer à quelque fin que ce soit signifie non seulement lui imposer, selon l’énoncé classique du juge en chef Cardozo, « une responsabilité pour un montant indéterminé, pour un temps indéterminé et envers une catégorie indéterminée » ([*Ultramares Corp. c. Touche*, 174 N.E. 441 (N.Y. 1931), p. 444]), mais aussi conférer à des tiers le droit tout à fait injustifié de tirer profit pour leur propre bénéfice des connaissances d’expert ou de l’expertise professionnelle attribuée à l’auteur de la déclaration.

Voir également *D’Amato c. Badger*, [1996] 2 R.C.S. 1071, par. 18; *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, par. 31; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Norsk Pacific Steamship Co.*, [1992] 1 R.C.S. 1021, p. 1137, la juge McLachlin; *R. c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, 2011 CSC 42, [2011] 3 R.C.S. 45, par. 99, citant *Cooper c. Hobart*, 2001 CSC 79, [2001] 3 R.C.S. 537, par. 54.

[136] Pour ces raisons, les tribunaux de common law ont rejeté le critère simple du « facteur déterminant » pour l’indemnisation des pertes économiques causées par une déclaration inexacte faite par négligence : *BG Checo International Ltd. c. British Columbia Hydro and Power Authority*, [1993] 1 R.C.S. 12, p. 44; *South Australia Asset Management Corp. c. York Montague Ltd.*, [1996] 3 All E.R. 365

*BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, at para. 38, per Lord Sumption; *Hogarth v. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289, at paras. 37-38, per Slatter J.A.

[137] A “but for” test, which asks only whether the loss would not have been incurred if the wrongful act had not been committed, casts the net of liability too widely. It would make auditors or advisors retained for limited purposes the insurers of the entire venture and all that flows from it. It would not matter that the loss would not have occurred but for other decisions (like Livent’s ill-judged investment decisions in this case). Nor would it matter that the loss was the result of a complex web of decision making, months and years after the negligent misstatement was produced. All that would be required to recover all subsequent loss from the auditors would be to show that their misstatement played a role in launching the saga of subsequent loss. This is not fair; a person giving advice for one purpose should not be held liable for how other people use that information for other purposes, or be made to carry the entire loss. And, it would lead to indeterminate liability. An auditor giving advice would never know what its exposure might be, or whether its fee is adequate to cover the risk to which it exposes itself.

[138] Rejection of a “but for” test for assessing recovery of economic loss is cemented in the common law. But it is worth noting that Quebec civil law also recognizes the need to limit recovery of economic loss to losses that bear a sufficient connection to the wrongful feature of the defendant’s conduct: see *Wightman v. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, at paras. 229-31 and 243-46 (CanLII); see also D. Jutras, “Civil Law and Pure Economic Loss: What Are We Missing?” (1987), 12 *Can. Bus. L.J.* 295, at pp. 308-9.

(H.L.) (« SAAMCO »), p. 369-372, lord Hoffmann; *Hughes-Holland c. BPE Solicitors*, [2017] UKSC 21, [2017] 2 W.L.R. 1029, par. 38, lord Sumption; *Hogarth c. Rocky Mountain Slate Inc.*, 2013 ABCA 57, 542 A.R. 289, par. 37-38, le juge Slatter.

[137] Le critère du « facteur déterminant », qui vise seulement à déterminer si la perte n’aurait pas été subie si l’acte fautif n’avait pas été commis, donne une portée trop large à la responsabilité. Il ferait en sorte que les vérificateurs ou les conseillers dont les services ont été retenus à des fins limitées deviendraient les garants de tout le projet et de tout ce qui en découle. Il n’importerait pas que la perte ne se serait pas produite n’eût été d’autres décisions (comme, en l’espèce, les décisions peu judicieuses de Livent en matière d’investissement). Il n’importerait pas non plus que la perte soit causée par un enchevêtrement complexe de prises de décisions, prises des mois ou des années après la production de la déclaration inexacte faite par négligence. Pour obtenir l’indemnisation de la totalité des pertes subséquentes auprès des vérificateurs, il suffirait de montrer que leur déclaration inexacte a joué un rôle en déclenchant la saga des pertes subséquentes. Cela est injuste : une personne qui donne un conseil pour une fin précise ne devrait pas être tenue responsable de la façon dont d’autres personnes utilisent ce renseignement à d’autres fins, et ne devrait pas non plus avoir à assumer la totalité de la perte. Aussi, cela donnerait lieu à une responsabilité indéterminée. Un vérificateur qui donne un conseil ne pourrait jamais savoir à quoi il s’expose, ou si ses honoraires sont suffisants pour couvrir le risque auquel il s’expose.

[138] Le rejet du critère du « facteur déterminant » pour évaluer s’il y a lieu d’accorder l’indemnisation d’une perte économique est ancré dans la common law. Cependant, il convient de signaler que le droit civil du Québec reconnaît aussi la nécessité de limiter l’indemnisation des pertes économiques à celles qui ont un lien suffisant avec la caractéristique du comportement du défendeur qui en fait un acte fautif : voir *Wightman c. Widdrington (Succession)*, 2013 QCCA 1187, [2013] R.J.Q. 1054, par. 229-231 et 243-246; voir aussi D. Jutras, « Civil Law and Pure Economic Loss : What Are We Missing? » (1987), 12 *Rev. can. dr. comm.* 295, p. 308-309.

[139] Courts have given two doctrinal explanations for limiting recovery of economic loss following from a negligent misstatement. The first is to say that the *scope of the duty of care* of the advice-giver does not cover the loss claimed. The second is to say that the loss is *too remote* from the negligent act and thus was not legally caused by that act.

[140] While lawyers may argue over which approach is preferable, the fact once again is that they are complementary — two sides of the same coin. In fact, the inquiry into the duty of care and the inquiry into remoteness invoke similar considerations.

[141] The “scope of the duty of care” inquiry looks to the relationship between the defendant’s advice and the plaintiff’s loss. It asks if that relationship was “proximate”. In cases of economic loss, it inquires into the purpose for which the advice was given and asks whether a reasonable person would have expected, or “foreseen”, that negligent advice would lead to the loss in question by virtue of the plaintiff’s reliance on the advice: *Hercules*, at paras. 24 and 41. Put simply: Did the loss flow from the advice, or from subsequent decisions and circumstances? Thus, in *Caparo*, at p. 581, Lord Bridge confirmed that the scope of the tort determines the extent of the remedy to which the injured party is entitled. See also *Platform Home Loans Ltd. v. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833 (H.L.), at p. 847, per Lord Hobhouse.

[142] The “remoteness” approach looks at similar factors to the “scope of the duty of care” approach — all pointing to the wrongdoing and its proximity to the loss claimed. The factors to be considered are not closed. The advice-giver’s knowledge of the claimant’s circumstances, the reasonable expectations arising from the relationship, and the presence of intervening factors that led to the loss may figure in the analysis: *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.*, 2008 SCC 27, [2008] 2 S.C.R. 114, at paras. 12 and 14-16; *Citadel General Assurance Co. v. Vytlingam*, 2007 SCC 46, [2007] 3 S.C.R. 373, at

[139] Les tribunaux ont donné deux explications théoriques pour limiter les pertes économiques indemnifiables à la suite d’une déclaration inexacte faite par négligence. Selon la première, *l’étendue de l’obligation de diligence* de la personne qui donne le conseil ne couvre pas la perte alléguée. Selon la deuxième, la perte est *trop éloignée* de l’acte négligent et n’a donc pas été causée, en droit, par cet acte.

