COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK

COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

137/07/CA

A.C. POIRIER & ASSOCIATES INC., AS TRUSTEE FOR THE ESTATE OF ANDRÉ ISABELLE

APPELLANT

- and -

THE ROYAL BANK OF CANADA

RESPONDENT

Isabelle v. The Royal Bank of Canada,
2008 NBCA 69

CORAM:
The Honourable Justice Robertson
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

Appeal from a decision
of the Court of Queen's Bench:
September 4, 2007

History of Case:

Decision under appeal:
2007 NBQB 287

Preliminary or incidental proceedings:
N/A

Appeal heard:
April 16, 2008

Judgment rendered:
September 25, 2008

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Robertson

Concurred in by:
The Honourable Justice Bell
The Honourable Justice Quigg

A.C. POIRIER & ASSOCIATES INC., EN QUALITÉ DE SYNDIQUE DE L'ACTIF D'ANDRÉ ISABELLE

APPELANTE

- et -

BANQUE ROYALE DU CANADA

INTIMÉE

Isabelle c. Banque Royale du Canada,
2008 NBCA 69

CORAM :
L'honorable juge Robertson
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Appel d'une décision
de la Cour du Banc de la Reine :
Le 4 septembre 2007

Historique de la cause :

Décision frappée d'appel :
2007 NBBR 287

Procédures préliminaires ou accessoires :
S.O.

Appel entendu :
Le 16 avril 2008

Jugement rendu :
Le 25 septembre 2008

Motifs de jugement :
L'honorable juge Robertson

Souscrivent aux motifs :
L'honorable juge Bell
L'honorable juge Quigg

Counsel at hearing:

For the appellant:
Lee McKeigan-Dempsey

For the respondent:
Hugh J. Cameron

THE COURT

1) The respondent's motion to quash the appeal is dismissed and, correlatively, the appellant's motion for leave to appeal is granted, *nunc pro tunc*. The appellant is entitled to costs of $3,500 with respect to these motions.

2) The appeal is allowed and the decision of the motion judge is set aside. The appellant is entitled to the order sought under s. 38 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3. It follows that the respondent's motions of April 2 and 3, 2007 are dismissed, except with respect to the decision to grant the Bank intervener status. The appellant is entitled to costs of $8,500 on the appeal.

3) The respondent's post-hearing motion is dismissed with costs of $5,000 to the appellant.

4) Costs are payable forthwith.

Avocats à l'audience :

LA COUR

1) La motion en annulation de l'appel de l'intimée est rejetée et, corrélativement, la motion en autorisation d'appel de l'appelante est accueillie, *nunc pro tunc*. L'appelante a droit à des dépens de 3500 $ relativement à ces motions.

2) L'appel est accueilli et la décision du juge saisi de la motion est annulée. L'appelante a droit à l'ordonnance sollicitée en vertu de l'article 38 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3. Il s'ensuit que les motions que l'intimée a présentées les 2 et 3 avril 2007 sont rejetées, sauf en ce qui concerne la décision d'accorder la qualité d'intervenante à la banque. L'appelante a droit à des dépens de 8500 $ relativement à l'appel.

3) La motion postérieure à l'audience de l'intimée est rejetée avec dépens de 5000 $ payables à l'appelante.

4) Les dépens sont payables sur-le-champ.

The judgment of the Court was delivered by

ROBERTSON, J.A.

## I. Introduction

[1] Both parties are seeking to acquire a "chose in action" belonging to a bankrupt company. The property in question is the bankrupt company's right to sue its banker for wrongdoing. The right is presently vested in the bankrupt's trustee. However, once the trustee decides not to pursue the action, a creditor of the bankrupt may apply for a court order authorizing that creditor to pursue the action in its own name and at its own expense and risk. This right is provided for under s. 38 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 ("the *Act*"). Once the order issues, the trustee is required to transfer to the creditor title to the chose in action. Any benefit derived from the lawsuit is applied against the amount owing to the creditor and the costs of litigation. Any surplus belongs to the bankrupt's estate.

[2] André Isabelle was a guarantor and minority shareholder of the bankrupt company, Plancher Héritage Ltée / Heritage Flooring Ltd. The guarantee was given to the respondent, The Royal Bank of Canada, as partial security for the $2 million revolving line of credit which the Bank had extended to Heritage Flooring. The other respondent, A.C. Poirier & Associates, is the trustee in bankruptcy of the now bankrupt company. Following the hearing of this appeal, Mr. Isabelle also fell into bankruptcy and once again A.C. Poirier & Associates was appointed trustee. Hence, the style of cause has been amended to reflect this reality. However, for clarity's sake, and unless otherwise noted, I refer to Mr. Isabelle as though he were the appellant.

[3] This appeal stems from Mr. Isabelle's unsuccessful application (hereafter "motion") for an order authorizing him to initiate a lawsuit against the Bank for wrongdoing tied to events surrounding the bankruptcy of Heritage Flooring. In an earlier decision, another bankruptcy court judge found the Bank guilty of exercising certain

remedies against Heritage in contravention of s. 69 of the *Act*. That decision was not appealed to this Court. On the understanding that a guarantor qualifies as a creditor under the *Act*, Mr. Isabelle filed his s. 38 motion, but only after the trustee elected not to pursue the action on behalf of Heritage Flooring. This explains why the Bank sought intervener status and opposed the motion. It does not explain why the Bank brought its own motion under s. 38 with a view to becoming both the plaintiff and defendant in the action that Heritage Flooring could have brought against the Bank but for the assignment in bankruptcy. All of the motions were heard together. While the Bank was granted standing, the motion judge reasoned that it was unnecessary to deal with its request for a s. 38 order because of the dismissal of Mr. Isabelle's motion. The decision under appeal is reported as *Re Plancher Héritage ltée/Heritage Flooring Ltd. (Bankrupt)* (2007), 320 N.B.R. (2d) 76, [2007] N.B.J. No. 324 (QL), 2007 NBQB 287.

[4] Mr. Isabelle's motion was dismissed on the ground that, as a "shareholder" of Heritage Flooring, he is not a creditor within the meaning of s. 38 of the *Act*. Mr. Isabelle argues that the motion judge erred because the motion was premised on Mr. Isabelle's status as "guarantor" and not as "shareholder". The Bank reluctantly concedes that a guarantor qualifies as a creditor at law. However, the Bank insists that Mr. Isabelle fails to qualify as a creditor within the meaning and scope of s. 38 of the *Act* for no fewer than six reasons, some of which were neither pleaded nor argued in the court below. As well, the Bank opposes the appeal on procedural grounds. It asks for summary dismissal because of Mr. Isabelle's failure to seek and obtain leave to appeal as contemplated by s. 193(e) of the *Act*. With respect to this issue, Mr. Isabelle counters that leave was not required and, if mistaken, asks for leave to be granted *nunc pro tunc*. Mr. Isabelle points out that his Notice of Appeal contains a request for leave as is provided for under Rule 31(2) of the *Bankruptcy and Insolvency General Rules*, C.R.C., c. 368 ("the *BIA Rules*").

[5] In my view, leave to appeal should have been sought and obtained prior to the appeal hearing. But I also hold this omission is not fatal and leave should be granted *nunc pro tunc*. As to the Bank's standing, I am of the view that a motion judge retains a

narrow discretion to decide whether a creditor and potential defendant should be granted the right to oppose an application brought under s. 38 of the *Act*. This is not to suggest that a potential defendant has an unfettered right to meddle in the affairs of another creditor seeking an order under s. 38. Indeed, these reasons for judgment will stand in the way of those who believe it is permissible for a creditor to be both the plaintiff and defendant in the same action (the so-called "hermaphroditic litigant"). Section 38 was never intended to be used as a litigation tactic for short-circuiting the need to defend a valid cause of action. As to whether the motion judge erred in granting the Bank intervener status, I hold that in the circumstances of this case it is too late to undo what has been done. To revoke the Bank's standing at this late stage would work an injustice on Mr. Isabelle. For this reason, I am not prepared to set aside the motion judge's decision to grant the Bank standing. As to the ultimate issue on appeal, I conclude that, as guarantor, Mr. Isabelle is a creditor within the meaning and scope of s. 38 and that none of the Bank's arguments represents an impediment to granting the order sought. In short, this is a proper case for granting Mr. Isabelle the right to initiate a lawsuit against the Bank with respect to any breach of legal obligations it may have owed Heritage Flooring. This includes not only statutory breaches, such as those tied to s. 69 of the *Act*, but also contractual breaches and breaches of obligations imposed at law or in equity. It follows that the Bank's s. 38 motion to acquire the chose in action must be dismissed.

[6] One other matter of contention arises on this appeal and attests to the Bank's unbridled resolve in seeking immunity for breaches of any legal obligations. Fifteen days after the hearing of the present appeal, Mr. Isabelle made an assignment in bankruptcy. Immediately after, while the decision on appeal was still under reserve, and without first discussing the matter with Mr. Isabelle's trustee in bankruptcy or Mr. Isabelle's counsel on appeal, the Bank wrote to this Court informing us that, pursuant to Rule 13.01 of the *Rules of Court*, the matter was "automatically stayed" because of the assignment in bankruptcy. The Court was then asked "to confirm" this understanding, otherwise the Bank "would be required to seek a date for the hearing of a motion in that regard." I shall address this unorthodox litigation tactic more fully below. For the moment, it is sufficient to note that the Court declined the invitation to provide the Bank

with legal advice. After pursuing other litigation tactics without success, the Bank did in fact bring a motion asking that our pending decision be permanently stayed or, alternatively, that we grant an order for security for costs as against Mr. Isabelle's trustee. We dismissed the motion with reasons to follow. The promised reasons commence at para. 51 of these reasons.

[7] Frankly, once the facts of this case are laid bare, one must seriously question whether the Bank's litigation strategy is premised on a "scorched earth" policy. The highway to this appeal is littered with too many motions, frivolous arguments and the citation of irrelevant case law with one singular objective: to guarantee the Bank's immunization from lawsuit by anyone who seeks damages for its wrongful conduct. Otherwise, why would the Bank refuse to consent to an order granting a one-day extension of time for perfecting the within appeal and force Mr. Isabelle to pursue a motion in this Court so as to obtain the required extension? In my view, the answer is self-evident.

## II. Background

[8] Mr. Isabelle was one of four persons who gave a limited guarantee ($150,000) to the Bank with respect to the debts of Plancher Héritage Ltée / Heritage Flooring Ltd., a company in which he was also a minority shareholder. The guarantee was a condition precedent to the Bank granting Heritage Flooring a revolving line of credit. On February 2, 2004, the Bank demanded full payment of the outstanding indebtedness within 15 days. On February 11, 2004, Heritage filed a Notice of Intention to Make a Proposal, pursuant to s. 50.4(1) of the *Act*. With the filing of the Notice of Intention, Heritage Flooring was automatically entitled to a stay, pursuant to s. 69 of the *Act*, with respect to a creditor exercising any remedies. Notwithstanding the prohibition, the Bank subsequently removed all of the monies in Heritage's operating accounts ($205,000) and capped Heritage's credit limit significantly below the amount permitted under the terms of their agreement. In proceedings reported as *Re Heritage Flooring Ltd.* (2004), 279 N.B.R. (2d) 1, [2004] N.B.J. No. 286 (QL), 2004 NBQB 168, a judge of the

Court of Queen's Bench found that the Royal Bank had unilaterally exercised remedies in breach of s. 69 of the *Act.* As stated earlier that decision was not appealed to this Court. On March 24, 2004, Heritage Flooring filed an assignment in bankruptcy. A.C. Poirier & Associates was appointed trustee in bankruptcy. Subsequently the Bank appointed a receiver under its security agreement. The Bank liquidated more than $2 million in inventory and accounts receivable for less than $900,000. As for the $400,000 left owing, the Bank issued demands for payment to all four guarantors.

[9] On April 11, 2005, the Bank commenced an action against all four guarantors. In his Statement of Defence and Counterclaim, Mr. Isabelle pleaded that Heritage Flooring had valid claims against the Bank for breaches of contractual and statutory obligations. Mr. Isabelle also indicated his intention to join Heritage Flooring as a party to the action. The Bank was successful in having several paragraphs of Mr. Isabelle's Statement of Defence struck and, as well, his Counterclaim. The Counterclaim hinged on Mr. Isabelle obtaining an order under s. 38 of the *Act* authorizing him to sue the Bank. Subsequently, Mr. Isabelle filed an Amended Statement of Defence. However, the Bank successfully challenged the amended paragraphs. The motion judge compared the proposed amendments with the paragraphs originally struck and concluded that, as there was no material difference, the amending paragraphs could not stand. Once this occurred, Mr. Isabelle had no defence to the action on the guarantee. Thus, the Bank was granted summary judgment against Mr. Isabelle for the amount of the guarantee plus interest ($175, 343.76). We are told that the judgment with interest has climbed to half a million dollars. The summary judgment decision is reported as *Royal Bank of Canada v. Profor Kedgwick Ltd., André Isabelle, Gérard Charest and Marcel Gauthier,* [2008] N.B.J. No. 65 (QL), 2008 NBQB 78.

[10] Rather than appealing the summary judgment, Mr. Isabelle sought leave to appeal the decision to strike the paragraphs of the Amended Statement of Defence that would have provided Mr. Isabelle with a defence to the action. The application for leave to appeal was dismissed: *Royal Bank of Canada v. Profor Kedgwick Ltee.*, [2008] N.B.J. No. 110 (C.A.) (QL). It is a question of fact whether the amending paragraphs were, in

essence, the same as those originally struck. At the same time, I am not prepared to endorse the summary judgment decision lest it be cited as authority in subsequent cases. Let me explain my concern.

[11] As I read the summary judgment decision, the motion judge concluded that Mr. Isabelle had no valid defence to the action for two reasons. The first rests on the rule in *Foss v. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189. However, that case has nothing to do with guarantors. It addresses whether a shareholder can bring a derivative action on behalf of a company that has endured wrongdoing at the hands of third party. Second, the motion judge concluded that any wrongdoing on the part of the Bank could only be addressed by the trustee in bankruptcy of Heritage Flooring. This understanding of the law is correct if one is seeking damages from the Bank for wrongful conduct. There is no doubt that Mr. Isabelle was seeking damages under his counterclaim which in turn was premised on obtaining an order under s. 38 of the *Act*. But Mr. Isabelle was also attempting to raise valid defences to the Bank's demand for payment under the contract of guarantee. Cases such as *Northland Bank* v. *Roine Estate* (1992), 11 C.B.R. (3d) 133 (BCSC), [1992] BCJ No. 380 (QL), support the notion that a guarantor such as Mr. Isabelle may have a valid defence to a demand for payment made by the creditor of the principal debtor. In that case, the creditor breached a loan agreement with the principal debtor by an unauthorized use of loan proceeds and the unauthorized withholding of a loan disbursement. In the present case, we have a wrongful appropriation of moneys from a bank account and a wrongful withholding of credit. Yet in *Northland Bank* the wrongful conduct resulted in the discharge of the guarantor of his obligation to the creditor under the contract of guarantee. Whether or not Mr. Isabelle would have been discharged under his contract of guarantee with the Bank is one issue. But to deny him the right to defend the action on the guarantee and to grant summary judgment to the Bank is, with great respect, not a precedent I wish to see cited in this Court.

[12] On March 2, 2007, prior to the summary judgment issuing, Mr. Isabelle requested the trustee of Heritage Flooring to commence an action against the Bank. On

March 23, 2007, the trustee advised Mr. Isabelle that the inspectors of the bankrupt estate declined the invitation to commence proceedings. On April 2, 2007, Mr. Isabelle filed a "motion" with the Registrar of Bankruptcy seeking authorization to commence an action against the Bank as provided for under s. 38 of the *Act*. In response, and on the same day, the Bank filed a motion asking for an order enjoining the trustee from transferring any cause of action to any creditor, except the Bank. The Bank pleaded that under its security agreement with Heritage Flooring, the Bank was the owner of all of Heritage's after-acquired property including any right of action Heritage possessed as against the Bank. On this basis, the Bank sought the s. 38 order that would have rendered it both plaintiff and defendant in the same action. As well, the Bank pleaded that as an inspector of the bankrupt estate, Mr. Isabelle was prohibited from acquiring the right to sue the Bank because of s. 120 of the *Act*. As well, the Bank asked that all motions be referred to a judge of the Court of Queen's Bench. On the following day, April 3, 2007, the Bank filed yet another motion for leave to intervene with respect to Mr. Isabelle's motion and sought other ancillary relief intended to thwart Mr. Isabelle's motion. On April 4, the Registrar referred all of the motions to the judge whose decision is now under appeal. The motion judge dismissed Mr. Isabelle's motion for the reason noted above, but declined to rule on the Bank's motions. The motion judge was of the view that they were moot having regard to the dismissal of Mr. Isabelle's motion. What the motion judge failed to appreciate was that the Bank was also seeking to acquire Heritage Flooring's right of action against the Bank.

## III. The Need for Leave to Appeal

[13] Prior to the hearing of the scheduled appeal, the Bank brought a motion seeking an order to quash the appeal on the ground that the appellant failed to seek and obtain leave to appeal from a judge of this Court, as contemplated by s. 193 of the *Act*. Since the motion to quash was brought only a few weeks before the scheduled hearing, the motion was referred to the full panel and heard together with the scheduled appeal. Section 193 reads as follows:

| | |
|---|---|
| Unless otherwise expressly provided, an appeal lies to the Court of Appeal from any order or decision of a judge of the court in the following cases: | Sauf disposition expressément contraire, appel est recevable à la Cour d'appel de toute ordonnance ou décision d'un juge du tribunal dans les cas suivants : |
| (a) if the point at issue involves future rights; | a) le point en litige concerne des droits futurs; |
| (b) if the order or decision is likely to affect other cases of a similar nature in the bankruptcy proceedings; | b) l'ordonnance ou la décision influera vraisemblablement sur d'autres causes de nature semblable en matière de faillite; |
| (c) if the property involved in the appeal exceeds in value ten thousand dollars; | c) les biens en question dans l'appel dépassent en valeur la somme de dix mille dollars; |
| (d) from the grant of or refusal to grant a discharge if the aggregate unpaid claims of creditors exceed five hundred dollars; and | d) la libération est accordée ou refusée, lorsque la totalité des réclamations non acquittées des créanciers dépasse cinq cents dollars; |
| (e) in any other case by leave of a judge of the Court of Appeal. | e) dans tout autre cas, avec la permission d'un juge de la Cour d'appel. |

[14] Mr. Isabelle contends that leave was not required as his appeal falls within s. 193 (a) and (c). The Bank contends otherwise and argues that the appeal falls within s. 193(e). I shall first deal with Mr. Isabelle's arguments.

