

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

29-19-CA

THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK

LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

GRANT THORNTON LLP, GRANT
THORNTON INTERNATIONAL LTD., KENT
M. OSTRIDGE

GRANT THORNTON LLP, GRANT
THORNTON INTERNATIONAL LTD.,
KENT M. OSTRIDGE

RESPONDENTS

INTIMÉS

Province of New Brunswick v. Grant Thornton,
2020 NBCA 18

Province du Nouveau-Brunswick c. Grant
Thornton, 2020 NBCA 18

CORAM:

The Honourable Justice Drapeau
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

CORAM :

l'honorable juge Drapeau
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appeal from decisions of the Court of Queen's
Bench:

March 28, 2018
February 25, 2019

Appel de décisions de la Cour du Banc de la
Reine :

le 28 mars 2018
le 25 février 2019

History of Case:

Historique de la cause :

Decisions under appeal:

2018 NBQB 63
2019 NBQB 36

Décisions frappées d'appel :

2018 NBBR 63
2019 NBBR 36

Preliminary or incidental proceedings:

2015 NBQB 95
2018 NBQB 63

Procédures préliminaires ou accessoires :

2015 NBBR 95
2018 NBBR 63

Appeal heard:

September 17 and November 6, 2019

Appel entendu :

le 17 septembre et le 6 novembre 2019

Judgment rendered:

March 26, 2020

Jugement rendu :

le 26 mars 2020

Reasons for judgment by:

The Honourable Justice Drapeau

Motifs de jugement :

l'honorable juge Drapeau

Concurred in by:

The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :

l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:

Frederick C. McElman, Q.C.,
Stephen J. Hutchison, Q.C. and
Josie H. Marks

For the respondents Grant Thornton LLP and Kent
M. Ostridge:

Patrick E. Hurley, Q.C.,
Anthony S. Richardson and Romain J.F. Viel

For the respondent Grant Thornton International
Ltd.:

J. Charles Foster, Q.C.,
Steven R. Barnett and Matthew R.S. Pearn

THE COURT

Under s. 5(1)(a) of the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5, no claim may be brought against a defendant after two years following the day on which it is discovered by the claimant. In granting the respondents' motions for summary judgment dismissing the Province's action in damages (\$50 million), the motions judge applied the wrong legal test for s. 5(1)(a) purposes and made a palpable and overriding error in finding the Province discovered its claim more than two years before proceedings were commenced. The appeal is therefore allowed. In the result, the summary judgment and some incidental procedural orders are set aside, with costs.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :

Frederick C. McElman, c.r.,
Stephen J. Hutchison, c.r., et
Josie H. Marks

Pour les intimés Grant Thornton LLP et Kent M.
Ostridge :

Patrick E. Hurley, c.r.,
Anthony S. Richardson et Romain J.F. Viel

Pour l'intimée Grant Thornton International Ltd. :

J. Charles Foster, c.r.,
Steven R. Barnett et Matthew R.S. Pearn

LA COUR

Aux termes de l'al. 5(1)a) de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5, toute réclamation contre un défendeur se prescrit par deux ans à compter du jour où sont découverts par le réclamant les faits y ayant donné naissance. En accueillant les motions en jugement sommaire rejetant l'action en dommages-intérêts (50 millions de dollars) intentée par la Province, le juge saisi des motions a appliqué le mauvais critère juridique pour l'application de l'al. 5(1)a) et a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la Province avait découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation plus de deux ans avant l'introduction de l'instance. L'appel est donc accueilli. En conséquence, le jugement sommaire ainsi que certaines ordonnances procédurales accessoires sont annulés avec dépens.

The judgment of the Court was delivered by

DRAPEAU, J.A.

I. Introduction and Summary

[1] Under s. 5(1)(a) of the *Limitation of Actions Act*, S.N.B. 2009, c. L-8.5 (“Act”), no “claim” may be brought against a “defendant” after two years following the day on which it is “discovered” by the “claimant”. This appeal turns on the interpretation of the quoted words and the proper application of s. 5(1)(a) to an action for damages against auditors for their erroneous and allegedly negligent confirmation/representation that a client’s financial statements had been prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles. The case highlights the defining difference for s. 5(1)(a) purposes between: (1) discovery that the audit-based confirmation/representation was wrong; and (2) discovery that it was, not only wrong, but the product of a breach of the standard of care in carrying out the audit. The Province of New Brunswick contends the two-year limitation period under s. 5(1)(a) only begins to run when both constituent facts in the second scenario are known or knowable by the exercise of reasonable diligence. The respondents submit the clock begins to tick the day after the claimant knows or ought reasonably to know enough facts to allege negligence on the defendant auditor’s part. Depending on the context, “Grant Thornton” is used in the text that follows to identify all respondents or, on occasion, just Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge.

[2] While our Court has applied the discoverability rule articulated in *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, [1986] S.C.J. No. 52 (QL) to construe the Act’s predecessor, it is now called upon to determine, for the first time, whether the limitation period under s. 5(1)(a) may begin to run without the plaintiff’s knowledge, actual or imputed, that the defendant’s loss-causing act or omission failed to conform with the applicable standard of care. This outcome-settling issue arises from the Province’s appeal against the dismissal, by summary judgment, of its action in negligence against Grant Thornton for the allegedly sub-standard audit of the consolidated financial statements of a

handful of Atcon corporations for the fiscal year ending January 31, 2009. By the action, the Province seeks to recover damages corresponding to the \$50 million it was required to pay by virtue of three guarantees provided, on June 30, 2009, to Atcon's main lender, the Bank of Nova Scotia.

[3] In the Statement of Claim, the Province asserts those guarantees would not have been executed but for two confirmations/representations by Grant Thornton. The first: it had carried out the audit of Atcon's consolidated financial statements for the fiscal year ending January 31, 2009 ("F2009") in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. The second: based on this Standards-compliant audit, it was of the opinion the financial statements for F2009 had been prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles and presented fairly, in all material respects, Atcon's financial situation as of January 31, 2009. The Province alleges: (1) it relied on Grant Thornton's confirmations/representations in agreeing to execute the guarantees; (2) the second confirmation/representation was erroneous; (3) that state of affairs was traceable to Grant Thornton's failure to carry out the F2009 audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards; and (4) Grant Thornton's failure to comply with those Standards constituted a breach of the standard of care for which it must answer in damages for the Province's guarantees-related loss.

[4] In their Statement of Defence, Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge deny the Province's allegations of negligence and assert "the fact is" that the audit was carried out in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. Grant Thornton International Ltd.'s Statement of Defence parrots that position. Each Statement of Defence includes a plea that the action is time-barred under the *Act*.

[5] Some documentary discovery followed this exchange of pleadings. In time, however, each set of defendants applied for summary dismissal of the action on the basis of s. 5(1)(a) of the *Act* and pursuant to Rule 22 of the *Rules of Court* ("Summary Judgment"). They did so without producing documents that were indisputably relevant in the action, namely the documents in the audit-related files. The Province countered with motions for various procedural relief, including orders: (1) dismissing or, at least,

adjourning the motions for summary judgment on the basis of Grant Thornton's failure to deliver proper affidavits of documents and its refusal to produce for inspection all non-privileged documents in the audit-related files, as required by Rule 31; and (2) compelling Grant Thornton's compliance with its discovery obligations under Rule 31.

[6] The motions judge rejected the Province's application for orders tethered to Grant Thornton's non-compliance with Rule 31 and allowed the motions for dismissal of the action on the basis of s. 5(1)(a) (see *The Province of New Brunswick v. Grant Thornton LLP, et al.*, 2018 NBQB 63, [2018] N.B.J. No. 60 (QL) and *The Province of New Brunswick v. Grant Thornton LLP, et al.*, 2019 NBQB 36, [2019] N.B.J. No. 76 (QL)). Despite uncontradicted expert evidence that no opinion regarding the quality of Grant Thornton's audit could be ventured on the available record, the judge found the action was time-barred because it was commenced more than two years after the Province knew or ought reasonably to have known "it had *prima facie* grounds to infer that it had a potential cause of action" (emphasis added).

[7] My understanding of the applicable test is different and more exacting; the two-year limitation period prescribed by s. 5(1)(a) does not begin to run until the claimant has discovered he or she has a claim. This means the two-year limitation period begins to run the day after the plaintiff knows or ought reasonably to have known facts that confer a legally enforceable right to a remedy. In actions for negligence, that right only exists if the defendant was under a relevant duty of care and its loss-causing act or omission fell below the applicable standard of care. In my view, the test applied in first instance to bar the action falls short of the mark. The factual matrix that might justify a finding of breach of the standard of care for the purposes of no more than a "potential" claim is significantly less compelling than the one required for such a finding for the purposes of an existing, legally enforceable right to a judicial remedy.

[8] While the Province alleges in its Statement of Claim Grant Thornton carried out the audit for F2009 without complying with Generally Accepted Auditing Standards, the unchallenged expert evidence in the record establishes it cannot know whether that is so or be deemed to know it is so before Grant Thornton produces for inspection its audit-

related files. It is only once its undoubted right to inspect those files is respected and exercised that the Province will be able to ascertain what precise steps were actually taken in carrying out the F2009 audit and what steps were not taken. Without that data, the Province may suspect and allege, but it does not know, actually or constructively, the F2009 audit was non-compliant with Generally Accepted Auditing Standards. The motions judge's disregard of the unchallenged expert evidence on this critical issue cannot be justified and constitutes a palpable and overriding error in the assessment of the evidential record. In light of that uncontradicted expert evidence, s. 5(1)(a) is not in play.

[9] Accordingly, I would allow the appeal against the summary judgment dismissing the action as time-barred. I would also set aside the procedural rulings under appeal that shield Grant Thornton from compliance with the documentary production obligations imposed by the *Rules of Court*. No one is above the law.

II. A More Detailed Context

A. *Atcon and Grant Thornton*

[10] Until early in 2010, Atcon carried on business, nationally and internationally, as a provider, through various corporate entities, of construction, energy, industrial and waste management services. It was headquartered in Miramichi, N.B., and had a significant local workforce. In describing Atcon's genesis and progression, I can do no better than Justice Riordon's observations in a related proceeding (*Bank of Nova Scotia v. Atcon Construction Inc. et al.*, 2010 NBQB 90):

In 1978, Robert Tozer started a small construction company in Miramichi. From a modest beginning the business and Atcon Group grew as a provider of construction services and other commercial operations. Over a period of some 30 years the Atcon Group of companies expanded their businesses and geographic marketplace. Those companies have interests and operations in manufacturing wood paneling, construction services including highway and bridge construction, energy services, industrial and environmental services, among others. Operations of the Atcon companies

extended from New Brunswick to Newfoundland and Labrador, Alberta, the Northwest Territories, Northeastern United States and Sweden. At its peak, the Atcon Group of companies had more than 2000 employees with annual revenues of somewhere in the range of \$255 million. Without question the Atcon companies have provided much needed employment and income to families, particularly to many in this area, a region which has been hit hard by economic problems and business closures. [para. 6]

[11] At all material times, Robert Tozer was Atcon's President and Chief Executive Officer and Katrina Donovan, a chartered accountant, was Vice-President Finance/Administration and Chief Financial Officer. She was responsible for the preparation of Atcon's unaudited yearly financial statements. Neither Mr. Tozer nor Ms. Donovan testified or filed affidavit evidence on the motions in the court below.

[12] Atcon's financial statements for the fiscal years ending January 26, 2008 and January 31, 2009 show revenues of more than \$248 million and \$258 million, respectively. Yet, significant cash flow problems and bank loan defaults were part of the regular operational landscape for years, and Atcon did not hesitate to turn to the government for financial assistance. Indeed, the year before Atcon secured the loan guarantees totaling \$50 million, it obtained a government loan guarantee of more than \$13 million. In his February 14, 2013 report to the Speaker of the Legislative Assembly regarding related allegations of violations of the *Members' Conflict of Interest Act*, S.N.B. 1999, c. M-7.01, the Conflict of Interest Commissioner, the Hon. Patrick A.A. Ryan, Q.C., noted Atcon "had come knocking on the provincial government door with abundant success many times over the years" and Mr. Tozer "was politically colour blind in his unabashed demands for financial assistance from a succession of governments" (para. 5).

[13] Grant Thornton LLP is a limited liability partnership engaged in the practice of accounting, auditing and consulting from offices situated here and elsewhere in Canada. It is a member of Grant Thornton International Ltd. Grant Thornton LLP was retained by Atcon in early 2009 to audit its financial statements for F2009.

[14] Kent M. Ostridge is a partner of Grant Thornton LLP. He was responsible for the auditing services at issue in the action.

[15] In its Statement of Claim, the Province alleges the three defendants held themselves out as practicing and doing business under the name “Grant Thornton” and under the trademarks registered by Grant Thornton International Ltd.

[16] The Province commenced its action on June 23, 2014. If it knew or ought reasonably to have known before June 23, 2012 that Grant Thornton had breached the applicable standard of care, notably by failing to abide by Generally Accepted Auditing Standards in conducting the F2009 audit, as alleged in the Statement of Claim, the action would be barred by s. 5(1)(a) of the *Act*.

B. *Chronology of events before June 23, 2012*

[17] Atcon had been operating in New Brunswick since the 1970s. By the end of January 2005, it had accumulated approximately \$20 million of equity. In the years that followed, Atcon was successful in obtaining major construction contracts, particularly in Western Canada. Atcon’s volume of business increased from approximately \$50 million during the fiscal year ending January 2006 to over \$250 million, as reported in the financial statements for F2009. Notwithstanding this significant growth, Atcon had been struggling, at least since January 2007, to meet its financial obligations as they became due.

[18] Atcon’s cash flow problems persisted in F2009. In the fall of 2008, its senior management approached the Province seeking guarantees for loans with the Bank of Nova Scotia. Negotiations extended over the course of several months. On April 24, 2009, the Province advised Atcon its request for financial assistance had been conditionally approved. The Province would provide loan guarantees totaling \$50 million: \$20 million to repay existing subordinated debt; up to \$20 million in connection with a working capital loan; and \$10 million to cover capital expenditures at Atcon’s facilities in Miramichi. The

guarantees were subject to an external review of Atcon's assets by an auditing firm deemed satisfactory to the responsible Minister.

[19] On April 24, 2009, Atcon proposed the external review be performed by its auditors, Grant Thornton. The Province agreed on condition that Grant Thornton's review-related findings and opinions be communicated directly to it. Grant Thornton agreed.

[20] The F2009 audit field work was completed in early May. On May 19, 2009, Grant Thornton delivered its report regarding Atcon's consolidated financial statements for F2009. The report (sometimes referred to as the Opinion or Representation Letter) was sent to John Watt, a Project Executive Officer with Business New Brunswick who was involved in dealing with Atcon's request for financial assistance. It reads as follows:

In your letter dated April 24, 2009 related to financial assistance in the form of a government guarantee for Atcon Holdings Inc. you have requested a confirmation from the external auditor related to current assets consisting of receivables, inventory and other current assets. Based on discussions with Ms. Katrina Donovan, VP Finance and Administration – CFO we understand that this confirmation includes the status of the audit and a description of the procedures completed as part of the audit related to the assets identified in your letter.

The audit of Atcon Holdings Inc. also includes the audit of Atcon Construction Inc., Atcon Industrial Services Inc. and Envirem Technologies Inc. Based on our audit of the consolidated entity Atcon Holdings Inc. (the Company), current assets consist of accounts receivable, inventory, including raw materials, supplies, finished goods and work-in-progress, and other assets include prepaid expenses.

Our audit of the Company was completed in accordance with generally accepted auditing standards and our opinion states the financial statements [present] fairly "in all material respects" the financial position, result of operations and cash flows as at January 31, 2009. For the audit of the Company, materiality was set at \$1,200,000.

We have completed our field work and the audit report will be dated May 7, 2009. We have the following outstanding matters to complete before issuing our audit report:

- a) Obtain management representation letters;
- b) Finalize the financial statement disclosures;
- c) Update the legal letters currently received to May 7, 2009. We have currently received all legal letter replies and there were no exceptions;
- d) Receive a copy of the guarantee from the Province of New Brunswick in support of the new credit facility;
- e) Receive a copy of the new credit facility from the lending institution [Bank of Nova Scotia].

Once the above items are resolved Grant Thornton will be issuing an unqualified audit report on the Company's January 31, 2009 financial statements. Grant Thornton has provided management with all audit adjustments and these adjustments have been reviewed and approved by management.

[Emphasis added.]

[21] The report then outlined, in general terms, the procedures Grant Thornton had completed to date in conjunction with its audit. The report did not identify the specific evidence Grant Thornton examined to test whether the data disclosed in the consolidated financial statements were accurate. Nor did it set out what specific evidence was relied on to assess: the accounting principles that informed management's preparation of the financial statements; the significant estimates found therein; and the overall financial statement preparation.