[140] Bien que les avocats puissent débattre de l’approche qui est préférable, le fait est que celles-ci, encore, sont complémentaires — deux côtés de la même médaille. En fait, l’analyse relative à l’obligation de diligence et celle relative au caractère éloigné suscitent des considérations semblables.

[141] L’analyse relative à l’« étendue de l’obligation de diligence » porte sur la corrélation entre le conseil du défendeur et la perte du demandeur. Il faut se demander si cette corrélation était « immédiate ». Dans les cas de perte économique, elle vise la fin pour laquelle le conseil a été donné, et il faut se demander si une personne raisonnable aurait pu prévoir que le conseil donné par négligence aurait causé la perte en question en raison du fait que le demandeur s’y soit fié : *Hercules*, par. 24 et 41. Autrement dit, est-ce que la perte découlait du conseil, ou des décisions et circonstances subséquentes? Ainsi, dans *Caparo*, p. 581, lord Bridge a confirmé que la portée du délit détermine la réparation à laquelle a droit la partie lésée. Voir aussi *Platform Home Loans Ltd. c. Oyston Shipways Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 833 (H.L.), p. 847, lord Hobhouse.

[142] L’approche relative au « caractère éloigné » porte sur des facteurs semblables à ceux de l’approche relative à l’« étendue de l’obligation de diligence » — les deux visent l’acte fautif et sa proximité à la perte alléguée. La liste des facteurs devant être pris en considération n’est pas exhaustive. La connaissance de la situation du demandeur par la personne donnant le conseil, les attentes raisonnables découlant de la relation et la présence de facteurs intermédiaires ayant mené à la perte sont des facteurs qui peuvent être pris en compte dans l’analyse : *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*,

para. 31; *Westmount (City) v. Rossy*, 2012 SCC 30, [2012] 2 S.C.R. 136, at para. 48.

[143] I agree with Lord Sumption’s observation in *BPE Solicitors*, a recent decision from the United Kingdom Supreme Court, that however one looks at the matter — from the perspective of the scope of the duty of care or from the perspective of remoteness — one arrives at the same point. In his Lordship’s words, “[w]hether one describes the principle . . . as turning on the scope of the duty or the extent of the liability for breach of it does not alter the way in which the principle applies”: para. 38; see also L. N. Klar and C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6th ed. 2017), at pp. 565-66.

[144] For the purposes of these reasons, I will first consider whether the losses at issue fall within the scope of Deloitte’s duty of care. This inquiry takes us to the two-part analysis for determining the existence of a duty of care and its scope prescribed in *Anns v. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) — does the relationship between the parties give rise to a *prima facie* duty of care to avoid the type of loss claimed, and, if so, is that duty negated by policy considerations?

[145] Courts in the United Kingdom have resiled from a two-step *Anns* test, but continue to insist that the scope of the duty of care must be carefully limited having regard to the relationship between the defendant’s conduct and the plaintiff’s injuries, context and policy. They have insisted that there is no such thing as a duty of care in the abstract; the duty is always defined by its scope. As Lord Bridge stated in *Caparo*, at p. 581, “[i]t is never sufficient to ask simply whether A owes B a duty of care. It is always necessary to determine the scope of the duty by reference to the kind of damage from which A must take care to save B harmless”: see also *BPE*

2008 CSC 27, [2008] 2 R.C.S. 114, par. 12 et 14-16; *Citadelle, Cie d’assurances générales c. Vytingam*, 2007 CSC 46, [2007] 3 R.C.S. 373, par. 31; *Westmount (Ville) c. Rossy*, 2012 CSC 30, [2012] 2 R.C.S. 136, par. 48.

[143] Je suis d’accord avec lord Sumption qui fait observer, dans l’arrêt *BPE Solicitors*, une décision récente de la Cour suprême du Royaume-Uni, que peu importe sous quel angle on envisage l’affaire — que ce soit du point de vue de l’étendue de l’obligation de diligence ou de celui du caractère éloigné — on arrive au même point. Pour reprendre ses propres mots, [TRADUCTION] « [q]ue l’on décrive le principe [. . .] comme étant axé sur l’étendue de l’obligation ou sur la portée de la responsabilité pour manquement à celle-ci ne change pas la façon dont le principe s’applique » : par. 38; voir aussi L. N. Klar et C. S. G. Jefferies, *Tort Law* (6<sup>e</sup> éd. 2017), p. 565-566.

[144] Pour le besoin des présents motifs, j’examinerai tout d’abord si les pertes dont il est question sont visées par l’obligation de diligence de Deloitte. Cette analyse nous amène au critère en deux étapes visant à établir l’existence d’une obligation de diligence et son étendue, qui a été énoncé dans l’arrêt *Anns c. London Borough of Merton*, [1977] 2 All E.R. 492 (H.L.) — est-ce que la relation entre les parties donne lieu à une obligation de diligence *prima facie* d’éviter le type de perte alléguée et, dans l’affirmative, cette obligation est-elle écartée par des considérations de principe?

[145] Au Royaume-Uni, les tribunaux ont abandonné le critère en deux étapes énoncé dans *Anns*, mais ils ont continué à exiger que l’étendue de l’obligation de diligence soit soigneusement circonscrite eu égard à la corrélation entre la conduite du défendeur et les dommages du demandeur, le contexte et la politique générale. Ils ont insisté sur le fait qu’il n’existe rien de tel qu’une obligation de diligence dans l’abstrait; l’obligation est toujours définie par son étendue. Comme l’a dit lord Bridge dans *Caparo*, p. 581, [TRADUCTION] « [i]l ne suffit jamais de se demander simplement si A a une obligation de diligence envers B. Il est toujours nécessaire de

*Solicitors*, at paras. 21-23; *Sutherland Shire Council v. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), at p. 40, per Brennan J.; *Platform Home Loans*, at p. 847, per Lord Hobhouse, quoting *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. v. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (P.C.) (“The Wagon Mound No. 1”), at p. 425; *Candler v. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), at p. 436, per Denning L.J., dissenting.

[146] The first step of the *Anns* test asks whether there is proximity, or a sufficiently close relationship, between the parties. It focuses on the connection between the defendant’s undertaking (the breach of which is the wrongful act) and the loss claimed. Did the defendant owe the plaintiff a *prima facie* duty of care to prevent the loss, having regard to, on one hand, the reasonably foreseeable consequences of the defendant’s conduct given the proximity of the parties and, on the other hand, factors concerning the relationship between the parties that negate tort liability? (See *Cooper*, at paras. 30 and 34.) Questions of policy relating to the relationship between the parties should be considered at this step of the *Anns* analysis: *Cooper*, at para. 37.

[147] The purpose for which the statement was made (the undertaking) is pivotal in determining whether a particular type of economic loss was the reasonably foreseeable consequence of the negligence: *Hercules*, at paras. 37-40. Was it made to enable the company to raise capital? If so, a loss due to failure to raise capital may be recoverable. Was it made for the purpose of permitting shareholders to review the management of the company? If so, shareholders may recover for loss due to their inability to hold the company to account: *Hercules*, at paras. 51-57. In each case, one must determine the purpose for which the statement was made, and ask whether the loss in question is proximate, or closely connected to the failure of the defendant to fulfill that purpose.

déterminer l’étendue de l’obligation en fonction de la nature du préjudice contre lequel A doit exonérer B » : voir aussi *BPE Solicitors*, par. 21-23; *Sutherland Shire Council c. Heyman* (1985), 60 A.L.R. 1 (H.C.), p. 40, le juge Brennan; *Platform Home Loans Ltd.*, p. 847, lord Hobhouse, citant *Overseas Tankship (U.K.) Ltd. c. Morts Dock & Engineering Co.*, [1961] A.C. 388 (C.P.) (« The Wagon Mound No. 1 »), p. 425; *Candler c. Crane Christmas & Co.*, [1951] 1 All E.R. 426 (C.A.), p. 436, lord Denning, dissident.