A. *Future Rights - s. 193(a)*

[15] Mr. Isabelle argues the underlying issue involves a future right within the meaning of s. 193(a) of the *Act*. According to his argument, Heritage Flooring's right to proceed against the Bank is currently vested in the trustee in bankruptcy, and it is only through a successful s. 38 application that Mr. Isabelle would be able to pursue such an action. Thus, according to Mr. Isabelle, since his ability to proceed would only come into existence once the s. 38 order issues, the appeal is one which involves a "future right". In support, counsel for Mr. Isabelle cites *Houlden & Morawetz Bankruptcy and Insolvency Analysis*, I§34(1), which cites *Re J. McCarthy & Sons Co. of Prescott Ltd.* (1916), 38 O.L.R. 3 (S.C.A.D.), [1916] O.J. No. 4 (QL) for the proposition that "[t]he words 'future

rights' should be given a wide and liberal interpretation." The Bank relies heavily on two cases to argue that future rights are not involved in the present appeal. The first in time is *Re Catalina Exploration & Development Ltd. Elias and Catalina Exploration & Development Ltd. v. Hutchison* (1981), 27 A.R. 1 (C.A.), [1981] A.J. No. 896 (QL), which involved an action against the trustee in bankruptcy that could not be commenced without leave. At paragraphs 15-16 and 22-24, Chief Justice McGillivray acknowledged the lack of clarity concerning "future rights" in rejecting the *McCarthy* analysis:

> I confess to difficulty in perceiving what exactly Parliament sought to do by providing for an appeal without leave in a case involving future rights while requiring leave in cases which do not involve future rights. Indeed, I find the authorities leave me in a state of uncertainty as to what a future right is at all, leave alone what there is about a future right that would require a treatment of cases involving future rights different from cases that do not involve future rights. [...]
>
> In the *McCarthy* case, it was said that future rights were involved in giving a creditor leave to sue instead of proving its claim in the bankruptcy. The court said that mode of trial *i.e.* by jury or otherwise, or unrestricted rights of appeal were future rights. If future proceedings involve "future rights" within the meaning of the *Bankruptcy Act*, it is difficult to think of any case in which it could not be said that future rights were involved. I am unable to agree with the decision in the *McCarthy* case.
>
> [...]
>
> A right in a legal sense exists when one is entitled to enforce a claim against another or to resist the enforcement of a claim advanced by another. A present right exists presently; a future right is inchoate in that while it does not exist, it may arise in the future. For the adjective "future" to have any meaning, it cannot refer to that which presently exists. Does the claim alleged against the trustee presently exist? It is a current allegation of existing facts though they may be procedurally blocked by a need to obtain leave to assert the claim.

> To give "future" the meaning that includes that which a litigant may obtain by success in litigation in the future is to say that a right of appeal exists in all cases. Any claim advanced is, in that sense, a future right to a judgment which does not yet exist. It would seem to me for clause (a) of section 163 [now 193] to have any meaning that it must refer to rights which could not at the present time be asserted but which will come into existence at a future time.
>
> It is sufficient to say that in my opinion a presently existing right to seek leave to sue a trustee in respect of presently existing facts is not a future right and the appellant does not bring the case within [that subsection].

[16] Although the alleged "future right" in this case relates to a cause of action vested in the trustee, rather than to a cause of action against the trustee as in *Elias*, a similar analysis should apply. The s. 38 assignment would not result in a new right "com[ing] into existence at a future time", but would rather assign the trustee's present right. Such was the conclusion in *Re Zammit* (1998), 3 C.B.R. (4th) 193 (Ont. C.J.(Gen.Div.)), [1998] O.J. No. 604 (QL), the other case which the Bank cites. Registrar Ferron elaborated on this point at para. 7 of *Zammit*:

> The creditor still advances, not his or her own action but the trustee's claim. If it were otherwise the relief afforded by the section would be substantially curtailed. For example, a proceeding to set aside a fraudulent preference under section 95(1) of the *Bankruptcy and Insolvency Act* is an action reserved to the trustee. The proceeding provides that certain conveyances, payments etc., made under the circumstances set out in the section "be deemed fraudulent and void as against the trustee in bankruptcy". Obviously, no creditor can advance that proceeding unless authorized by section 38. Section 38 does not create a cause of action in the creditor but merely allows the creditor standing in the trustee's place to advance a proceeding vested in the trustee which the trustee for whatever reason declines to take.

[17] At the hearing of the appeal, Mr. Isabelle countered with *Re Braich* (2007), 250 B.C.A.C. 53, [2007] B.C.J. No. 2847 (QL), 2007 BCCA 641. At para. 8 of

that decision, Tysoe J.A., in Chambers, expressed “some reservations about the narrowness" of the *Elias* interpretation of the term ‘future rights”, although he admitted that it was unnecessary to settle on the precise scope of “future rights”. The same is true in the present case. Suffice it to say, the weight of authority supports the view that a cause of action that presently exists is not a “future right” merely because a court order is required to pursue it. For this reason, Mr. Isabelle’s submission with respect to s. 193(a) fails.

B. *Property over $10,000 - s. 193(c)*

[18] In his Notice of Appeal, Mr. Isabelle states that “[t]he refusal to grant the Appellant's s. 38 motion prevents the Appellant from pursuing a claim against the Bank for damages suffered by the bankrupt in excess of $10,000, as contemplated by subsection 193(c) of the [*Act*].” While Mr. Isabelle advanced little argument on this point, he did submit an excerpt from *Houlden & Morawetz Analysis* that referred to cases that appear to support his position. The most recent of these cases is *Re Galaxy Sports Inc.* (2003), 183 B.C.A.C. 192, [2003] B.C.J. No. 1271 (QL), 2003 BCCA 322, which found that an appeal as of right existed under s. 193(c) for similarly remote amounts of money. In that case, Galaxy’s proposal to its creditors was approved as required by s. 54(2)(d) of the *Act*, but certain of the chair's decisions with respect to admitting or rejecting proofs of claim for the purpose of voting were appealed pursuant to s. 108(1). Concurrently, the trustee sought court approval of the proposal. The motion judge reserved approval of the proposal until the “threshold issue of requisite creditor approval” was resolved. Directions were sought as to whether an appeal as of right existed under s. 193(a) or (c) of the *Act*, or whether leave was required. A key term of the proposal was an action against Galaxy's suppliers for fraudulent misrepresentation and breach of fiduciary duty. The trustee expressed the opinion that the creditors stood to recover $584,000 under the proposal, compared to $62,000 if Galaxy fell into bankruptcy. The Chambers judge, relying on *McNeill v. Roe, Hoops & Wong* (1996), 39 C.B.R. (3d) 147 (B.C.C.A.), [1986] B.C.J. No. 284 (QL), endorsed the following as the applicable test under s. 193(c): “the 'property involved in the appeal' ... may be determined by comparing the order appealed

against the remedy sought in the notice of appeal". Since the speculative difference was greater than $10,000, an appeal as of right existed. This determination was not challenged before a full panel of the Court in *Re Galaxy Sports Inc.* (2003), 45 C.B.R. (4th) 42, [2003] B.C.J. No. 1744 (QL), 2003 BCCA 418. By the same logic, Mr. Isabelle would have an appeal as of right if the property ultimately in jeopardy exceeded $10,000; the immediate award on appeal would not itself need to exceed $10,000.

[19] In response to Mr. Isabelle's argument, the Bank refers to Houlden, Morawetz & Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, looseleaf (Toronto: Thomson Carswell, 2007) at I§34 for the proposition that there is no right of appeal under s. 193(c) of the *Act* if the remedy sought is not "appreciable in money." In *Elias*, McGillivray C.J.A., also rejected the appellant's argument that an appeal as of right existed under this subsection, quoting at para. 27 from Justice Rinfret in the expropriation case of *Gatineau Power Company and Freeman F.T. Cross*, [1929] S.C.R. 35; [1928] S.C.J. No. 73 (QL):

> Thus, the whole matter in controversy, even if traced back to the Commission - and we do not think it should be - is merely the right to have that body entertain an application for authority to expropriate. Such right is not appreciable in money. Still less so is the right of appeal to the Court of King's Bench which is the sole matter in controversy on the projected appeal here. The consequence of the authorization by the Commission might result in a proceeding in which the amount involved would exceed two thousand dollars; but the ultimate award on the expropriation is not the matter in controversy in this appeal; and, as was said in *Lachance v. La Societe de Prets et de Placements de Quebec*:
>
> 'our jurisdiction does not depend on the possible consequences of a possible judgment' .

[20] A similar result obtained in *Simonelli v. Mackin* (2003), 320 A.R. 330, [2003] A.J. No. 142 (QL), 2003 ABCA 47, at para. 24: "… if Simonelli's appeal is successful, the claim will be struck. If it is not, the matter will be heard and decided.

Therefore, the "loss" resulting from refusing the application to strike is not an award exceeding $10,000 in value. Rather, the loss is the risk of a determination on the merits."

[21] In my respectful view, this Court should follow the lead of *Elias* and *Simonelli*. The purposive analysis in *Elias* with respect to s. 193(a) of the *Act* is equally applicable to s. 193(c): it is difficult to think of a case involving a corporate bankrupt in which the amount ultimately in issue would not exceed $10,000. Consequently, there would be little utility to the other four subsections under s. 193 if such cases were subject to an appeal as of right. Since the issue on appeal in this case does not directly involve an amount in excess of $10,000 there can be no appeal as of right under s. 193(c). The central issue in this case is whether or not the motion judge erred by failing to consider whether the appellant, as a guarantor, is a creditor of the bankrupt. Since the issue on appeal does not involve an amount in excess of $10,000, there can be no appeal as of right under s. 193(c).

C. *Seeking Leave – A Bifurcated process? Yes*

[22] The fact that Mr. Isabelle failed to seek and obtain leave prior to perfecting his appeal does not mean that the appeal should be automatically quashed. It must be decided whether the legislative scheme demands a bifurcated process for dealing with leave applications: that is to say, whether the application for leave to appeal must be dealt with in a separate proceeding and prior to the hearing of the appeal on its merits. The alternative is to permit the leave application to be heard together with the merits of the appeal, as happened in the present case, and as is true of certain appeals launched under the *Criminal Code*. Mr. Isabelle assumed that the alternative procedure was the correct one. In his Notice of Appeal, he asked "for a determination as to whether he may appeal the decision as of right, pursuant to ss. 193(a) and (c) of the [*Act*], and should it be determined that the Appellant cannot appeal the decision as of right, the Appellant seeks leave to appeal the decision pursuant to s. 193(e) of the [*Act*]". In short, Mr. Isabelle filed a Notice of Appeal which also included a request for leave in the event it was determined that an appeal did not exist as of right. Intuitively, however, one would think that a

separate hearing on the leave application is required. Yet there is evidence that suggests otherwise. Let me explain.

[23] The procedural route Mr. Isabelle followed would appear to be sanctioned by Rule 31(2) of the *Bankruptcy and Insolvency General Rules*. Rule 31(2) provides that where an appeal is brought under s. 193(e) of the *Act* (that is to say with leave of a judge of this Court), "the notice of appeal must include the application for leave to appeal." Rule 31(2) of the *BIA Rules*, C.R.C., c. 368, prescribes the procedure to follow on an appeal under s. 193(e):

| | |
|---|---|
| (2) If an appeal is brought under paragraph 193(*e*) of the Act, the notice of appeal must include the application for leave to appeal. | (2) En cas d'application de l'alinéa 193*e*) de la Loi, l'avis d'appel est accompagné de la demande d'autorisation d'appel. |

[24] Moreover, the Registrar of Bankruptcy for New Brunswick (who is also the Registrar of this Court) has issued a practice directive stating that the Notice of Appeal should contain sufficient particulars to allow a determination as to whether leave is required. The Registrar's Directive is dated February 10, 2004 and titled "Appeals in Bankruptcy". All of this suggests that the leave application and the appeal can be heard together. On the other hand, s. 193(e) of the *Act* speaks unequivocally of the need to obtain "leave from a judge of the Court of Appeal."

[25] In my view, a bifurcated process for dealing with leave applications and appeals is mandated by the *Act* and to be preferred over one that sees both proceedings being dealt with contemporaneously. There is an obvious reason to justify this approach. On the hearing of most leave applications it is impossible for the applicant not to address the merits of the appeal when arguing the existence of valid grounds for doubting the correctness of the impugned decision. In truth, the arguments made in support of and in opposition to the leave application are the very same arguments to be pursued on the appeal. It is for these reasons that I am prepared to follow the lead of the Ontario Court of Appeal in *Re 518494 Ontario Ltd. (c.o.b. Petrochem)* (1985), 12 O.A.C. 392, [1985] O.J.

No. 239 (QL) and adopt a general rule requiring leave applications to be dealt with independently of the hearing of the appeal. An appellant who is proceeding on the assumption that leave to appeal is not required should move for leave to appeal before a single judge of this Court as soon as the respondent raises the issue of whether leave to appeal is required. In future, this is the safe procedure to be followed; it would prevent a respondent's motion to quash an appeal without a hearing on the merits. I hasten to add that the onus is on the respondent to bring to the Court's attention the appellant's failure to first seek the requisite leave. Otherwise, the court will normally proceed on the basis that leave is not required.

D. *The Failure to Seek Leave – Is it fatal? No*

[26] The question we must now address is whether Mr. Isabelle's failure to obtain leave prior to the hearing of the within appeal is fatal and, hence, the Bank's motion to quash the appeal should be allowed. In support, the Bank cites *Petrochem* and *Re Hrebecka* (1999), 12 C.B.R. (4th) 47 (C.A.), [1999] O.J. No. 2782 (QL). *Re Hrebecka* involved a motion to quash before a full panel of the Ontario Court of Appeal and states as follows, in its entirety: "The evidence discloses that the amount in issue is under $10,000, an amount requiring leave pursuant to s. 193 of the *Bankruptcy Act*. No such leave was sought or obtained. The motion is accordingly granted and the appeal is quashed with costs." It appears from this brief decision that the appellant in that case failed to invoke s. 193(e) as was done in this case. *Petrochem* is slightly more detailed, although still distinguishable. The instructive paragraph is the fourth of five:

> In this case the appellant combined its notice of appeal and application for leave as required [by the *Rules*]; but, instead of applying to a single judge for leave, it brought its application for leave and its appeal before a full panel of this Court. This was wrong. The appellant should first have moved before a single judge for leave. It is only if leave to appeal is granted that the appellant can proceed with its appeal. In the future this is the procedure that is to be followed where leave is required under s. 163(e) [now 193(e)].

[27] It bears noting that the only ground of appeal involved in *Petrochem* was subsection (e), and that the Court went on to decide the application for leave rather than automatically quashing it for procedural deficiency. In my view, this Court retains the discretion to whether the appeal should be quashed because of the failure to obtain leave. Section 187(9) of the *Act*, under the heading Authority of the Courts, mandates a flexible approach to procedural error:

| | |
|---|---|
| (9) No proceeding in bankruptcy shall be invalidated by any formal defect or by any irregularity, unless the court before which an objection is made to the proceeding is of opinion that substantial injustice has been caused by the defect or irregularity and that the injustice cannot be remedied by any order of that court. | (9) Un vice de forme ou une irrégularité n'invalide pas des procédures en faillite, à moins que le tribunal devant lequel est présentée une opposition à la procédure ne soit d'avis qu'une injustice grave a été causée par ce vice ou cette irrégularité, et qu'une ordonnance de ce tribunal ne puisse remédier à cette injustice. |

[28] This Court also has the authority, under s. 187(11) of the *Act*, to extend time "either before or after the expiration thereof on such terms, if any, as it thinks fit to impose." These provisions are consistent with the approach described in New Brunswick's *Rules of Court* for other types of proceedings, in order to secure "the just, least expensive and most expeditious determination of every proceeding on its merits" (Rule 1.03(2)). The Bank has had sufficient notice of the matters on appeal, so it cannot be said that injustice has resulted from any irregularity. For these reasons, the motion to quash the appeal for failing to obtain leave prior to the hearing of the appeal is dismissed.

E. *Should Leave Be Granted, Nunc Pro Tunc*? *Yes*

[29] Having regard to the introductory paragraphs of these reasons, it can come as no surprise that I am prepared to grant the required leave. Nonetheless, for the sake of completeness, I will deal with this issue as though no ruling had been made on the merits of the appeal. The case law reveals a number of factors that should be considered, or possible grounds for granting leave: (1) whether the appeal raises an arguable ground, often referred to as a serious issue; (2) whether there is reason to doubt the correctness of

the decision; (3) whether the impugned decision raises a question of importance; (4) whether there is conflicting jurisprudence on the point; and (5) whether the granting of leave will unduly delay pending proceedings. It is self-evident that this appeal raises several issues of significance to bankruptcy law and for this reason alone leave should be granted. This would be true even if I had formed the opinion that the motion judge was correct in dismissing Mr. Isabelle's motion. Moreover, the granting of leave does not lead to delay as there can be no underlying proceedings until such time as Mr. Isabelle is granted a s. 38 order. For these reasons, I would grant the requisite leave to appeal, *nunc pro tunc*.

## IV. The Issue of Standing - The Bank as Intervener - The Hermaphroditic Litigant

[30] The motion judge referred to Rule 3 of the *BIA Rules* and Rule 15.02 of the *Rules of Court* in support of his holding that the Bank should be permitted to intervene. Rule 3 of the *BIA Rules* effectively states that in cases not provided for under the *Act* or *BIA Rules*, the court's practice in civil matters is to be followed. Rule 15.02(1) of the New Brunswick *Rules of Court* provides for "Leave to Intervene" in cases where a person has an interest in the subject matter of the proceeding or may be adversely affected by a judgment in a proceeding. On this basis, the motion judge ruled that he possessed the jurisdiction to grant the Bank intervener status. Regrettably, in a subsequent paragraph of his decision (para. 31), the motion judge goes on to dismiss the request for intervener status when dealing with a number of the Bank's motions that he felt did not need to be addressed as they were no longer germane. In my view, this was a "slip" and, therefore, the contradictory reference must be ignored.

[31] Before turning to the question of whether the motion judge retains the discretion to grant intervener status with respect to s. 38 proceedings, I wish to note that there is a difference in law between someone who is granted status as intervener and one who obtains status as a party (see *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 v. Bransen Construction Ltd. et al.* (2002), 249 N.B.R. (2d) 93, [2002] N.B.J. No. 114 (QL), 2002 NBCA 27). For purposes of deciding this appeal,

however, I am going to ignore the distinction and focus on the issue of whether the motion judge erred in granting the Bank standing to oppose Mr. Isabelle's motion for a s. 38 order. My understanding of the law is as follows.

[32] Generally, only the trustee need be served with notice of motion (often referred to as an application) brought under s. 38 of the *Act*. Specifically, there is no need to serve the proposed or potential defendant with notice, unless the order is one that would impose an obligation on that party. Otherwise, the creditor need only show that the trustee has refused or neglected to proceed with the lawsuit (see cases collected in Houlden, Morawetz & Sarra, at C§46). The law goes on to provide that even if the potential defendant has notice of the s. 38 application, he or she has no standing to appear on the application, nor can the potential defendant cross-examine on the material filed in support of the application. Inevitably, *Re Nesi Energy Marketing Canada Inc.* (1998), 233 A.R. 347, [1998] A.J. No. 1203 (QL), 1998 ABQB 912, is cited in support of these propositions.