[22] On June 18, 2009, Grant Thornton issued its Unqualified Auditor's Report. The Report confirmed: (1) Atcon's management prepared the F2009 financial statements; (2) Grant Thornton's responsibility was to express an opinion on those statements based on its audit; (3) an audit includes examining, on a test basis, evidence supporting the amounts and disclosures in the financial statements, assessing the accounting principles used and significant estimates made by management, and evaluating the overall financial statement presentation; (4) the audit had been conducted in accordance with Generally Accepted Auditing Standards, which required Grant Thornton "plan and perform an audit

to obtain reasonable assurance whether the financial statements are free of material misstatements”; and (5) in its opinion, the financial statements presented “fairly, in all material respects, the financial position of [Atcon] as at January 31, 2009, and the results of its operations and its cash flows for the year then ended in accordance with Canadian Generally Accepted Accounting Principles”.

[23] In footnote 19 to the F2009 audited financial statements, Atcon disclosed it had been in violation of its debt covenants with the Bank in January 2009 and that it had attempted to reset these covenants. The note confirmed a \$50 million guarantee had been obtained from the Province and acknowledged Atcon’s ability to continue operating over the next 12 months depended on its ability to maintain an adequate borrowing base and to meet the revised covenants with the Bank, and failure to do so would materially affect the F2009 financial statements.

[24] On June 30, 2009, the Province executed and delivered the guarantees. The motions judge found the Province did so based on Grant Thornton’s May 19, 2009 report to Mr. Watt, its Unqualified Auditor’s Report and the audited F2009 financial statements. No one has taken issue with that finding.

[25] Under the credit agreement with the Bank, Atcon was required to provide monthly statutory declarations setting out its borrowing base (i.e. what was available for the Bank to lend against). These declarations were prepared and provided by Ms. Donovan or under her supervision. In short order after the guarantees were executed by the Province, the Bank retained Ernst & Young, an accounting, auditing and consulting firm, to review Atcon’s financial affairs.

[26] On August 4, 2009, Ernst & Young provided the Bank with an Interim Report regarding Atcon’s statutory declaration that its borrowing base as of June 6, 2009 amounted to \$26.2 million. In its Interim Report, Ernst & Young states:

We have identified in this report errors totalling \$2.8 million which have the cumulative effect of reducing the June

Borrowing Base by 10% from \$26.2 million to \$23.5 million. Management agrees these items are in fact errors.

We have also identified a number of potentially non-compliant items totalling \$18.6 million (Exhibit A) which may or may not have been properly treated by Management in calculating the June Borrowing Base. Management believes no adjustment is necessary in respect of these items. In that regard, we make the following recommendations:

1. The Bank should review each of the potentially non-compliant items listed in Exhibit A to determine if additional adjustments to the June Borrowing Base are necessary; and
2. The Bank should meet with Management to review its borrowing base reporting requirements to ensure Management fully understands what it has to do each month to be fully compliant in calculating and reporting the borrowing base.

[Emphasis added.]

[27] Items were “potentially non-compliant” because they may not have strictly conformed to the credit agreement between the Bank and Atcon. In his testimony before the Conflict of Interest Commissioner on December 21, 2010, Mr. Watt, a chartered accountant, opined the disagreement between Ms. Donovan, also a chartered accountant, and Ernst & Young was arguably run-of-the-mill:

A. At this point in time, [...] company management did not agree with Ernst & Young that these were non-compliant. The company argued that no adjustment was necessary. So you have basically a difference of opinion with a [Chartered Accountant] that works for the company and an outside consulting firm that’s working for the bank. The bank’s accountants are going to take the most cautious approach they can and the company’s going to take the most liberal approach they can. That’s...you see that every day. What the recommendations were, that the bank should go back in and look at every one of these and determine whether or not an adjustment was necessary in the accounting records.

[28] The Ernst & Young Interim Report was received as evidence in the court below, but not for the truth of its contents.

[29] In October 2009, the Bank extended additional credit to Atcon for the implementation of a restructuring plan. However, Atcon soon ran out of working capital. This occurred, according to Mr. Watt's testimony before the Conflict of Interest Commissioner, because of operating losses and the "sudden shutdown" of Atcon's Western Canada operations.

[30] On February 25, 2010, the Bank applied for a receivership order under s. 33 of the *Judicature Act*, R.S.N.B. 1973, c. J-2, Rule 41 of the *Rules of Court* and s. 243 of the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3. The targeted Atcon corporations were: Atcon Group Inc., Atcon Holdings Inc., Atcon Property Holdings Inc., Atcon Veneer Products Inc. and Atcon Logistics Inc. The Bank also sought relief under the *Companies' Creditors Arrangement Act*, R.S.C. 1985, c. C-36, with respect to seven other Atcon corporations: Atcon Construction Inc., Atcon Industrial Services Inc., Atcon Management Services Inc., Atcon Civil Ltd., Dycon Construction Ltd., Atcon Structures Inc. and Envirem Technologies Inc. In connection with these proceedings, Ernst & Young filed a Proposed Monitor's Report in which it reviewed Atcon's dire financial situation before recommending the Court accept the Bank's application with a view to assessing "whether any solutions that will preserve the value of [the seven Atcon corporations] might be achievable". The Bank relied on an affidavit by Rocco Fabiano, the assistant General Manager of its Special Accounts Management division who was responsible for the administration of the outstanding advances to Atcon, Ernst & Young's Interim Report pertaining to the statutory declaration for Atcon's borrowing base as of June 6, 2009 and its Proposed Monitor's Report. Counsel for the Attorney General attended the hearings and, as a result, became privy to the contents of those documents.

[31] On March 1, 2010, a judge of the Court of Queen's Bench allowed the Bank's applications and appointed Ernst & Young Receiver and Receiver-Manager under the *Bankruptcy and Insolvency Act* and Monitor under the *Companies' Creditors*

Arrangement Act. A few days later, the Bank demanded payment of the \$50 million under the guarantees. On March 18, 2010, the Province complied.

[32] On June 15, 2010, a judge of the Court of Queen's Bench rejected an application by Atcon to extend the period of creditor protection under the *Companies' Creditors Arrangement Act* by a further two months. Atcon contended it needed more time to reset its operations and secure contracts over the summer. The judge found an extension would be futile.

[33] In August 2010, the Province retained RSM Richter Inc., an accounting and auditing firm, to review and comment on Atcon's financial position as of January 31, 2009. RSM Richter was not hired to assess whether Grant Thornton's audit of Atcon's financial statements for F2009 had been performed in accordance with Generally Accepted Auditing Standards.

[34] As mentioned, Mr. Watt testified before the Conflict of Interest Commissioner. He described the findings in the Ernst & Young Interim Report pertaining to the June 2009 borrowing base declaration as follows:

A. They [Ernst & Young] found what, in their opinion, were a number of errors in the reporting by the company where they were in fact including receivables that should not have been in the receivable list and should have been in the work in progress list. They had a question on the dating of some of the receivables as to whether or not they should have been included in the receivable list. And they're claiming that the company was under-reporting statutory debts such as HST, employee source deductions, all of which would come off the borrowing base. So effectively, what they were saying is the company was misleading them on what was available for the bank to lend against. Without getting into specific numbers...

Q. Okay.

A. ...they're basically claiming that the company was misleading the bank.

THE COMMISSIONER: Was this intentional or is it just negligence, sloppy bookkeeping?

MR. WATT: I...I don't know the answer to the question. It certainly should not have happened. I mean Katrina Donovan was a chartered accountant. She came out of one of the big accounting firms. She should have...this should not have happened. Ultimately, it was her responsibility, so she...she was signing the statutory declarations to the bank every month saying that the information was correct.

THE COMMISSIONER: In your view, were these serious omissions on...

MR. WATT: Oh, very...very serious.

THE COMMISSIONER: Yeah. Okay.

MR. WATT: These are...these are multi-million dollar errors.

[Emphasis added.]

[35] On February 4, 2011, RSM Richter provided the Province with a Draft Report. It was based on work performed from August to December 2010, a period during which Atcon had ceased operations and was being liquidated.

[36] In its Draft Report, RSM Richter explains it was retained "to determine whether or not the financial statements [for F2009] have been prepared in all material respects in accordance with Generally Accepted Accounting Principles". The unchallenged affidavit evidence of one of the authors, Andrew Adessky, is that: RSM Richter's inquiry in furtherance of that mandate "is separate and distinct from an inquiry into whether [Grant Thornton] conducted its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards"; RSM Richter's Report "does not provide any opinion on, nor should any comment in [the Report] be construed as an opinion on, the work of Atcon's auditor Grant Thornton"; and

no such opinion could be arrived at without accessing and reviewing Grant Thornton's audit-related files. Neither RSM Richter nor the Province has had access to those files.

[37] RSM Richter's Draft Report was subject to significant limitations and restrictions, including its inability to confer with the most senior members of Atcon's management team (Mr. Tozer and Ms. Donovan) with knowledge of Atcon's financial information (see Section 1.2 and Appendices 1 and 2 to the RSM Richter Report, and para. 10 of the Adessky affidavit). RSM Richter cautioned that its interpretation and understanding of Atcon's records and accounting data did not reflect senior management's views. Subject to those limitations and restrictions, RSM Richter expressed the following opinions regarding the Atcon financial statements for F2009: (1) they had not been prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles, in all material respects; and (2) they overstated Atcon's assets and net earnings by between \$28.3 million and \$35.4 million. In the motions judge's view, the overstatement was significant and should have led the Province to infer Grant Thornton had not carried out its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards and that it had a potential claim in negligence against Grant Thornton.

C. *Chronology of events following June 22, 2012, and, therefore, within the two-year limitation period*

[38] On November 30, 2012, RSM Richter issued its Final Report. It did not diverge from the February 4, 2011 Draft Report to any material degree.

[39] On December 21, 2012, the Deputy Minister of Economic Development sent a letter to the New Brunswick Institute of Chartered Accountants advising the Province was proceeding with a formal complaint against Grant Thornton LLP. He did not identify the nature of the complaint, but attached a copy of the Final RSM Richter Report, which, as noted, did not proffer any opinion regarding the quality of Grant Thornton's auditing work. The Institute would later assist the Province in formulating three allegations of

potentially objectionable conduct against Grant Thornton LLP, Mr. Ostridge and Ms. Donovan.

[40] Grant Thornton LLP and Mr. Ostridge objected to the Institute's jurisdiction to deal with the counts on the grounds they were frivolous and vexatious. Documents in support of the objection were filed with the Institute but have not been produced for inspection by the Province. The objection was eventually rejected, but the Institute has yet to deal with the substance of the allegations. In its view, this cannot be done without access to Grant Thornton's audit-related files, which the latter has steadfastly refused to produce for inspection.

D. *The relevant features of the pleadings for summary judgment purposes*

(1) The Statement of Claim

[41] In paragraphs 7-18 of the Statement of Claim, the Province refers to the preliudial events for the execution, on June 30, 2009, of the guarantees and describes Grant Thornton's influence through its role in the satisfaction of two conditions precedent, the External Review and Direct Reporting Conditions. The Province asserts its acceptance of Grant Thornton, Atcon's auditor at the time, for the purpose of satisfying the External Review Condition was subject to the requirement that it "provide a letter directly to the Province setting out the audit procedures used for the Atcon audit and providing Grant Thornton's opinion" (the Direct Reporting Condition). The Province states Grant Thornton purported to satisfy both Conditions by providing directly to the Province, in its May 19, 2009 report, confirmation: it had performed its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards; and, in its opinion, Atcon's financial statements for F2009 presented fairly, in all material respects, its financial position, result of operations and cash flows as at January 31, 2009. Soon after, more precisely on June 18, 2009, Grant Thornton delivered its Unqualified Auditors' Report and the F2009 Audited Financial Statements.

[42] At paragraph 20, the Province makes the following allegations:

20. At all material times, Grant Thornton knew, or ought to have known, that:

- a) one of the purposes for which the Atcon F2009 Audited Financial Statements and [its] F2009 Unqualified Auditors' Report were prepared and provided to the Province was to fulfill the External Review Prior Condition and the Direct Reporting Condition for the Guarantees;
- b) the Atcon F2009 Audited Financial Statements and the [Grant Thornton] F2009 Unqualified Auditors' Report were intended to be, and in fact were, relied upon by the Province in fulfillment of the External Review Prior Condition and the Direct Reporting Condition and in deciding to execute and deliver the Guarantees to Atcon and [the Bank of Nova Scotia];
- c) the Province relied on Grant Thornton to conduct the "external review" of Atcon and to perform the appropriate review, investigation and audit procedure in the F2009 Audit without conflict of interest to justify Grant Thornton's opinion as to the fairness of Atcon's financial statements prepared by Atcon management;
- d) the Province would suffer loss if Grant Thornton did not perform the F2009 Audit in accordance with [Generally Accepted Auditing Standards] and without conflict of interest; and
- e) the Province would suffer loss if the Atcon F2009 Audited Financial Statements were not prepared in accordance with [Generally Accepted Accounting Principles] and contained material misstatements.

[43] Paragraph 32 sets out succinctly the Province's allegations of negligence against Grant Thornton. It reads as follows:

32. Grant Thornton, negligently, and in breach of its duties to the Province:

- a) failed to conduct the F2009 Audit in accordance with [Generally Accepted Auditing Standards];

- b) failed to exercise the care, diligence, and skill of an auditor of reasonable competence and prudence;
- c) failed to exercise the care, diligence, and skill of an auditor with special knowledge and expertise in the consolidated business operations of Atcon (which Grant Thornton held itself out to possess);
- d) rendered an unqualified Opinion with respect to Atcon's F2009 Audited Financial Statements when those statements did not present fairly, in all material respects, the financial position of Atcon as at January 31, 2009 and the results of its operations and the changes in its financial position for the year then ended in accordance with [Generally Accepted Accounting Principles]; and
- e) acted in conflict of interest.

[44] The issue raised by the allegation in the last sub-paragraph was not pressed in first instance and does not inform any of the decisions under appeal. Nothing further need be said on the point.

(2) The Statements of Defence

[45] Two Statements of Defence have been filed, one by Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge, the other by Grant Thornton International Ltd.

[46] Both Statements of Defence deny the allegations of negligence in sub-paragraphs 32(a)-(d) of the Statement of Claim. Paragraph 28 of the Statement of Defence of Grant Thornton LLP and Mr. Ostridge bears mention. It reads as follows:

28. As to the allegations contained in paragraph 32 of the Plaintiff's Statement of Claim, the Defendants:

- a) deny that they owed any duty of care to the Plaintiff as alleged by the Plaintiff and put the Plaintiff to the strict proof thereof;

- b) state and the fact is that the 2009 audit was conducted in accordance with [Generally Accepted Auditing Standards] and without conflict of interest;
- c) state and the fact is that all proper and required due diligence, skill, competence, prudence, knowledge, experience and professional judgments were exercised by the Defendants in the conduct of the 2009 audit; and
- d) state and the fact is that the 2009 Financial Statements presented fairly in all material respects the overall financial position, results of operations and cash flows of Atcon as at and for the fiscal year ended January 31, 2009.

[Emphasis added.]

[47] In both Statements of Defence, the *Act* is pleaded as a bar to the action. In their joint Statement of Defence, Grant Thornton LLP and Mr. Ostridge plead s. 5(1)(a) and submit the action is time-barred because the Province “first had or ought reasonably to have had the requisite knowledge of the alleged claims more than two years before this action was commenced”.

[48] Several other defences are raised in the Statements of Defence but none require consideration. That is so because the Notices of Motion do not seek dismissal of the action on the merits. That strategic choice may have been prompted by concerns over production of the audit-related files.

(3) The Reply regarding the limitation defence

[49] The Province filed, with leave of the motions judge, a Reply to each Statement of Defence. With respect to the limitation defence, the Province asserts: (1) the facts required to determine whether a breach of the standard of care occurred are within Grant Thornton’s exclusive knowledge; (2) the Province did not know those facts before commencing the action; (3) the facts in question were and continue to be concealed by Grant Thornton; and (4) that concealment “suspends operation of any limitation period”. A few words about the issue of concealment.

[50] Section 16 of the *Act* provides wilful concealment by the defendant of the existence of a claim precludes reliance on the expiry of the 15-year limitation period prescribed by s. 5(1)(b) as a defence to the claim. Section 16 does not apply to s. 5(1)(a). The defendant's wilful concealment may explain the claimant's ignorance of the existence of the claim, but the issue under s. 5(1)(a) is whether the claimant knew or ought reasonably to have known two years before the action was commenced that he or she had a claim; the claim was either discovered or it was not.

[51] In its Reply, the Province goes on to deny the application of s. 5(1)(a) and its two-year limitation period. The Province contends the action is for the recovery of money owing to the Crown and, as such, it was commenced well within the longer limitation period prescribed under s. 27.1, which read as follows at the time:

27.1 Despite anything else in this Act, if the limitation period that applies to a claim by the Crown for the recovery of money owing to it would, if not for this section, expire after the commencement of this section but before July 1, 2021, that limitation period expires on July 1, 2021.

[Emphasis added.]