[146] La première étape du critère établi dans *Anns* consiste à déterminer s’il y a proximité, ou une relation suffisamment étroite, entre les parties. Elle est axée sur le lien entre l’engagement du défendeur (dont la violation constitue l’acte fautif) et la perte alléguée. Le défendeur avait-il envers le demandeur une obligation de diligence *prima facie* consistant à empêcher la perte eu égard, d’une part, aux conséquences raisonnablement prévisibles de la conduite du défendeur compte tenu de la proximité des parties et, d’autre part, aux facteurs relatifs à la relation entre les parties qui annihilent la responsabilité délictuelle? (Voir *Cooper*, par. 30 et 34.) À cette étape de l’analyse retenue dans *Anns*, il faut examiner les questions de politique relatives au lien existant entre les parties : *Cooper*, par. 37.

[147] La fin pour laquelle la déclaration a été faite (l’engagement) joue un rôle capital pour établir si un type précis de perte économique était la conséquence raisonnablement prévisible de la négligence : *Hercules*, par. 37-40. A-t-elle été faite pour permettre à l’entreprise de réunir des capitaux? Dans l’affirmative, une perte causée par le défaut de réunir des capitaux pourrait être indemnisable. A-t-elle été faite pour permettre aux actionnaires d’examiner la gestion de l’entreprise? Dans l’affirmative, les actionnaires pourraient être indemnisés pour leur perte en raison de leur incapacité à demander des comptes à l’entreprise : *Hercules*, par. 51-57. Dans chaque cas, il faut établir à quelle fin la déclaration a été faite, et se demander si la perte en question est immédiate, ou étroitement liée au défaut du défendeur de mener à bien cette fin.

[148] Where an auditor falsely or wrongfully represents that the audit statements are sound and can therefore be used for their intended purpose, this constitutes negligence, or wrongdoing. Economic loss tied to that particular wrongdoing is recoverable; other loss is not. Whether in the United Kingdom, Quebec or the common law provinces of Canada, courts focus on the precise nature of the wrongdoing to determine what loss is recoverable. As Lord Sumption explained in *BPE Solicitors*, to be a reasonably foreseeable consequence of the defendant's wrongdoing, the economic loss claimed must have "flowed from the right thing, i.e. from the particular feature of the defendant's conduct which made it wrongful": para. 38. Or as Lord Hoffmann said in *SAAMCO*, at p. 371:

Normally the law limits liability to those consequences which are attributable to that which made the act wrongful. In the case of liability in negligence for providing inaccurate information, this would mean liability for the consequences of the information being inaccurate.

See also *Burns v. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383, at para. 106; *Hogarth*, at paras. 37-38, per Slatter J.A.

[149] Lord Sumption pointed out in *BPE Solicitors*, at para. 44, that the scope of the duty of care and the extent of the defendant's responsibility turns on the specific circumstances that inform the purpose for which the statement was prepared:

A valuer or a conveyancer, for example, will rarely supply more than a specific part of the material on which his client's decision is based. He is generally no more than a provider of what Lord Hoffmann [in *SAAMCO*] called "information". At the opposite end of the spectrum, an investment adviser advising a client whether to buy a particular stock, or a financial adviser advising whether to invest self-invested pension fund in an annuity are likely, in Lord Hoffmann's terminology, to be regarded as giving "advice". Between these extremes, every case is likely to depend on the range of matters for which the

[148] Lorsqu'un vérificateur déclare faussement ou à tort que les états financiers vérifiés sont valables et peuvent donc être utilisés pour les fins auxquelles ils sont destinés, cela constitue de la négligence ou un acte fautif. La perte économique liée à cet acte fautif précis est indemnisable; les autres pertes ne le sont pas. Que ce soit au Royaume-Uni, au Québec ou dans les provinces de common law du Canada, les tribunaux se concentrent sur la nature précise de l'acte fautif afin de déterminer quelle perte est indemnisable. Comme lord Sumption l'a expliqué dans *BPE Solicitors*, pour que la perte économique alléguée soit une conséquence raisonnablement prévisible de l'acte fautif du défendeur, elle doit avoir [TRADUCTION] « découlé de la bonne chose, soit de la caractéristique particulière qui fait du comportement du défendeur un acte fautif » : par. 38. Ou comme l'a affirmé lord Hoffmann dans *SAAMCO*, p. 371 :

[TRADUCTION] Normalement le droit limite la responsabilité aux conséquences attribuables à ce qui fait en sorte que l'acte commis est fautif. Lorsque la responsabilité pour négligence découle du fait d'avoir fourni des renseignements inexacts, elle se rattache aux conséquences qu'entraîne l'inexactitude des renseignements.

Voir également *Burns c. Homer Street Development Limited Partnership*, 2016 BCCA 371, 91 B.C.L.R. (5th) 383, par. 106; *Hogarth*, par. 37-38, le juge Slatter.

[149] Dans *BPE Solicitors*, lord Sumption a signalé au par. 44 que l'étendue de l'obligation de diligence et la portée de la responsabilité du défendeur dépendront des circonstances précises qui éclairent la fin pour laquelle la déclaration a été préparée :

[TRADUCTION] L'évaluateur ou le rédacteur d'actes translatifs de propriété, par exemple, ne communiquera que rarement plus qu'une partie précise des renseignements sur lesquels repose la décision de son client. De manière générale, il se limite à fournir ce que lord Hoffmann [dans *SAAMCO*] appelait de l'« information ». À l'autre extrémité du spectre, un conseiller en placements qui conseille un client au sujet de l'achat de certaines actions en bourse, ou un conseiller financier qui se prononce sur l'opportunité d'investir dans une rente des sommes détenues dans un fonds de retraite autogéré sont susceptibles,

defendant assumed responsibility and no more exact rule can be stated.

See also *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) v. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929, at paras. 40-41, per Lord Steyn, and para. 66, per Lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce v. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561, at paras. 46-47 and 69-71; *Temseel Holdings Ltd. v. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27, at paras. 22-29 and 57-62.

[150] The purpose for which the audit report is provided is a matter of fact based on the evidence adduced at trial: *BPE Solicitors*, at para. 44; *Aneco*, at paras. 40-41, per Lord Steyn, and para. 66, per Lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce*, at para. 47; *Temseel*, at paras. 57-62. Legal obligations imposed by statute may be relevant: *Hercules*, at para. 49.

[151] Against this background, I turn to the question at hand: What was the scope of the duty of care owed by Deloitte to Livent? The key to answering this question is the purpose for which Deloitte prepared the statements, which in turn defines the wrongful act — the negligent failure to provide the correct information for the intended purpose.