[33] The general rule is inapplicable when the potential defendant is also a creditor of the bankrupt. The law accepts that notice of the s. 38 application must be given to all creditors so that they have the opportunity to join in the lawsuit, but for a limited purpose and subject to one important condition precedent. Where the defendant in the proposed lawsuit is also a creditor, he or she is entitled to participate in the s. 38 proceedings for the limited purpose of preserving his or her right to share rateably in the spoils of the action, provided the creditor is willing to share in the expense of the proceedings including costs: *Re B. Donovan Interiors Ltd.* (1990), 3 C.B.R. (3d) 196 (N.S.S.C.), [1990] N.S.J. No. 447 (QL). It is only within this contrived context that the creditor be both plaintiff and defendant in the same s. 38 lawsuit (see Houlden, Morawetz & Sarra, at C§46 and C§49). Interestingly, there is no requirement to notify the creditors in advance of the application for an order. It is only important that they be given a reasonable opportunity to decide whether or not to participate in the proposed lawsuit (see Houlden, Morawetz & Sarra, at C§46). Above all else the potential defendant cannot be a full plaintiff in the proposed lawsuit.

[34] In summary, the law of bankruptcy does not recognize the right of a potential defendant (and creditor of the bankrupt) to become both the plaintiff and the defendant in the same action. For this reason, the concept of the "hermaphroditic litigant" is a misnomer. This understanding of the law is reinforced in an article that counsel for the Bank provided to us on the hearing of the appeal and yet the Bank persisted with its argument that the law fully accepts the concept of the hermaphroditic litigant: David R.M. Jackson "The Hermaphrodite Litigant: Suing Yourself Under Section 38 of the BIA", (2002) 17:2 Nat. Creditor/Debtor Rev. 21. That article does point out that there is some debate among the courts as to the extent to which a potential defendant and creditor of the bankrupt may influence litigation decisions, but none of the cases cited recognize the right of the potential defendant/creditor to acquire the chose in action or to take full control of the litigation.

[35] Regrettably, some seem to believe that it is permissible for a potential defendant and creditor of a bankrupt to become the plaintiff in order to eliminate another creditor's right to obtain an assignment of the chose in action from the trustee in bankruptcy. This could be accomplished in one of two ways: either the potential defendant attempts to gain standing in the other creditor's s. 38 application or, in the alternative, the potential defendant brings his or her own s. 38 motion and asks that both motions be heard together. Bluntly stated, these litigation tactics constitute an abuse of legal process. Unfortunately, that reality does not seem to deter some potential defendants.

[36] In the present case, the Bank's April 2, 2007 motion was brought under s. 38 and claims the contractual right to be both the plaintiff and the defendant in the lawsuit that would otherwise have been brought by Heritage Flooring against the Bank. This is true notwithstanding the above noted article which clearly states that a creditor/defendant's participation in the underlying lawsuit is severely restricted. But the Bank is not the first potential defendant to engage in such foolish thinking. There is also an unreported New Brunswick decision in which the potential defendant (and creditor of the bankrupt) attempted to acquire intervener status on a s. 38 application brought by

another creditor. The potential defendant was seeking to acquire the chose in action for $250,000, thereby preventing the other creditor from pursuing an action for breach of a franchise agreement in which the damages to be claimed were in the “millions”. The motion judge rightly refused to hear from the potential defendant (who had not even made a formal motion for intervener status) let alone grant it standing. The application for leave to appeal to this Court was dismissed (see *Toner and Toner v. KPMG Inc.*, (2008) February 20, No. 12749, leave to appeal dismissed 2008 N.B.J. No. 111 (QL)).

[37] Bluntly stated, a potential defendant who is also a creditor of the bankrupt has no right to bring a s. 38 application for the purpose of ensuring that no other creditor obtains an order authorizing that other creditor to initiate a proceeding against the potential defendant. This is why the Bank’s April 2, 2007 motion should have been dismissed to the extent that it sought to invoke s. 38 as a basis for asserting the Bank’s right to be both plaintiff and defendant in an action that could only be vigorously and honestly pursued by someone adverse in interest to the Bank.

[38] To this point, it seems clear that the Bank has no right to standing on Mr. Isabelle’s s. 38 motion. But what of the case in which the potential defendant wishes to argue that the applicant is not, for example, a creditor within the meaning and scope of s. 38 and, therefore, the order sought should not issue. If the potential defendant is not given notice of the s. 38 proceedings, and the trustee does not oppose the order, then presumably the potential defendant has the right to raise the issue on a preliminary motion once the lawsuit is filed. This is because the doctrine of “issue estoppel” is inapplicable as the potential defendant, now defendant, was not a party to the s. 38 proceedings. But I am still left with the question whether the law should recognize the right of a motion judge to exercise a narrow discretion and to grant the potential defendant intervener status.

[39] In my view, there may be cases in which the potential defendant should be permitted to oppose the granting of the applicant’s s. 38 motion rather than deferring the matter until after the action is commenced. Why? Because the potential defendant might

well avoid the need to defend a lawsuit that should never have been commenced in the first place. These are the cases in which the potential defendant raises a discrete and genuine issue of law that if decided in favour of the potential defendant might well avoid the need to defend a lawsuit that should never have been commenced in the first place. For this reason, I am prepared to accept that a motion judge should retain a "narrow discretion" to decide whether a potential defendant should be granted standing on the s. 38 motion brought by a creditor. Thus, for example, where a potential defendant contends that the applicant for the motion does not qualify as a creditor within the meaning and scope of s. 38, it makes sense for the potential defendant to intervene in circumstances where there is no other party opposing the s. 38 motion. However, I want to reemphasize that the discretion to grant intervener status is a narrow one and is not to be abused. If there is a scintilla of evidence to suggest that the potential defendant is simply engaging in a litigation tactic intended to wear down the s. 38 applicant, the motion judge should refuse to grant the potential defendant standing. However, if standing is granted, it will be necessary for the motion judge to specify the extent of the intervener's participation (*e.g.* cross-examination on affidavits).

[40] Returning to the case at hand, the question is whether the motion judge erred in granting the Bank standing. Had I been the motion judge, I would not have granted the requisite standing. The Bank did more than raise a discrete legal issue. It raised frivolous issues and cited countless cases with one objective in mind – to ensure that the Bank remained immune from liability with respect to alleged and established wrongdoing and at any cost. But I cannot undo what has already been done. It is simply too late to decide whether the motion judge erred in granting the Bank standing. The Bank has already participated fully in the proceedings and nothing is achieved by striking it as a party at this late stage. Indeed, if we were to strike the Bank as a party, there could be no order as to costs. For these reasons, I am not prepared to set aside the motions judge's decision to grant the Bank standing.

A. *Is the Guarantor of a Debt of the Bankrupt a Creditor of the Bankrupt? Yes*

[41] The motion judge did not answer the question posed above. Rather, he held that a "shareholder" of a corporate debtor and bankrupt does not qualify as a creditor within the meaning of s. 38 of the *Act*. Given *Re Grandview Ford Lincoln Sales Ltd.*, (2001) 22 C.B.R. (4th) 210 (Ont.Gen.Div.), [2001] O.J. No. 251 (QL), no one challenges the motion judge's ruling. Mr. Isabelle argues, however, that the motion judge erred in failing to appreciate that the motion was premised on his status as "guarantor". The Bank now recognizes the motion judge's error and concedes that, as a general proposition, a guarantor qualifies as a creditor of the bankrupt. This is true under common law principles even if the principal debtor has made no demand for payment or, once a valid demand has been made on the guarantor, no money has been paid pursuant to it. In short, a contingent liability entitles a guarantor to claim status as a creditor: *Bank of Nova Scotia v. Holland* (1979), 32 C.B.R. (N.S.) 153 (Ont.S.C.(H.C.J.)), [1979] O.J. No. 1190 (QL). Moreover, the law is equally clear that the guarantor's contingent claim is a debt provable in bankruptcy, whether or not the guarantor has been called on to pay or has paid. On this point, see generally *Re Froment*, 5 C.B.R. 765, [1925] 3 D.L.R. 377 (Alta.S.C.), [1925] A.J. No. 60 (QL); *B.N.R. Holdings Ltd. v. Royal Bank* (1992) 14 C.B.R. (3d) 233, [1992] B.C.J. No. 198 (QL) and *Re Maple City Ford Sales (1986) Ltd.* (1998), 39 O.R. (3d) 702 (Gen.Div.), [1998] O.J. No. 2714 (QL).

[42] In summary, a guarantor of the debt of a bankrupt qualifies as a creditor. However, this finding does not answer the question of whether Mr. Isabelle qualifies as a creditor within the meaning and scope of s. 38 of the *Act* and is therefore entitled to an order authorizing him to commence an action against the Bank. In short, this Court must decide whether the s. 38 order sought should issue.

B. *Should the Section 38 Order Issue? Yes*

[43] My analysis begins with some general comments about the conditions precedent to a creditor obtaining an order under s. 38 of the *Act*. The primary requirement

is that the creditor must request the trustee to pursue the action and the trustee must neglect or refuse to do so. In the present case, that condition precedent has been satisfied. There is also discussion in the jurisprudence whether the applicant must establish that the proposed lawsuit has merit. In some cases, the threshold test is stated in terms of establishing a "*prima facie*" case. I am not confident that the law should require anything more than the applicant demonstrate "serious issue". It is for the plaintiffs to decide whether they believe they have a valid cause of action that is worth the time and money required. Moreover, to allow the potential defendant to argue on the motion that a *prima facie* case has not been established would undermine the purpose of s. 38 and offend the understanding that the right to intervene is a limited one. In any event, whatever the threshold be, it is clear that it has been met in this case because of the finding of Bank wrongdoing made in other bankruptcy proceedings. The fact of the matter is that by breaching s. 69 of the *Act*, the Bank opened itself to a lawsuit in which the damages, whether compensatory, punitive or both, might well exceed the indebtedness of Mr. Isabelle and Heritage Flooring combined. This is not to suggest that, in an ensuing action between these parties, the allegations of wrongdoing must be tied to the breaches of s. 69. In fact, they may extend to all breaches whether they are contractual, statutory or common law in nature (*e.g.*, insufficient time for repayment).

[44] The Bank insists that Mr. Isabelle is not a creditor within the meaning or scope of s. 38 of the *Act* for six reasons. First, the Bank argues that Mr. Isabelle is not entitled to claim status as a creditor because he failed to file a Proof of Claim as required under s. 124(2) and, second, he was prohibited from doing so because of the rule against "double proof". The Bank insists that only if a guarantor has paid the principal creditor in full is that guarantor entitled to prove his or her claim in the bankruptcy of the debtor. Third, the Bank asserts that, pursuant to a separate contract ("Postponement of Claim"), Mr. Isabelle has no right to pursue the cause of action in his own name as any such right is vested in the Bank. Fourth, the Bank insists that Mr. Isabelle's application under s. 38 should be dismissed for want of "specificity". Fifth, the Bank advances the bold argument that there is no property (chose in action/cause in action) to be transferred to Mr. Isabelle. According to the Bank, because of its security agreement (the "after-

acquired-property" clause) with Heritage Flooring any property that would otherwise form part of the bankrupt's estate, including any cause of action that Heritage has as against the Bank, instead belongs to the Bank. Sixth, the Bank invokes s. 120(1) of the *Act*. That provision states that no "inspector" is entitled to acquire for himself any property of the bankrupt estate without the prior approval of the court. The Bank argues that Mr. Isabelle, as an inspector, is not entitled to the order sought.

[45] Of the six arguments noted above, only the fifth and sixth are found in the documentary record filed in this Court. Arguments one through four, inclusive, were raised for the first time in the respondent Bank's written submission to this Court. Since appellants submit written argument first, Mr. Isabelle understandably failed to deal with these issues. Moreover, even if the Bank had argued these four points before the motion judge, the Bank should have filed a Notice of Contention as provided for under Rule 62.08 of the *Rules of Court*. Furthermore, even if the Bank had argued these points before the motion judge, on the appeal to this Court, the Bank should have filed a Notice of Contention to the effect that he reached the correct result for reasons that he failed to consider. This was not done to the prejudice of Mr. Isabelle. Understandably, his written submission to this Court, as appellant, failed to deal with these issues. Much time was spent addressing the many issues surrounding the need for leave to appeal. Moreover, Mr. Isabelle cannot be faulted for failing to ask for the right to submit a supplemental submission. There was need to do so in light of the Bank's failure to file a Notice of Contention.

[46] While this Court is under no obligation to deal with the four issues not properly raised, I must dispel any perception that they might have altered the outcome of this appeal. The plea of lack of "specificity" is frivolous as is the plea of the rule against "double proof". I have already outlined the general nature of the claim against the Bank. The specifics of the claim will be outlined in the Statement of Claim. As to the rule against double proof, it has no application. That common-sense rule is intended to prevent both the guarantor and the principal debtor from sharing in the proceeds of the estate with respect to a single debt. Those are not the facts of our case. Mr. Isabelle does

not seek to be enriched at the expense of other creditors. In any event, had the issue of "Proof of Claim" been properly raised, it would have been a simple matter for this Court to exercise its jurisdiction under s. 187(9) and permit Mr. Isabelle (his trustee in bankruptcy) to file such before commencing his s. 38 action against the Bank. As it presently stands, no objection to Mr. Isabelle's motion was made before the motion judge on this technical ground. The Bank's argument based on the "Postponement of Claim" contract has no application with respect to the liabilities of the Bank to Heritage Flooring. The postponement contract essentially provides that if Heritage Flooring owes money to both the Bank and Mr. Isabelle, the Bank gets paid first. It also provides that all of the liabilities of Heritage Flooring to Mr. Isabelle and all sums payable by the former to the latter are assigned to the Bank. The contract says nothing about monies the Bank may owe to Heritage Flooring for breach of its statutory and contractual obligations and the right of Mr. Isabelle to obtain an assignment of any right of action now vested in the trustee in bankruptcy. Note that if Mr. Isabelle's action against the Bank were to succeed, Heritage Flooring would not be indebted to Mr. Isabelle, the Bank would.

[47] Finally, the Bank must recognize that its failure to properly raise the four issues outlined above is not an invitation to raise them in subsequent proceedings. As the Bank sought and obtained legal standing in the court below, that was the proper time for raising the issues and, hence, the Bank is forever foreclosed from raising them in any subsequent proceedings taken pursuant to the order granted under s. 38.

[48] The Bank is left with only two arguments in support of its position that a s. 38 order may not issue to Mr. Isabelle. First, the Bank contends that any right Heritage Flooring may have to sue the Bank is the Bank's property, not the trustee's, by virtue of the Bank's "General Security Agreement" with Heritage Flooring dated January 30, 2001. But for a valid security agreement, all property owned by the bankrupt is vested in the trustee pursuant to s. 71 of the *Act*. But it is equally true that the interest of a secured creditor in the property of the bankrupt never becomes the property of the trustee unless the trustee pays out the claim of the secured creditor. The effect of the pertinent statutory provisions is that the interest of the secured creditor in the bankrupt's property never

loses its priority over the claims of other creditors: *MacKesey v. Royal Bank* (1991) 86 D.L.R. (4th) 637 (Sask.C.A.), [1991] S.J. No.572 (QL). Heritage Flooring did execute a security agreement in favour of the Bank, charging all of Heritage's present and after acquired property to the Bank, including all choses in action. From here, the Bank asks us to make a quantum leap by accepting that any right of action that Heritage Flooring acquired against the Bank with respect to the latter's wrongdoing comes within the ambit of the after-acquired-property clause. In other words, the Bank maintains that it owns the right to sue itself. Obviously this cannot be so. If we were to accept the Bank's argument, no debtor would be able to sue a secured creditor for breaching the parties' security agreement, or other legal obligations, so long as that security agreement contained an after-acquired-property clause. I shall say no more of this issue except that a contractual provision drafted with that objective might be struck on the ground of being offensive to public policy.

[49] The Bank's other argument is tied to s. 120(1) of the *Act*. That provision states that no "inspector" is entitled to acquire any property of the bankrupt estate without the prior approval of the court. The Bank then argues that: "[i]t is clear that Andre Isabelle is attempting, in his position as Inspector, to act for himself and not for the benefit of the general body of creditors." With great respect, it is not clear to me that Mr. Isabelle is not acting in the best interests of the other creditors. They still have a right to participate in the lawsuit and share in the spoils. Quite properly, Mr. Isabelle points out that if successful against the Bank, in whole or part, Heritage Flooring would be claiming damages (compensatory and punitive) which may well exceed the amount that Heritage owes the Bank. In my view, there is nothing improper about Mr. Isabelle seeking an order under s. 38 even though he is an inspector under the *Act*. Wisely, counsel for Mr. Isabelle notes that court approval may be sought, even at this late stage in the proceedings, having regard to the powers of the court set out in s. 187(9) of the *Act*. If necessary, I would grant the requisite approval, *nunc pro tunc*.

[50] In conclusion, the motion judge erred in refusing to grant Mr. Isabelle the order sought under s. 38 of the *Act*. Therefore, the appeal should be allowed and the

decision below set aside. The appellant is entitled to an order under s. 38 of the *Act* authorizing him to commence an action for damages against the Bank with respect to any breaches of any legal obligations which the Bank owed Heritage Flooring. This includes not only statutory breaches, such as those tied to s. 69 of the *Act*, but as well contractual breaches and breaches of obligations imposed at law or in equity (*e.g.*, insufficient time to repay loan). It necessarily follows that the Bank's motions aimed at acquiring the same cause of action must be dismissed.

C. *The Post-Hearing Motion*

[51] As noted at the outset, 15 days after the hearing of the present appeal, Mr. Isabelle made an assignment in bankruptcy. Immediately following this event and while the decision on appeal was still under reserve, and without first discussing the matter with Mr. Isabelle's trustee in bankruptcy or Mr. Isabelle's counsel on appeal, counsel for the Bank wrote to the Court informing us, that pursuant to Rule 13.01 of the *Rules of Court*, the matter was "automatically stayed" because of the assignment. Rule 13.01 states, in part, that where at any stage of a "proceeding" the interest or liability of a party is transferred to another party, the proceeding shall be stayed until an order to continue issues. Quaere: Is a decision under reserve a proceeding? The Court was then asked "to confirm" this understanding of the law, otherwise the Bank "would be required to seek a date for the hearing of a motion in that regard." In response, the Court declined the invitation to provide the Royal Bank with legal advice. The Bank should have first discussed the matter with the trustee and Mr. Isabelle's counsel rather than simply forwarding them a copy of its letter, so the parties could decide what course of action to follow. This was not done. Instead, the correspondence from the Bank to the Registrar reads as a letter of intimidation which brought about the opposite effect. Mr. Isabelle's trustee in bankruptcy and his counsel on appeal each responded with a letter, in what amounts to an informal submission, addressed to the Registrar. Each disputed the Bank's understanding of the law, cited relevant authorities and then asked that this Court deliver its decision in the usual manner. In response, the Bank forwarded an affidavit together

with an *ex parte* order to the Registrar of this Court, purportedly drafted in conformity with Rule 13 of the *Rules of Court*.