27.1 Malgré l'une quelconque des autres dispositions de la présente loi, expire le 1^{er} juillet 2021 tout délai de prescription applicable à une réclamation visant le recouvrement d'une créance de la Couronne qui, n'était le présent article, aurait expiré après l'entrée en vigueur du présent article, mais avant le 1^{er} juillet 2021.

[J'ai souligné.]

It bears noting that, at the time the action was commenced, the expiry for the limitation period under s. 27.1 was May 1, 2016. However, nothing turns on the difference.

[52] In his February 25, 2019 decision dismissing the action, the motions judge found s. 27.1 was inapplicable. He did so for the following reasons:

Section 27.1 supersedes any other limitation set out in the LAA in any action where the Province is the plaintiff provided that the action falls within the parameters of the section.

Those parameters, i.e. the elements of the section, are,

- a) whether it is a “claim” by the Crown;
- b) whether it is for the recovery of money; and
- c) whether it is for money that is owing.

The term “claim” is defined in section 1(1) of the *Act* as follows:

“claim” means a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission. (*réclamation*)

Clearly this action meets the criteria of that definition as the Crown seeks to remedy a loss it suffered as a result of what it alleges was an act or omission, i.e. the negligence of the defendants.

It is also clear that the claim is for the recovery of money.

The issue, then, is whether or not it is a claim for the recovery of money that is “owing”.

In the text S.M. Waddams, *The Law of Damages* (Canada Law Book, 2014) (loose-leaf revision 25: November 2016) the authors state at 7.10:

7.10 There is an important distinction between debt and damages; in an action on a debt the plaintiff claims money that is owed as money. The law of damages is concerned with the assessment of money compensation for legal wrongs -- the translation, so to speak, of a legal wrong into a money sum. But in the case of a debt there is no translation to be done. To say that the debt is due is to say that the amount of the debt is recoverable. [...]

This action is a tort claim for negligence. In bringing this action the Province asks the court to translate that legal wrong, that negligence, into a money sum that is owing to it. It is a claim for damages, not a claim for debt or for money owing to the Crown. Whether or not the money it paid pursuant to the loan guarantees is owing by these defendants to the Province is, in fact, the overarching issue that the Province seeks to have resolved in this litigation. That is clear from the statement of claim.

I therefore find that the claim being made by the Province in this action does not satisfy the third element of section 27.1 of the LAA because it is not a claim for the recovery of money that is “owing” to the Crown.

I further find that section 27.1 of the LAA does not apply to this action. [paras. 43-52]

[53] Grant Thornton supports the motions judge’s analysis and interpretation of s. 27.1. So do I. Grant Thornton adds the motions judge’s reasons are buttressed by the Legislature’s use of the word “créance” in the French version to describe the object of s. 27.1. I agree.

[54] While I find interesting the argument that the word “créance” may be indicative of a legislative intention to confine the application of s. 27.1 to money owing under a debtor-creditor or other comparable relationship, delineating the precise contours of s. 27.1’s reach is not required to dispose of the appeal. I close the discussion of this topic with a word or two about the rules of pleading and the burden of proof and persuasion in connection with s. 5(1)(a).

[55] Different understandings of the effect of the judge-made discoverability rule have long permeated the litigation bar. Some jurists view the rule as a means of identifying when a cause of action accrued. Others see the rule as an estoppel for the application of a statutory time limit. Prior to the adoption of s. 5(1)(a), where the defendant pleaded the expiry of the statutory time limit and the plaintiff wished to make the case for the discoverability rule’s application as an estoppel, a Reply setting out supporting facts was considered good practice, if not essential (see *Goyetche et al. v. International Union of Operating Engineers et al.*, 2019 NBCA 16, [2019] N.B.J. No. 36 (QL), at para. 44). In that context, the plaintiff bore the burden of proving facts justifying the rule’s application.

[56] The discoverability rule has now been codified as a limitation period under s. 5(1)(a). The defendant who raises its expiry as a defence must provide in the Statement of Defence a concise statement of the material facts on which he or she relies. Moreover, the defendant must prove those facts. Under Rule 27.07(2), every material allegation of

fact in the Statement of Defence is deemed to be denied where the plaintiff fails to deliver a Reply. In a related submission, Grant Thornton points to the suggestion in Mew, Rolph and Zacks, *The Law of Limitations*, 3rd ed. (Toronto: LexisNexis Canada, 2016) that once the defendant has pleaded a limitation defence, “the plaintiff will be required to show when time began to run” (para. 5.38). That may be so in Ontario, perhaps because of the particular wording of its *Limitations Act, 2002*, S.O. 2002, c. 24, Sch. B, notably the presumption that the plaintiff discovered the material facts on which the cause of action rests on the day the defendant’s culpable acts or omissions occurred. In this jurisdiction, there is no such presumption, and the party who asserts must prove.

E. *The Notices of Motion for summary judgment*

[57] Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge filed a joint Notice of Motion for summary judgment. Grant Thornton International filed its own Notice of Motion. Both Notices of Motion articulated the same ground for relief: “the [Province] first discovered or ought reasonably to have discovered its claim against [all defendants] on or before February 4, 2011, when the [Province] received [RSM Richter’s] report which concluded that Atcon Holdings Inc.’s financial statements were not prepared in accordance with [Generally Accepted Accounting Principles]”. Neither Notice of Motion identified March 18, 2010, or any other date previous to February 4, 2011, as the starting point for the limitation period under s. 5(1)(a).

[58] In its pre-hearing brief, Grant Thornton International did not argue the Province discovered it had a claim on March 18, 2010. It took the position that the Province discovered it had a claim on February 4, 2011, following receipt of the RSM Richter Draft Report. That submission was harmonious with the Notices of Motion.

[59] However, in their pre-hearing brief, Grant Thornton LLP and Kent M. Ostridge contended, without leave to amend their Notice of Motion, that the Province first discovered or ought reasonably to have discovered its claim against them on March 18, 2010, when it paid \$50 million to the Bank pursuant to the Guarantees. This submission

should not have been entertained since March 18, 2010 was not pleaded in the Notices of Motion as a starting date for s. 5(1)(a) purposes (see Rule 37.03(b)). However, the issue is not raised on appeal, and I will say no more on the procedural point.

[60] The motions for summary judgment were supported by affidavits of Kent M. Ostridge, Norman Victor Raynard (Grant Thornton LLP's Regional Managing Partner for Western Canada), Miranda Joy Munroe (a litigation assistant with the firm of solicitors acting for Grant Thornton LLP and Mr. Ostridge) and Jonathan Block of Bethesda, Maryland (Senior Counsel for Grant Thornton International). The Ernst & Young Interim Report regarding Atcon's June 2009 borrowing base declaration was attached as an exhibit to one of Mr. Ostridge's affidavits.

[61] In opposition to the motions, the Province filed and relied on an affidavit of Mr. Adessky, a partner at RSM Richter and one of the authors of its Draft and Final Reports. The Province also filed and relied on an affidavit of George Kinsman, one of the authors of the Ernst & Young Interim Report and Proposed Monitor's Report.

F. *The key elements of the evidential record*

(1) The Ernst & Young Interim Report and Proposed Monitor's Report

[62] The Ernst & Young Interim Report was admitted in evidence over the Province's objection. However, it was not admitted for the truth of its contents or for the truth of any opinion expressed therein.

[63] The purpose of the Ernst & Young Interim Report was to assess the accuracy of the statutory declaration provided by Atcon to the Bank with respect to its borrowing base as at June 6, 2009. As noted, Ms. Donovan, a chartered accountant with Atcon, and the authors of the Ernst & Young Interim Report disagreed over whether \$18.6 million in the borrowing base had been properly treated by Atcon in the statutory declaration. The Province underscores the declaration was provided months after the timeframe of the F2009 audited financial statements.

[64] As for the Proposed Monitor's Report, it was produced for the purposes of the Bank's application under the *Companies' Creditors Arrangement Act*.

(2) Affidavit of George Kinsman

[65] As noted, Mr. Kinsman is one of the authors of the Ernst & Young Interim Report and the Proposed Monitor's Report. In his affidavit, Mr. Kinsman confirms the following: Ernst & Young did not assess whether Grant Thornton's audit was Standards-compliant; neither the Ernst & Young Interim Report nor the Proposed Monitor's Report were concerned with the F2009 audited financial statements or the Grant Thornton audit; and neither report should be read as expressing any opinion with respect to either the F2009 Audited Financial Statements or the work of Grant Thornton.

(3) Testimony of John Watt before the Conflict of Interest Commissioner

[66] As mentioned, Mr. Watt testified before the Conflict of Interest Commissioner. The crux of his evidence regarding the Ernst & Young Interim Report was as follows:

A. They [Ernst & Young] found what, in their opinion, were a number of errors in the reporting by the company where they were in fact including receivables that should not have been in the receivable list and should have been in the work in progress list. They had a question on the dating of some of the receivables as to whether or not they should have been included in the receivable list. And they're claiming that the company was under-reporting statutory debts such as HST, employee source deductions, all of which would come off the borrowing base. So effectively, what they were saying is the company was misleading them on what was available for the bank to lend against. Without getting into specific numbers...

Q. Okay.

A. ...they're basically claiming that the company was misleading the bank.

THE COMMISSIONER: Was this intentional or is it just negligence, sloppy bookkeeping?

MR. WATT: I...I don't know the answer to the question. It certainly should not have happened. I mean Katrina Donovan was a chartered accountant. She came out of one of the big accounting firms. She should have...this should not have happened. Ultimately, it was her responsibility, so she...she was signing the statutory declarations to the bank every month saying that the information was correct.

THE COMMISSIONER: In your view, were these serious omissions on...

MR. WATT: Oh, very...very serious.

THE COMMISSIONER: Yeah. Okay.

MR. WATT: These are...these are multi-million dollar errors.

[Emphasis added.]

(4) The RSM Richter Draft and Final Reports

[67] In its February 2011 Draft Report and November 2012 Final Report, RSM Richter expressed the opinions, subject to specified restrictions and limitations, that Atcon had not prepared the F2009 financial statements in accordance with Generally Accepted Accounting Principles, in all material respects, and that its assets and earnings had been overstated by between \$28.3 million and \$35.4 million.

[68] However, neither Report contains any observation or opinion regarding the quality of Grant Thornton's F2009 audit.

(5) Evidence of Andrew Adessky

[69] Andrew Adessky signed the Draft and Final RSM Richter Reports. His affidavit evidence, which stands unchallenged, is as follows:

3. [RSM Richter] was retained by PNB to review and determine whether Atcon's January 31, 2009 financial statements were prepared in all material respects in accordance with Generally Accepted Accounting Principles ("GAAP"). Our conclusion, subject to the limitations set out in the [RSM Richter] Report, is that the financial statements were not prepared in accordance with GAAP in all material respects.

4. Our mandate, and the inquiry we undertook to reach our conclusions, is separate and distinct from an inquiry into whether the external auditor of Atcon conducted its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards ("GAAS"). Our finding that the financial statements were not prepared in accordance with GAAP does not mean that the auditor who audited same failed to comply with GAAS in the conduct of its audit. The two inquiries are separate and distinct and should not be conflated.

5. In order for [RSM Richter] to have provided an opinion on the work performed by Grant Thornton LLP ("Grant Thornton") as auditor of Atcon's financial statements:

(a) [RSM Richter] would have had to have access to and undertaken a full review of Grant Thornton's audit working paper files related to the Atcon audit. Access to additional information, arising from review of the Grant Thornton audit working paper files, may have also been required.

(b) [RSM Richter's] Inquiry would have been focused upon compliance with GAAS. A summary of the GAAS principles that would have applied is attached [...]

6. [RSM Richter] did not have access to the audit working paper files of Grant Thornton, which files would include an audit plan showing their approach for conducting the audit, as well as the information known to, and considered by, the auditor in performing their audit and supporting their opinion on the January 31, 2009 financial statements.

7. The [RSM Richter] Report does not provide any opinion on, nor should any comment in the [RSM Richter] Report be construed as an opinion on, the work of Atcon's auditor Grant Thornton.

8. Based on the records, documents and information available to us, we were not in a position to discover, or express any opinion on, whether Grant Thornton conducted its audit work in compliance with GAAS.

9. Further, [RSM Richter] itself did not conduct an audit or verification of Atcon's financial information or accounting systems in accordance with GAAS.

[Emphasis added.]

(6) Evidence of the respondent Kent M. Ostridge

[70] In his testimony, Mr. Ostridge was taken through the contents of the Draft and Final RSM Richter Reports. He made the point that the reports featured references to what he described as "auditing concepts". Mr. Ostridge expressed the view that the opinions and conclusions in the RSM Richter Draft Report "would call into question the completion of the audit in accordance with [Generally Accepted Auditing Standards] by the auditor" and "would lead a reasonable person to question the conclusions that Grant Thornton made in its audit report" (emphasis added). However, Mr. Ostridge did not testify that those opinions and conclusions would lead a reasonable auditor to find Grant Thornton's audit had not been carried out in accordance with those Standards.

[71] Indeed, Mr. Ostridge conceded on cross-examination his knowledge of Atcon's insolvency and the issues identified in the Ernst & Young Interim Report (errors and misstatements in the statutory declaration setting out Atcon's borrowing base as of

June 6, 2009) did not cause him to question whether Grant Thornton met its standard of care in the conduct of the F2009 audit. Mr. Ostridge acknowledged the disclosures Atcon made in footnote 19 to the F2009 financial statements, including the caution that its ability to continue operating for the next year hinged on its ability to maintain an adequate borrowing base and to meet its revised covenants with the Bank.

[72] Additionally, Mr. Ostridge expressed agreement with the following proposition:

Whether the auditor has performed an audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards is determined by the audit procedures performed in the circumstances, the sufficiency and appropriateness of the audit evidence obtained as a result thereof and the suitability of the auditor's report based on an evaluation of that evidence.

[73] In a January 27, 2009 letter to Mr. Tozer, which was admitted in evidence in the course of Mr. Ostridge's cross-examination, Grant Thornton explained that an auditor conducting an audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards "obtains reasonable assurance that the financial statements taken as a whole are free of material misstatement, whether caused by fraud or error." The letter goes on to emphasize that it is "important to recognize that an auditor cannot obtain absolute assurance that material misstatements in the financial statements will be detected." The letter further makes the point that Grant Thornton "cannot guarantee that fraud, error and illegal acts, if present, will be detected when conducting an audit in accordance with Canadian Generally Accepted Auditing Standards."

[74] Finally, Mr. Ostridge stated Grant Thornton's audit-related files include the following: its audit plan; the identity of the personnel involved in the audit; the data received and relied upon; the verifications and assumptions made, and action taken; the data and representations provided by Atcon; the analyses and testing conducted; the instances in which professional judgement was exercised; the evidence found to be persuasive and the supporting reasons; and third party confirmation letters and source documents received. Mr. Ostridge confirmed the essential role of the audit files in

determining whether an audit was performed in accordance with Generally Accepted Auditing Standards and reiterated that an audit is not a guarantee that the financial statements are free from material misstatements.

G. *Rule 31 and documentary production*

[75] Rule 31.02(2) reads as follows:

31.02(2) Every document which relates to a matter in issue in an action and which is in the possession or control of a party to the action, shall be produced for inspection if requested, as provided in this rule, unless privilege is claimed in respect of that document.	31.02(2) Tout document qui a trait à une question en litige dans une action et dont une partie a la possession ou le contrôle doit, sur demande, être produit pour examen conformément à la présente règle, à moins qu'il n'y ait revendication de privilège à son égard.
---	---

The Province requested production of Grant Thornton's audit-related files, including all of its audit working papers and the documentation filed in support of its submission to the New Brunswick Institute for Chartered Accountants that the Province's complaint was vexatious and frivolous. Grant Thornton has not claimed a privilege in respect of those documents.

[76] Rule 31.03(2) provides as follows:

31.03(2) Within 10 days after receipt of a Notice Requiring Affidavit of Documents a party shall file and serve on every other party an Affidavit of Documents (Form 31B).	31.03(2) La partie qui reçoit un avis de production d'un affidavit des documents doit, dans les 10 jours, déposer et signifier à chaque autre partie un affidavit des documents (formule 31B).
--	--

Had Grant Thornton complied with its obligations under Rule 31.03(2), it would have listed in Schedule "A" of its Affidavit of Documents the documents in its audit-related files, and it would have had to produce for inspection those documents. As noted, Grant Thornton has not claimed any privilege over the documents in question.

H. *The gist of the decisions under appeal*

(1) Preliminary decision dated March 15, 2018 (2018 NBQB 63)

[77] The judge's preliminary decision deals with a host of procedural issues. Its salient parts bear reproducing for contextualization purposes:

On March 2, 2018 the Province filed a motion to adjourn or dismiss the summary judgment motions pending completion of documentary discovery.

In the alternative it requests that the motions be adjourned or dismissed until the defendants produce,

- a) their full working papers and audit files relating to the audit referred to in the May [19], 2009 Opinion Letter [to John Watt]; and
- b) all written submissions made by [Grant Thornton] LLP and [Kent] Ostridge to the New Brunswick Institute of Chartered Accountants in response to a complaint against them filed by the Province wherein the defendants argued that the materials submitted in support of the complaint were insufficient for the complaint to be referred to a Disciplinary Panel (the "key documents").