[152] In this case, three purposes of Livent's audit statements are discernable: (1) to report accurately on Livent's finances and provide it with audit opinions on which it could rely for the purpose of attracting investment; (2) to uncover heretofore undetected errors or wrongdoing by Livent or its personnel for the purpose of enabling Livent itself to correct or otherwise respond to the misfeasance; and (3) to provide audit reports on which Livent's shareholders could rely to supervise the company's management (see e.g. Part XII of the *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16; trial reasons, at paras. 89-96

selon le propos de lord Hoffmann, d'être considérés comme ayant fourni des « opinions ». Entre ces deux extrêmes, chaque cas dépendra probablement de la gamme de questions au sujet desquelles le défendeur a assumé une responsabilité, et on ne peut énoncer à cet égard une règle plus précise.

Voir aussi *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. (in liquidation) c. Johnson & Higgins Ltd.*, [2001] UKHL 51, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 929, par. 40-41, lord Steyn, et par. 66, lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce c. Deloitte & Touche*, 2016 ONCA 922, 133 O.R. (3d) 561, par. 46-47 et 69-71; *Temseel Holdings Ltd. c. Beaumonts Chartered Accountants*, [2002] EWHC 2642 (Comm.), [2003] P.N.L.R. 27, par. 22-29 et 57-62.

[150] Les fins pour lesquelles le rapport du vérificateur est produit est une question de faits qui repose sur la preuve présentée au procès : *BPE Solicitors*, par. 44; *Aneco*, par. 40-41, lord Steyn, et par. 66, lord Millett; *Canadian Imperial Bank of Commerce*, par. 47; *Temseel*, par. 57-62. Les obligations qu'imposent les lois peuvent être pertinentes : *Hercules*, par. 49.

[151] Dans ce contexte, j'aborde maintenant la question qui nous occupe : quelle était l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte envers Livent? Pour répondre à cette question, il faut savoir à quelles fins Deloitte a préparé les déclarations, ce qui définira l'acte fautif, soit l'omission par négligence de fournir les renseignements exacts pour les fins visées.

[152] En l'espèce, on peut discerner trois fins auxquelles devaient servir les états financiers vérifiés par Livent : (1) présenter un état exact de la situation financière de Livent et lui fournir des opinions du vérificateur qu'elle pourra utiliser pour attirer des investissements; (2) découvrir des erreurs ou des actes fautifs commis par Livent ou ses employés jusque-là passés inaperçus, afin de permettre à Livent de corriger elle-même cette faute ou de prendre des mesures à cet égard; et (3) fournir des rapports de vérification qui serviraient à la surveillance de la gestion de l'entreprise par les actionnaires (voir p. ex. la partie XII

and 280). Livent was entitled to recover for losses occasioned by its own or its shareholders' reliance on Deloitte's audit work for these purposes.

[153] The scope of Deloitte's duty of care is defined solely by these purposes. Did its negligence prevent Livent from attracting investment? Did its negligence prevent Livent from uncovering undetected wrongdoing for the purpose of allowing Livent to correct the misfeasance? Finally, did its negligence prevent shareholders from supervising the company's management? Loss that results from inability to attract investment, from inability of Livent to correct undetected wrongdoing, or from inability of the shareholders to exercise their supervisory authority, may fall within the scope of Deloitte's duty of care.

[154] The first possibility is that Deloitte's wrongful act deprived Livent of the ability to attract investment capital. Livent does not rely on this; in fact, Livent attracted a great deal of capital on the strength of Deloitte's statements. Indeed, that is the essence of its complaint — if it had not been able to attract this money, it would not have been able to spend it on new theatre ventures that failed and decreased Livent's worth. The company's assets were not diminished by an inability to attract investment, but by Livent's improvident management of those investments, revealed only on insolvency.

[155] The second possibility is that the wrongful act prevented Livent — the company itself — from detecting misfeasance in the company's management which Livent's officials would have corrected if they had known the true state of affairs. This possibility envisions the situation where a company's management, acting honestly and diligently, is unable to deal with internal misfeasance because the auditors negligently failed to reveal it.

[156] This is not Livent's situation. Livent led no evidence that its management did not know of

de la *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.O. 1990, c. B.16; motifs de première instance, par. 89-96 et 280). Livent avait le droit d'être indemnisée pour les pertes occasionnées par le fait qu'elle-même et ses actionnaires se sont fiés aux rapports de vérification de Deloitte à ces fins.

[153] Ces fins seulement définissent l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte. Sa négligence a-t-elle empêché Livent d'attirer des investissements? Sa négligence a-t-elle empêché Livent de découvrir des actes fautifs passés inaperçus pour qu'elle puisse corriger la faute? Enfin, sa négligence a-t-elle empêché les actionnaires de surveiller la gestion de l'entreprise? Les pertes découlant de l'incapacité à attirer des investissements, de l'incapacité de Livent à corriger des fautes passées inaperçues ou de l'incapacité des actionnaires d'exercer leur pouvoir de surveillance, peuvent toutes être visées par l'obligation de diligence de Deloitte.

[154] La première possibilité est que l'acte fautif de Deloitte a empêché Livent d'attirer des capitaux d'investissement. Livent n'invoque pas cet argument; en fait, elle a attiré beaucoup de capitaux grâce aux déclarations de Deloitte. Il s'agit là de l'essence de sa plainte — si elle n'avait pas réussi à attirer ces capitaux, elle n'aurait pas pu les dépenser dans de nouveaux spectacles, qui se sont avérés des échecs et qui ont diminué la valeur de Livent. L'actif de l'entreprise n'a pas été diminué par son incapacité à attirer des investissements, mais plutôt par la gestion inconsidérée de ces investissements par Livent, révélée seulement lors de l'insolvabilité.

[155] La deuxième possibilité est que l'acte fautif a empêché Livent — l'entreprise elle-même — de déceler dans la gestion de l'entreprise la faute que les dirigeants de Livent auraient corrigée s'ils avaient été au courant du véritable état des choses. Cette possibilité suppose une situation où la direction de l'entreprise, agissant en toute honnêteté et avec diligence, n'est pas en mesure de corriger la faute interne parce que les vérificateurs ont négligé de la révéler.

[156] Telle n'est pas la situation de Livent. Livent n'a présenté aucune preuve que ses dirigeants

Drabinsky's and Gottlieb's misfeasance; indeed, it likely could not have done so. Drabinsky and Gottlieb, the fraudsters, were themselves the management. Far from relying on the audited statements as assurance that everything was well with the company, Drabinsky and Gottlieb knew the audit reports were inaccurate. There is no evidence that anyone at a lower level of Livent management would have blown the whistle if Livent's statements had revealed the fraud at an earlier date.

[157] The third possibility is that Deloitte's wrongdoing prevented Livent's shareholders from exercising shareholder supervision in a manner that would have ended the corporation's loss-creating activities at an earlier date. Livent argues (and my colleagues Gascon and Brown JJ. accept) that it relied on Deloitte to produce a report on the basis of which its shareholders could discharge their supervisory function, which all agree was one of the purposes for which the audited statements were prepared. Livent argues, and my colleagues conclude, that all loss that shareholder supervision might have avoided is recoverable — including the decline in the value of the company.

[158] This proposition faces two difficulties. The first is that Livent never proved, nor did the trial judge find, the elements necessary to establish it. The second is a related policy concern: to allow recovery in the absence of the required proof would be to open the door to indeterminate recovery. I will consider each of these difficulties in turn.