[52] Rule 13 provides that where at any stage of a proceeding the interest or liability of a party is transferred to another person (*e.g.*, the trustee in bankruptcy), the proceeding is stayed until an order to continue issues. Should the party with carriage of a proceeding fail to obtain such an order within 30 days of the transfer, an interested party may do so. In the present case, 30 days had passed since Mr. Isabelle fell into bankruptcy and, hence, the Bank had the right to seek the continuance order. However, the order provided to the Registrar would have given the carriage of the proceedings to the Bank such that it would be both the appellant and respondent. The Registrar refused to sign the order and rightly so. Eventually an order was signed directing that the proceeding be continued with "A.C. Poirier & Associates Inc. as Trustee for the Estate of André Isabelle as appellant". As the Bank did not obtain the order it sought, it brought a motion to permanently stay the rendering of our decision or, alternatively, an order for security of costs. We dismissed both requests with costs and reasons to follow. Here are our reasons.

[53] In support of its many arguments, the Bank cites no less than 10 decisions. Only one decision is relevant to the motion for the permanent stay and that decision is contradicted by two others that the Bank failed to bring to our attention. However, the three cases deal with the question of whether, in the absence of a continuance order, a decision under reserve is automatically stayed once one of the parties becomes bankrupt. Since a continuance order issued in this case, it is unnecessary to address the jurisprudence (see *Adams-Eden Furniture Ltd. (c.o.b. Whitehorse Furniture Ltd.) v. Kansa General Insurance Inc.*, [1995] M.J. No. 314 (QL) aff'd [1995] M.J. No. 258 (QL) and compare with *Hunter Douglas Ltd. v. Kool Vent Awnings Ltd.* (1957), 37 C.B.R. 154 (Que. S.C., in Bankruptcy), [1958] C.C.S. No. 127 (QL) and *Rea v. Patmore* (1999) 253 A.R. 363, [1999] A.J. No. 1288 (QL), 1999 ABQB 1069).

[54] The Bank had no option but to abandon its argument that the decision under reserve was automatically stayed pursuant to Rule 13.01 of the *Rules of Court*. Any

stay that did exist, and this is by no means a given, was lifted with the granting of the continuance order. The Bank then argued that the permanent stay rested on ss. 67(1) and 71 of the *Act*. Section 67(1)(d) states that the property of the bankrupt shall comprise such powers over property as might have been exercised by the bankrupt for his or her own benefit. Section 71 states that the property of the bankrupt passes to the trustee and that the bankrupt ceases to have the capacity to deal with his or her property. It should be readily apparent that these provisions do not operate to prevent this Court from rendering its decision on appeal. This is not to deny that once this Court concludes that a s. 38 order should issue, the right to pursue an action against the Bank then vests in Mr. Isabelle's trustee.

[55] The Bank's next argument is that the release of our decision should be stayed on the ground of "mootness". The Bank advanced two reasons. First, it points out that in a document entitled "Statement of Affairs" prepared by Mr. Isabelle with the assistance of his trustee, the value of the s. 38 application is stated as "$0". The Bank seizes upon this fact to argue that the decision under appeal is worthless even if Mr. Isabelle is successful and, hence, there is no live issue between the parties. In his response affidavit, the trustee points out that in those cases where the value of an asset or liability is unknown with any reasonable certainty, it is necessary for the bankrupt to use "$1" or "$0" for the estimated realizable value. This makes good sense and renders the Bank's argument frivolous as is its next argument. The Bank argues that if Mr. Isabelle was a creditor of Heritage Flooring at the time the appeal was heard, he is no longer a creditor as any debt owed to him by Heritage Flooring is an asset in his bankruptcy and has been assigned to his trustee by operation of law. Clearly, Mr. Isabelle does not lose his status as creditor because he is now bankrupt. It just means that his trustee is the one vested with the right to decide what further action should be taken with respect to all of his assets.

[56] Next, the Bank argues that a stay should issue because Mr. Isabelle's trustee has not indicated whether he is interested in pursuing an action against the Bank should Mr. Isabelle's appeal succeed. The Bank cites two cases in support of its

argument. For the sake of completeness, I will canvass the cases even though they do not remotely support the argument presented. The first decision is *Hall-Chem Inc. v. Vulcan Packaging Inc*. (1994), 21 O.R. (3d) 89 (Ont. C.A.), [1994] O.J. No. 2692 (QL). In that case "V" had obtained judgment against "B" for $338,000. B appealed but was ordered to give security. B moved to vary the order but while the motion and appeal were pending he filed an assignment in bankruptcy. B's trustee took the position that both proceedings were stayed under s. 69.3(1) of the *Act*. When the motion came before the Ontario Court of Appeal, the Court held that s. 69.3(1) was not applicable. The applicable section was s. 71(2) which vested B's cause of action in the trustee and it was for the trustee to advise B's counsel and for B's counsel to seek instructions as to whether the trustee intended to abandon or proceed with the appeal. Finally, the Court held that the trustee should have sought an order for continuance as provided for under the equivalent of our Rule 13.02 of the *Rules of Court*.

[57] The present case is clearly distinguishable from *Hall-Chem*. In that case, the trustee had to decide whether to pursue the motion and the appeal pending before the Court of Appeal. In the present case, the motion and appeal were already heard prior to Mr. Isabelle falling into bankruptcy. Until our decision issues there is nothing his trustee can do. The trustee is entitled to await the decision of this Court to determine whether it should proceed to sue the Bank based on the totality of the surrounding circumstances. Without knowing the reasons underscoring our decision to grant the order Mr. Isabelle sought, it would be unwise for his trustee to make a decision in the abstract.

[58] The Bank also insists that *Mann v. Northern B.C. Enterprises Ltd.* (2005), 46 C.C.E.L. (3d) 253, [2005] B.C.J. No. 1485 (QL), 2005 BCCA 367 is a pivotal case. The essential facts involve a trial judge who had allowed an undischarged bankrupt to represent his company in an action for damages for wrongful dismissal in circumstances where the bankrupt's trustee, who held the shares, was not prepared to take any steps to have the company represented at trial. However, I am unable to appreciate how *Mann* is analogous to the case under appeal. Mr. Isabelle is not a shareholder attempting to represent Heritage Flooring in an action against the Bank. Nor is Mr. Isabelle pursuing

the present appeal contrary to the wishes of his trustee. The trustee is simply awaiting a decision of this Court in order to determine what action should be taken. Armed with an order under s. 38 of the *Act*, the trustee must decide whether to exercise Mr. Isabelle's right to sue the Bank. Until that decision is made and until the trustee applies for the order granted on this appeal there are no proceedings pending before any court.

[59] It is worth reminding all litigators that effective advocacy does not include the indiscriminate proliferation of issues supported by a plethora of case law. It is not the intended role of an appellate court to sift through countless issues and case law to see whether there is something which "sticks". Such litigation tactics obfuscate the true issues and may ultimately undermine the credibility of all advocates and their client's interests. More often than not, the indiscriminate recitation of cases is looked on as an ineffective means of strengthening a weak case. This is why it is important for counsel to be as judicious in their selection of the case law to be cited in support of an argument as it is important to isolate those issues that legitimately advance the interests of their client.

[60] Ultimately, the Bank conceded that the granting of a stay is a discretionary decision but asked that it be exercised in favour of the Bank because of the prejudice it would suffer should it succeed on the appeal and be awarded costs. Of course, the Bank's argument presumes the trustee will be unable to pay any cost award. In the alternative, the Bank asked for an order for security of costs under Rule 58.10 of the *Rules of Court*. Knowing that my colleagues endorse my reasons for judgment with respect to the disposition of the main appeal, the issues of prejudice and costs are truly moot. That said the law in this Province is clear: (1) an order for security for costs may only issue when it is in the "interests of justice"; and (2) "impecuniosity" is not a sufficient ground for granting such an order (see *Re Dugas Estate (Bankrupt)* (2003), 261 N.B.R. (2d) 99 (C.A.), [2003] N.B.J. No. 230 (QL) and *HSBC Bank Canada v. Elm City Chrysler Ltd. et al.* (2007), 323 N.B.R. (2d) 137, [2007] N.B.J. No. 346 (QL)).

[61] For these reasons, we dismissed the Bank's post-appeal hearing motion. As the motion was conceived in desperation and nurtured by heaps of irrelevant case law

and frivolous arguments, the cost award must reflect these realities. Accordingly, the trustee is entitled to costs of $5,000 on this motion.

## VIII. Conclusion

[62] In conclusion, I would dismiss the respondent's motion to quash the appeal because of the appellant's failure to obtain leave as required under s. 193(e) of the *Act*. Instead, I would allow the application for leave to appeal, *nunc pro tunc*. As the respondent's motion involved the preparation of extensive written submissions, distinct from those submitted on the main appeal, I would award the appellant costs of $3,500 on this motion. I would also allow the appeal and set aside the motion judge's decision dismissing the appellant's motion brought under s. 38 of the *Act*. The appellant is entitled to an order under s. 38 of the *Act* authorizing him to commence an action for damages against the Bank with respect to a breach of any legal obligation which the Bank owed Heritage Flooring. This includes not only statutory breaches, such as those tied to s. 69 of the *Act*, but as well contractual breaches and breaches of obligations imposed at law or in equity. It necessarily follows that the Bank's motions of April 2, 2007 should be dismissed and the same is true with respect to its motion of April 3, 2007, except with respect to the decision to grant the Bank intervener status. I would award costs of $8,500 to the appellant on the appeal. With respect to the post-hearing motion, the appellant is entitled to costs of $5,000 for the reasons discussed above. In sum, costs of $17,000 are payable forthwith.

Version française de la décision de la Cour rendue par

LE JUGE ROBERTSON

## I. Introduction

[1] Les deux parties veulent acquérir une « chose non possessoire » appartenant à une société en faillite. Le bien en question est le droit que possède cette société de poursuivre son banquier en justice pour ses agissements. Ce droit est actuellement dévolu à la syndique de la faillite. Cependant, une fois que la syndique décide de ne pas intenter l'action, un créancier de la faillite peut demander à un tribunal de rendre une ordonnance l'autorisant à intenter l'action en son propre nom et à ses propres frais et risques. Ce droit est prévu par l'article 38 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (« la *Loi* »). Une fois que l'ordonnance est rendue, la syndique est tenue de transférer au créancier le titre de propriété qu'elle possède sur la chose non possessoire. Tout profit provenant de la poursuite est affecté au règlement du montant dû au créancier et des coûts de la contestation judiciaire. Tout excédent appartient à l'actif de la faillie.

[2] André Isabelle était caution et actionnaire minoritaire de la société en faillite, Plancher Héritage Ltée/Heritage Flooring Ltd. La garantie avait été donnée à l'intimée, la Banque Royale du Canada (la « banque »), à titre de garantie partielle d'une marge de crédit renouvelable de deux millions de dollars que la banque avait consenti à Plancher Héritage. L'autre intimée, A.C. Poirier & Associates, est la syndique de cette société maintenant en faillite. Postérieurement à l'audition du présent appel, M. Isabelle a également fait faillite et une fois encore, A.C. Poirier & Associates a été nommée syndique. Par conséquent, l'intitulé de l'instance a été modifié pour refléter cette réalité. Toutefois, dans un souci de clarté et sauf indication contraire, je fais référence à M. Isabelle comme s'il était l'appelant.

[3] Le présent appel découle du rejet de la demande (ci-après appelée « motion ») dans laquelle M. Isabelle sollicitait une ordonnance l'autorisant à intenter une action à la banque au titre d'agissements liés aux événements entourant la faillite de Plancher Héritage. Dans une décision antérieure, un autre juge du tribunal de la faillite avait déclaré la banque coupable d'avoir exercé certains recours contre Héritage en contravention de l'article 69 de la *Loi*. Cette décision n'a pas été portée en appel devant notre Cour. Tenant pour acquis qu'une caution peut être un créancier sous le régime de la *Loi*, M. Isabelle a déposé sa motion prévue à l'article 38, mais seulement après que la syndique eut choisi de ne pas intenter l'action pour le compte de Plancher Héritage. C'est pourquoi la banque a demandé la qualité d'intervenante et contesté la motion. Cela n'explique pas pour autant pourquoi la banque a présenté sa propre motion sous le régime de l'article 38 dans le but de devenir à la fois demanderesse et défenderesse dans l'action que Plancher Héritage aurait pu intenter à la banque si ce n'était la cession de ses biens. Toutes les motions ont été entendues ensemble. La qualité d'intervenante a été accordée à la banque, mais le juge saisi des motions a émis l'opinion qu'il était superflu de statuer sur sa demande d'ordonnance fondée sur l'article 38 en raison du rejet de la motion de M. Isabelle. La décision portée en appel est publiée sous l'intitulé *Re Plancher Héritage ltée/Heritage Flooring Ltd. (Bankrupt)* (2007), 320 R.N.-B. (2e) 76, [2007] A.N.-B. no 324 (QL), 2007 NBBR 287.

[4] La motion de M. Isabelle a été rejetée au motif qu'à titre d'« actionnaire » de Plancher Héritage, il n'est pas un créancier au sens de l'article 38 de la *Loi*. M. Isabelle fait valoir que le juge saisi des motions a commis une erreur car c'est en qualité de « caution » et non d'« actionnaire » qu'il a présenté sa motion. La banque reconnaît à contrecœur qu'en droit, une caution peut avoir la qualité de créancier. Cependant, elle soutient que M. Isabelle ne réunit pas les conditions requises pour avoir la qualité de créancier au sens et selon la portée de l'article 38 de la *Loi* pour pas moins de six raisons dont certaines n'ont été ni plaidées, ni débattues en première instance. De plus, la banque conteste l'appel pour des motifs de nature procédurale. Elle demande son rejet sommaire au motif que M. Isabelle a omis de solliciter et d'obtenir la permission d'interjeter appel comme le prévoit l'alinéa 193*e*) de la *Loi*. Sur ce point, M. Isabelle

réplique qu'aucune autorisation n'était nécessaire et que, s'il fait erreur, il demande qu'elle lui soit accordée *nunc pro tunc*. M. Isabelle souligne que son avis d'appel renferme une demande d'autorisation d'appel comme le prévoit la règle 31(2) des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, C.R.C., ch. 368.

[5] Selon moi, l'autorisation d'interjeter appel aurait dû être demandée et obtenue avant l'audition de l'appel. Cependant, je statue que cette omission n'est pas fatale et que cette autorisation devrait être accordée *nunc pro tunc*. En ce qui concerne la qualité d'intervenante de la banque, je suis d'avis que le juge saisi d'une motion jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité de décider si le droit de contester une demande formée en vertu de l'article 38 de la *Loi* devrait être accordé à un créancier et à un défendeur potentiel. Je ne veux pas laisser entendre pour autant qu'un défendeur potentiel jouit d'un droit absolu de s'immiscer dans les affaires d'un autre créancier qui sollicite une ordonnance visée à l'article 38. De fait, les présents motifs opposeront un obstacle à celles et ceux qui croient qu'un créancier peut à la fois être le demandeur et le défendeur dans la même action (ce que l'on a appelé le « litigant hermaphrodite »). Il n'a jamais été dans l'intention du législateur que l'article 38 soit utilisé dans le cadre d'une manœuvre tactique destinée à court-circuiter la nécessité de défendre une cause d'action valable. Sur la question de savoir si le juge saisi des motions a commis une erreur en accordant la qualité d'intervenante à la banque, je statue que, compte tenu des circonstances de la présente instance, il est trop tard pour défaire ce qui a été fait. Révoquer le statut de la banque aussi tard serait au détriment de M. Isabelle. C'est la raison pour laquelle je ne suis pas disposé à annuler la décision du juge saisi des motions d'accorder la qualité d'intervenante à la banque. En ce qui concerne la dernière question en litige dans le présent appel, je conclus qu'en sa qualité de caution, M. Isabelle est un créancier au sens et selon la portée de l'article 38 et qu'aucun des arguments invoqués par la banque n'empêche de rendre l'ordonnance sollicitée. En résumé, il est justifié en l'espèce d'accorder à M. Isabelle le droit d'intenter contre la banque une poursuite au titre d'une éventuelle violation des obligations juridiques qu'elle pouvait avoir envers Plancher Héritage. Cela comprend non seulement les violations de nature légale, comme celles qui sont liées à l'article 69 de la *Loi*, mais également les violations de nature contractuelle et

les manquements aux obligations imposées en common law ou en equity. Il s'ensuit que la motion que la banque a présentée sur le fondement de l'article 38 dans le but d'acquérir la chose non possessoire doit être rejetée.

[6] Le présent appel soulève également une autre source de conflit et montre à quel point la banque était totalement déterminée à obtenir l'immunité contre des manquements à des obligations d'origine légale. Quinze jours après l'audition du présent appel, M. Isabelle a déposé une cession de faillite. Immédiatement après, pendant que la décision en appel était encore en délibéré et sans avoir discuté au préalable de la question avec la syndique de faillite de M. Isabelle ou avec l'avocat en appel de ce dernier, la banque a écrit à notre Cour pour nous informer que, conformément à la règle 13.01 des *Règles de procédure*, l'instance était [TRADUCTION] « automatiquement suspendue » en raison de la cession des biens. La Cour était ensuite invitée à [TRADUCTION] « confirmer » cette interprétation, à défaut de quoi la banque [TRADUCTION] « devrait demander une date pour l'audition d'une motion à cet égard ». Je reviendrai plus loin de façon approfondie sur cette tactique procédurale peu orthodoxe. Pour le moment, je me contenterai de noter que notre Cour a refusé de donner un avis juridique à la banque comme celle-ci l'y invitait. Après avoir eu recours sans succès à d'autres manœuvres procédurales, la banque a finalement présenté une motion dans laquelle elle demandait que notre décision en instance soit suspendue de façon permanente ou, subsidiairement, que nous rendions à l'encontre de la syndique de M. Isabelle une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens. Nous avons rejeté cette motion en indiquant que nos motifs suivraient. Les motifs promis commencent au paragraphe 51 de la présente décision.

[7] Franchement, une fois que les faits de la présente espèce sont dévoilés, on doit sérieusement se demander si la stratégie adoptée par la banque en ce qui concerne la poursuite de l'instance est fondée sur une politique de « la terre brûlée ». La voie menant au présent appel est jonchée de trop nombreuses motions, d'arguments frivoles et de précédents non pertinents ayant pour seul et unique objectif de soustraire la banque à d'éventuelles poursuites engagées pour obtenir sa condamnation à des dommages-intérêts

en raison de sa conduite transgressive. Autrement, pour quelle raison la banque refuserait-elle de consentir à ce que M. Isabelle obtienne une ordonnance lui accordant un délai supplémentaire d'une journée pour la mise en état du présent appel et l'obligerait-elle à présenter devant notre Cour une motion visant à obtenir la prolongation requise? À mes yeux, la réponse va de soi.