In its motion the Province also requests leave to cross-examine Kent Ostridge, Norman Victor Raynard and Jonathan Block ("the deponents") on the key documents as well as their affidavits filed in support of the summary judgment motions.

It also requested leave to file Replies to the two statements of defence.

Prior to the hearing the Province also notified the defendants and the court of its intention to object to the admissibility of certain paragraphs of the Ostridge, Raynard, Block and Munroe affidavits filed in support of the motions as well as certain exhibits attached to those affidavits. [As will be seen, the Notice of Appeal takes issue with the judge's rejection of the Province's objection to the admissibility of some

paragraphs and exhibits that form part of Mr. Ostridge's and Ms. Monroe's affidavit evidence.]

[...]

The defendants opposed the Province's motion to file Replies, primarily on the basis of the lengthy delay since they agreed in November, 2014 that the pleadings were closed. However, leave was granted at the close of argument on the grounds, *inter alia*, that while it has been a long time since the pleadings closed, the litigation has not proceeded to the point where late filing of the Replies would cause prejudice to the defendants. Those Replies have now been filed.

[...]

In my view the special circumstances that justify an order for cross-examination in this case are the complexity of the litigation and the potential finality of this type of motion. Based on those factors, combined with the dispute as to the effect of the [RSM Richter] report as portrayed in both the Ostridge and Raynard affidavits and the [Ernst & Young] report in the Ostridge affidavit and the fact that the deponents are available for cross-examination, I will exercise my discretion and order that both Kent Ostridge and Norman Victor Raynard appear before this court to be cross-examined and re-examined on their affidavits.

The only limit I will place on cross-examination of matters raised in their affidavits will be in respect to the proceedings before the [New Brunswick Institute of Chartered Accountants]. I am not persuaded that the position taken by the defendants in that proceeding which the Province initiated in December 2012, is relevant to the issue of whether or not the Province knew or ought to have known that it had a cause of action against the defendants before June 23, 2012 which is what the moving parties must prove to succeed in these motions. Consequently, I will only allow cross-examination concerning the [New Brunswick Institute of Chartered Accountants] proceeding on the issue of what other documents were disclosed to the defendants as part of that process.

The Province has provided no grounds whatsoever for cross-examining Jonathan Block on [Grant Thornton

International's] motion so its application for leave to do so is dismissed. [paras. 9-13, 16, 28-30]

[78] Some of the judge's evidentiary rulings are challenged in the Notice of Appeal and the Province's grounds for doing so are outlined later in these reasons, for the sake of thoroughness. However, none were pursued in the Province's written submission and at the hearing on appeal. Given my reasons for setting aside the summary judgment no useful purpose would be served by addressing those grounds beyond acknowledging their inclusion in the Notice of Appeal.

(2) The February 25, 2019 decision on the motion for summary judgment (2019 NBQB 36)

[79] The following excerpts are particularly germane to the issues of if and when the Province discovered Grant Thornton's failure to conduct its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards:

That leaves the issue of when, if ever, the Province knew or ought to have known that the defendants breached the standard of care. In the Statement of Claim the province alleges at paragraph 32:

32. Grant Thornton, negligently, and in breach of its duties to the Province:

(a) failed to conduct the F2009 Audit in accordance with GAAS;

(b) failed to exercise the care, diligence, and skill of an auditor of reasonable competence and prudence;

(c) failed to exercise the care, diligence, and skill of an auditor with special knowledge and expertise in the consolidated business operations of Atcon (which Grant Thornton held itself out to possess);

(d) rendered an unqualified Opinion with respect to Atcon's F2009 Audited Financial Statements when those statements did not present fairly, in all material respects the financial position of Atcon as at January 31, 2009 and the results of its operations and the changes in its financial position for the year then ended in accordance with GAAP; and

(e) acted in conflict of interest.

(a) *The motions judge's finding of March 18, 2010 as the starting date*

Knowledge of any one of those allegations would amount to knowledge that the defendants had breached the standard of care. I find that with the knowledge that the Province had by March 18, 2010 it ought to have been able to infer that the defendants had committed most, if not all of those breaches of the standard of care. It may not have had all the information it needed to prove each of them but I find that given the rest of what it knew or ought to have known by then, the conclusion that the defendants had breached them would also have been inescapable.

I therefore further find that by March 18, 2010 the Province had discovered that it had a potential claim against the defendants for negligence.

While that finding disposes of these motions I feel it is incumbent on me to make provisional findings on what occurred later in case that finding is overturned.

(b) *The motions judge's finding of February 4, 2011 as an alternate starting date*

At this point it is worthwhile re-producing a portion of the Executive Summary of the [RSM Richter] Report. After making the point that they took a conservative approach to quantifying accounts and did not utilize assumptions that would result in an overstatement of misstatements in the F2009 Financial Statements, [RSM Richter] states:

... Notwithstanding this approach, we are of the opinion that these financial statements have not been

prepared in accordance with GAAP in all material respects. We estimate that Atcon's F2009 assets and net earnings had overstatements ranging between 28.3 million and 35.4 million dollars ...

That is a very strong opinion given that [RSM Richter] had no access to senior management's knowledge, and that it is based on limited assumptions. While it does not comment on the [Grant Thornton] opinion, it directly contradicts it, presumably based in no small measure on [RSM Richter's] alarming estimates of Atcon's overstatement of its net assets and earnings.

Possibly the most telling evidence concerning the state of the Province's knowledge arising from the [RSM Richter] Report is a letter from the Deputy Minister of Economic Development, Bill Levesque, dated December 21, 2012 to the New Brunswick Institute of Chartered Accountants in which he states that the Government of New Brunswick is proceeding with a formal complaint against Grant Thornton LLP. In support of that complaint he encloses a copy of a single document, the RSM Richter Report, from which he highlights only its conclusion that "... the overstatement of net assets and earnings for Atcon's F2009 ranged between 28.3 MM and 35.4 MM. (executive summary -- pg. 6)". I find that the mere fact that Mr. Levesque used that report as the basis for the complaint is sufficient to prove that the Province knew it had a potential claim against [Grant Thornton] LLP.

Moreover, if the Province had that state of knowledge when it filed the complaint then it had that state of knowledge in February, 2011 when it received the draft of that Report.

While the fact that the Province laid a complaint against [Grant Thornton] LLP does not necessarily equate to its having a cause of action against [Grant Thornton] LLP, in my view it is compelling evidence that by February, 2011 when it received the [RSM Richter] Report, the Province knew or ought to have known that it had the *prima facie* grounds to infer that [Grant Thornton] LLP had breached the standard of care in preparing the unqualified audit and that its loss was caused or contributed to by an act or omission of [Grant Thornton] LLP, particularly when that knowledge is combined with what it knew as of March 18, 2010.

(c) *The motions judge's ultimate finding*

I therefore find that if the Province hadn't already discovered its claim in March, 2010, after receiving the [RSM Richter] Report in February, 2011 it knew or ought to have known that it had prima facie grounds to infer that it had a potential cause of action against the defendants. There was no other party on whom it relied to protect its interests when it signed the guarantees. Therefore, given the knowledge it had at that time, I find that its claim was discovered and the limitation period commenced.

In conclusion, I find that by March 18, 2010 the Province knew, or ought to have known,

- (a) that a loss had occurred;
- (b) that the loss was caused by or contributed to by an act or omission; and
- (c) that the act or omission was that of the defendants.

Since this action was not commenced until June 23, 2014 I further find that whether the limitation period started to run in March, 2010 or February, 2011 the action was not commenced within the applicable two year limitation period which is set out in section 5(1)(a) of the LAA and that the Province's claim against the defendants is therefore statute-barred. [paras. 89-92, 103-10]

[Our underlining throughout.]

I. *The grounds of appeal*

[80] In the Notice of Appeal, the Province contends the motions judge erred in law in his March 15, 2018 preliminary rulings by:

- [1] admitting paragraphs 13-16, 22-23, 26 and Exhibits G, I, N, O and S of the September 29, 2017 Affidavit of Kent Ostridge and paragraph 3 and Exhibit A of the Affidavit of Miranda Joy Monroe into evidence when such evidence and exhibits are irrelevant, hearsay, opinions of persons not qualified as experts and/or create unfairness by selective disclosure;

- [2] relying upon the contents of Exhibit G to the aforementioned Ostridge Affidavit, being the August 4, 2009 Borrowing Base Report of Ernst & Young (“the EY Report”), despite the Evidentiary Ruling that the EY Report is not admissible for the truth of its contents;
- [3] refusing the Appellant’s request to cross-examine the Respondents’ deponents regarding the documentation they provided to the New Brunswick Institute of Chartered Accountants [...].

[81] Given my conclusion that reversal is warranted on the basis that the motions judge applied the wrong legal test for s. 5(1)(a) purposes and made a palpable and overriding error in finding the Province had the requisite knowledge of Grant Thornton’s breach of the audit-informing standard of care more than two years before it commenced the action, I decline to address the grounds enunciated in the preceding paragraph. Needless to say, that does not mean those grounds are without merit.

[82] In its Notice of Appeal, the Province also complains the motions judge committed reversible error in making his February 25, 2019 decision to dismiss the action as time-barred by:

- [1] interpreting [...] the definition of “claim” at subsection 1(1) of the [Act] narrowly and in a manner inconsistent with the modern approach to statutory interpretation;
- [2] misinterpreting and/or failing to apply the wording of subsections 5(1) and 5(2) of the [Act];
- [3] applying a test for discoverability based upon inferences (“*prima facie* grounds to infer”) rather than knowledge of material facts;
- [4] finding that there is no genuine issue requiring a trial in relation to discoverability [...];
- [5] finding that the [Province]’s claims against the Respondents, Grant Thornton LLP and Kent Ostridge had been discovered when the evidence is that the [Province] does not know and could not reasonably

have known of an act or omission [by Grant Thornton] that caused or contributed to its loss;

- [6] finding that the [Province]'s claim against the Respondent, Grant Thornton International Ltd. had been discovered when there is no evidence at all on the record establishing the [Province]'s discovery of same;
- [7] finding that [Ernst & Young]'s conclusion that Atcon's June 6, 2009 borrowing base was overstated by millions of dollars necessitated an inference that [Grant Thornton] breached the standard of care in their January 31, 2009 audit when the overwhelming evidence before the Court, including the uncontested evidence of an author of the [Ernst & Young] Report, was that one has nothing to do with the other;
- [8] basing his provisional findings on a 2011 [Draft Report] from [RSM Richter] despite the uncontested evidence from an author that the [RSM Richter] Report does not provide an opinion in relation to [Grant Thornton]'s audit and that no such opinion could [...] have been provided as the material facts necessary to provide same are contained in [Grant Thornton]'s audit file which was not accessible to [RSM Richter];
- [9] granting summary judgment to [Grant Thornton] when they have refused to deliver their Affidavits of Documents and Schedule A documents, and when key material facts relating to discoverability and/or concealment are within [Grant Thornton]'s exclusive control and have not been disclosed; and
- [10] finding that the [Province] had access to all documents [Grant Thornton] tendered in the NBICA process when such fact is inconsistent with the evidence on the record and the [Province]'s requests to challenge this point through cross-examination were dismissed by the Court.

[83] My focus will be on the grounds set out in the preceding paragraph, but only to the extent they bear upon the identification of the correct legal test for s. 5(1)(a) purposes and the palpable and overriding error in connection with the finding that the Province discovered Grant Thornton's audit was sub-standard more than two years before it

commenced the underlying action. Of course, that approach should not be understood as suggesting the un-addressed grounds are without merit.

J. *The relief sought on appeal*

[84] In addition to costs throughout, the Province seeks reversal of the summary judgment and an order compelling Grant Thornton to comply with its documentary obligations under Rule 31. It does not seek relief under Rules 22.05(1) and (2), which read as follows:

22.05 If a Trial is Necessary

(1) If summary judgment is refused, or is granted in part only, and a trial is necessary, the court may order that the action be set down for trial in the normal course or within a specified time and may specify the material facts which are not in dispute and may define the remaining issues where they are not sufficiently defined in the pleadings.

(2) If it is ordered that an action proceed to trial in whole or in part, the court may impose the terms and conditions as are just, including directions

(a) for payment into court of the whole or part of the claim and, in addition to or in lieu of payment into court of the whole or part of the claim, for provision of security for costs, and

(b) that the scope of examinations for discovery be limited to matters not covered by the affidavits filed on the motion and the cross-examinations on the motions, and that the affidavits and cross-examinations

22.05 Nécessité d'un procès

(1) Lorsque le jugement sommaire est refusé ou qu'il n'est accordé qu'en partie et que la tenue d'un procès s'avère nécessaire, la cour peut ordonner la mise au rôle de l'action dans son cours normal ou dans un délai déterminé, préciser les faits déterminants qui ne sont pas contestés et définir les questions qui restent en litige, si celles-ci ne sont pas suffisamment définies dans les plaidoiries.

(2) En ordonnant l'instruction entière ou partielle d'une action, la cour peut imposer les modalités et les conditions qu'elle estime justes, y compris des directives concernant à la fois :

a) la consignation à la cour de tout ou partie du montant demandé ou le versement d'une sûreté en garantie des dépens, ou les deux;

b) la limite de la portée des interrogatoires préalables à des questions qui n'ont pas été traitées dans les affidavits déposés à l'appui de la motion ou dans les contre-interrogatoires subséquents ainsi que l'utilisation de ces affidavits et de ces

be used in addition to or instead of examinations for discovery. contre-interrogatoires en plus des interrogatoires préalables ou à leur place.

III. Analysis and Decision

[85] Neither side takes issue with the motions judge’s understanding of Rule 22, which reflects the principles set out in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87 and *O’Toole v. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] N.B.J. No. 58 (QL). Accordingly, I begin with a reproduction of the Act’s key provisions:

Definitions and interpretation

1(1) The following definitions apply in this Act.

“claim” means a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission. (*réclamation*)

“claimant” means a person who has a claim, whether or not the claim has been brought. (*réclamant*)

“defendant” means a person against whom a claimant has a claim, whether or not the claim has been brought. (*défendeur*)

1(2) For the purposes of this Act, a claim is brought

(a) when a proceeding in respect of the claim is commenced [...]

General limitation periods

5(1) Unless otherwise provided in this Act, no claim shall be brought after the earlier of

Définitions et interprétation

1(1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

« défendeur » Personne contre qui un réclamant a une réclamation, qu’elle ait été présentée ou non. (*defendant*)

« réclamant » Personne qui a une réclamation, qu’elle ait été présentée ou non. (*claimant*)

« réclamation » Réclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d’un acte ou d’une omission. (*claim*)

1(2) Pour l’application de la présente loi, une réclamation est présentée :

a) lorsqu’est introduite une instance y relative [...]

Délais de prescription ordinaires

5(1) Sauf disposition contraire de la présente loi, toute réclamation se prescrit par celui des délais ci-dessous qui expire le premier :

- | | |
|---|--|
| (a) two years from the day on which the claim is discovered, and | a) deux ans à compter du jour où sont découverts les faits y ayant donné naissance; |
| (b) fifteen years from the day on which the act or omission on which the claim is based occurred. | b) quinze ans à compter du jour où a eu lieu l'acte ou l'omission sur lequel elle est fondée. |
| 5(2) A claim is discovered on the day on which the claimant first knew or ought reasonably to have known | 5(2) Les faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre : |
| (a) that the injury, loss or damage had occurred, | a) que sont survenus les préjudices, les pertes ou les dommages; |
| (b) that the injury, loss or damage was caused by or contributed to by an act or omission, and | b) que les préjudices, les pertes ou les dommages ont été causés entièrement ou en partie par un acte ou une omission; |
| (c) that the act or omission was that of the defendant. | c) que l'acte ou l'omission était le fait du défendeur. |

[86] The motions judge described the linchpin for the starting date under s. 5(1)(a) as knowledge of a potential claim against the defendants (paras. 88, 91 and 105 of the Summary Judgment decision). He went on to find the Province knew it had a potential claim against Grant Thornton by March 18, 2010, when it made the \$50 million payment under the guarantees or, at the latest, February 4, 2011, when it received the RSM Richter Draft Report. That was so because, on either of those dates, the Province “knew or ought to have known that it had *prima facie* grounds to infer that it had a potential cause of action against the defendants”: para. 108 (emphasis added).

[87] The standard for appellate review of a summary judgment is the standard applicable to appeals from decisions following a conventional trial (see *Goyetche*, at para. 35, and *Robson v. Canadian Union of Public Employees, Local 3339*, 2019 NBCA 55, [2019] N.B.J. No. 189 (QL), at para. 11, Baird J.A. for the Court). Appeals based on an allegation of legal error are reviewed on a correctness standard. Appeals challenging

findings of fact or findings of mixed fact and law are determined on a palpable and overriding error standard of review.