[159] First, although the trial judge's reasons refer to Deloitte's duty to Livent's shareholders as established in *Hercules*, the factual basis for liability based on impaired shareholder supervision was lacking. Livent's theory of the case was simply that all loss as a result of improvident investments after the negligent audits was compensable, on a "but for" basis. Livent did not prove and the trial judge did not find that Livent's shareholders relied on Deloitte's negligent audit statements, or

n'étaient pas au courant de la faute commise par MM. Drabinsky et Gottlieb. En réalité, elle n'aurait pas pu le faire, puisque MM. Drabinsky et Gottlieb, les fraudeurs, étaient eux-mêmes les dirigeants. Loin de se fier aux états financiers vérifiés comme garantie que tout allait bien pour l'entreprise, MM. Drabinsky et Gottlieb savaient que les rapports du vérificateur étaient inexacts. Rien ne prouve que quiconque occupant un poste à un échelon inférieur de la direction de Livent aurait dénoncé la fraude si les déclarations de Livent l'avaient révélée plus tôt.

[157] La troisième possibilité est que l'acte fautif de Deloitte a empêché les actionnaires de Livent d'exercer leur surveillance d'une façon qui aurait mis fin plus tôt aux activités causant des pertes à l'entreprise. Livent soutient (et mes collègues les juges Gascon et Brown acceptent cet argument) qu'elle s'est fiée à Deloitte pour produire un rapport sur lequel ses actionnaires pourraient s'appuyer pour s'acquitter de leur fonction de surveillance, ce qui, de l'avis de tous, était une des fins pour lesquelles les états financiers vérifiés ont été préparés. Livent plaide, et mes collègues concluent, que toutes les pertes que la surveillance par les actionnaires aurait pu permettre d'éviter sont indemnifiables, y compris la diminution de la valeur de l'entreprise.

[158] Cette proposition se heurte à deux difficultés. La première est que Livent n'a jamais prouvé les éléments nécessaires pour l'établir, et le juge de première instance n'a jamais conclu à leur existence. La deuxième est une considération de politique générale connexe : permettre l'indemnisation en l'absence de la preuve nécessaire reviendrait à ouvrir la porte à l'indemnisation indéterminée. J'examinerai ces difficultés l'une après l'autre.

[159] D'abord, bien que le juge de première instance mentionne dans ses motifs l'obligation de Deloitte envers les actionnaires de Livent telle qu'elle a été énoncée dans *Hercules*, il n'y avait pas de preuve de la responsabilité fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires soit compromise. La thèse de Livent voulait simplement que, par application du critère du « facteur déterminant », toutes les pertes découlant des mauvais investissements postérieurs aux vérifications faites avec négligence

that had they received and relied on accurate statements, they would have acted in a way that would have prevented Livent from carrying on business and diminishing its assets in the period between the issuance of the relevant statements and Livent's insolvency.

[160] The trial judge, accepting Livent's theory of the case, held that the duty of care must be broad enough to catch all losses that would be captured by a "but for" test. He stated the following:

In my view, the ultimate issuance or withholding of a clean opinion is but one aspect of conducting an audit in accordance with [generally accepted auditing standards]. It is not close to being the complete embodiment of the duty of care. Indeed, if [the plaintiff's] argument were accepted, it would preclude the applicability of the "but for" test. Instead of asking whether damages would have been sustained but for the negligent failure to detect certain errors or fraud, one would be restricted to asking whether or not damages would have been sustained but for the provision of a clean opinion. [Emphasis added; para. 285.]

[161] The broad view of the duty of care taken by Livent, and accepted by the trial judge meant that the trial judge failed to consider the parameters of the shareholders' reasonable and foreseeable reliance as required in *Hercules* when defining the scope of the duty of care with respect to losses stemming from impaired shareholder supervision. My colleagues conclude otherwise, noting that the trial judge believed that the shareholders were entitled to rely on Deloitte's negligent audits as an indication of Livent's health. Crucially, however, the trial judge did not ask whether the shareholders had in fact relied on the audits — a critical element to the cause of action. He did not ask whether, if they had relied, this reliance prevented them from taking steps to replace directors or officers or otherwise alter course. He did not ask whether this would have included shutting

étaient indemnisables. Livent n'a pas prouvé, et le juge de première instance n'a pas conclu, que les actionnaires de Livent se sont fiés aux états financiers vérifiés de façon négligente par Deloitte, ou que s'ils avaient reçu des états financiers exacts et s'y étaient fiés, ils auraient agi d'une façon qui aurait empêché Livent de poursuivre ses activités et de diminuer ses actifs au cours de la période entre la production des états financiers en cause et l'insolvabilité de Livent.

[160] Le juge de première instance, qui a accepté la thèse de Livent, a conclu que l'obligation de diligence doit être suffisamment générale pour englober toutes les pertes qui auraient été visées par le critère du « facteur déterminant ». Il a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION] À mon avis, la prestation ou la retenue ultime d'une opinion sans réserve n'est qu'un aspect de la conduite d'une vérification conformément aux [normes de vérification généralement reconnues]. Ce n'est qu'une petite partie de l'obligation de diligence. En fait, si l'argument [du demandeur] était retenu, il empêcherait l'applicabilité du critère du « facteur déterminant ». Plutôt que de se demander si les dommages auraient été subis n'eût été l'omission par négligence de détecter certaines erreurs ou la fraude, on pourrait seulement se demander si les dommages auraient été subis n'eût été la prestation d'une opinion sans réserve. [Je souligne; par. 285.]

[161] En raison de l'interprétation large de l'obligation de diligence adoptée par Livent et acceptée par le juge de première instance, ce dernier a omis de tenir compte des paramètres de la confiance raisonnable et prévisible des actionnaires, comme l'exigeait l'arrêt *Hercules* lorsqu'il a défini l'étendue de l'obligation de diligence en ce qui a trait aux pertes découlant du fait que la surveillance des actionnaires soit compromise. Mes collègues concluent autrement, en faisant remarquer que le juge de première instance croyait que les actionnaires pouvaient se fier aux états financiers vérifiés négligemment par Deloitte pour obtenir un indice de la santé de Livent. Un point essentiel toutefois, le juge de première instance ne s'est pas demandé si les actionnaires s'étaient effectivement fiés aux états financiers vérifiés — un élément crucial pour la cause d'action.

down Livent on March 31st, 1998 (or at least earlier than when it was shut down in November 1998). Finally, he did not ask whether these actions, had they been taken, would have prevented the losses that Livent built up during the seven-month period in question. If the trial judge had asked these questions, he would have been obliged to answer them in the negative, since Livent offered no proof to support affirmative answers.

[162] I leave aside for the purposes of this case the difficulty that the shareholders, unlike in *Hercules*, are not parties to the claim or the action. Assuming this would not pose a problem, it is possible to speculate that the necessary facts could have been proven (although given the short time period, it seems unlikely). But the more fundamental point is that Livent did not prove these matters, and that as a result, the factual basis for establishing loss on the basis of shareholder supervision was entirely lacking. The hypothetical chain of events required to establish liability on this ground completely bypasses the complexity of shareholder decision making.

[163] Livent's position and the trial judge's approach collapse the distinction between shareholder decision making, for which an auditor provides information for one purpose — holding management accountable with a view to the best interest of the company — with management decision making, for which the auditor provides information for a different purpose — responding to error and wrongdoing. Conceiving liability in this way creates a misalignment between the scope of the duty of care, the type of loss that is therein contemplated, and the actual elements that must be proven in order to make a successful claim.