II. Contexte

[8] M. Isabelle était au nombre des quatre personnes qui ont accordé à la banque une garantie limitée (150 000 $) relativement aux dettes de Plancher Héritage Ltée/Plancher Héritage Ltd., une société dont il était également actionnaire minoritaire. La garantie était une condition préalable à l'octroi par la banque d'une marge de crédit renouvelable à Plancher Héritage. Le 2 février 2004, la banque a exigé le règlement intégral des sommes qui lui étaient dues dans les 15 jours suivants. Le 11 février 2004, Héritage a déposé un avis de son intention de faire une proposition, conformément au par. 50.4(1) de la *Loi*. Par suite du dépôt de cet avis d'intention, Plancher Héritage avait automatiquement droit à une suspension des procédures en vertu de l'art. 69 de la *Loi,* ce qui empêchait les créanciers d'exercer quelque recours que ce soit. Malgré cette interdiction, la banque a par la suite retiré tout l'argent qui se trouvait dans les comptes d'exploitation de Plancher Héritage (205 000 $) et plafonné sa limite de crédit à un niveau très inférieur à celui qui était autorisé par la convention qu'ils avaient passée. Dans des procédures publiées sous l'intitulé *Re Heritage Flooring Ltd.* (2004), 279 R.N.-B. (2e) 1, [2004] A.N.-B. no 286 (QL), 2004 NBBR 168, un juge de la Cour du Banc de la Reine a conclu que la Banque Royale avait unilatéralement exercé des recours en violation de l'article 69 de la *Loi.* Comme je l'ai indiqué plus haut, cette décision n'a pas été portée en appel devant notre Cour. Le 24 mars 2004, Plancher Héritage a déposé une cession de faillite. A.C. Poirier & Associates a été nommée syndique de faillite. La banque a ensuite nommé un séquestre en vertu de son contrat de garantie. Elle a liquidé plus de deux millions de dollars de stocks et des comptes clients pour moins de 900 000 $. En ce qui concerne les 400 000 $ qui restaient en souffrance, la banque a signifié des mises en demeure à toutes les quatre cautions.

[9] Le 11 avril 2005, la banque a intenté une action contre les quatre cautions. Dans son exposé de la défense et demande reconventionnelle, M. Isabelle a plaidé que Plancher Héritage avait des revendications légitimes contre la banque pour des manquements à ses obligations de nature contractuelle et légale. M. Isabelle indiquait également qu'il avait l'intention de joindre Plancher Héritage comme partie à l'action. La banque a réussi à faire radier plusieurs paragraphes de l'exposé de la défense de M. Isabelle, ainsi que sa demande reconventionnelle. La demande reconventionnelle reposait sur l'obtention par M. Isabelle, en vertu de l'article 38 de la *Loi*, d'une ordonnance l'autorisant à poursuivre la banque en justice. Par la suite, M. Isabelle a déposé un exposé de la défense modifié. Toutefois, la banque a eu gain de cause dans sa contestation des paragraphes modifiés. Le juge saisi de la motion a comparé les modifications proposées avec les paragraphes qui avaient été initialement radiés avant de conclure qu'en l'absence de différences importantes, les modifications étaient irrecevables. Par suite de cette décision, M. Isabelle n'a pu opposer aucune défense à l'action fondée sur la garantie. Par conséquent, la banque a obtenu à l'encontre de M. Isabelle un jugement sommaire pour le montant de la garantie majoré des intérêts (175 343,76 $). On nous informe que le montant de ce jugement plus les intérêts a augmenté pour atteindre un demi-million de dollars. La décision renfermant le jugement sommaire est publiée sous l'intitulé *Royal Bank of Canada c. Profor Kedgwick Ltd.*, [2008] A.N.-B. n$^{o}$ 65 (QL), 2008 NBBR 78.

[10] Au lieu d'interjeter appel du jugement sommaire, M. Isabelle a demandé l'autorisation de porter en appel la décision de radier les paragraphes de son exposé de la défense modifié qui lui auraient permis d'opposer une défense à l'action. La demande d'autorisation d'appel a été rejetée : *Royal Bank of Canada c. Profor Kedgwick Ltee.*, [2008] A.N.-B. n$^{o}$ 110 (C.A.) (QL). La question de savoir si les nouveaux paragraphes de l'exposé modifié étaient essentiellement identiques à ceux qui avaient été initialement radiés est une question de fait. En même temps, je ne suis pas prêt à donner mon aval à la décision rendue sous forme de jugement sommaire de crainte qu'elle ne soit ensuite invoquée comme précédent. Permettez-moi d'exprimer ma préoccupation.

[11] Selon ma lecture de la décision rendue sous forme de jugement sommaire, le juge saisi de la motion a conclu que M. Isabelle ne pouvait opposer aucune défense valable à l'action pour deux raisons. La première repose sur la règle énoncée dans l'arrêt *Foss c. Harbottle* (1843), 2 Hare 460, 67 E.R. 189. Toutefois, cette cause n'a rien à voir avec les cautions. Elle traite de la question de savoir si un actionnaire peut intenter une action dérivée pour le compte d'une société qui a été victime d'agissements de la part d'une tierce partie. Ensuite, le juge saisi de la motion a conclu que seule la syndique de Plancher Héritage était habilitée à s'intéresser aux éventuels agissements de la banque. Cette compréhension du droit est correcte si l'on cherche à obtenir des dommages-intérêts de la banque en réparation de sa conduite transgressive. Il ne fait aucun doute que c'est dans le but d'obtenir des dommages-intérêts que M. Isabelle avait présenté sa demande reconventionnelle dont l'issue dépendait de l'obtention d'une ordonnance prévue à l'article 38 de la *Loi*. Cependant, M. Isabelle tentait également d'opposer des moyens de défense valables à la mise en demeure que lui avait faite la banque en vertu du contrat de garantie. Des précédents comme l'arrêt *Northland Bank* c. *Doyle* (1992), 11 C.B.R. (3d) 133 (C.S.C.-B.), [1992] B.C.J. No. 380 (QL), appuient la notion voulant qu'une caution comme M. Isabelle peut avoir une défense valable à opposer à une mise en demeure effectuée par le créancier du débiteur principal. Dans cette affaire, la créancière avait violé un contrat de prêt passé avec la débitrice principale en affectant le produit du prêt à un usage non autorisé et en retenant indûment le versement du prêt. Dans la présente instance, nous avons l'appropriation fautive de fonds placés dans un compte bancaire et une retenue illégitime de crédit. Pourtant, dans l'arrêt *Northland Bank*, la conduite transgressive avait abouti à la libération de la caution de l'obligation qu'il avait envers la créancière en vertu du contrat de garantie. C'est une chose que de se demander si M. Isabelle aurait été libéré ou non en vertu du contrat de garantie qu'il avait conclu avec la banque. Cependant, en toute déférence, je ne voudrais pas voir cité devant notre Cour un précédent dans lequel on l'aurait privé de son droit d'opposer une défense à l'action et on aurait accordé un jugement sommaire à la banque.

[12] Le 2 mars 2007, avant que le jugement sommaire ne soit rendu, M. Isabelle a demandé à la syndique de Plancher Héritage d'intenter une action contre la

banque. Le 23 mars 2007, la syndique a informé M. Isabelle que les inspecteurs de l'actif de la faillie refusaient d'entamer des procédures comme on les y invitait. Le 2 avril 2007, M. Isabelle a déposé auprès du registraire en matière de faillites une « motion » dans laquelle il sollicitait l'autorisation d'intenter une action à la banque comme le prévoit l'article 38 de la *Loi*. En réponse, la banque a déposé cette même journée une motion dans laquelle elle demandait que soit rendue une ordonnance interdisant à la syndique de transférer quelque cause d'action que ce soit à un autre créancier que la banque. Cette dernière faisait valoir qu'en vertu du contrat de garantie qu'elle avait passé avec Plancher Héritage, la banque était propriétaire de tous les biens acquis par la suite par Héritage, dont tout droit d'action qu'Héritage possédait contre la banque. C'est sur ce fondement que la banque sollicitait l'ordonnance prévue à l'article 38 qui aurait fait d'elle simultanément une demanderesse et une défenderesse dans la même action. Par ailleurs, la banque plaidait qu'en sa qualité d'inspecteur de l'actif de la faillie, il était interdit à M. Isabelle d'obtenir le droit de poursuivre la banque en raison de l'article 120 de la *Loi*. Enfin, la banque demandait que toutes les motions soient soumises à un juge de la Cour du Banc de la Reine. Le lendemain, le 3 avril 2007, la banque a déposé une nouvelle motion dans laquelle elle demandait la permission d'intervenir relativement à la motion introduite par M. Isabelle et sollicitait d'autres mesures de redressement accessoires destinées à faire échec à la motion de M. Isabelle. Le 4 avril, le registraire a renvoyé toutes les motions au juge dont la décision est maintenant portée en appel. Le juge saisi des motions a rejeté la motion de M. Isabelle pour la raison susmentionnée, mais il a refusé de statuer sur les motions présentées par la banque. Il s'est dit d'avis que le rejet de la motion de M. Isabelle les avait rendues théoriques. Le juge saisi des motions n'a pas compris que la banque cherchait également à acquérir le droit d'action que Plancher Héritage possédait contre elle.

## III. Nécessité d'une autorisation d'appel

[13] Avant la date d'audition de l'appel, la banque a présenté une motion en annulation de l'appel au motif que l'appelante avait omis de demander et d'obtenir la permission d'interjeter appel d'un juge de notre Cour, comme le prévoit l'article 193 de

la *Loi*. Étant donné que la motion en annulation a été introduite quelques semaines seulement avant la date fixée pour l'audition de l'appel, la motion a été renvoyée à la Cour au complet et entendue en même temps que l'appel en cause. Voici le texte de l'article 193 :

| | |
|---|---|
| Unless otherwise expressly provided, an appeal lies to the Court of Appeal from any order or decision of a judge of the court in the following cases: | Sauf disposition expressément contraire, appel est recevable à la Cour d'appel de toute ordonnance ou décision d'un juge du tribunal dans les cas suivants : |
| (a) if the point at issue involves future rights; | a) le point en litige concerne des droits futurs; |
| (b) if the order or decision is likely to affect other cases of a similar nature in the bankruptcy proceedings; | b) l'ordonnance ou la décision influera vraisemblablement sur d'autres causes de nature semblable en matière de faillite; |
| (c) if the property involved in the appeal exceeds in value ten thousand dollars; | c) les biens en question dans l'appel dépassent en valeur la somme de dix mille dollars; |
| (d) from the grant of or refusal to grant a discharge if the aggregate unpaid claims of creditors exceed five hundred dollars; and | d) la libération est accordée ou refusée, lorsque la totalité des réclamations non acquittées des créanciers dépasse cinq cents dollars; |
| (e) in any other case by leave of a judge of the Court of Appeal. | e) dans tout autre cas, avec la permission d'un juge de la Cour d'appel. |

[14] M. Isabelle affirme qu'une permission n'était pas nécessaire étant donné que son appel relève des alinéas 193*a*) et *c*). La banque soutient le contraire et fait valoir que l'appel relève de l'alinéa 193*e*). Je traiterai dans un premier temps des arguments de M. Isabelle.

A. *Droits futurs - alinéa 193*a*)*

[15] M. Isabelle affirme que la question sous-jacente porte sur un droit futur au sens de l'alinéa 193*a*) de la *Loi*. Selon son argument, le droit que possède Plancher Héritage de poursuivre la banque est actuellement dévolu à la syndique, et ce n'est qu'en obtenant une ordonnance en vertu de l'article 38 que M. Isabelle serait en droit d'intenter

une telle action. Par conséquent, selon M. Isabelle, étant donné que sa capacité d'entamer des procédures ne deviendra effective qu'une fois que la Cour aura rendu l'ordonnance prévue à l'article 38, il s'agit d'un appel mettant en cause un « droit futur ». À l'appui de sa thèse, l'avocate de M. Isabelle cite les observations intitulées *Houlden & Morawetz Bankruptcy and Insolvency Analysis*, I§34(1), lesquelles invoquent l'arrêt *Re J. McCarthy & Sons Co. of Prescott Ltd.* (1916), 38 O.L.R. 3 (C.S., Div. d'appel), [1916] O.J. No. 4 (QL), à l'appui de la proposition voulant que [TRADUCTION] « [l]es mots "droits futurs" devraient être interprétés de façon large et libérale ». Pour sa part, la banque se fonde en grande partie sur deux décisions pour prétendre que des droits futurs ne sont pas en cause dans le présent appel. La première dans l'ordre chronologique est *Re Catalina Exploration & Development Ltd. Elias and Catalina Exploration & Development Ltd. c. Hutchison* (1981), 27 A.R. 1 (C.A.), [1981] A.J. No. 896 (QL), qui visait une action contre le syndic qui ne pouvait être intentée sans la permission d'un juge. Aux paragraphes 15 et 16 et 22 à 24, le juge en chef McGillivray a reconnu le manque de clarté au sujet de l'expression « droits futurs » en rejetant l'analyse formulée dans *McCarthy* :

> [TRADUCTION]
> J'avoue que j'ai du mal à saisir exactement ce que le législateur cherchait à faire en prévoyant un appel sans permission dans un cas concernant des droits futurs et en exigeant une permission dans les cas qui ne concernent pas des droits futurs. De fait, je trouve que la jurisprudence me laisse dans l'incertitude au sujet de la nature exacte d'un droit futur, sans parler des caractéristiques d'un tel droit qui font que les cas concernant des droits futurs doivent être traités différemment des cas ne mettant pas en cause des droits futurs. [...]
>
> Dans l'affaire *McCarthy*, on a dit que des droits futurs étaient en cause en donnant à une créancière la permission d'intenter une action au lieu de prouver sa réclamation dans le cadre de la procédure de faillite. La cour a déclaré que ce mode de procès, c.-à-d. devant un jury ou autrement, ou des droits d'appel inconditionnels étaient des droits futurs. Si des procédures à venir mettent toujours en cause des « droits futurs » au sens de la *Loi sur la faillite*, il est difficile d'imaginer un cas quelconque dans lequel on ne

> pourrait pas dire que des droits futurs sont concernés. Il m'est impossible de souscrire à la décision rendue dans l'affaire *McCarthy*.
>
> [...]
>
> Un droit au sens juridique existe lorsqu'une personne est habilitée à exercer une réclamation contre une autre partie ou à s'opposer à l'exercice d'une réclamation par une autre partie. Un droit actuel existe présentement; un droit futur est virtuel en ce sens que même s'il n'existe pas, il peut naître à l'avenir. Pour que l'adjectif « futur » ait un sens quelconque, il faut qu'il ne vise pas quelque chose qui existe actuellement. La réclamation envisagée à l'encontre du syndic existe-t-elle présentement? Il s'agit d'une allégation actuelle de faits existants même si la nécessité d'obtenir une permission pour faire valoir la réclamation pourrait constituer un obstacle de nature procédurale.
>
> Donner au terme « futur » un sens comprenant ce qu'un litigant peut obtenir en obtenant gain de cause dans une instance à l'avenir revient à dire qu'un droit d'appel existe dans tous les cas. Toute réclamation formée constitue, en ce sens, un droit futur à un jugement qui n'existe pas encore. Pour que l'alinéa *a*) de l'article 163 [devenu l'article 193] ait un sens quelconque, il me semble qu'il doit viser des droits qui ne peuvent être exercés à l'heure actuelle, mais qui naîtront à une date ultérieure.
>
> Je me contenterai de dire qu'à mes yeux, un droit qui existe actuellement de demander la permission de poursuivre un syndic relativement à des faits actuels ne constitue pas un droit futur, et l'appelant n'introduit pas sa cause conformément à [cette disposition].

[16] Bien que, dans la présente instance, le présumé « droit futur » vise une cause d'action dévolue à la syndique, plutôt qu'une cause d'action à l'encontre de cette dernière comme dans *Elias*, une analyse analogue devrait s'appliquer. La cession sous le régime de l'article 38 ne ferait pas en sorte qu'un nouveau droit [TRADUCTION] « naîtr[a] à une date ultérieure », mais aurait plutôt pour effet de céder le droit actuel de la syndique. Telle était la conclusion tirée dans l'affaire *Re Zammit* (1998), 3 C.B.R. (4th)

193 (C.J. Ont. (Div. gén.)), [1998] O.J. No. 604 (QL), l'autre décision citée par la banque. Le registraire Ferron a développé ce point au par. 7 de *Zammit* :

> [TRADUCTION]
> Le créancier fait encore valoir non pas sa propre action, mais la réclamation du syndic. S'il en était autrement, le redressement accordé par l'article serait fortement restreint. Par exemple, une procédure visant à annuler une préférence frauduleuse en vertu du paragraphe 95(1) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* est une action réservée au syndic. La procédure prévoit que certains transferts, paiements, etc., effectués dans les circonstances énoncées dans l'article « sont tenus pour frauduleux et inopposables au syndic dans la faillite ». Manifestement, aucun créancier ne peut entamer une telle procédure à moins d'y être autorisé par l'article 38. L'article 38 ne donne pas une cause d'action au créancier mais il lui permet simplement de se substituer au syndic pour entamer une procédure dévolue à ce dernier et que le syndic refuse d'introduire pour une raison quelconque.

[17] Lors de l'audition du présent appel, M. Isabelle a riposté en invoquant l'arrêt *Re Braich* (2007), 250 B.C.A.C. 53, [2007] B.C.J. No. 2847 (QL), 2007 BCCA 641. Au paragraphe 8 de cette décision, le juge d'appel Tysoe, en cabinet, a exprimé [TRADUCTION] « des réserves au sujet du caractère étroit » de l'interprétation de l'expression « droits futurs » effectuée dans l'affaire *Elias*, même s'il a admis qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur la portée précise de cette expression. C'est également le cas en l'espèce. Je me contenterai de dire que la jurisprudence tend à favoriser l'opinion qu'une cause d'action qui existe présentement n'est pas un « droit futur » du simple fait qu'une ordonnance judiciaire est nécessaire pour la faire valoir. Pour ce motif, la prétention de M. Isabelle relativement à l'alinéa 193*a*) est rejetée.

B. *Biens dépassant en valeur la somme de 10 000 $ - alinéa 193c)*

[18] Dans son avis d'appel, M. Isabelle déclare que [TRADUCTION] « [l]e refus d'accueillir la motion que l'appelante a introduite en vertu de l'article 38 empêche

celle-ci de faire valoir à l'encontre de la banque une demande au titre des dommages de plus de 10 000 $ que la faillie a subis, comme le prévoit l'alinéa 193*c*) de la [*Loi*] ». M. Isabelle ne s'est pas beaucoup étendu sur ce point dans son argumentation, mais il a bel et bien soumis un extrait des observations *Houlden & Morawetz Analysis* faisant état de précédents qui semblaient appuyer sa thèse. La plus récente de ces causes est *Re Galaxy Sports Inc.* (2003), 183 B.C.A.C. 192, [2003] B.C.J. No. 1271 (QL), 2003 BCCA 322, dans laquelle il a été conclu qu'un appel de plein droit existait, en vertu de l'alinéa 193*c*), relativement à des sommes d'argent tout aussi spéculatives. Dans cette cause, la proposition que Galaxy avait faite à ses créanciers avait été approuvée comme le prescrit l'alinéa 54(2)*d*) de la *Loi*, mais plusieurs des décisions du président de l'assemblée en ce qui concerne l'admission ou le rejet de certaines preuves de réclamation aux fins du vote ont été portées en appel comme le prévoit le paragraphe 108(1). Concurremment, le syndic a demandé à la cour d'approuver la proposition. Le juge saisi de la motion a suspendu sa décision jusqu'à ce que la [TRADUCTION] « question préjudicielle de l'approbation requise des créanciers » soit tranchée. Des directives ont été demandées sur la question de savoir si un appel de plein droit existait en vertu des alinéas 193*a*) ou *c*) de la *Loi*, ou si une permission d'interjeter appel était nécessaire. Une clause clef de la proposition était une action à l'encontre des fournisseurs de Galaxy pour assertion frauduleuse et inexacte et violation de devoir fiducial. Le syndic a exprimé l'opinion que les créanciers avaient la possibilité de recouvrer la somme de 584 000 $ dans le cadre de la proposition, comparativement à 62 000 $ si Galaxy faisait faillite. En se fondant sur l'arrêt *McNeill c. Roe, Hoops & Wong* (1996), 39 C.B.R. (3d) 147 (C.A.C.-B.), [1986] B.C.J. No. 284 (QL), le juge en cabinet a cité avec approbation le passage suivant comme constituant le critère à utiliser pour l'application de l'alinéa 193*c*) : [TRADUCTION] « [L]es "biens en question dans l'appel" [...] peuvent être déterminés en comparant l'ordonnance portée en appel avec le redressement sollicité dans l'avis d'appel ». Étant donné que la différence hypothétique dépassait 10 000 $, un appel de plein droit existait. Cette détermination n'a pas été contestée devant la Cour au complet dans l'arrêt *Re Galaxy Sports Inc.* (2003), 45 C.B.R. (4th) 42, [2003] B.C.J. No. 1744 (QL), 2003 BCCA 418. Si l'on suit la même logique, M. Isabelle jouirait d'un appel de plein droit si les

biens finalement en péril excédaient la somme de 10 000 $; il n'est pas nécessaire que la somme adjugée immédiatement en appel soit elle-même supérieure à 10 000 $.