[88] The motions judge's decision to dismiss the action is rooted in his understanding that discovery of a "potential" claim is sufficient to start the two-year limitation period set by s. 5(1)(a) of the *Act*. That interpretation of s. 5(1)(a) must be correct for the summary judgment to be sustained. As indicated, I am of the respectful view that the motions judge erred in law in finding knowledge of a potential claim is sufficient. I also conclude his finding that the Province discovered Grant Thornton's audit fell below Generally Accepted Auditing Standards, on either March 18, 2010, or February 4, 2011, is the product of a palpable and overriding error in the assessment of the evidential record.

A. *The proper interpretative framework and its application*

[89] The appeal raises the issue of whether, in actions for negligence, the discovery-based limitation period prescribed under s. 5(1)(a) of the *Act* begins to run the day after the claimant knows or ought reasonably to have known he or she had "a potential claim" or the day after the claimant knows or ought reasonably to have known material facts, notably the defendant's breach of the standard of care, as a result of which he or she has a claim. The answer requires an interpretation of s. 5(1)(a) in compliance with directions provided by the Supreme Court of Canada.

[90] The meaning and effect of s. 5(1)(a) stand to be determined on its interpretation in accordance with the contextual approach adopted in *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, [1998] S.C.J. No. 2 (QL). In that case, the Court agreed "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament" (para. 21). The required interpretative approach is also informed by the *Interpretation Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-13, notably s. 17, which provides as follows:

17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.

17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.

[91] Moreover, should that principled approach yield divergent reasonable outcomes, courts must favor the one that allows the claim's prosecution (see *Ordon Estate v. Grail*, [1998] 3 S.C.R. 437, [1998] S.C.J. No. 84 (QL); *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*, 2010 SCC 19, [2010] 1 S.C.R. 649, at para. 47; *Saint John Port Authority v. Kenmont Management, Service New Brunswick and Province of New Brunswick*, 2002 NBCA 11, 248 N.B.R. (2d) 1, at para. 105.) Additionally, the interpretation of s. 5(1)(a) must bring into play both the English and the French versions. As will be seen, the French version complements the English version in making clear that s. 5(1)(a) is intended to codify, albeit as a limitation period, the discoverability rule articulated in *Central Trust Co. v. Rafuse*. Finally, unambiguous legislative language is expected if that rule is to be displaced: *Pioneer Corp. v. Godfrey*, 2019 SCC 42, [2019] S.C.J. No. 42 (QL), at para. 32, Brown J. for the majority. With respect to the latter point, I would underscore that nothing in s. 5(1)(a), either in its English or French versions, suggests the discoverability rule articulated in *Central Trust Co. v. Rafuse* has been modified except, of course, to the extent that it codifies the rule as a limitation period.

[92] Applying the prescribed interpretative approach, I detect no ambiguity in s. 5(1)(a). That provision, which is formulated generically to ensure its application to a broad spectrum of claims, codifies, without modification, the pre-existing judge-made discoverability rule as a limitation period: *Pioneer Corp. v. Godfrey*, at para. 32. In this regard, I would spotlight the following features of ss. 1(1), 5(1) and (2).

[93] First, s. 5(1)(a) applies to a "claim", which is defined in s. 1(1) as "a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission". In *Johnson v. Studley*, 2014 ONSC 1732, [2014] O.J. No. 1232 (QL), Justice Perell observed a "less circular and more useful definition for 'claim' would be that a 'claim' is a cause of

action, which is the fact or facts which give a person a right to judicial redress or relief against another” (para. 54). He refers to the following cases in support of that understanding of the word “claim”: *Lawless v. Anderson*, 2011 ONCA 102, [2011] O.J. No. 519 (QL), at para. 22, Rouleau J.A. for the Court; and *Aguonie v. Galion Solid Waste Material Inc.*, [1998] O.J. No. 459 (C.A.) (QL), at para. 24. I agree with that interpretation and the underlying equation between a claim and a cause of action, which Justice Perell defines, correctly in my view, as a fact situation that gives a person a right to a judicial remedy against another. The discoverability rule relates to causes of action, not potential or possible causes of action. Likewise, s. 5(1)(a) applies to claims, not “potential” or possible claims.

[94] Second, a person who alleges he or she has a “claim” is not, without more, a “claimant” for s. 5(1)(a) purposes. That person must have a claim to qualify as a “claimant”. Knowledge of material facts sufficient “to make a claim” does not amount to knowledge, actual or imputed, of the material facts by virtue of which the claimant has a claim. It is not uncommon for legal complaints to be made on mere suspicion, conjecture or belief, without knowledge of the material facts essential to the existence of a legally enforceable remedy.

[95] Third, and correlatively, a defendant for s. 5(1)(a) and 5(2) purposes is “a person against whom a claimant has a claim” (emphasis added). The fact that a claim has been brought by a person against another does not make a “defendant” out of the latter for s. 5(1)(a) purposes. The former must have a claim, which means, for actions in tort, the defendant must be a “tortfeasor”.

[96] The words of ss. 5(1)(a) and 5(2), including particularly those defined in s. 1(1), reflect the judge-made discoverability rule’s fundamental requirement that the plaintiff “has identified the tortfeasor”: *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, [1997] S.C.J. No. 31 (QL), at para. 18. There can be no “tortfeasor” without a legally recognized tort. Thus, in requiring the identification of the “tortfeasor”, the discoverability rule required knowledge, actual or attributed, of the tort upon which the cause of action or claim

was based, which necessarily implies, in actions for negligence, knowledge that the defendant committed a breach of the applicable standard of care.

[97] Statutory provisions that bring into play the discoverability rule must not be interpreted in a way that precludes “actions by plaintiffs unaware of the existence of their cause of action”: *Peixeiro v. Haberman*, at para. 39 (emphasis added). In *Pioneer Corp. v. Godfrey*, Brown J. referred to this passage in support of the proposition that “the discoverability principle applies in order to ensure that the plaintiff had knowledge of the existence of his or her legal rights before such rights expire”: para. 34 (emphasis added). As I understand it, that proposition is not focused on knowledge of the existence of a limitation period, but on knowledge of existing “legal rights” in respect of the cause of action. This understanding dovetails into the classic definition of a “cause of action” as “a factual situation the existence of which entitles one person to obtain from the court a remedy against another person”: *Letang v. Cooper*, [1965] 1 Q.B. 232, at pp. 242-43. A cause of action is more than an arguable case or a factual situation that might possibly or potentially entitle a person to a judicial remedy. It is trite that knowledge of a possible or potential claim is quite a bit short of knowledge of facts that legally entitle the claimant to obtain a judicial remedy.

[98] In actions for negligence, the “legal rights” to which Justice Brown adverted in *Pioneer Corp. v. Godfrey* do not arise in the absence of a breach of the standard of care by the defendant. And those legal rights can only be discovered, for s. 5(1)(a) purposes, if the plaintiff knows or ought reasonably to have known the defendant’s conduct was sub-standard.

[99] In an action for damages, fault, if any, is a question of fact: s. 4 of the *Contributory Negligence Act*, R.S.N.B. 2011, c. 131. In actions for negligence, the plaintiff has a claim where the defendant owed the plaintiff a duty of care, the defendant breached the applicable standard of care and the plaintiff sustained damages as a result of the breach. These constituent elements of a cause of action or claim in negligence are embraced by the admittedly general wording of the criteria under ss. 5(2)(a), (b) and (c) of the *Act*. The

French version, literally translated, refers to these criteria as “the facts that gave birth to the claim”, which harkens back to the test formulated in *Central Trust Co. v. Rafuse*. For s. 5(1)(a) to be in play, the defendant must establish the plaintiff knew or ought reasonably to have known the facts that gave rise or “gave birth” to the cause of action or claim more than two years before the action was commenced. This includes the claimant’s discovery more than two years before the action was commenced that the defendant breached the standard of care. The motions judge articulated in the following terms the test as he understood it:

The Province’s claim is based on negligence so it must prove that the defendants owed it a duty of care, that they breached the standard of care, that it suffered damage and that the damage was caused, in fact and in law, by the defendants; see *Mustapha v. Culligan of Canada Ltd.* 2008 SCC 27 at paragraph 3. It is those elements of negligence the Province must have discovered before the limitation period begins to run. [para. 74]

However, the test he ended up applying posited it was sufficient if the Province knew or ought reasonably to have known it had a potential or possible claim. As noted elsewhere, it stands to reason that much less factual knowledge is required for a potential claim than what is required in connection with a claim that has crystallized, which occurs when the claimant has a legally enforceable right to a judicial remedy.

[100] In *Central Trust Co. v. Rafuse*, the Supreme Court of Canada determined that, as a general rule, a cause of action arises for the purposes of a limitation period “when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence [...]” (p. 224). The Court did not define, in express terms, what it meant by the phrase “when the material facts on which the [cause of action] is based”, but actions speak louder than words. In applying that test in the very same paragraph where it was articulated, the Court focused on the earliest the plaintiff discovered or ought to have discovered the defendant’s negligence by the exercise of reasonable diligence. Here is the kernel of the decision in *Central Trust Co. v. Rafuse*:

I am thus of the view that the judgment of the majority in *Kamloops* laid down a general rule that a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence, and that that rule should be followed and applied to the appellant's cause of action in tort against the respondents under the Nova Scotia *Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168. There is no principled reason, in my opinion, for distinguishing in this regard between an action for injury to property and an action for the recovery of purely financial loss caused by professional negligence, as was suggested in *Forster v. Outred* [[1982] 2 All E.R. 753] at pp. 765-66. Since the respondents gave the Nova Scotia Trust Company a certificate on January 17, 1969 that the mortgage was a first charge on the Stonehouse property, thereby implying that it was a valid mortgage, the earliest that it can be said that the appellant discovered or should have discovered the respondents' negligence by the exercise of reasonable diligence was in April or May 1977 when the validity of the mortgage was challenged in the action for foreclosure. Accordingly the appellant's cause of action in tort did not arise before that date and its action for negligence against the respondents is not statute-barred. [p. 224]

[101] At the end of the day, the analysis for s. 5(1)(a) purposes remains faithful to *Central Trust Co. v. Rafuse*. A plaintiff discovers a material fact when he or she knows or ought to know that fact by the exercise of due diligence. Perceptions or assumptions based on suspicion, guesswork, speculation or any other means short of knowledge, actual or imputed, are insufficient to trigger the two-year limitation period. What is required is knowledge, actual or imputed, of facts that accord the claimant a legal right to a judicial remedy for the defendant's loss-causing act or omission. Unless the Province discovered more than two years before the action was commenced that Grant Thornton's key audit-based confirmations/representations were not only erroneous, but also the fruit of a sub-standard audit, s. 5(1)(a) is not engaged.

B. *The standard of care owed by Grant Thornton*

[102] An auditor's standard of care is shaped by his or her retainer and what a reasonably skillful and careful auditor would have done. Generally speaking, the latter determination is informed by the standards of the profession in effect at the time of the audit (see Ronald Foerster, *Accountants' Liability in Canada* (Toronto: Thomson Reuters, 2017) para. 5.3 at pp. 5-5 and 5-6). While Generally Accepted Auditing Standards have been replaced by Canadian Auditing Standards since 2011, the former were in effect at the time Grant Thornton performed its F2009 audit, and the case has been litigated on the basis that Grant Thornton's standard of care required compliance with Generally Accepted Auditing Standards. Whether Grant Thornton's audit was Standards-compliant is at the heart of the analysis pertaining to its liability in tort.

[103] Most importantly, absent a retainer dictating otherwise, an auditor does not guarantee the financial statements he or she has audited accurately reflect the financial situation of the business in question. The post-audit discovery that a material misstatement, whether sourced in fraud or error, forms part of the financial statements does not, in and of itself, establish a failure to conduct the audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards.

[104] A properly conducted audit may yield a mistaken assessment. As Grant Thornton states in its Unqualified Auditor's Report, an audit includes examining, on a test basis, evidence supporting the amounts and disclosures in the financial statements, assessing the accounting principles used and significant estimates made by management and evaluating the overall financial statement presentation. Under the Generally Accepted Auditing Standards, an auditor is required to "plan and perform an audit to obtain reasonable assurance whether the financial statements are free of material misstatements" (emphasis added).

[105] Moreover, as Grant Thornton explained in its January 27, 2009 letter to Mr. Tozer, an auditor conducting an audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards "obtains reasonable assurance that the financial statements taken as a whole are

free of material misstatement, whether caused by fraud or error” and an auditor cannot “obtain absolute assurance that material misstatements in the financial statements will be detected”. Grant Thornton made the further point that it “cannot guarantee that fraud, error and illegal acts, if present, will be detected when conducting an audit in accordance with [Generally Accepted Auditing Standards].”

C. *Application of s. 5(1)(a) to the case at hand*

[106] The action is for damages consequent upon Grant Thornton’s alleged negligence in auditing Atcon’s financial statements for F2009. The key allegations in the Amended Statement of Claim may be summarized as follows. Prior to the execution of the guarantees, Grant Thornton represented to the Province it had audited Atcon’s consolidated financial statements for the last fiscal year (February 1, 2008 to January 31, 2009) in accordance with Generally Accepted Auditing Standards and that, as a result, it was of the opinion the financial statements had been prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles and reflected fairly, in all material respects, Atcon’s financial situation as of January 31, 2009. In fact, the financial statements had not been prepared by Atcon in accordance with Generally Accepted Accounting Principles and did not accurately portray, in all material respects, Atcon’s financial situation as of January 31, 2009. The Province alleges Grant Thornton’s erroneous representation to the contrary is attributable to its failure to audit Atcon’s financial statements in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. Correlatively, the Province alleges this failure amounts to negligence for which Grant Thornton must be held accountable in law.

[107] In the Statements of Defence, Grant Thornton denies the Province’s allegations of negligence and asserts it is a fact that its audit was carried out in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. Grant Thornton has maintained that position throughout the proceedings in the Court of Queen’s Bench and on appeal.

[108] In essence, Grant Thornton was successful in securing a summary judgment dismissing the Province’s action as time-barred on the basis the Province knew or ought

reasonably to have known a state of affairs – the audit was not carried out in accordance with Generally Accepted Auditing Standards – that Grant Thornton not only denies but states is not factual. Some jurisdictions have adopted variants of the judge-made discoverability rule by which the starting point is the day on which the plaintiff knew or ought to have known, *inter alia*, that, assuming liability on the part of the defendant, the injury warranted initiating a proceeding (see *Yugraneft Corp. v. Rexx Management Corp.*). There is no such assumption under our *Act*.

[109] The motions judge found the Province knew or ought reasonably to have known on March 18, 2010, when it paid \$50 million to the Bank, that Grant Thornton’s audit was sub-standard. He made that finding on two grounds.

[110] First, by March 18, 2010, the Province was privy to Mr. Fabiano’s affidavits and the Ernst & Young Interim Report of August 2009, in which it was noted the statutory declaration provided by Ms. Donovan to the Bank contained errors (totaling \$2.8 million) that reduced Atcon’s borrowing base from \$26.2 million to \$23.5 million as at June 6, 2009. The report also identified items totaling \$18.6 million that were potentially non-compliant with the credit arrangement between the Bank and Atcon, which may or may not have been properly treated by Atcon’s management in calculating its borrowing base as of June 6, 2009. The authors acknowledged that, in the view of Atcon’s chartered accountant, no adjustment was necessary in respect of these items. The Province was also privy to Ernst & Young’s February 25, 2010 Proposed Monitor’s Report that was filed in the proceedings under the *Companies’ Creditors Arrangement Act*.

[111] Second, less than nine months after it relied on Grant Thornton’s audit to execute the guarantees, the Province “suffered a total loss under those guarantees”. In the judge’s words “something had gone terribly wrong to cause such a catastrophic loss virtually overnight” (para. 87).

[112] With respect, on any reasonable view of their significance, whether individual or collective, those grounds do not establish the Province knew or ought reasonably to have known, on March 18, 2010, that Grant Thornton’s audit was not

conducted in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. Mr. Fabiano's affidavits provide no information on the point. Moreover, neither the August 2009 Ernst & Young Interim Report nor its February 2010 Proposed Monitor's Report deal with Grant Thornton's audit or the question of its compliance with those Standards. The evidence of Mr. Kinsman, one of the authors of the Ernst & Young Interim Report and Proposed Monitor's Report, is unequivocal:

9. Under the credit agreement between [the Bank of Nova Scotia] and Atcon, Atcon was required to provide a monthly report to [the Bank of Nova Scotia] calculating Atcon's borrowing base, as that term was defined under the credit agreement. The Borrowing Base Report attached a copy of the borrowing base calculation as at June 6, 2009, prepared by Atcon management.

10. In the Borrowing Base Report, [Ernst & Young] identified errors in management's borrowing base calculation as at June 6, 2009. [Ernst & Young] also identified items included by management in the borrowing base calculation as at June 6, 2009 which may not have been compliant with the strict terms of the credit agreement between BNS and Atcon. In the Borrowing Base Report, [Ernst & Young] did not intend to express, and should not be taken as having expressed, any view or conclusion as to the occurrence of errors or inclusion of non-compliant items in any document other than management's borrowing base calculation as at June 6, 2009.