Il ne s'est pas demandé si, dans le cas où les actionnaires s'étaient fiés à ces états financiers, cette confiance les avait empêchés de prendre des mesures pour remplacer les administrateurs ou les dirigeants ou changer les choses autrement. Il ne s'est pas demandé si cela aurait inclus la cessation des activités de Livent le 31 mars 1998 (ou du moins avant qu'elle ne cesse ses activités en novembre 1998). Finalement, il ne s'est pas demandé si ces mesures, si elles avaient été prises, auraient empêché les pertes que Livent a accumulées pendant la période de sept mois en question. Si le juge de première instance avait posé ces questions, il aurait été tenu d'y répondre par la négative, puisque Livent n'a présenté aucune preuve à l'appui de réponses affirmatives.

[162] Pour les besoins de la présente affaire, je ne tiens pas compte du fait que les actionnaires, contrairement à ce qui était le cas dans l'affaire *Hercules*, ne sont pas parties à la demande ou à l'action. Dans l'hypothèse où cela ne poserait pas problème, il est possible d'avancer l'hypothèse que les faits nécessaires auraient pu être prouvés (bien que, compte tenu de la courte période, cela aurait été peu probable). Mais le point le plus fondamental est que Livent n'a pas prouvé ces éléments, et qu'en conséquence, aucun fondement factuel n'établissait une perte attribuable au manque de surveillance des actionnaires. La chaîne hypothétique des événements requise pour établir la responsabilité pour ce motif évite complètement la complexité du processus décisionnel des actionnaires.

[163] La position de Livent et l'approche du juge du procès font tomber la distinction entre le processus décisionnel des actionnaires, pour lequel le vérificateur fournit des renseignements à une seule fin — demander des comptes aux dirigeants dans l'intérêt de l'entreprise — et le processus décisionnel des dirigeants, pour lequel le vérificateur fournit des renseignements à une fin différente — prendre des mesures à l'égard des erreurs et des actes fautifs. Considérer la responsabilité de cette façon crée une discordance entre l'étendue de l'obligation de diligence, le type de perte qu'elle viserait et les éléments réels qui doivent être prouvés pour que le demandeur obtienne gain de cause.

[164] The second and related difficulty the shareholder supervision argument faces in this case is that it would lead to unfair allocation of loss and indeterminate liability for auditors' statements, negating the duty of care: *Hercules*, at paras. 36-37.

[165] Livent's position — that Deloitte is liable for all loss without proof of the elements required to advance a case based on impaired shareholder supervision — would result in an unfair allocation of loss as well as indeterminacy of damages. On the shareholder supervision theory advanced by Livent, breach of a duty owed primarily to the collectivity of shareholders (who do not advance a claim) and only derivatively to the corporation, would result in liability for every dollar that Livent spent after the point in time the shareholders became entitled to rely on the statements. The auditor would be the virtual guarantor of everything Livent — not the collectivity of shareholders to which the duty was owed — did thereafter. This would not be a fair allocation of responsibility. The same scenario would raise the spectre of indeterminate liability. Auditors would be unable to reasonably predict when they are providing services to clients what their ultimate liability would be. It would be out of their control. No matter how bad the decisions made by the client thereafter, no matter how complex the web of dealings that led to the ultimate loss — things that cannot be foreseen in advance — the auditor would be liable for the total loss, on the basis that it would not have occurred “but for” the negligent act.

[166] For the foregoing reasons, I conclude that the losses at issue have not been shown to fall within the scope of Deloitte's duty of care. The first step of the *Anns* test is not established. It is unnecessary to go on to ask whether *prima facie* liability is negated by policy considerations unrelated to the relationship

[164] La deuxième difficulté connexe à laquelle se heurte l'argument relatif à la surveillance par les actionnaires en l'espèce est que cela aurait pour conséquence une attribution inéquitable de la perte et une responsabilité indéterminée pour l'auteur des déclarations du vérificateur, ce qui annihile l'obligation de diligence : *Hercules*, par. 36-37.

[165] La position de Livent — selon laquelle Deloitte est responsable de toutes les pertes sans qu'il soit nécessaire de prouver les éléments requis pour présenter une thèse fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires soit compromise — donnerait lieu à une attribution inéquitable de la perte, ainsi qu'à un montant indéterminé de dommages-intérêts. En ce qui a trait à la théorie relative à la surveillance par les actionnaires soutenue par Livent, le manquement à une obligation, principalement envers les actionnaires collectivement (qui n'ont pas présenté de demande) et seulement de façon incidente envers l'entreprise, donnerait lieu à une responsabilité pour chaque dollar que Livent a dépensé après le moment où les actionnaires ont pu se fier aux déclarations. Le vérificateur serait pratiquement garant de tout ce que ferait par la suite Livent — et non les actionnaires collectivement, envers lesquels il a l'obligation de diligence. Cela ne constituerait pas une attribution équitable de la responsabilité. Le même scénario ferait naître le spectre de la responsabilité indéterminée. Les vérificateurs seraient incapables de prévoir raisonnablement quelle serait leur responsabilité ultime lorsqu'ils fournissent des services à des clients; cela serait hors de leur contrôle. Peu importe si les décisions prises ultérieurement par le client sont mauvaises ou si l'enchevêtrement des opérations ayant mené à la perte est complexe — des facteurs qui ne peuvent être prévus — le vérificateur serait responsable de la totalité de la perte, pour le motif que cette perte n'aurait pas eu lieu n'eût été l'acte de négligence.

[166] Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'a pas été démontré que les pertes en question sont visées par l'obligation de diligence de Deloitte. La première étape du critère énoncé dans *Anns* n'a pas été franchie. Il n'est pas nécessaire de se demander si des considérations de politique générale

between the parties. However, were it necessary to do so, the policy considerations of unfair allocation of loss and indeterminacy would preclude imposing liability on Deloitte.

[167] I add a doctrinal side-note at this point. In *Hercules*, this Court, per La Forest J., held that the spectre of indeterminate loss might be a policy consideration negating liability of certain loss at the second step of the *Anns* test. However, since *Cooper* it has been clear that policy considerations relating to the relationship between the parties fall to be considered at the first step of *Anns*. It may not therefore be necessary to resort to the second step to consider the implications of indeterminate liability: see J. Blom, “Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence?” (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895, at pp. 906 and 908.

[168] It remains for future cases to explore the limits of an auditor’s liability for impaired shareholder supervision. Short of finding that an auditor who provides information on which shareholders will exercise their oversight powers assumes responsibility for all of the potential consequences of carrying on business, the facts as found by the trial judge do not enable us to do so here.

[169] Livent’s failure to prove that any of the loss it suffered can be attributed to its shareholders’ reliance on the negligent 1997 year-end audit report for the purpose of corporate oversight is a sufficient basis on which to allow the appeal in its entirety. But there is further problematic aspect of the shareholder supervision theory on which Livent now seeks to rely. It is one of principle.

non liées à la relation entre les parties annihilent la responsabilité *prima facie*. Cependant, s’il était nécessaire de le faire, les considérations de politique générale que sont l’attribution inéquitable de la perte et l’indétermination empêcheraient que Deloitte soit tenue responsable.

[167] J’ajoute à ce point une note théorique. Dans *Hercules*, le juge La Forest, écrivant au nom de la Cour, a conclu que le spectre de la perte indéterminée pourrait constituer une considération de politique générale écartant la responsabilité à l’égard d’une certaine perte à la deuxième étape du critère de l’arrêt *Anns*. Cependant, depuis *Cooper* il est clair que les considérations de politique générale relatives à la relation entre les parties doivent être prises en compte à la première étape du critère de l’arrêt *Anns*. Il ne serait donc pas nécessaire d’avoir recours à la deuxième étape pour examiner les répercussions de la responsabilité indéterminée : voir J. Blom, « Do We Really Need the *Anns* Test for Duty of Care in Negligence? » (2016), 53 *Alta. L. Rev.* 895, p. 906 et 908.