[19] En réponse à l'argument de M. Isabelle, la banque cite le paragraphe I§34 de l'ouvrage de Houlden, Morawetz et Sarra, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada*, feuilles mobiles, Toronto, Thomson Carswell, 2007, à l'appui de la proposition voulant que l'alinéa 193*c*) de la *Loi* ne confère aucun droit d'appel si le redressement demandé n'est pas [TRADUCTION] « quantifiable en argent ». Dans *Elias*, le juge en chef McGillivray, de la Cour d'appel de l'Alberta, a également rejeté l'argument de l'appelant selon lequel un appel de plein droit existait en vertu de cet alinéa, citant au par. 27 l'extrait suivant des motifs du juge Rinfret dans l'affaire d'expropriation *Gatineau Power Company c. Cross*, [1929] R.C.S. 35, [1928] A.C.S. n$^{o}$ 73 (QL) :

> [TRADUCTION]
> Par conséquent, la question en litige, même si on la fait remonter à la Commission – et nous ne pensons pas que ce devrait être le cas – se résume simplement au droit d'obtenir que cet organisme se saisisse d'une demande d'autorisation d'exproprier. Ce droit n'est pas quantifiable en argent. C'est encore moins le cas du droit d'appel devant la Cour du Banc du Roi qui constitue la seule question en litige dans l'appel envisagé en l'espèce. L'autorisation accordée par la Commission pourrait entraîner des procédures dans lesquelles le montant-clé dépasserait deux mille dollars, mais l'indemnité qui serait finalement obtenue à l'issue de l'expropriation n'est pas la question en litige dans le présent appel et comme on l'a dit dans l'affaire *Lachance c. La Société de Prêts et de Placements de Québec* :
>
> [TRADUCTION]
> « Notre compétence ne saurait dépendre des conséquences possibles d'un éventuel jugement. »

[20] Un résultat analogue a été obtenu dans l'arrêt *Re Simonelli (Bankrupt)* (2003), 320 A.R. 330, [2003] A.J. No. 142 (QL), 2003 ABCA 47, au par. 24 : [TRADUCTION] « […] [S]i l'appel interjeté par Simonelli est accueilli, la demande sera

radiée. S'il ne l'est pas, la question sera entendue et tranchée. Par conséquent, la "perte" résultant du rejet de la demande de radiation n'est pas une indemnité dont la valeur dépasse 10 000 $. La perte est plutôt le risque d'une décision sur le fond. »

[21] Je suis respectueusement d'avis que notre Cour devrait emprunter la voie ouverte par *Elias* et *Simonelli*. L'analyse fondée sur l'objet visé adoptée dans *Elias* relativement à l'alinéa 193*a*) de la *Loi* est également applicable à l'alinéa 193*c*) : il est difficile d'imaginer une affaire mettant en cause une société faillie dans laquelle le montant finalement en litige n'excèderait pas 10 000 $. Par conséquent, l'utilité des quatre autres alinéas de l'article 193 serait très limitée si ce genre d'affaire donnait lieu à un appel de plein droit. Étant donné que la question en litige dans la présente instance ne vise pas directement une somme supérieure à 10 000 $, il ne peut y avoir d'appel de plein droit en vertu de l'alinéa 193*c*). En l'espèce, il s'agit avant tout de déterminer si le juge saisi des motions a commis une erreur en omettant de se demander si l'appelant, en sa qualité de caution, est un créancier de la faillie. Puisque la question portée en appel ne porte pas sur un montant qui dépasse en valeur la somme de 10 000 $, il ne peut y avoir d'appel de plein droit en vertu de l'alinéa 193*c*).

C. *La demande de permission – Un processus à deux étapes? Oui*

[22] Ce n'est pas parce que M. Isabelle a omis de solliciter et d'obtenir une permission avant de mettre son appel en état que l'appel devrait être automatiquement annulé. Il faut en effet déterminer si le régime législatif exige un processus à deux étapes pour traiter des demandes d'autorisation d'interjeter appel; autrement dit, faut-il examiner la demande d'autorisation dans le cadre d'une procédure distincte et avant d'entendre l'appel sur le fond? L'autre option est de permettre que la demande d'autorisation d'interjeter appel soit entendue en même temps que le fond de l'appel, comme cela s'est produit en l'espèce et comme c'est le cas de certains appels interjetés sous le régime du *Code criminel*. M. Isabelle est parti de l'hypothèse que la seconde procédure était la bonne. Dans son avis d'appel, il a demandé [TRADUCTION] « qu'il soit statué sur la question de savoir s'il peut interjeter appel de plein droit de la décision conformément

aux alinéas 193*a*) et *c*) de la [*Loi*], et advenant que la Cour détermine que l'appelante ne peut porter la décision en appel de plein droit, cette dernière sollicite la permission de porter la décision en appel en vertu de l'alinéa 193*e*) de la [*Loi*] ». En résumé, M. Isabelle a déposé un avis d'appel qui renfermait aussi une demande de permission au cas où il serait statué qu'un appel de plein droit n'existait pas. Intuitivement, on penserait pourtant qu'une audience distincte sur la demande de permission s'impose. Cependant, il existe des éléments qui donnent à penser le contraire. Je m'explique.

[23] La voie procédurale que M. Isabelle a suivie semblerait sanctionnée par la règle 31(2) des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*. La règle 31(2) prévoit qu'en cas d'application de l'alinéa 193*e*) de la *Loi* (soit avec la permission d'un juge de notre Cour), « l'avis d'appel est accompagné de la demande d'autorisation d'appel ». La règle 31(2) des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, C.R.C., ch. 368, prescrit la procédure à suivre dans le cas d'un appel prévu à l'alinéa 193*e*) :

| | |
|---|---|
| (2) If an appeal is brought under paragraph 193(*e*) of the Act, the notice of appeal must include the application for leave to appeal. | (2) En cas d'application de l'alinéa 193*e*) de la Loi, l'avis d'appel est accompagné de la demande d'autorisation d'appel. |

[24] De plus, le registraire en matière de faillite pour le Nouveau-Brunswick (qui est aussi le registraire de notre Cour) a diffusé une note de service aux avocats indiquant que l'avis d'appel devrait renfermer suffisamment de détails pour permettre de déterminer si une autorisation est requise. La note de service du registraire est datée du 10 février 2004 et intitulée « Appels en matière de faillite ». Tout cela donne à penser que la demande d'autorisation et l'appel peuvent être entendus en même temps. Par contre, l'alinéa 193*e*) de la *Loi* prévoit expressément la nécessité d'obtenir la « permission d'un juge de la Cour d'appel ».

[25] À mon avis, un processus à deux étapes pour examiner les demandes d'autorisation et les appels est prescrit par la *Loi* et doit être préféré à un examen simultané des deux procédures. Une raison évidente justifie une telle approche. Lors de l'audition de la plupart des demandes d'autorisation d'appel, il est impossible au

requérant de ne pas traiter du fond de l'appel lorsqu'il fait valoir qu'il existe des motifs valables pour mettre en doute le bien-fondé de la décision contestée. En vérité, les arguments avancés en faveur ou à l'encontre de la demande d'autorisation sont exactement ceux qui seront invoqués lors de l'appel. C'est la raison pour laquelle je suis prêt à suivre l'exemple de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Re 518494 Ontario Limited (bankrupt)* (1985), 12 O.A.C. 392, [1985] O.J. No. 239 (QL), et à adopter une règle générale selon laquelle les demandes d'autorisation et les appels doivent faire l'objet d'audiences distinctes. L'appelant qui prend comme hypothèse qu'une autorisation d'appel n'est pas nécessaire devrait saisir un juge de notre Cour siégeant seul d'une motion en autorisation d'appel dès que l'intimé soulève la question de la nécessité d'une telle autorisation. Mieux vaut procéder de cette manière à l'avenir afin d'empêcher un intimé de présenter une motion en annulation de l'appel sans audition de l'affaire sur le fond. Je m'empresse d'ajouter qu'il incombe à l'intimé d'attirer l'attention de la Cour sur le fait que l'appelant a omis de solliciter au préalable l'autorisation requise. Autrement, la Cour prendra normalement pour hypothèse qu'aucune autorisation n'est nécessaire.

D. *L'omission de demander une autorisation est-elle fatale? Non*

[26] La question que nous devons maintenant aborder est celle de savoir si l'omission de M. Isabelle d'obtenir une autorisation avant l'audition du présent appel est fatale, de sorte que la motion en annulation de l'appel que la banque a présentée devrait être accueillie. À l'appui de cette thèse, la banque cite les arrêts *Petrochem* et *Re Hrebecka* (1999), 12 C.B.R. (4th) 47 (C.A.), [1999] O.J. No. 2782 (QL). Dans *Re Hrebecka*, la Cour d'appel de l'Ontario au complet se penchait sur une motion en annulation et voici le texte complet de sa décision : [TRADUCTION] « La preuve révèle que le montant en cause est inférieur à 10 000 $, somme qui nécessite une autorisation en application de l'article 193 de la *Loi sur la faillite*. Une telle autorisation n'a été ni sollicitée, ni obtenue. La motion est donc accueillie et l'appel est annulé avec dépens. » D'après cette brève décision, il semblerait que l'appelante avait omis d'invoquer l'alinéa 193*e*) comme c'est le cas dans la présente instance. L'arrêt *Petrochem,* légèrement plus

détaillé, est quand même de nature différente. Des cinq paragraphes, c'est le quatrième qui est le plus éclairant :

> [TRADUCTION]
> En l'espèce, l'appelante a combiné son avis d'appel et sa demande d'autorisation comme le prescrivent [les *Règles*]; cependant, au lieu de demander cette autorisation à un juge siégeant seul, elle a présenté sa demande d'autorisation et son appel devant notre Cour siégeant au complet. Elle a eu tort. L'appelante aurait dû au préalable présenter sa motion en autorisation à un juge siégeant seul. C'est seulement si l'autorisation d'interjeter appel est accordée que l'appelant peut ensuite poursuivre son appel. À l'avenir, il s'agira de la procédure à suivre lorsqu'une permission est requise en vertu de l'alinéa 163*e*) [devenu l'alinéa 193*e*)].

[27] Il faut noter que le seul moyen d'appel dans l'affaire *Petrochem* était l'alinéa *e*), et que la Cour a ensuite statué sur la demande d'autorisation au lieu de l'annuler automatiquement pour vice de procédure. À mon avis, notre Cour a toujours le pouvoir discrétionnaire de décider si elle devrait annuler l'appel en raison de l'omission d'obtenir l'autorisation préalable. Le paragraphe 187(9) de la *Loi*, sous la rubrique Autorité des tribunaux, prescrit de faire preuve de souplesse en cas de vice de procédure :

| | |
|---|---|
| (9) No proceeding in bankruptcy shall be invalidated by any formal defect or by any irregularity, unless the court before which an objection is made to the proceeding is of opinion that substantial injustice has been caused by the defect or irregularity and that the injustice cannot be remedied by any order of that court. | (9) Un vice de forme ou une irrégularité n'invalide pas des procédures en faillite, à moins que le tribunal devant lequel est présentée une opposition à la procédure ne soit d'avis qu'une injustice grave a été causée par ce vice ou cette irrégularité, et qu'une ordonnance de ce tribunal ne puisse remédier à cette injustice. |

[28] Le paragraphe 187(11) de la *Loi* habilite également notre Cour à prolonger un délai « avant ou après son expiration, aux termes, s'il en est, qu'[elle] estime utile d'imposer ». Ces dispositions vont dans le sens de l'approche qui est décrite dans les *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick relativement à d'autres types de procédures, afin d'assurer « une solution équitable de chaque instance sur le fond, de la façon la moins coûteuse et la plus expéditive » (règle 1.03(2)). La banque a obtenu un préavis

suffisant des questions portées en appel, et on ne peut donc pas dire qu'une injustice a été causée par une irrégularité quelconque. Pour ces motifs, la motion en annulation de l'appel pour omission d'obtenir une autorisation avant l'audition de l'appel est rejetée.

E. *L'autorisation devrait-elle être accordée, nunc pro tunc*? *Oui*

[29] Compte tenu des paragraphes d'introduction des présents motifs, personne ne sera surpris que je sois disposé à accorder l'autorisation requise. Néanmoins, par souci d'exhaustivité, je vais examiner cette question comme si aucune décision n'avait été rendue sur le bien-fondé de l'appel. La jurisprudence révèle un certain nombre de facteurs qui devraient être pris en considération ou de motifs justifiant l'octroi de l'autorisation : (1) l'appel soulève-t-il un moyen de preuve soutenable, souvent qualifié de question sérieuse; (2) existe-t-il une raison de douter du bien-fondé de la décision; (3) la décision attaquée soulève-t-elle une question importante; (4) existe-t-il une jurisprudence contradictoire sur la question; et (5) l'octroi de l'autorisation retardera-t-il indûment les procédures en cours? Il va de soi que le présent appel soulève plusieurs questions importantes en matière de droit de la faillite et l'autorisation devrait donc être accordée pour ce seul motif. Ce serait vrai même si j'étais arrivé à la conclusion que c'est à bon droit que le juge saisi des motions a rejeté la motion de M. Isabelle. Par ailleurs, l'octroi de l'autorisation n'entraîne aucun retard étant donné qu'il n'existera aucune instance sous-jacente tant que M. Isabelle n'aura pas obtenu l'ordonnance prévue à l'article 38. Pour ces motifs, j'accorderais l'autorisation d'appel exigée, *nunc pro tunc*.

IV. La question de la qualité – La banque comme intervenante – Le litigant hermaphrodite

[30] Le juge saisi des motions a invoqué la règle 3 des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité* et la règle 15.02 des *Règles de procédure* à l'appui de sa décision de permettre à la banque d'intervenir. La règle 3 des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité* prescrit effectivement que dans les cas non prévus par la *Loi* ou les *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*, le tribunal doit appliquer sa procédure normale en matière civile. La règle 15.02(1) des *Règles de procédure* du Nouveau-Brunswick

prévoit une « Permission d'intervenir » dans les cas où une personne a un intérêt dans le litige ou risque d'être lésée par le jugement éventuel. C'est sur ce fondement que le juge saisi des motions a statué qu'il était habilité à accorder la qualité d'intervenante à la banque. Malheureusement, dans un paragraphe postérieur de sa décision (le par. 31), le juge a rejeté la demande visant à obtenir la qualité d'intervenante lorsqu'il s'est penché sur un certain nombre de motions de la banque sur lesquelles, selon lui, il n'était pas nécessaire de statuer car elles n'étaient plus pertinentes. À mon avis, il s'agissait d'un « lapsus », et la référence contradictoire doit donc être ignorée.

[31] Avant de passer à la question de savoir si le juge saisi des motions possède le pouvoir discrétionnaire d'accorder la qualité d'intervenant dans le cadre de procédures fondées sur l'article 38, je voudrais faire remarquer qu'il existe en droit une différence entre quelqu'un qui obtient la qualité d'intervenant et quelqu'un qui obtient celle de partie à l'instance (voir *United Brotherhood of Carpenters and Joiners of America, Local 1386 c. Bransen Construction Ltd. et al.* (2002), 249 R.N.-B. (2e) 93, [2002] A.N.-B. no 114 (QL), 2002 NBCA 27). Pour statuer sur le présent appel, je vais toutefois faire abstraction de cette distinction et m'intéresser plutôt à la question de savoir si le juge saisi des motions a commis une erreur en accordant à la banque la qualité voulue pour contester la motion dans laquelle M. Isabelle sollicitait une ordonnance visée à l'article 38. Voici mon interprétation du droit.

[32] En général, l'avis de motion (souvent qualifié de demande) introduit en vertu de l'article 38 de la *Loi* ne doit être signifié qu'au syndic. Plus précisément, il n'est pas nécessaire de signifier l'avis au défendeur projeté ou potentiel, à moins que l'ordonnance sollicitée n'impose une obligation à cette partie. Autrement, il suffit que le créancier fasse la preuve que le syndic a refusé ou négligé d'intenter la poursuite (voir la jurisprudence rassemblée au paragraphe C§46 de l'ouvrage de Houlden, Morawetz et Sarra). Le droit prévoit ensuite que même si le défendeur potentiel reçoit signification de l'avis de la demande fondée sur l'article 38, il n'a pas qualité pour comparaître lors de l'audition de la demande, et il n'est pas non plus habilité à procéder à un contre-interrogatoire relativement à la documentation déposée à l'appui de la demande.

Immanquablement, l'affaire *Re Nesi Energy Marketing Canada Inc. (Bankrupt)* (1998), 233 A.R. 347 (Q.B.), [1998] A.J. No. 1203 (QL), 1998 ABQB 912, est invoquée à l'appui de ces propositions.

[33] La règle générale ne s'applique pas lorsque le défendeur potentiel est également un créancier du failli. Le droit accepte que l'avis de la demande présentée sous le régime de l'article 38 doit être donné à l'ensemble des créanciers afin qu'ils puissent se joindre à la poursuite, mais dans un but limité et sous réserve d'une condition préalable importante. Lorsque le défendeur dans la poursuite projetée est aussi un créancier, il est en droit de participer aux procédures prévues à l'article 38 dans le but limité de protéger son droit au partage proportionnel des profits de l'action, pourvu qu'il soit prêt à partager les frais de la procédure, dépens inclus : *Re B. Donovan Interiors Ltd.* (1990), 3 C.B.R. (3d) 196 (C.S.N.-É.), [1990] N.S.J. No. 447 (QL). C'est uniquement dans ce contexte très restreint que le créancier peut être à la fois demandeur et défendeur dans la même poursuite prévue à l'article 38 (voir Houlden, Morawetz et Sarra, aux par. C§46 et C§49). Il est intéressant de noter qu'il n'est pas exigé que les créanciers soient avisés au préalable de la demande d'ordonnance. Il est seulement important de leur donner une possibilité raisonnable de décider s'ils veulent ou non participer à la poursuite projetée (voir Houlden, Morawetz et Sarra, au par. C§46). Par dessus tout, le défendeur potentiel ne peut être un demandeur à part entière dans la poursuite projetée.