11. [Ernst & Young] was not at any time (in connection with the Borrowing Base Report or otherwise) engaged to audit and did not at any time audit the consolidated financial statements for Atcon Holdings for the year ended January 31, 2009. In the Borrowing Base Report, [Ernst & Young] did not intend to express, and should not be taken as having expressed, any opinion on the consolidated financial statements for the year ended January 31, 2009, in particular as to whether the consolidated financial statements for the year ended January 31, 2009 presented fairly in all material respects the financial position of the Company in accordance with Canadian generally accepted accounting principles.

12. [Ernst & Young] was not at any time (in connection with the Borrowing Base Report or otherwise) engaged to

assess and did not at any time assess the work performed by Grant Thornton LLP in connection with its audit of the Atcon consolidated financial statements for the year ended January 31, 2009. [Ernst & Young] did not request and at no time obtained access to Grant Thornton's audit work papers. In the Borrowing Base Report, [Ernst & Young] did not intend to express, and should not be taken as having expressed, any opinion or view concerning the work of Grant Thornton LLP in conducting its audit of the Atcon consolidated financial statements for the year ended January 31, 2009.

[...]

13. [Ernst & Young] prepared a report entitled Report of the Proposed Monitor, dated February 25, 2010, which was submitted to the Court of Queen's Bench of New Brunswick in relation to proceedings commenced by [the Bank of Nova Scotia] under the Companies' Creditors Arrangement Act.

14. I participated in the preparation of the Proposed Monitor's Report, and am familiar with its contents and the purposes for which it was prepared.

[...]

16. [Ernst & Young] was not at any time (in connection with the Proposed Monitor's Report or otherwise) engaged to audit and did not at any time audit the consolidated financial statements for Atcon Holdings for the year ended January 31, 2009. In the Proposed Monitor's Report, [Ernst & Young] did not intend to express, and should not be taken as having expressed, any opinion on the consolidated financial statements for the year ended January 31, 2009, in particular as to whether the consolidated financial statements for the year ended January 31, 2009 presented fairly in all material respects the financial position of the Company in accordance with Canadian generally accepted accounting principles.

17. [Ernst & Young] was not at any time (in connection with the Proposed Monitor's Report or otherwise) engaged to assess and did not at any time assess the work performed by Grant Thornton LLP in connection with its audit of the Atcon consolidated financial statements for the year ended January 31, 2009. [Ernst & Young] did not request and at no

time obtained access to Grant Thornton LLP's audit work papers. In the Proposed Monitor's Report, [Ernst & Young] did not intend to express, and should not be taken as having expressed, any opinion or view concerning the work of Grant Thornton LLP in conducting its audit of the Atcon consolidated financial statements for the year ended.

[Emphasis added.]

[113] There is no evidence that contradicts the underlined passages. Tellingly, Mr. Ostridge testified the Ernst & Young Interim Report did not cause him to question whether Grant Thornton met its standard of care in the conduct of the F2009 audit.

[114] In addition, while the Province relied on Grant Thornton in executing the guarantees on June 30, 2009, and sustained a total loss on March 18, 2010, those facts do not establish Grant Thornton's audit was sub-standard. All agree Grant Thornton did not guarantee Atcon's solvency or that there would be no misstatements in the audited financial statements for F2009. Indeed, footnote 19 provided a caution regarding what might be described as the relative precarity of Atcon's financial future.

[115] In my respectful view, the motions judge made a palpable and overriding error in finding the Province knew or ought reasonably to have known, on March 18, 2010, that Grant Thornton's audit was not compliant with Generally Accepted Auditing Standards. I now turn to the judge's "provisional" finding that the Province knew or ought reasonably to have known this "fact" on February 4, 2011.

[116] Recall that, in June 2010, the Province retained RSM Richter to review Atcon's F2009 financial statements and, on February 4, 2011, RSM Richter provided the Province with a Draft Report in which it ventured the opinions that Atcon had not prepared those financial statements in accordance with Generally Accepted Accounting Principles and the statements overstated Atcon's assets and earnings by as much as \$35.4 million.

[117] The grounds relied on by the judge to find the Province knew or ought reasonably to have known, on February 4, 2011, it had a "potential" claim in negligence against Grant Thornton are as follows. RSM Richter's February 4, 2011 Draft Report

featured the following opinions: (1) the F2009 financial statements had not been prepared by Atcon in accordance with Generally Accepted Accounting Principles, which contradicted Grant Thornton's opposite opinion in its May 19, 2009 report to the Province; and (2) the F2009 statements overstated Atcon's assets and net earnings by as much as \$35.4 million. Those opinions stood to be considered in the light provided by the events undergirding the judge's primary finding that the limitation period began to run on March 18, 2010. In the judge's view, his finding of an alternative starting point (February 4, 2011) was also supported by the Province's letter of December 21, 2012 to the New Brunswick Institute of Chartered Accountants enclosing RSM Richter's Final Report and highlighting its conclusion that the F2009 financial statements overstate Atcon's assets and net earnings by between \$28.3 million and \$35.4 million.

[118] Once again, on any reasonable view of their individual or cumulative significance, those grounds do not establish the Province knew or ought reasonably to have known, on February 4, 2011, that Grant Thornton's audit was not conducted in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. There is a world of difference between discovery that Grant Thornton erred in confirming the F2009 financial statements were prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles and discovery that this confirmation was erroneous because Grant Thornton did not conduct its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards.

[119] RSM Richter's Draft and Final Reports informed the Province of its opinion that Atcon's F2009 financial statements had not been prepared in accordance with Generally Accepted Accounting Principles. They did not inform the Province that Grant Thornton's auditing work was not performed in accordance with Generally Accepted Auditing Standards. There is simply no opinion to that effect in the Draft and Final RSM Richter Reports.

[120] Additionally, those Reports do not make the link between any overstatement of assets and net revenue in the F2009 Audited Financial Statements and the alleged failure by Grant Thornton to comply with Generally Accepted Auditing Standards. In his affidavit evidence, Mr. Adessky confirms the finding in the Draft and Final RSM

Richter Reports that Atcon did not prepare the F2009 financial statements in accordance with Generally Accepted Accounting Principles does not mean Grant Thornton did not conduct its audit in accordance with Generally Accepted Auditing Standards.

[121] Thus, the letter of December 12, 2012 to the New Brunswick Institute of Chartered Accountants enclosing the RSM Richter Final Report reveals no more than the Province had been made aware of the authors' opinions that the F2009 financial statements prepared by Atcon were not Principles-compliant and overstated its assets and net revenues by as much as \$35.4 million, not that Grant Thornton's audit was sub-standard. As well, the letter to the Institute, which, it should be noted, was sent within the two years before the Province commenced its action, adverts to no basis other than the contents of the RSM Richter Final Report for the complaint. There is no suggestion in the letter that the Province is aware of any information establishing Grant Thornton's audit was sub-standard. Correlatively, it bears remembering that Grant Thornton has had, throughout, exclusive access to its audit-related files and it objected to the Province's complaint on the grounds it was frivolous and vexatious. This objection cannot be squared with the view that the Province should have inferred from the RSM Richter Final Report, or its Draft Report for that matter, that it had a claim against Grant Thornton.

[122] Furthermore, and most importantly, if the Province had asked RSM Richter, or any other auditor as far as that is concerned, to provide an opinion on the quality of Grant Thornton's audit, the response would have been that no such opinion could be expressed because Grant Thornton's audit-related files were not available for review. It follows that the Province cannot be charged with failure to exercise due diligence in informing itself on the point.

[123] There is no expert opinion evidence to establish Grant Thornton did not comply with Generally Accepted Auditing Standards in carrying out its audit. The uncontested evidence of Mr. Adessky, one of the authors of the Draft and Final RSM Richter Reports, is that RSM Richter could not have formed such an opinion without access to Grant Thornton's audit-related files. Given its critical importance, his evidence on the point bears repeating:

5. In order for [RSM Richter] to have provided an opinion on the work performed by Grant Thornton LLP (“Grant Thornton”) as auditor of Atcon’s financial statements:

(a) [RSM Richter] would have had to have access to and undertaken a full review of Grant Thornton’s audit working paper files related to the Atcon audit. Access to additional information, arising from review of the Grant Thornton audit working paper files, may have also been required. [...]

6. [RSM Richter] did not have access to the audit working paper files of Grant Thornton, which files would include an audit plan showing their approach for conducting the audit, as well as the information known to, and considered by, the auditor in performing their audit and supporting their opinion on the January 31, 2009 financial statements.

7. The [RSM Richter] Report does not provide any opinion on, nor should any comment in the [RSM Richter] Report be construed as an opinion on, the work of Atcon’s auditor Grant Thornton.

8. Based on the records, documents and information available to us, we were not in a position to discover, or express any opinion on, whether Grant Thornton conducted its audit work in compliance with [Generally Accepted Auditing Standards].

9. Further, [RSM Richter] itself did not conduct an audit or verification of Atcon’s financial information or accounting systems in accordance with [Generally Accepted Auditing Standards].

[Emphasis added.]

[124] All the data relied on by the motions judge to find the Province discovered it had a “potential” claim form part of the “records, documents and information” considered by Mr. Adessky. As can be seen from paragraph 8 of his affidavit, that data did not put RSM Richter in a position “to discover, or express any opinion on, whether Grant Thornton conducted its audit work in compliance with [Generally Accepted Auditing Standards]”.

[125] In my respectful view, the judge committed reversible error in imputing to the Province knowledge that independent auditors could not acquire by the exercise of reasonable diligence. That imputation of knowledge is unreasonable, having regard to the unavailability of Grant Thornton's audit-related files, and constitutes palpable and overriding error in the assessment of the evidential record.

[126] It was incumbent on Grant Thornton, as the party seeking dismissal of the action, to establish there was no genuine issue requiring a trial: *Canada (Attorney General) v. Lameman*, 2008 SCC 14, [2008] 1 S.C.R. 372 and *O'Toole v. Peterson*. It failed to discharge that burden, and the motions judge committed reversible error in finding otherwise.

IV. Conclusion and Disposition

[127] In granting summary judgment dismissing the Province's action on the basis of s. 5(1)(a) of the *Limitation of Actions Act*, the motions judge applied the wrong legal test and made a palpable and overriding error in finding the Province discovered its claim more than two years before proceedings were commenced.

[128] I would allow the appeal and set aside the summary judgment, the dismissal of the Province's motion for documentary production and the order of costs made in first instance. Accessorily, I would order the respondents comply forthwith with their documentary discovery obligations under the *Rules of Court*, including the production of their respective Affidavits of Documents. The *Rules* open the door to the imposition of draconian penalties for a party's failure to abide by his or her documentary discovery obligations (see Rule 31.08, in particular subrule 31.08(2)(b)).

[129] The hearings unfolded over several days in the Court of Queen's Bench and on appeal. The Province filed two pre-hearing briefs and contended with six pre-hearing briefs by the respondents. Like all written submissions on appeal, those pre-hearing briefs

were comprehensive and of high quality. The record is voluminous, and the issues are manifold and complex. Given those circumstances, the importance of the stakes and the Province's unqualified success on appeal, I would order each separately represented set of respondents pay the sum of \$15,000 for costs in the Court of Queen's Bench and the sum of \$10,000 for costs on appeal.

LE JUGE DRAPEAU

I. Introduction et résumé

[1] Aux termes de l'al. 5(1)a) de la *Loi sur la prescription*, L.N.-B. 2009, ch. L-8.5 (la *Loi*), toute « réclamation » contre un « défendeur » se prescrit par deux ans à compter du jour où sont « découverts » par le « réclamant » les faits y ayant donné naissance. L'issue du présent appel dépend de l'interprétation des mots entre guillemets et de l'application régulière de l'al. 5(1)a) à une action en dommages-intérêts intentée à des vérificateurs en raison de leur confirmation/assertion erronée et prétendument négligente selon laquelle les états financiers d'un client avaient été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus. L'affaire en cause met en relief la différence déterminante pour l'application de l'al. 5(1)a), entre : (1) la découverte que la confirmation/assertion portant sur la vérification était erronée et (2) la découverte qu'elle était non seulement erronée, mais également le produit d'un manquement à la norme de diligence dans l'exécution de la vérification. La Province du Nouveau-Brunswick affirme que le délai de prescription de deux ans prévu par l'al. 5(1)a) ne commence à courir qu'une fois que les deux faits constitutifs du second scénario sont connus ou devraient être connus par l'exercice d'une diligence raisonnable. Les intimés soutiennent que le compte à rebours commence le lendemain du jour où le réclamant a appris ou aurait normalement dû apprendre suffisamment de faits pour alléguer que le vérificateur défendeur a fait preuve de négligence. Selon le contexte, « Grant Thornton » est employé dans le texte qui suit pour désigner tous les intimés ou, à l'occasion, seulement Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge.

[2] Bien que notre Cour ait appliqué la règle de la possibilité de découvrir, qui a été énoncée dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, [1986] A.C.S. n° 52 (QL), pour interpréter le texte législatif qui a précédé la *Loi*, elle est maintenant appelée à déterminer, pour la première fois, si le délai de prescription prévu à l'al. 5(1)a)

peut commencer à courir sans que la partie demanderesse ait une connaissance, réelle ou imputée, que l'acte ou l'omission de la partie défenderesse qui est à l'origine de la perte n'était pas conforme à la norme de diligence applicable. Cette question déterminante pour l'issue de l'instance découle de l'appel que la Province a interjeté contre le rejet, par jugement sommaire, de l'action pour négligence qu'elle avait intentée à Grant Thornton au motif que ce cabinet aurait procédé à une vérification inférieure à la norme des états financiers consolidés d'un petit nombre de sociétés affiliées à Atcon pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009. Par cette action, la Province sollicite des dommages-intérêts correspondant aux 50 millions de dollars qu'elle a dû verser en application de trois garanties qu'elle avait accordées au principal prêteur d'Atcon, La Banque de Nouvelle-Écosse, le 30 juin 2009.

- [3] Dans son exposé de la demande, la Province affirme que ces garanties n'auraient pas été signées n'eut été de deux confirmations/assertions émanant de Grant Thornton. Selon la première, cette dernière avait procédé à la vérification des états financiers consolidés d'Atcon pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009 (l'exercice 2009) conformément aux normes de vérification généralement reconnues. Selon la deuxième, sur le fondement de cette vérification conforme aux normes, elle était d'avis que les états financiers de l'exercice 2009 avaient été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus et donnaient une image fidèle, à tous les égards importants, de la situation financière d'Atcon en date du 31 janvier 2009. La Province allègue : (1) qu'elle s'est fondée sur les confirmations/assertions de Grant Thornton pour accepter de signer les garanties; (2) que la seconde confirmation/assertion était erronée; (3) que cet état de fait pouvait être attribué à l'omission, par Grant Thornton, de procéder à la vérification des états financiers de l'exercice 2009 conformément aux normes de vérification généralement reconnues; et (4) que cette omission de Grant Thornton de se conformer à ces normes constituait un manquement à la norme de diligence dont elle devait répondre sous forme de dommages-intérêts pour indemniser la Province de la perte qu'elle avait subie relativement à ces garanties.

[4] Dans leur exposé de la défense, Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge nient les allégations de négligence de la Province et affirment que [TRADUCTION] « le fait est » que la vérification a été effectuée conformément aux normes de vérification généralement reconnues. L'exposé de la défense de Grant Thornton International Ltd. reprend mot pour mot cette position. Chacun des exposés de la défense comprend un argument selon lequel l'action est prescrite par application de la *Loi*.

[5] Une certaine communication de documents a suivi l'échange des plaidoiries. Au fil du temps, toutefois, chaque groupe de défendeurs a sollicité le rejet sommaire de l'action en invoquant l'al. 5(1)a) de la *Loi* et la règle 22 des *Règles de procédure* (« jugement sommaire »). Ils l'ont fait sans produire certains documents qui sont indiscutablement pertinents quant à l'action, soit les documents qui se trouvaient dans les dossiers afférents à la vérification. La Province a riposté en introduisant des motions dans lesquelles elle sollicitait diverses mesures procédurales réparatoires, notamment des ordonnances : (1) rejetant ou, à tout le moins, reportant les motions en jugement sommaire au motif que Grant Thornton avait omis de produire des affidavits des documents convenables et refusé de produire, à des fins d'examen, tous les documents non privilégiés qui se trouvaient dans les dossiers afférents à la vérification, comme l'exige la règle 31; et (2) enjoignant à Grant Thornton de se conformer à toutes ses obligations en matière de communication énoncées à la règle 31.