[168] La jurisprudence aura à préciser les limites de la responsabilité d’un vérificateur du fait que la surveillance des actionnaires est compromise. En l’absence d’une conclusion selon laquelle le vérificateur qui fournit des renseignements sur lesquels se fonderont les actionnaires pour exercer leur pouvoir de surveillance assume la responsabilité à l’égard de toutes les conséquences éventuelles de la poursuite des activités, les faits constatés par le juge de première instance ne nous permettent pas de le faire dans la présente affaire.

[169] Le défaut de Livent de prouver que toute perte subie peut être attribuée au fait que les actionnaires se sont fiés au rapport de vérification de fin d’exercice pour 1997 entaché de négligence aux fins de la surveillance de l’entreprise constitue un fondement suffisant pour accueillir le pourvoi dans sa totalité. Mais la thèse de la surveillance par les actionnaires que Livent veut maintenant invoquer comporte un autre aspect qui pose problème. Il s’agit d’une question de principe.

[170] As explained above, an auditor that provides a year-end report for the purpose of enabling a company's shareholders to supervise management does not, absent proof, assume responsibility for what the shareholders decide to do with that information. The purpose of an annual audit report is to inform shareholder decision making, not to govern it. The auditor does not underwrite the entire risk associated with the shareholders' exercise of business judgment; it is liable only for exposing shareholders to the risk of the information it has provided being wrong. Even if the whole loss would have been avoided if the auditor had met the standard of care, the company may recover in damages only that part of the loss that may be attributed to the auditor's breach of its duty of care, which is restricted by the purpose or purposes for which it provided its opinion. The auditor is not liable for the indeterminate quantum of loss that the shareholders' course of action (or inaction) may trigger, since determining that course of action is beyond the auditor's undertaking of responsibility, and thus outside the scope of its duty of care. Similarly, loss that cannot be attributed to the auditor's breach will be too remote to recover.

[171] For this reason, the language of lost opportunity is unavailing. In any case concerned with the tortious provision of information, the plaintiff may claim that, had it only known the truth, it would have had the chance to make different choices than it ultimately did. Unless the provider of information has assumed responsibility not only for the information but also for the decision to be informed by it, what the plaintiff would have done differently if it had been provided with different information is immaterial. Rather, the question is the extent to which the loss that in fact resulted may be attributed to the wrongness (i.e., the tortious quality) of the information provided.

[172] On the trial judge's findings, Deloitte never assumed responsibility for any of the decisions —

[170] Comme je l'ai déjà expliqué, un vérificateur qui fournit un rapport de fin d'exercice en vue d'aider les actionnaires d'une société à surveiller la gestion n'assume pas, en l'absence de preuve, la responsabilité de ce que les actionnaires décident de faire avec ces renseignements. Le rapport annuel du vérificateur vise à éclairer la prise de décisions par les actionnaires, et non à dicter leurs décisions. Le vérificateur ne se porte pas garant de tous les risques associés à la prise de décisions d'affaires par les actionnaires; il est seulement responsable du fait d'avoir exposé les actionnaires au risque que les renseignements qu'il a fournis soient inexacts. Même si la totalité de la perte aurait été évitée si le vérificateur avait respecté la norme de diligence, la société ne peut se voir accorder des dommages-intérêts que pour la partie de la perte pouvant être attribuée au manquement par le vérificateur à son obligation de diligence, qui est limitée par la fin ou les fins pour lesquelles il a exprimé son opinion. Le vérificateur ne peut être tenu responsable du montant indéterminé de la perte susceptible de résulter des actes (ou de l'inaction) des actionnaires, puisque la détermination de ces actes échappe à la responsabilité du vérificateur, et elle échappe donc à l'étendue de son obligation de diligence. De la même façon, une perte qui ne peut être attribuée au manquement du vérificateur est trop éloignée pour être indemnisable.

[171] Pour ce motif, la notion de privation d'une occasion n'est pas utile. Dans toute affaire portant sur la fourniture délictuelle de renseignements, le demandeur peut faire valoir que, s'il avait seulement su la vérité, il aurait eu la possibilité de faire des choix différents de ceux qu'il a ultimement faits. À moins que la personne qui a fourni les renseignements ait assumé la responsabilité non seulement à l'égard des renseignements, mais aussi à l'égard de la décision que ceux-ci devaient éclairer, il importe peu de savoir ce que le demandeur aurait fait différemment si des renseignements différents lui avaient été fournis. Il faut plutôt déterminer dans quelle mesure la perte que cela a effectivement entraînée peut être attribuée à l'inexactitude (c.-à-d. le caractère délictuel) des renseignements fournis.

[172] Il ressort des conclusions du juge de première instance que Deloitte n'a jamais assumé la

whether of Livent's management or of its shareholders collectively — that may be said to have occasioned Livent's loss. What Livent proved is that it relied on Deloitte's clean opinions to raise funds from third parties, and that it was successful in doing so. Deloitte is not liable to Livent for loss arising from Livent's use of these funds, even if certain of Deloitte's opinions were prepared for the purpose of *attracting* them, because Livent did not prove that Deloitte undertook responsibility for how Livent *spent* them.

[173] The foregoing analysis is based on the scope of Deloitte's duty of care. The same result would follow on a remoteness approach to the question of liability for economic loss as a result of negligent misstatement. The question on this approach is whether the loss claimed is too remote from the wrongful act for the act to be the "legal cause" of the loss. The basic question is whether the loss is reasonably foreseeable, having regard to a variety of factors, including the relationship between the parties and the expectations that flow from it, the circumstances of the case, and other factors bearing on the connection between the wrongful act and the loss claimed including external or intervening influences. In the end, a close and proximate connection between wrongful act and the loss claimed must be established, having regard to all these things and to the purpose for which the information was furnished.

[174] It follows that Livent cannot recover the losses it claims against Deloitte. The claim in tort must be dismissed. The result is the same with respect to Livent's action in contract; here too the losses would be too remote: see *B.D.C. Ltd. v. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 S.C.R. 228, at pp. 243-44, citing *Asamera Oil Corp. v. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 S.C.R. 633; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5th ed. 2012), at §14.720. Given the trial judge's determination, at para. 243, that the elements of the action in contract were identical to

responsabilité des décisions — que ce soit celles des dirigeants de Livent ou de ses actionnaires collectivement, — pouvant être considérées comme ayant causé la perte subie par Livent. Ce que Livent a prouvé, c'est qu'elle s'est fiée aux opinions sans réserve de Deloitte pour obtenir des fonds auprès de tiers, et qu'elle a réussi à le faire. Deloitte n'est pas responsable envers Livent de la perte découlant de l'utilisation de ces fonds par Livent, même si certaines des opinions de Deloitte ont été préparées dans le but d'*attirer* ces investissements, étant donné que Livent n'a pas prouvé que Deloitte a assumé une responsabilité quant à la façon dont Livent a *dépensé* ces fonds.