[34] En résumé, le droit en matière de faillite ne reconnaît pas le droit d'un défendeur potentiel (et créancier du failli) de devenir à la fois demandeur et défendeur dans la même action. C'est pourquoi la notion de « litigant hermaphrodite » est une expression inappropriée. Cette interprétation du droit trouve appui dans un article que l'avocat de la banque nous a communiqué lors de l'audition de l'appel, et la banque a pourtant insisté pour soutenir que le droit accepte pleinement la notion de litigant hermaphrodite : David R.M. Jackson, « The Hermaphrodite Litigant: Suing Yourself Under Section 38 of the BIA », (2002) 17:2 Nat. Creditor/Debtor Rev. 21. Cet article souligne bel et bien qu'il existe entre les tribunaux un débat sur l'étendue de l'influence qu'un défendeur potentiel et créancier du failli peut avoir sur l'issue d'un procès, mais

aucun des précédents cités ne reconnaît le droit du défendeur potentiel/créancier d'acquérir la chose non possessoire ou de prendre le plein contrôle de l'instance.

[35] Malheureusement, certains semblent avoir la conviction qu'un défendeur potentiel et créancier d'un failli est fondé à devenir le demandeur dans le but d'éliminer le droit d'un autre créancier d'obtenir la cession de la chose non possessoire du syndic. Ceci pourrait se faire de l'une des deux manières suivantes : soit le défendeur potentiel tente d'obtenir la qualité d'intervenant dans la demande fondée sur l'article 38 présentée par l'autre créancier, soit il présente sa propre motion fondée sur l'article 38 et demande que les deux motions soient entendues en même temps. Franchement, ces tactiques constituent un abus de la procédure judiciaire. Malheureusement, cette réalité ne semble aucunement dissuader certains défendeurs potentiels.

[36] Dans la présente instance, dans la motion du 2 avril 2007 qu'elle a introduite en vertu de l'article 38, la banque revendique le droit contractuel d'être à la fois demanderesse et défenderesse dans l'action en justice que Plancher Héritage aurait normalement intentée contre la banque. C'est un fait malgré l'article susmentionné qui précise clairement que la participation d'un créancier/défendeur à l'action sous-jacente est fortement limitée. Cependant, la banque n'est pas la première défenderesse potentielle à se livrer à ce raisonnement ridicule. Il existe également une décision non publiée du Nouveau-Brunswick dans laquelle le défendeur potentiel (et créancier du failli) tentait d'acquérir la qualité d'intervenant dans le cadre d'une demande fondée sur l'article 38 présentée par un autre créancier. Le défendeur potentiel voulait acquérir la chose non possessoire pour la somme de 250 000 $, empêchant ainsi l'autre créancier d'intenter une action en violation d'un contrat de franchisage dans laquelle les dommages-intérêts revendiqués se chiffreraient dans les « millions de dollars ». Le juge saisi de la motion avait fort justement refusé d'entendre le défendeur potentiel (qui n'avait même pas officiellement introduit de motion pour obtenir la qualité d'intervenant) et, à plus forte raison, de lui accorder cette qualité. La demande en autorisation d'appel devant notre Cour avait été rejetée (voir *Toner and Toner c. KPMG Inc*. (2008), 20 février, n$^{o}$ 12749, autorisation d'appel rejetée, [2008] A.N.-B. n$^{o}$ 111 (QL)).

[37] Pour parler carrément, un défendeur potentiel qui est également un créancier du failli n'a aucun droit de présenter une demande fondée sur l'article 38 dans le but de faire en sorte qu'aucun autre créancier n'obtienne une ordonnance autorisant cet autre créancier à entamer des procédures contre le défendeur potentiel. C'est la raison pour laquelle la motion que la banque a présentée le 2 avril 2007 aurait dû être rejetée dans la mesure où cette dernière voulait invoquer l'article 38 comme fondement pour faire valoir le droit de la banque d'être à la fois demanderesse et défenderesse dans une action qui ne pouvait être vigoureusement et honnêtement poursuivie que par quelqu'un qui avait un intérêt opposé à celui de la banque.

[38] À ce stade, il semble clair que la banque n'a pas le droit d'obtenir la qualité d'intervenante dans le cadre de la motion que M. Isabelle a présentée sur le fondement de l'article 38. Cependant, qu'en est-il du cas où le défendeur potentiel désire plaider que le requérant n'est pas, par exemple, un créancier au sens et selon la portée de l'article 38 et que l'ordonnance ne devrait donc pas être rendue? Si le défendeur potentiel ne reçoit aucun avis de la procédure engagée en vertu de l'article 38, et que le syndic ne s'oppose pas à l'ordonnance, on peut alors présumer que le défendeur potentiel a le droit de soulever la question au moyen d'une motion préliminaire une fois que la poursuite est déposée. Cela vient du fait que la doctrine de la « préclusion pour même question en litige » ne peut s'appliquer étant donné que le défendeur potentiel, devenu le défendeur, n'était pas partie à la procédure visée à l'article 38. Cependant, je n'ai toujours pas répondu à la question de savoir si le droit devrait reconnaître le droit d'un juge saisi d'une motion d'exercer un pouvoir discrétionnaire restreint pour accorder la qualité d'intervenant au défendeur potentiel.

[39] Je suis d'avis qu'il existe peut-être des cas où le défendeur potentiel devrait être autorisé à s'opposer à ce que la Cour accueille la motion fondée sur l'article 38 du requérant au lieu d'attendre que l'action soit introduite pour trancher la question. Pourquoi? Parce que le défendeur potentiel pourrait fort bien éviter d'opposer une défense à une poursuite qui n'aurait jamais dû être entamée. Il s'agit des cas dans lesquels le défendeur potentiel soulève une question de droit distincte et authentique qui,

si elle était tranchée en sa faveur, pourrait bien lui éviter de devoir opposer une défense contre une action qui n'aurait jamais dû être intentée. Voilà pourquoi je suis prêt à accepter qu'un juge saisi d'une motion devrait jouir d'un « pouvoir discrétionnaire restreint » de déterminer s'il devrait accorder la qualité d'intervenant à un défendeur potentiel dans le cadre d'une motion fondée sur l'article 38 introduite par un créancier. Ainsi, par exemple, lorsqu'un défendeur potentiel soutient que l'auteur de la motion ne peut être reconnu comme un créancier au sens et selon la portée de l'article 38, il est logique que le défendeur potentiel intervienne lorsqu'il n'existe pas d'autre partie pour s'opposer à la motion fondée sur l'article 38. Cependant, je veux souligner encore une fois que le pouvoir discrétionnaire d'accorder la qualité d'intervenant est restreint et ne devrait pas être exercé indûment. S'il existe l'ombre d'une preuve donnant à penser que le défendeur potentiel utilise simplement une tactique dont le but est de venir à bout de l'auteur de la motion fondée sur l'article 38, le juge saisi de la motion devrait refuser d'accorder la qualité d'intervenant au défendeur potentiel. Toutefois, s'il accorde la qualité, le juge saisi de la motion sera alors dans l'obligation de préciser l'étendue de la participation de l'intervenant (par ex., le contre-interrogatoire sur les affidavits).

[40] Pour revenir à la présente instance, il s'agit de déterminer si le juge saisi des motions a commis une erreur en accordant la qualité d'intervenante à la banque. Si j'avais été à sa place, je n'aurais pas accordé la qualité requise. La banque ne s'est pas contentée de soulever une question de droit distincte. Elle a soulevé des questions frivoles et invoqué une quantité innombrable de précédents avec un seul objectif à l'esprit – faire en sorte que sa responsabilité ne soit pas engagée relativement à des agissements allégués et établis, et ce, à n'importe quel prix. Toutefois, il m'est impossible de défaire ce qui a déjà été fait. Il est simplement trop tard pour déterminer si le juge saisi des motions a commis une erreur en accordant la qualité d'intervenante à la banque. Cette dernière a déjà pleinement participé aux procédures et il ne servirait à rien de la radier comme partie à ce stade avancé. En fait, si nous décidions de la radier, aucune ordonnance quant aux dépens ne pourrait être rendue. C'est pourquoi je ne suis pas disposé à annuler la décision du juge saisi des motions d'accorder la qualité d'intervenante à la banque.

A. *La caution d'une dette du failli est-elle un créancier du failli? Oui*

[41] Le juge saisi des motions n'a pas répondu à la question posée ci-dessus. Il a plutôt statué qu'un « actionnaire » d'une société débitrice faillie ne peut prétendre au statut de créancier au sens de l'article 38 de la *Loi*. Étant donné la décision rendue dans *Re Grandview Ford Lincoln Sales Ltd.*, (2001) 22 C.B.R. (4th) 210 (C. Ont. (Div. gén.))., [2001] O.J. No. 251 (QL), personne ne conteste la décision du juge saisi des motions. M. Isabelle fait cependant valoir que le juge a commis une erreur en omettant de comprendre que c'est en sa qualité de « caution » qu'il avait introduit sa motion. La banque reconnaît maintenant l'erreur du juge saisi des motions et admet, à titre de proposition générale, qu'une caution a droit au statut de créancier du failli. Cela est vrai selon les principes de la common law même si le débiteur principal n'a présenté aucune mise en demeure ou, lorsqu'une mise en demeure valide a été faite à la caution, elle n'a pas encore donné lieu au versement d'une somme d'argent. Bref, une obligation éventuelle habilite une caution à se prévaloir du statut de créancier : *Bank of Nova Scotia c. Holland* (1979), 32 C.B.R. (N.S.) 153 (C. S. Ont. (H.C.J.)), [1979] O.J. No. 1190 (QL). De plus, il est également clair en droit que la réclamation éventuelle de la caution est une créance prouvable en matière de faillite, et ce, que la caution ait ou non été mise en demeure de payer ou ait payé. Sur ce point, voir en général *Re Froment*, 5 C.B.R. 765, [1925] 3 D.L.R. 377 (C.S. Alb.), [1925] A.J. No. 60 (QL); *B.N.R. Holdings Ltd. c. Royal Bank* (1992) 14 C.B.R. (3d) 233, [1992] B.C.J. No. 198 (QL), et *Re Maple City Ford Sales (1986) Ltd*. (1998), 39 O.R. (3d) 702 (Div. gén.), [1998] O.J. No. 2714 (QL).

[42] En résumé, celui qui se porte caution de la dette d'un failli peut se prévaloir du statut de créancier. Cependant, cette conclusion ne permet pas de répondre à la question de savoir si M. Isabelle peut se voir reconnaître la qualité de créancier selon le sens et la portée de l'article 38 de la *Loi* et a donc droit à une ordonnance l'autorisant à intenter une action contre la banque. En un mot, notre Cour doit déterminer si une ordonnance prévue à l'article 38 devrait être rendue.

B. *L’ordonnance prévue à l’article 38 devrait-elle être rendue? Oui*

[43] Je commence mon analyse en faisant un certain nombre d’observations générales sur les conditions préalables à l’obtention d’une ordonnance prévue à l’article 38 de la *Loi* par un créancier. La condition fondamentale est que le créancier doit demander au syndic d’intenter l’action et que ce dernier doit négliger ou refuser de le faire. Dans la présente instance, cette condition préalable a été remplie. Il existe par ailleurs dans la jurisprudence un débat sur la question de savoir si le requérant doit établir que l’action qu’il souhaite intenter est fondée. Certaines décisions précisent que le critère préliminaire consiste à établir une preuve « suffisante à première vue ». Je ne suis pas sûr que le droit exige du requérant quelque chose de plus que l’obligation de démontrer l’existence d’une « question sérieuse ». Il appartient en effet au demandeur de décider s’il est persuadé d’avoir une cause d’action valable qui vaut le temps et l’argent qui devront être consacrés à la poursuite. De plus, le fait de permettre au défendeur potentiel de plaider dans le cadre de la motion qu’une preuve suffisante à première vue n’a pas été établie irait à l’encontre de l’objet de l’article 38 et de l’interprétation selon laquelle le droit d’intervenir est restreint. De toute façon, quel que soit le critère préliminaire, il est clair qu’il a été rempli en l’espèce puisqu’une conclusion d’agissements a déjà été rendue contre la banque dans une autre procédure de faillite. Le fait est qu’en enfreignant l’article 69 de la *Loi*, la banque s’est exposée à une poursuite dans laquelle les dommages-intérêts, qu’ils soient compensatoires, punitifs ou les deux, pourraient bien excéder le montant de la dette combinée de M. Isabelle et de Plancher Héritage. Cela ne veut pas dire que, dans une action future opposant les parties à la présente instance, les allégations d’agissements devront être liées aux manquements à l’article 69. En fait, elles pourraient s’étendre à tous les types de manquements, qu’ils soient de nature contractuelle, légale ou en common law (par ex., l’octroi d’un délai de remboursement insuffisant).

[44] La banque soutient que M. Isabelle n’est pas un créancier au sens et selon la portée de l’article 38 de la *Loi* pour six raisons. La banque fait valoir, premièrement, que M. Isabelle n’est pas habilité à revendiquer le statut de créancier parce qu’il a omis

de déposer une preuve de la réclamation comme le prescrit le par. 124(2) et, deuxièmement, qu'il lui était interdit de le faire en raison de la règle de la « double preuve ». La banque soutient en effet que ce n'est que si elle a payé intégralement le créancier principal qu'une caution est en droit de prouver sa réclamation dans la faillite du débiteur. Troisièmement, la banque affirme qu'un contrat distinct ([TRADUCTION] « subordination de réclamation ») interdit à M. Isabelle de poursuivre la cause d'action en son propre nom car ce droit est dévolu à la banque. Quatrièmement, la banque plaide que la demande que M. Isabelle a déposée en vertu de l'article 38 devrait être rejetée parce qu'elle ne renferme pas assez de « détails ». Cinquièmement, la banque invoque l'argument audacieux qu'il n'existe pas de biens (chose possessoire/cause dans l'action) à transférer à M. Isabelle. Selon la banque, en raison du contrat de garantie (la clause des « biens acquis par la suite ») qu'elle a passé avec Plancher Héritage, tout bien qui ferait autrement partie des actifs de la faillie, dont toute cause d'action qu'Héritage possède contre la banque, appartient plutôt à cette dernière. Sixièmement, la banque invoque le par. 120(1) de la *Loi*. Cette disposition prévoit qu'aucun « inspecteur » ne peut acquérir pour lui-même un bien de l'actif du failli à moins d'avoir obtenu l'approbation préalable du tribunal. La banque fait valoir qu'en sa qualité d'inspecteur, M. Isabelle n'a pas droit à l'ordonnance sollicitée.

[45] Sur les six arguments susmentionnés, seuls les cinquième et sixième sont repris dans la preuve documentaire déposée devant notre Cour. Les arguments un à quatre inclusivement ont été soulevés pour la première fois dans les observations que la banque intimée a faites par écrit à la Cour. Étant donné que les appelants présentent leur argumentation par écrit en premier, on comprendra que M. Isabelle ait omis de traiter de ces points. De plus, même si la banque avait plaidé ces quatre points devant le juge saisi des motions, elle aurait dû déposer un avis de désaccord comme le prévoit la règle 62.08 des *Règles de procédure*. Enfin, si la banque avait plaidé ces quatre points devant le juge saisi des motions, lors de l'appel devant nous, la banque aurait dû déposer un avis de désaccord indiquant que le juge avait atteint le bon résultat pour des motifs qu'il avait omis de prendre en considération. Cela n'a pas été fait, au détriment de M. Isabelle. Bien entendu, il n'a pas traité de ces points dans le mémoire qu'il a déposé devant notre Cour,

à titre d'appelant. Beaucoup de temps a été consacré à l'examen des nombreuses questions entourant la nécessité d'une autorisation d'appel. Par ailleurs, on ne peut pas reprocher à M. Isabelle d'avoir omis de demander le droit de soumettre un mémoire complémentaire. Il était inutile de le faire étant donné l'omission de la banque de déposer un avis de désaccord.

[46] Bien que la Cour n'ait aucune obligation de se pencher sur les quatre points qui n'ont pas été dûment soulevés, je dois dissiper l'idée qu'ils auraient pu modifier l'issue du présent appel. Le plaidoyer de manque de « détails » est frivole, tout comme celui relatif à la règle de la « double preuve ». J'ai déjà décrit la nature générale de la réclamation à l'encontre de la banque. Les détails de cette réclamation devront être précisés dans l'exposé de la demande. En ce qui concerne la règle de la double preuve, elle n'est pas applicable. Cette règle de simple bon sens a pour but d'empêcher à la fois la caution et le débiteur principal de partager le produit de l'actif au titre d'une seule et même dette. Les faits en cause ne sont pas les mêmes. M. Isabelle ne cherche pas à s'enrichir au détriment des autres créanciers. Quoi qu'il en soit, si la question de la « preuve de la réclamation » avait été soulevée comme il se devait, il aurait été facile à notre Cour d'exercer le pouvoir que lui confère le par. 187(9) et de permettre à M. Isabelle (sa syndique de faillite) de déposer cette preuve avant d'intenter contre la banque son action fondée sur l'art. 38. Dans l'état actuel des choses, aucune objection à la motion de M. Isabelle n'a été soulevée devant le juge saisi des motions sur ce point technique. L'argument de la banque qui est fondé sur le contrat relatif à la « subordination de réclamation » ne s'applique aucunement aux engagements de la banque envers Plancher Héritage. Le contrat de subordination prévoit essentiellement que si Plancher Héritage doit de l'argent à la banque et à M. Isabelle, la banque est payée la première. Il prévoit aussi que la totalité des engagements de Plancher Héritage envers M. Isabelle et toutes les sommes que Plancher Héritage doit lui payer sont cédées à la banque. Le contrat ne dit rien au sujet des sommes que la banque pourrait devoir à Plancher Héritage au titre de son manquement à ses obligations contractuelles et légales et du droit de M. Isabelle d'obtenir la cession d'un droit d'action éventuel actuellement dévolu à la syndique de faillite. Il faut noter que si M. Isabelle obtient gain de cause dans

son action contre la banque, c'est cette dernière, et non Plancher Héritage, qui aurait une dette envers M. Isabelle.

[47] Finalement, la banque doit bien comprendre que ce n'est pas parce qu'elle a omis de soulever convenablement les quatre points susmentionnés qu'elle est invitée à les aborder dans des procédures ultérieures. Comme la banque a demandé et obtenu la qualité d'intervenante en première instance, c'est à ce moment-là qu'elle devait soulever ces points et par conséquent, la banque ne pourra plus jamais les invoquer dans quelque procédure ultérieure que ce soit entamée par suite de l'ordonnance rendue en vertu de l'article 38.