[6] Le juge saisi des motions a rejeté la requête par laquelle la Province sollicitait des ordonnances se rapportant au non-respect de la règle 31 par Grant Thornton et a accueilli les motions sollicitant le rejet de l'action sur le fondement de l'al. 5(1)a) (voir *The Province of New Brunswick c. Grant Thornton LLP, et al*, 2018 NBBR 63, [2018] A.N.-B. n° 60 (QL), et *La Province du Nouveau-Brunswick c. Grant Thornton LLP et autres*, 2019 NBBR 36, [2019] A.N.-B. n° 76 (QL)). Malgré une preuve d'expert incontestée selon laquelle il était impossible de se prononcer sur la qualité de la vérification effectuée par Grant Thornton sur le fondement du dossier existant, le juge a conclu que l'action était prescrite étant donné qu'elle avait été intentée plus de deux années après que la Province avait appris ou aurait normalement dû apprendre qu'elle « avait des moyens

suffisants à première vue pour déduire l'existence d'une cause d'action éventuelle » (j'ai souligné).

[7] Ma compréhension du critère applicable est différente et plus exigeante; le délai de prescription de deux ans imposé par l'al. 5(1)a ne commence à courir qu'une fois que le réclamant a découvert qu'il a une réclamation. Cela signifie que le délai de prescription de deux ans commence à courir le lendemain de la date à laquelle le demandeur apprend ou aurait normalement dû apprendre les faits qui lui confèrent un droit exécutoire à un recours. Dans les actions pour négligence, ce droit n'existe que si le défendeur avait un devoir de diligence pertinent et que son acte ou son omission qui est à l'origine de la perte ne respectait pas la norme de diligence applicable. À mon avis, le critère qui a été appliqué en première instance pour prescrire l'action est loin d'être suffisant. Le fondement factuel qui pourrait permettre de conclure à un manquement à la norme de diligence dans le cas d'une réclamation tout au plus « éventuelle » est beaucoup moins convaincant que celui qui est exigé pour tirer une telle conclusion à l'égard d'un droit exécutoire à un recours judiciaire existant.

[8] Bien que la Province allègue dans son exposé de la demande que Grant Thornton a procédé à une vérification de l'exercice 2009 en omettant de se conformer aux normes de vérification généralement reconnues, la preuve d'expert incontestée qui figure dans le dossier établit qu'elle ne peut pas savoir si tel est le cas ou être réputée le savoir avant que Grant Thornton ne produise pour examen ses dossiers afférents à la vérification. En effet, ce n'est qu'une fois que son droit incontesté d'examiner ces dossiers aura été respecté et exercé que la Province sera en mesure de déterminer quelles mesures précises ont bel et bien été prises pour effectuer la vérification de l'exercice 2009 et quelles mesures n'ont pas été prises. Sans ces données, la Province peut avoir des soupçons et soulever des allégations, mais il lui est impossible de savoir, directement ou par déduction, que la vérification de l'exercice 2009 n'était pas conforme aux normes de vérification généralement reconnues. La décision du juge saisi des motions de ne tenir aucun compte de la preuve d'expert incontestée sur ce point critique est impossible à justifier et constitue une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation du dossier de la preuve. Compte tenu de cette preuve d'expert non contredite, l'al. 5(1)a n'est pas en jeu.

[9] Par conséquent, j'accueillerais l'appel interjeté contre le jugement sommaire rejetant l'action au motif qu'elle est prescrite. J'annulerais également les décisions procédurales portées en appel qui soustraient Grant Thornton aux obligations en matière de production de documents que lui imposent les *Règles de procédure*. Nul n'est au-dessus de la loi.

II. Contexte plus détaillé

A. *Atcon et Grant Thornton*

[10] Jusqu'au début de l'année 2010, Atcon exerçait, à l'échelle nationale et internationale, des activités de prestataire de services dans les domaines de la construction, de l'énergie, de l'industrie et de la gestion des déchets par l'entremise de différentes personnes morales. Elle avait son siège social à Miramichi, au Nouveau-Brunswick, et employait une importante main-d'œuvre locale. Pour décrire l'origine et l'expansion d'Atcon, je ne peux faire mieux que reprendre les observations que le juge Riordon a faites dans une instance connexe (*Bank of Nova Scotia c. Atcon Construction Inc., et al.*, 2010 NBBR 90) :

[TRADUCTION]

En 1978, Robert Tozer a lancé une petite entreprise de construction à Miramichi. Après un début modeste, l'entreprise et le groupe de compagnies Atcon se sont développés dans les secteurs des services de construction et d'autres activités commerciales. Sur une période de quelque 30 années, le groupe de compagnies Atcon a étendu ses opérations et son marché géographique. Ces compagnies ont des intérêts et des activités dans les domaines de la fabrication de lambris de revêtement, des services de construction, notamment de routes et de ponts, des services énergétiques et des services industriels et environnementaux, entre autres. À partir du Nouveau-Brunswick, les compagnies Atcon ont étendu leurs opérations à Terre-Neuve-et-Labrador, en Alberta, aux Territoires du Nord-Ouest, dans le Nord-Est des États-Unis et en Suède. À son apogée, le groupe de compagnies Atcon avait plus de 2000 employés et son chiffre d'affaires annuel était de l'ordre de 255 millions de dollars. Il n'y a pas de

doute que les compagnies Atcon ont constitué une source essentielle d'emplois et de revenus pour de nombreuses familles, notamment celles qui vivent dans notre région, qui a été durement frappée par des problèmes économiques et fermetures d'entreprises. [par. 6]

[11] À toutes les époques pertinentes, Robert Tozer occupait les fonctions de président et directeur général d'Atcon tandis que Katrina Donovan, comptable agréée, en était la vice-présidente, finances et administration, et la directrice financière. Elle était responsable de la préparation des états financiers annuels non vérifiés d'Atcon. M. Tozer et M^{me} Donovan n'ont ni l'un ni l'autre témoigné ou déposé une preuve par affidavit dans le cadre des motions introduites devant le tribunal d'instance inférieure.

[12] Les états financiers d'Atcon pour les exercices s'étant terminés respectivement le 26 janvier 2008 et le 31 janvier 2009 font état de bénéfices de plus de 248 et 258 millions de dollars respectivement. Pourtant, d'importants problèmes de trésorerie et des défauts de remboursement d'emprunts bancaires étaient monnaie courante dans son exploitation depuis des années, et Atcon n'hésitait pas à faire appel au gouvernement pour obtenir un soutien financier. De fait, l'année qui a précédé celle où Atcon a obtenu les garanties d'emprunt totalisant 50 millions de dollars, elle a bénéficié d'une garantie d'emprunt de plus de 13 millions de dollars de la part du gouvernement. Dans le rapport daté du 14 février 2013 qu'il a présenté au président de l'Assemblée législative au sujet d'allégations connexes de contraventions à la *Loi sur les conflits d'intérêts des membres*, L.N.-B. 1999, ch. M-7.01, le commissaire aux conflits d'intérêts, l'Hon. Patrick A.A. Ryan, c.r., a noté qu'Atcon « [avait] frappé à la porte du gouvernement provincial avec un franc succès au fil des ans » et que M. Tozer « ne s'[était] pas gêné pour faire, sans distinctions de couleurs politiques, des demandes d'aide financière auprès de toute une succession de gouvernements » (par. 5).

[13] Grant Thornton LLP est une société à responsabilité limitée qui se livre à des activités de comptabilité, de vérification et de consultation à partir de bureaux qui se trouvent dans la province et ailleurs au Canada. Elle est membre de Grant Thornton

International Ltd. Atcon a retenu les services de Grant Thornton LLP au début de l'année 2009 pour effectuer la vérification de ses états financiers de l'exercice 2009.

[14] Kent M. Ostridge est un associé de Grant Thornton LLP. Il était responsable des services de vérification qui sont en cause dans l'action.

[15] Dans son exposé de la demande, la Province allègue que les trois défendeurs se sont présentés comme faisant affaires et exerçant sous la dénomination sociale « Grant Thornton » et sous les marques de commerce enregistrées par Grant Thornton International Ltd.

[16] La Province a intenté son action le 23 juin 2014. Si elle avait appris ou aurait normalement dû apprendre avant le 23 juin 2012 que Grant Thornton avait manqué à la norme de diligence applicable, notamment en omettant de respecter les normes de vérification généralement reconnues pour vérifier les états financiers de l'exercice 2009, comme l'allègue l'exposé de la demande, l'action serait prescrite par application de l'al. 5(1)a) de la *Loi*.

B. *Chronologie des événements antérieurs au 23 juin 2012*

[17] Atcon exerçait ses activités au Nouveau-Brunswick depuis les années 1970. À la fin du mois de janvier 2005, elle avait accumulé environ 20 millions de dollars de capitaux propres. Au cours des années suivantes, Atcon avait réussi à décrocher d'importants contrats de construction, en particulier dans l'Ouest canadien. Le volume d'activité d'Atcon était passé d'environ 50 millions de dollars au cours de l'exercice s'étant terminé en janvier 2006 à plus de 250 millions de dollars, comme l'indiquent les états financiers de l'exercice 2009. Malgré cette forte croissance, Atcon éprouvait de la difficulté, depuis au moins janvier 2007, à s'acquitter de ses obligations financières à mesure qu'elles arrivaient à échéance.

[18] Atcon continuait à éprouver des problèmes de trésorerie au cours de l'exercice 2009. À l'automne 2008, sa haute direction s'est adressée à la Province pour

obtenir des garanties relativement à des emprunts souscrits auprès de La Banque de Nouvelle-Écosse. Les négociations se sont déroulées sur plusieurs mois. Le 24 avril 2009, la Province a informé Atcon que sa demande d'aide financière avait été approuvée sous réserve de certaines conditions. La Province accorderait des garanties de prêt d'un total de 50 millions de dollars : 20 millions de dollars pour rembourser une dette existante de second rang, un maximum de 20 millions de dollars relativement à des crédits de fonds de roulement et 10 millions de dollars pour couvrir des dépenses en immobilisations aux installations d'Atcon à Miramichi. Les garanties étaient accordées sous réserve de la réalisation d'un examen externe de l'actif d'Atcon par un cabinet de vérificateurs que le ministre responsable jugerait satisfaisant.

[19] Le 24 avril 2009, Atcon a proposé que cet examen externe soit réalisé par ses propres vérificateurs, Grant Thornton. La Province a donné son accord à la condition que les conclusions et opinions de Grant Thornton qui découlaient de cet examen lui soient communiquées directement. Grant Thornton a accepté.

[20] Le travail de vérification sur le terrain de l'exercice 2009 s'est terminé au début du mois de mai. Le 19 mai 2009, Grant Thornton a remis son rapport au sujet des états financiers consolidés d'Atcon pour l'exercice 2009. Ce rapport (parfois appelé la lettre d'opinion ou la lettre contenant les assertions) a été envoyé à John Watt, directeur de projet auprès d'Entreprises Nouveau-Brunswick, qui avait participé à la négociation de la demande d'aide financière présentée par Atcon. En voici un extrait :

[TRADUCTION]

Dans votre lettre du 24 avril 2009 concernant l'aide financière sous forme de garantie du gouvernement au profit d'Atcon Holdings Inc., vous avez demandé une confirmation de la part du vérificateur externe au sujet de l'actif à court terme composé des comptes clients, des stocks et d'autres éléments d'actif à court terme. Selon nos discussions avec M^{me} Katrina Donovan, vice-présidente aux finances et à l'administration – directrice financière, nous croyons comprendre que cette confirmation vise l'évolution des travaux de vérification ainsi qu'une description des procédures qui ont été effectuées dans le cadre de la vérification des éléments d'actif précisés dans votre lettre.

La vérification d'Atcon Holdings Inc. comprend également la vérification d'Atcon Construction Inc., d'Atcon Industrial Services Inc. et d'Envirem Technologies Inc. Sur le fondement de notre vérification de l'entité consolidée Atcon Holdings Inc. (la compagnie), l'actif à court terme se compose des comptes clients, des stocks, dont les matières premières, les fournitures, les produits finis et les produits en cours, ainsi que d'autres éléments d'actif dont les charges payées d'avance.

Notre vérification de la compagnie a été réalisée conformément aux normes de vérification généralement reconnues et nous sommes d'avis que ces états financiers [donnent] [TRADUCTION] « à tous les égards importants » une image fidèle de la situation financière de la compagnie, des résultats de ses activités et de son flux de trésorerie en date du 31 janvier 2009. Pour les besoins de la vérification de la compagnie, l'importance relative a été fixée à 1 200 000 \$.

Nous avons terminé notre travail sur le terrain et le rapport de vérification sera daté du 7 mai 2009. Nous devons effectuer les tâches restantes suivantes avant de remettre notre rapport de vérification :

- a) obtenir les lettres de déclaration de la direction;
- b) finaliser l'information à fournir dans les états financiers;
- c) mettre à jour les lettres d'avis juridique qui ont été reçues au 7 mai 2009; nous avons actuellement reçu toutes les réponses aux lettres d'avis juridique et il n'y avait aucune restriction;
- d) recevoir une copie de la garantie de la part de la Province du Nouveau-Brunswick à l'appui de la nouvelle facilité de crédit;
- e) recevoir une copie de la nouvelle facilité de crédit de la part de l'établissement de crédit [La Banque de Nouvelle-Écosse].

Une fois que les éléments en suspens susmentionnés auront été réglés, Grant Thornton rendra un rapport sans réserve du vérificateur au sujet des états financiers de la compagnie au 31 janvier 2009. Grant Thornton a communiqué à la direction la totalité des redressements après vérification et ces redressements ont été examinés et approuvés par la direction.

[J'ai souligné.]

[21] Le rapport décrivait ensuite en termes généraux les procédures que Grant Thornton avaient alors menées à terme dans le cadre de sa vérification. Le rapport ne précisait pas quels étaient les éléments de preuve que Grant Thornton avait examinés pour déterminer si les données fournies dans les états financiers consolidés étaient exactes. Il ne faisait pas non plus état des données précises sur lesquelles elle s'était fondée pour évaluer : les principes comptables qui avaient régi la préparation des états financiers par la direction, les estimations importantes qu'ils renfermaient et la préparation générale des états financiers.

[22] Le 18 juin 2009, Grant Thornton a remis son rapport sans réserve du vérificateur. Ce rapport confirmait : (1) que la direction d'Atcon avait préparé les états financiers de l'exercice 2009; (2) que la responsabilité de Grant Thornton consistait à exprimer une opinion au sujet de ces états financiers sur le fondement de sa vérification; (3) que la vérification consistait notamment à examiner, par sondages, les données comptables sur lesquelles s'appuient les montants et les informations à fournir dans les états financiers, à évaluer les principes comptables utilisés ainsi que les estimations importantes faites par la direction et à évaluer la présentation d'ensemble des états financiers; (4) que la vérification avait été réalisée conformément aux normes de vérification généralement reconnues, ce qui exigeait que Grant Thornton [TRADUCTION] « planifie et effectue la vérification de manière à avoir l'assurance raisonnable que les états financiers [étaient] exempts d'inexactitudes importantes »; et (5) que selon son opinion, les états financiers donnaient « , à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière [d'Atcon] au 31 janvier 2009 ainsi que les résultats de ses activités et son flux de trésorerie pour l'exercice terminé à cette date, selon les principes comptables généralement reconnus du Canada ».

[23] Dans la note de bas de page 19 des états financiers vérifiés de l'exercice 2009, Atcon divulgue avoir enfreint les clauses restrictives du contrat d'emprunt qu'elle avait passé avec la banque en janvier 2009 et avoir tenté de les réviser. La note confirmait qu'une garantie de prêt de 50 millions de dollars avait été obtenue de la Province et reconnaissait que la capacité d'Atcon de poursuivre ses activités au cours des 12 mois

qui suivraient dépendait de sa capacité de maintenir une base d'emprunt suffisante et de répondre aux clauses restrictives révisées conclues avec la banque, à défaut de quoi les états financiers de l'exercice 2009 seraient touchés de façon importante.

[24] Le 30 juin 2009, la Province a signé et remis les garanties. Le juge saisi des motions a conclu que la Province l'avait fait en se fondant sur le rapport du 19 mai 2009 de Grant Thornton qui avait été remis à M. Watt, sur son rapport sans réserve du vérificateur et sur les états financiers vérifiés de l'exercice 2009. Personne ne s'est élevé contre cette conclusion.

[25] En application de la convention de crédit passée avec la banque, Atcon était tenue de produire chaque mois des déclarations solennelles faisant état de sa base d'emprunt (c.-à-d. ce sur quoi s'appuyaient les prêts consentis par la banque). Ces déclarations étaient préparées et remises par M^{me} Donovan ou sous sa supervision. Peu de temps après la signature des garanties par la Province, la banque a retenu les services d'Ernst & Young, un cabinet de comptabilité, de vérification et de consultation, pour examiner la situation financière d'Atcon.

[26] Le 4 août 2009, Ernst & Young a remis à la banque un rapport provisoire concernant la déclaration solennelle d'Atcon selon laquelle sa base d'emprunt en date du 6 juin 2009 s'élevait à 26,2 millions de dollars. Dans son rapport provisoire, Ernst & Young déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

Nous avons constaté dans ce rapport des erreurs totalisant 2,8 millions de dollars qui ont pour effet cumulatif de réduire la base d'emprunt du mois de juin de 10 %, la faisant passer de 26,2 millions de dollars à 23,5 millions de dollars. La direction convient qu'il s'agit effectivement d'erreurs.