[173] L'analyse qui précède est fondée sur l'étendue de l'obligation de diligence de Deloitte. Le résultat serait le même si l'analyse avait été faite selon l'approche du caractère éloigné pour la question de la responsabilité à l'égard de la perte économique subie à la suite d'une déclaration inexacte faite par négligence. La question relative à cette approche est celle de savoir si la perte alléguée est trop éloignée de l'acte fautif pour que cet acte soit la « cause juridique » de la perte. La question fondamentale qui se pose est celle de savoir si la perte est raisonnablement prévisible, compte tenu de divers facteurs, y compris la relation entre les parties et les attentes qui en découlent, les circonstances de l'affaire et d'autres facteurs portant sur le lien entre l'acte fautif et la perte alléguée, y compris les influences externes ou intermédiaires. En fin de compte, il faut établir l'existence d'un lien étroit et immédiat entre l'acte fautif et la perte alléguée, compte tenu de tous ces facteurs et de la fin pour laquelle les renseignements ont été fournis.

[174] Il s'ensuit que Livent ne peut recouvrer de Deloitte les pertes alléguées. L'action en responsabilité délictuelle doit être rejetée. L'action en responsabilité contractuelle de Livent aboutit au même résultat; dans ce cas également, les pertes seraient trop éloignées : voir *B.D.C. Ltd. c. Hofstrand Farms Ltd.*, [1986] 1 R.C.S. 228, p. 243-244, citant *Asamera Oil Corp. c. Sea Oil & General Corp.*, [1979] 1 R.C.S. 633; S. M. Waddams, *The Law of Damages* (5<sup>e</sup> éd. 2012), §14.720. Vu la décision du juge de première instance, au par. 243, suivant

the elements of the action in tort, it follows that the trial judge's conclusion that there was a breach in contract is erroneous.

[175] Although in many respects I agree with Gascon and Brown JJ.'s articulation of the general framework that governs this matter, I part company with my colleagues in two key respects. First, I take the view that, for Livent to make out its claim, it must prove on the evidence the elements required to establish Deloitte's liability on the basis of impaired shareholder supervision. My colleagues suggest that, had Deloitte provided sound audit reports, Livent's shareholders and management may have made decisions that would have limited the company's losses. While this may be true, it is not enough to rely on unproven assertions to define the scope of the duty of care and to subsequently demonstrate causation. My colleagues' approach suggests that an auditor will generally become the underwriter for any losses suffered by a client following a negligent audit report. This, notwithstanding subsequent decisions — reliant or capricious — made by the client's shareholders. I conclude, in contrast, that reliance cannot be presumed, but must be proved.

[176] Second, I take a different view of indeterminate liability than my colleagues. They assert that liability is not indeterminate where a reviewing court can set a value or time frame for a plaintiff's claimed loss *ex post facto*. However, the common law's policy against indeterminacy is directed at ensuring that auditors and other advisors can determine the scope of their liability at the time they take on an engagement and render their services. The question is whether an auditor or other advisor was able to gauge the scale of its potential liability — in terms of the types of losses for which it undertook responsibility — before embarking on a course of conduct. Although Deloitte might have been in a position to identify the total net value of Livent, Livent has not proved that Deloitte bore responsibility for the myriad ways that Livent could have gone about

laquelle les éléments de l'action en responsabilité contractuelle étaient identiques à ceux de l'action en responsabilité délictuelle, il s'ensuit que le juge a commis une erreur en concluant à l'existence d'une violation du contrat.

[175] Même si, à plusieurs égards, je suis d'accord avec la façon dont les juges Gascon et Brown formulent le cadre général qui régit cette question, je diverge d'opinion quant à deux aspects importants. D'abord, j'estime que, pour que Livent puisse démontrer le bien-fondé de sa demande, elle doit prouver les éléments requis pour établir la responsabilité de Deloitte fondée sur le fait que la surveillance des actionnaires est compromise. Selon mes collègues, si Deloitte avait présenté des rapports de vérification justes, les actionnaires et les dirigeants de Livent auraient pu prendre des décisions qui auraient limité les pertes de l'entreprise. C'est peut-être le cas, mais il ne suffit pas que l'on se fie à des affirmations non prouvées pour définir l'étendue de l'obligation de diligence et démontrer par la suite la causalité. L'approche de mes collègues laisse croire qu'à la suite d'un rapport entaché de négligence, un vérificateur deviendra généralement garant de toutes les pertes subies par un client. Et cela malgré les décisions subséquentes — conséquentes ou fantaisistes — prises par les actionnaires du client. Je conclus par contre que le caractère conséquent ne peut être présumé, mais doit être prouvé.

[176] Ensuite, je ne partage pas l'avis de mes collègues concernant la responsabilité indéterminée. Ils soutiennent que la responsabilité n'est pas indéterminée lorsqu'un tribunal de révision peut après coup fixer pour la perte alléguée du demandeur une valeur ou un laps de temps. Cependant, le principe de la common law à l'encontre de l'indétermination vise à faire en sorte que les vérificateurs et les autres conseillers puissent déterminer l'étendue de leur responsabilité au moment où ils acceptent un engagement et rendent leurs services. La question est de savoir si, avant de poser un acte, un vérificateur ou un autre conseiller est en mesure d'évaluer l'ampleur de sa responsabilité éventuelle quant aux types de pertes pour lesquelles il se rend responsable. Bien que Deloitte ait pu être en mesure d'établir la valeur nette totale de Livent, cette dernière

depleting its value after receiving the auditor's statements. This is what makes the liability identified by my colleagues indeterminate and therefore outside the scope of the duty of care.

[177] Having concluded that Deloitte is not liable for the losses claimed, it is not necessary to consider the apportionment of damages under s. 3 of the *Negligence Act*, nor is it necessary to consider whether Deloitte can raise the defence of illegality against Livent.

#### IV. Disposition

[178] I would allow the appeal, with costs to Deloitte.

*Appeal allowed in part with costs to Livent Inc. throughout, McLACHLIN C.J. and WAGNER and CÔTÉ JJ. dissenting in part.*

*Solicitors for the appellant: Lenczner Slight Royce Smith Griffin, Toronto; Dentons Canada, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Stikeman Elliott, Toronto and Ottawa.*

*Solicitors for the intervener the Canadian Coalition for Good Governance: McMillan, Toronto.*

*Solicitors for the intervener Chartered Professional Accountants of Canada: Borden Ladner Gervais, Toronto and Ottawa.*

n'a pas prouvé que Deloitte avait une responsabilité à l'égard de la multitude de façons dont Livent pouvait avoir diminué sa valeur après avoir reçu les états financiers vérifiés. Voilà ce qui rend indéterminée, et par conséquent, soustraite à l'obligation de diligence la responsabilité que retiennent mes collègues.

[177] Puisque je conclus que Deloitte n'est pas responsable des pertes alléguées, il n'est pas nécessaire de procéder à la répartition des dommages-intérêts aux termes de l'art. 3 de la *Loi sur le partage de la responsabilité*, et il n'est pas non plus nécessaire d'examiner si Deloitte peut invoquer l'illegalité comme moyen de défense contre Livent.

#### IV. Dispositif

[178] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur de Deloitte.

*Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de Livent Inc. dans toutes les cours, la juge en chef McLACHLIN et les juges WAGNER et CÔTÉ sont dissidents en partie.*

*Procureurs de l'appelante : Lenczner Slight Royce Smith Griffin, Toronto; Dentons Canada, Toronto.*

*Procureurs de l'intimée : Stikeman Elliott, Toronto et Ottawa.*

*Procureurs de l'intervenante la Coalition canadienne pour une bonne gouvernance : McMillan, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante Comptables professionnels agréés du Canada : Borden Ladner Gervais, Toronto et Ottawa.*