[48] Il ne reste donc à la banque que deux arguments à l'appui de sa position selon laquelle une ordonnance fondée sur l'art. 38 ne peut être accordée à M. Isabelle. Premièrement, la banque soutient que tout droit de poursuivre la banque que Plancher Héritage pourrait posséder appartient à la banque, et non à la syndique, en vertu du « contrat de garantie générale » daté du 30 janvier 2001 que la banque a passé avec Plancher Héritage. En l'absence d'un contrat de garantie valide, tous les biens appartenant au failli sont dévolus au syndic en application de l'art. 71 de la *Loi*. Cependant, il est également vrai que l'intérêt que possède un créancier garanti dans les biens du failli ne devient jamais la propriété du syndic à moins que le syndic ne paye la somme réclamée par le créancier garanti. Les dispositions pertinentes de la *Loi* font en sorte que l'intérêt du créancier garanti dans les biens du failli ne perd jamais sa priorité sur les réclamations des autres créanciers : *MacKesey c. Royal Bank of Canada* (1991), 86 D.L.R. (4th) 637 (C.A. Sask.), [1991] S.J. No. 572 (QL). Plancher Héritage a bel et bien passé un contrat de garantie avec la banque, grevant en faveur de cette dernière tous les biens présents et acquis par la suite d'Héritage, dont toutes les choses non possessoires. À partir de là, la banque nous demande de faire un pas de géant en acceptant que tout droit d'action que Plancher Héritage a acquis à l'encontre de la banque relativement aux agissements de cette dernière est couvert par la clause régissant les biens acquis par la suite. Autrement dit, la banque affirme qu'elle possède le droit de s'intenter une action. Manifestement, une telle chose est impossible. Si nous devions

accepter l'argument de la banque, aucun débiteur ne pourrait poursuivre un créancier garanti pour avoir violé le contrat de garantie passé par les parties, ou manqué à d'autres obligations juridiques, du moment que ce contrat de garantie renferme une clause relative aux biens acquis par la suite. Je n'en dirai pas plus sur la question si ce n'est qu'une clause contractuelle rédigée dans ce but pourrait être radiée au motif qu'elle est contraire à l'ordre public.

[49] L'autre argument de la banque est lié au par. 120(1) de la *Loi*. Cette disposition prévoit qu'aucun « inspecteur » ne peut acquérir un bien de l'actif du failli à moins d'avoir obtenu l'approbation préalable du tribunal. La banque fait ensuite valoir qu'[TRADUCTION] « [i]l est clair qu'André Isabelle, en sa qualité d'inspecteur, tente d'agir dans son propre intérêt et non dans celui des créanciers dans leur ensemble ». En toute déférence, il n'est pas clair pour moi que M. Isabelle n'agit pas dans le meilleur intérêt des autres créanciers. Ils ont toujours le droit de participer à la poursuite et d'en partager les profits. À juste titre, M. Isabelle souligne que si Plancher Héritage obtient gain de cause, en totalité ou en partie, contre la banque, la société pourrait être en mesure de revendiquer des dommages-intérêts (compensatoires et punitifs) qui pourraient très bien dépasser la somme qu'Héritage doit à la banque. Selon moi, il n'y a rien de malséant à ce que M. Isabelle sollicite une ordonnance sous le régime de l'article 38 alors même qu'il est un inspecteur prévu par la *Loi*. Très judicieusement, l'avocate de M. Isabelle note que l'approbation du tribunal peut être sollicitée, même à ce stade avancé de la procédure, compte tenu des pouvoirs du tribunal qui sont énoncés au par. 187(9) de la *Loi*. Si nécessaire, j'accorderais l'approbation requise, *nunc pro tunc*.

[50] En conclusion, le juge saisi des motions a commis une erreur en refusant d'accorder à M. Isabelle l'ordonnance qu'il sollicitait en vertu de l'art. 38 de la *Loi*. Par conséquent, l'appel devrait être accueilli et la décision rendue en première instance annulée. L'appelant a donc droit, en vertu de l'art. 38 de la *Loi*, à une ordonnance l'autorisant à intenter une action en dommages-intérêts contre la banque relativement à d'éventuelles violations des obligations juridiques que la banque avait envers Plancher Héritage. Cela comprend non seulement les manquements à des obligations légales,

comme celles qui sont liées à l'art. 69 de la *Loi*, mais également les manquements à des obligations contractuelles ainsi que les manquements à des obligations imposées par la common law ou l'equity (par ex., l'octroi d'un délai insuffisant pour rembourser l'emprunt). Il en découle nécessairement que les motions que la banque a introduites dans le but d'acquérir la même cause d'action doivent être rejetées.

C. *La motion postérieure à l'audience*

[51] Comme je l'ai indiqué d'emblée, 15 jours après l'audition du présent appel, M. Isabelle a procédé à une cession de ses biens. Immédiatement après cette cession, alors que la décision en appel était encore en délibéré et sans en avoir discuté au préalable avec la syndique de M. Isabelle ou avec l'avocate en appel de ce dernier, la banque a écrit à notre Cour pour nous informer que, conformément à la règle 13.01 des *Règles de procédure*, l'instance était [TRADUCTION] « automatiquement suspendue » en raison de la cession. La règle 13.01 prévoit, en partie, que lorsque, au cours d'une « instance », l'intérêt ou la responsabilité d'une partie sont transférés à une autre personne, l'instance est suspendue jusqu'à ce qu'une ordonnance de continuation soit obtenue. Question : une décision en délibéré est-elle une instance? La Cour était ensuite invitée à [TRADUCTION] « confirmer » cette interprétation du droit, à défaut de quoi la banque [TRADUCTION] « devrait demander une date pour l'audition d'une motion à cet égard ». En réponse, la Cour a refusé de donner l'avis juridique demandé à la Banque Royale. Cette dernière aurait dû discuter au préalable de la question avec l'avocate de M. Isabelle au lieu de se contenter de lui envoyer une copie de sa lettre, afin que les parties puissent décider de la marche à suivre. Cela n'a pas été fait. Au contraire, la lettre que la banque a envoyée au registraire a tout d'une lettre d'intimidation qui a obtenu l'effet opposé. La syndique de faillite de M. Isabelle et l'avocate en appel de ce dernier ont chacune répondu au moyen d'une lettre adressée au registraire, lettre qui équivaut à des observations sans caractère officiel. Chacune d'elles a contesté l'interprétation du droit que donnait la banque, cité une jurisprudence et une doctrine pertinentes et ensuite demandé à notre Cour de rendre sa décision de la manière habituelle. La banque a répliqué en envoyant au registraire de notre Cour un affidavit accompagné d'une

ordonnance *ex parte* prétendument rédigée conformément à la règle 13 des *Règles de procédure*.

[52] La règle 13 prévoit que lorsque, au cours d'une instance, l'intérêt ou la responsabilité d'une partie sont transférés à une autre personne (par ex. le syndic de faillite), l'instance est suspendue jusqu'à ce qu'une ordonnance de continuation soit obtenue. Lorsque la partie chargée de la conduite de l'instance omet d'obtenir une telle ordonnance dans les 30 jours qui suivent le transfert, toute autre personne intéressée peut le faire. En l'espèce, 30 jours se sont écoulés depuis que M. Isabelle a fait faillite, de sorte que la banque avait le droit de solliciter l'ordonnance de continuation. Cependant, l'ordonnance communiquée au registraire aurait donné la charge de l'instance à la banque ce qui en aurait fait à la fois l'appelante et l'intimée. Le registraire a refusé à juste titre de signer l'ordonnance. Finalement, une ordonnance prescrivant la continuation de l'instance avec [TRADUCTION] « A.C. Poirier & Associates Inc. en qualité de syndique de l'actif d'André Isabelle à titre d'appelante » a été signée. Comme la banque n'avait pas obtenu l'ordonnance qu'elle demandait, elle a présenté une motion dans laquelle elle sollicitait la suspension permanente de notre décision en instance ou, subsidiairement, une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens. Nous avons rejeté ces deux demandes avec dépens en indiquant que nos motifs suivraient. Voici nos motifs.

[53] La banque ne cite pas moins de dix décisions à l'appui de ses nombreux arguments. Une seule de ces décisions est pertinente en ce qui concerne la motion en suspension permanente, et elle est contredite par deux autres décisions sur lesquelles la banque a omis d'attirer notre attention. Toutefois, les trois affaires traitent de la question de savoir si, en l'absence d'une ordonnance de continuation, une décision en délibéré est automatiquement suspendue une fois que l'une des parties fait faillite. Comme une ordonnance de continuation a été rendue en l'espèce, il est inutile d'examiner la jurisprudence (voir *Adams-Eden Furniture Ltd. (c.o.b. Whitehorse Furniture Ltd.) c. Kansa General Insurance Inc.*, [1995] M.J. No. 314 (QL), conf. [1995] M.J. No. 258 (QL), et comparer avec *Hunter Douglas Ltd. c. Kool Vent Awnings Ltd.* (1957), 37

C.B.R. 154 (C.S.Q., en matière de faillite), [1958] C.C.S. No. 127 (QL), et *Rea c. Patmore et al.* (1999) 253 A.R. 363, [1999] A.J. No. 1288 (QL), 1999 ABQB 1069).

[54] La banque n'avait d'autre choix que d'abandonner son argument voulant que la décision en délibéré ait été automatiquement suspendue par application de la règle 13.01 des *Règles de procédure*. Si suspension il y avait, et ce n'est aucunement acquis, elle a été levée par l'octroi de l'ordonnance de continuation. La banque a alors plaidé que la suspension permanente reposait sur le par. 67(1) et l'art. 71 de la *Loi*. L'alinéa 67(1)*d*) précise que les biens du failli comprennent les pouvoirs sur des biens qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice. L'article 71 prévoit que les biens du failli passent au syndic et que le failli cesse d'être habile à aliéner ses biens. On devrait voir tout de suite que ces dispositions n'ont pas pour effet d'empêcher notre Cour de rendre sa décision en appel. Cela dit, je ne nie pas qu'une fois que notre Cour a conclu qu'une ordonnance prévue à l'art. 38 devrait être rendue, le droit d'intenter une action contre la banque est alors dévolu à la syndique de M. Isabelle.

[55] La banque fait ensuite valoir que nous devrions renoncer à rendre notre décision au motif que cette dernière est devenue « théorique ». La banque invoque deux raisons. Premièrement, elle souligne que dans un document intitulé « Bilan » que M. Isabelle a préparé avec l'aide de sa syndique, il est indiqué que la valeur de la demande fondée sur l'article 38 est de « 0 $ ». La banque saisit cette occasion pour faire valoir que la décision portée en appel n'a aucune valeur même si M. Isabelle obtient gain de cause et que par conséquent, aucune question litigieuse n'oppose les parties. Dans l'affidavit qu'elle déposé en réponse, la syndique souligne que dans les cas où la valeur d'un actif ou d'un passif n'est pas connue avec une certitude raisonnable, il faut que la faillie attribue un montant de « 1 $ » ou de « 0 $ » à la valeur de réalisation estimée. Cela est logique et rend l'argument de la banque frivole, tout comme son argument suivant. La banque affirme que si M. Isabelle était un créancier de Plancher Héritage au moment où l'appel a été entendu, il n'a plus cette qualité étant donné que la dette, quelle qu'elle soit, que Plancher Héritage avait envers lui est un actif dans sa faillite et a été cédée à la syndique par effet de la loi. Manifestement, M. Isabelle ne perd pas sa qualité de

créancier parce qu'il est maintenant failli. Cela signifie simplement que c'est sa syndique qui est titulaire du droit de décider quelle suite il y a lieu de donner relativement à l'ensemble de ses actifs.

[56] Ensuite, la banque soutient qu'une suspension devrait être accordée parce que la syndique de M. Isabelle n'a pas indiqué si elle est intéressée à intenter une action contre la banque si M. Isabelle obtient gain de cause dans son appel. La banque cite deux causes à l'appui de son argument. Par souci d'exhaustivité, je vais examiner ces affaires même si elles n'appuient d'aucune façon l'argument présenté. La première décision est *Hall-Chem Inc. c. Vulcan Packaging Inc*. (1994), 21 O.R. (3d) 89 (C.A. Ont.), [1994] O.J. No. 2692 (QL). Dans cette affaire, « V » avait obtenu un jugement contre « B » pour la somme de 338 000 $. B a interjeté appel mais a reçu l'ordre de donner une garantie. B a présenté une motion en modification de l'ordonnance mais pendant que cette motion et l'appel étaient en cours, il a déposé une cession de faillite. La syndique de B a défendu la position que les deux instances étaient suspendues en vertu du par. 69.3(1) de la *Loi*. Lorsque la Cour d'appel de l'Ontario a examiné la motion, elle a statué que le par. 69.3(1) n'était pas applicable. La disposition pertinente était le par. 71(2) selon lequel la cause d'action de B était dévolue à la syndique et il appartenait à cette dernière d'informer l'avocat de B de sa décision d'abandonner ou de poursuivre l'appel et à l'avocat de B de demander des directives sur la question. Finalement, la Cour a statué que la syndique aurait dû solliciter une ordonnance de continuation comme le prévoyait la disposition équivalente à la règle 13.02 de nos *Règles de procédure*.

[57] Il y a manifestement lieu d'établir une distinction entre l'affaire *Hall-Chem* et la présente instance. Dans cette affaire, la syndique devait décider si elle devait poursuivre la motion et l'appel qui étaient en cours devant la Cour d'appel. En l'espèce, la motion et l'appel avaient déjà été entendus avant que M. Isabelle ne déclare faillite. Sa syndique ne peut rien faire tant que notre décision n'est pas rendue. La syndique a le droit d'attendre la décision de notre Cour pour déterminer si elle devrait entamer une poursuite contre la banque compte tenu de l'ensemble des circonstances. Il ne serait pas sage pour

la syndique de prendre une telle décision dans l'abstrait, sans connaître les raisons qui sous-tendent notre décision d'accorder à M. Isabelle l'ordonnance qu'il a sollicitée.

[58] La banque soutient également que l'affaire *Mann c. Northern B.C. Enterprises Ltd.* (2005), 46 C.C.E.L. (3d) 253, [2005] B.C.J. No. 1485 (QL), 2005 BCCA 367, est un arrêt clé. Pour reprendre les faits essentiels, la juge du procès avait autorisé un failli non libéré à représenter sa société dans une action en dommages-intérêts pour congédiement injustifié dans des circonstances où la syndique du failli, qui détenait les actions, n'était pas disposée à entreprendre quelque démarche que ce soit pour que la société soit représentée au procès. Cependant, je n'arrive pas à saisir en quoi l'affaire *Mann* est analogue à la cause portée en appel. M. Isabelle n'est pas un actionnaire qui tente de représenter Plancher Héritage dans une action contre la banque. M. Isabelle ne poursuit pas non plus le présent appel contre la volonté de sa syndique. La syndique attend simplement notre décision pour déterminer les mesures à prendre. Armée d'une ordonnance prévue à l'article 38 de la *Loi*, la syndique doit décider si elle doit ou non exercer le droit de poursuivre la banque dont M. Isabelle est investi. Aucune instance n'est en cours devant quelque tribunal que ce soit tant que cette décision n'a pas été prise et que la syndique n'a pas sollicité l'ordonnance accordée dans le présent appel.

[59] Il convient de rappeler à tous les avocats plaidants qu'une bonne défense ne passe pas par une multiplication aveugle de questions en litige appuyées par une jurisprudence pléthorique. Il n'entre pas dans les attributions d'une cour d'appel de passer en revue d'innombrables questions et précédents pour voir s'il y a quelque chose de susceptible d'être « utilisable ». Le recours à de telles tactiques au cours d'un litige obscurcit les véritables questions et peut en fin de compte miner la crédibilité de tous les avocats plaidants et se révéler contraire aux intérêts de leurs clients. Plus souvent qu'autrement, une énumération sans discernement de précédents est considérée comme une façon inefficace de renforcer une preuve peu solide. C'est pourquoi il est important que les avocats choisissent judicieusement la jurisprudence qu'ils veulent invoquer à l'appui d'un argument, d'une part, et ne retiennent que les questions qui sont légitimement favorables aux intérêts de leur client, d'autre part.

[60] Finalement, la banque a admis que l'octroi d'une suspension est une décision discrétionnaire, mais elle a demandé que ce pouvoir discrétionnaire soit exercé en sa faveur en raison du préjudice qu'elle pourrait subir si elle obtenait gain de cause dans l'appel et que les dépens lui soient adjugés. Bien entendu, l'argument de la banque présume que la syndique sera incapable de payer les dépens auxquels elle pourrait être condamnée. Subsidiairement, la banque a demandé une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens en vertu de la règle 58.10 des *Règles de procédure*. Sachant que mes collègues appuient mes motifs de jugement relativement à l'issue de l'appel principal, les questions du préjudice et des dépens sont toutes théoriques. Ceci étant dit, le droit de notre Province est clair : (1) une ordonnance imposant une sûreté en garantie des dépens ne peut être rendue que lorsque cela est nécessaire dans l'« intérêt de la justice »; et (2) l'« indigence » n'est pas un motif suffisant pour accorder une telle ordonnance (voir *Re Dugas (Bankrupt)* (2003), 261 R.N.-B. (2e) 99 (C.A.), [2003] A.N.-B. no 230 (QL), et *HSBC Bank Canada c. Elm City Chrysler Ltd. et al.* (2007), 323 R.N.-B. (2e) 137, [2007] A.N.-B. no 346 (QL)).

[61] Pour ces motifs, nous avons rejeté la motion postérieure à l'audience de la banque. Comme cette motion était une manœuvre désespérée et s'appuyait sur d'innombrables précédents sans aucune pertinence et des arguments frivoles, le montant des dépens doit refléter ces réalités. Par conséquent, la syndique a droit à des dépens de 5000 $ relativement à la présente motion.

## VIII. Conclusion

[62] En conclusion, je rejetterais la motion en annulation de l'appel que l'intimée a présentée en se fondant sur l'omission de l'appelante d'obtenir une permission comme le prescrit l'alinéa 193*e*) de la *Loi*. J'accueillerais plutôt la demande d'autorisation d'appel, *nunc pro tunc*. Étant donné que la motion de l'intimée nécessitait la préparation de longues observations écrites distinctes de celles présentées relativement à l'appel principal, j'adjugerais à l'appelante des dépens de 3500 $ relativement à cette motion. J'accueillerais également l'appel et annulerais la décision du juge saisi des

motions rejetant la motion que l'appelante a introduite en vertu de l'article 38 de la *Loi*. L'appelante a droit à une ordonnance prévue à l'article 38 de la *Loi* l'autorisant à intenter une action en dommages-intérêts contre la banque au titre d'une éventuelle violation des obligations juridiques qu'elle pouvait avoir envers Plancher Héritage. Cela comprend non seulement les violations de nature légale, comme celles qui sont liées à l'article 69 de la *Loi*, mais également les violations de nature contractuelle et les manquements aux obligations imposées en common law ou en equity. Il en découle nécessairement que les motions du 2 avril 2007 de la banque devraient être rejetées, et il en va de même de sa motion du 3 avril 2007, sauf en ce qui concerne la décision d'accorder la qualité d'intervenante à la banque. J'adjugerais des dépens de 8500 $ à l'appelante relativement à l'appel. Pour ce qui est de la motion postérieure à l'audience, l'appelante a droit à des dépens de 5000 $ pour les motifs indiqués plus haut. Somme toute, des dépens de 17 000 $ sont payables sur-le-champ.