Nous avons également relevé un certain nombre d'éléments totalisant 18,6 millions de dollars (pièce A) qui sont possiblement non conformes et qui peuvent ou non avoir été correctement traités par la direction dans son calcul de la base d'emprunt du mois de juin. La direction estime qu'aucun rajustement ne s'impose relativement à ces

éléments. À cet égard, nous faisons les recommandations suivantes :

1. La banque devrait examiner chacun des éléments qui sont possiblement non-conformes énumérés à l'annexe A afin de déterminer si des rajustements supplémentaires doivent être apportés à la base d'emprunt;
2. La banque devrait rencontrer la direction pour passer en revue ses exigences en matière de rapport concernant la base d'emprunt pour s'assurer que la direction comprend parfaitement ce qu'elle doit faire chaque mois pour que ses calculs et ses rapports concernant la base d'emprunt soient pleinement conformes.

[J'ai souligné.]

[27] Des éléments étaient [TRADUCTION] « possiblement non-conformes » parce qu'ils ne respectaient peut-être pas à la lettre la convention de crédit passée entre la banque et Atcon. Dans son témoignage devant le commissaire aux conflits d'intérêts le 21 décembre 2010, M. Watt, comptable agréé, s'est dit d'avis que le désaccord qui opposait M^{me} Donovan, elle aussi comptable agréée, et Ernst & Young était sans aucun doute de nature courante :

[TRADUCTION]

R. À ce stade-là, [...] la direction de la compagnie ne convenait pas avec Ernst & Young que les éléments étaient non conformes. La compagnie soutenait qu'aucun rajustement n'était nécessaire. Alors, au fond, c'est une divergence de vues entre une [comptable agréée] qui travaille pour la compagnie et un cabinet externe de services consultatifs qui travaille pour la banque. Les comptables de la banque adoptent l'approche la plus prudente possible, et la compagnie adopte l'approche la plus large possible. On le voit tous les jours. Les recommandations voulaient que la banque réexamine les livres, scrute chacun des éléments et détermine si un rajustement était nécessaire dans les registres comptables.

[28] Le rapport provisoire d'Ernst & Young a été accueilli en preuve devant le tribunal d'instance inférieure, mais pas pour la véracité de son contenu.

[29] En octobre 2009, la banque a consenti un crédit supplémentaire à Atcon en vue de la mise en œuvre d'un plan de restructuration. Cependant, le fonds de roulement d'Atcon est vite devenu déficitaire. Selon le témoignage de M. Watt devant le commissaire aux conflits d'intérêts, cela s'est produit en raison de pertes d'exploitation et de la « cessation soudaine » des activités d'Atcon dans l'Ouest canadien.

[30] Le 25 février 2010, la banque a demandé une ordonnance de mise sous séquestre en vertu de l'art. 33 de la *Loi sur l'organisation judiciaire*, L.R.N.-B. 1973, ch. J-2, de la règle 41 des *Règles de procédure* et de l'art. 243 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3. Les sociétés Atcon visées étaient : Atcon Group Inc., Atcon Holdings Inc., Atcon Property Holdings Inc., Atcon Veneer Products Inc. et Atcon Logistics Inc. La banque a également demandé une réparation sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*, L.R.C. 1985, ch. C-36, relativement à sept autres sociétés du groupe Atcon : Atcon Construction Inc., Atcon Industrial Services Inc., Atcon Management Services Inc., Atcon Civil Ltd., Dycon Construction Ltd., Atcon Structures Inc. et Envirem Technologies Inc. Dans le cadre de ces procédures, Ernst & Young a déposé un rapport du contrôleur dont la nomination est projetée dans lequel elle passait en revue la situation financière difficile d'Atcon avant de recommander à la Cour d'accueillir la demande de la banque dans le but d'évaluer [TRADUCTION] « s'il exist[ait] des solutions quelconques susceptibles de préserver la valeur des [sept sociétés Atcon] ». La banque s'est fondée sur un affidavit de Rocco Fabiano, directeur général adjoint de sa division de la gestion des comptes spéciaux, qui était responsable de l'administration des avances en cours consenties à Atcon, sur le rapport provisoire d'Ernst & Young concernant la déclaration solennelle relative au montant de la base d'emprunt d'Atcon en date du 6 juin 2009 et sur son rapport du contrôleur dont la nomination est projetée. L'avocat du procureur général a assisté aux audiences et, de ce fait, il a pris connaissance de la teneur de ces documents.

[31] Le 1^{er} mars 2010, un juge de la Cour du Banc de la Reine a accueilli les demandes de la banque et nommé Ernst & Young comme séquestre et séquestre-gérant sous le régime de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et comme contrôleur sous le régime

de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Quelques jours plus tard, la banque a exigé le remboursement des 50 millions de dollars visés par les garanties. Le 18 mars 2010, la Province s'est exécutée.

[32] Le 15 juin 2010, un juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté une demande d'Atcon visant à prolonger de deux mois la période de protection des créanciers prévue par la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*. Atcon a fait valoir qu'il lui fallait plus de temps pour redémarrer ses activités et obtenir des contrats au cours de l'été. Le juge est arrivé à la conclusion qu'une prolongation serait futile.

[33] En août 2010, la Province a retenu les services de RSM Richter Inc., un cabinet de comptabilité et de vérification, afin d'examiner et de commenter la situation financière d'Atcon au 31 janvier 2009. RSM Richter n'a pas été engagée pour évaluer si Grant Thornton avait vérifié les états financiers d'Atcon pour l'exercice 2009 en conformité avec les normes de vérification généralement reconnues.

[34] Comme je l'ai indiqué, M. Watt a témoigné devant le commissaire aux conflits d'intérêts. Il a décrit en ces termes les conclusions que renfermait le rapport provisoire d'Ernst & Young au sujet de la déclaration relative à la base d'emprunt de juin 2009 :

R. Les gens du cabinet [Ernst & Young] ont conclu que, à leur avis, la compagnie avait fait un certain nombre d'erreurs dans son information financière, entre autres par l'inscription de produits à recevoir qui n'auraient pas dû figurer dans la liste des comptes débiteurs mais bien dans les travaux en cours. Ils avaient des réserves quant aux dates des comptes débiteurs et au bien-fondé de l'inclusion de comptes dans la liste des débiteurs. Ils ont soutenu que la compagnie omettait de déclarer des dettes fondées légalement, comme la TVH et les retenues à la source du personnel, choses qui seraient déduites de la base d'emprunt. Donc, dans les faits, selon eux, la compagnie les induisait en erreur relativement à la valeur des sûretés pour la banque. Sans entrer dans les détails des chiffres ...

Q. D'accord.

R. ... ils soutiennent essentiellement que la compagnie induisait la banque en erreur.

LE COMMISSAIRE : Était-ce intentionnel ou juste une négligence, de la comptabilité bâclée?

M. WATT : Je... je l'ignore. Les erreurs n'auraient certainement pas dû se produire. Voyez-vous, Katrina Donovan était une comptable agréée. Elle était issue d'un des grands cabinets comptables. Elle aurait dû... cela n'aurait pas dû se produire. En fin de compte, c'était sa responsabilité, alors elle... elle signait les déclarations légales à la banque chaque mois comme quoi l'information était exacte.

LE COMMISSAIRE : À votre avis, les omissions étaient-elles graves quant aux...

M. WATT : Oh, très... très graves.

LE COMMISSAIRE : Oui, bon.

M. WATT : Ce sont... ce sont des erreurs de plusieurs millions de dollars.

[J'ai souligné.]

[35] Le 4 février 2011, RSM Richter a remis un projet de rapport à la Province. Il était fondé sur les travaux effectués du mois d'août au mois de décembre 2010, période pendant laquelle Atcon avait mis fin à ses activités et faisait l'objet d'une liquidation.

[36] Dans son projet de rapport, RSM Richter explique que ses services ont été retenus pour qu'elle [TRADUCTION] « détermine si les états financiers d'Atcon [dressés pour l'exercice 2009] ont été établis à tous les égards importants conformément aux principes comptables généralement reconnus ». Selon la preuve par affidavit non contestée de l'un de ses auteurs, Andrew Adessky, l'enquête que RSM Richter a menée pour s'acquitter de ce mandat [TRADUCTION] « se [distingue] d'une enquête visant à

déterminer si la vérification effectuée par [Grant Thornton] était conforme aux normes de vérification généralement reconnues »; « [a]ucune opinion n'est exprimée dans le rapport de [RSM Richter] sur les travaux de Grant Thornton, le vérificateur d'Atcon, et aucun commentaire exprimé dans ce rapport ne doit être interprété comme une opinion sur ces travaux »; et il était impossible de se faire une telle opinion sans avoir accès aux dossiers afférents à la vérification de Grant Thornton et à pouvoir les examiner. Ni RSM Richter ni la Province n'ont eu accès à ces dossiers.

[37] Le projet de rapport de RSM Richter faisait l'objet d'importantes limites et restrictions, notamment l'incapacité de s'entretenir avec les membres les plus haut placés de l'équipe de direction d'Atcon (M. Tozer et M^{me} Donovan) qui avaient connaissance de l'information financière d'Atcon (voir la section 1.2 et les annexes 1 et 2 du rapport de RSM Richter ainsi que le par. 10 de l'affidavit d'Adessky). RSM Richter a indiqué que son interprétation et sa compréhension des dossiers et des données comptables d'Atcon ne reflétaient pas les opinions de la haute direction. Sous réserve de ces limites et restrictions, RSM Richter a exprimé les opinions suivantes au sujet des états financiers d'Atcon pour l'exercice 2009 : (1) ils n'avaient pas été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus, à tous les égards importants, et (2) l'actif et le bénéfice net d'Atcon faisaient l'objet de surévaluations qui variaient entre 28,3 millions de dollars et 35,4 millions de dollars. Selon le juge saisi des motions, la surévaluation était importante et aurait dû amener la Province à inférer que Grant Thornton n'avait pas réalisé la vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues et qu'elle avait donc une réclamation potentielle en négligence contre Grant Thornton.

C. *Chronologie des événements postérieurs au 22 juin 2012, et donc dans les limites du délai de prescription de deux ans*

[38] Le 30 novembre 2012, RSM Richter a remis son rapport définitif. Il ne divergeait pas de façon importante du projet de rapport daté du 4 février 2011.

[39] Le 21 décembre 2012, le sous-ministre du Développement économique a envoyé à l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick une lettre dans laquelle il l'informait que la Province procédait au dépôt d'une plainte officielle contre Grant Thornton LLP. Il ne précisait pas la nature de cette plainte, mais il annexait à sa lettre une copie du rapport définitif de RSM Richter qui, comme je l'ai indiqué, ne renfermait aucune opinion au sujet de la qualité du travail de vérification de Grant Thornton. Par la suite, l'Institut devait aider la Province à formuler trois allégations de conduite possiblement répréhensible contre Grant Thornton LLP, M. Ostridge et M^{me} Donovan.

[40] Grant Thornton LLP et M. Ostridge ont contesté la compétence de l'Institut d'entendre ces chefs d'allégation au motif qu'ils étaient frivoles et vexatoires. Des documents à l'appui de l'objection ont été déposés auprès de l'Institut, mais ils n'ont pas été produits pour examen par la Province. L'objection a finalement été rejetée, mais l'Institut ne s'est toujours pas penché sur le fond des allégations. Il est d'avis que cela ne peut se faire sans avoir accès aux dossiers de Grant Thornton afférents à la vérification, dossiers que ce cabinet a obstinément refusé de produire pour examen.

D. *Les éléments pertinents des plaidoiries visant à obtenir le jugement sommaire*

(1) L'exposé de la demande

[41] Aux paragraphes 7 à 18 de son exposé de la demande, la Province revient sur les événements qui ont précédé la signature des garanties, le 30 juin 2009, et décrit l'influence qu'a eue Grant Thornton par le rôle qu'elle a joué dans la satisfaction de deux conditions préalables, soit les conditions d'un examen externe et d'une appréciation directe. La Province affirme que son acceptation de Grant Thornton, qui était alors le vérificateur d'Atcon, pour ce qui est de satisfaire à la condition relative à l'examen externe, était soumise à l'exigence que Grant Thornton [TRADUCTION] « remette directement à la Province une lettre précisant les procédures de vérification utilisées dans la vérification relative à Atcon ainsi que l'opinion de Grant Thornton » (la condition d'une appréciation directe). La Province affirme que Grant Thornton a prétendu répondre aux deux conditions en donnant directement à la Province, dans son rapport du 19 mai 2009, la confirmation

qu'elle avait réalisé sa vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues et qu'à son avis, les états financiers d'Atcon pour l'exercice 2009 donnaient, à tous les égards importants, une image fidèle de sa situation financière, des résultats de ses activités et de son flux de trésorerie en date du 31 janvier 2009. Peu après, plus précisément le 18 juin 2009, Grant Thornton a remis son rapport sans réserve du vérificateur ainsi que les états financiers vérifiés de l'exercice 2009.

[42] Au paragraphe 20, la Province fait les allégations suivantes :

[TRADUCTION]

20. Pendant toute la période pertinente, Grant Thornton avait connaissance, ou aurait dû avoir connaissance, des faits suivants :

- a) les états financiers vérifiés de 2009 d'Atcon et le rapport sans réserve du vérificateur de 2009 de [Grant Thornton] ont été établis et donnés à la Province, notamment pour satisfaire à la condition préalable d'un examen externe et à la condition d'une appréciation directe en vue de l'obtention des garanties;
- b) les états financiers vérifiés de 2009 d'Atcon et le rapport sans réserve du vérificateur de 2009 de [Grant Thornton] devaient servir à la Province, et lui ont, en fait, servi conformément à la condition préalable d'un examen externe et à la condition d'une appréciation directe dans sa décision de signer et de remettre les garanties en faveur d'Atcon et de [La Banque de Nouvelle-Écosse];
- c) la Province s'est fiée à Grant Thornton pour qu'elle effectue l'[TRADUCTION] « examen externe » d'Atcon et la procédure d'examen, d'enquête et de vérification qui s'imposait dans le cadre de la vérification effectuée pour l'exercice 2009, en l'absence d'un conflit d'intérêts, pour justifier l'opinion de Grant Thornton quant à la fidélité des états financiers d'Atcon établis par la gestion d'Atcon;
- d) la Province subirait des pertes si Grant Thornton n'avait pas effectué la vérification pour l'exercice 2009 conformément aux [normes de vérification généralement reconnues] et en l'absence d'un conflit d'intérêts;

- e) la Province subirait des pertes si les états financiers vérifiés de 2009 d'Atcon n'avaient pas été établis conformément aux [principes comptables généralement reconnus] et contenaient des inexactitudes importantes.

[43] Le paragraphe 32 énonce de manière succincte les allégations de négligence de la Province à l'endroit de Grant Thornton. Il est libellé ainsi :

[TRADUCTION]

32. Grant Thornton, de façon négligente et en violation de ses obligations envers la Province, a commis les actes et les omissions suivants :

- a) elle n'a pas effectué la vérification pour l'exercice 2009 conformément aux [normes de vérification généralement reconnues];
- b) elle n'a pas agi avec le soin, la diligence et la compétence dont aurait fait preuve un vérificateur d'une prudence et d'une compétence raisonnables;
- c) elle n'a pas agi avec le soin, la diligence et la compétence dont aurait fait preuve un vérificateur possédant des connaissances spécialisées et des compétences particulières concernant les activités commerciales consolidées d'Atcon (que Grant Thornton prétendait posséder);
- d) elle a donné une opinion sans réserve sur les états financiers vérifiés de 2009 d'Atcon alors que ces états financiers ne donnaient pas une image fidèle, à tous les égards importants, de la situation financière d'Atcon au 31 janvier 2009 ainsi que des résultats de ses activités et des changements survenus dans sa situation financière pour l'exercice terminé à cette date conformément aux [principes comptables généralement reconnus];
- e) elle a agi dans une situation de conflit d'intérêts.

[44] La question soulevée par l'allégation qui se trouve au dernier alinéa n'a pas été argumentée en première instance et ne fait l'objet d'aucune des décisions portées en appel. Il n'y a rien à ajouter sur ce point.

(2) Les exposés de la défense

[45] Deux exposés de la défense ont été déposés, l'un par Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge et l'autre par Grant Thornton International Ltd.

[46] Les deux exposés de la défense nient les allégations de négligence qui se trouvent aux al. 32a) à d) de l'exposé de la demande. Le paragraphe 28 de l'exposé de la défense de Grant Thornton LLP et de M. Ostridge mérite d'être mentionné. Il est libellé ainsi :

[TRADUCTION]

28. En ce qui concerne les allégations que renferme le paragraphe 32 de l'exposé de la demande de la demanderesse, les défendeurs :

- a) nient qu'ils étaient tenus à un devoir de diligence envers la demanderesse comme cette dernière l'allègue et demandent que la demanderesse soit tenue d'en faire la preuve absolue;
- b) affirment, et le fait est, que la vérification de l'exercice 2009 a été effectuée conformément aux [normes de vérification généralement reconnues] et en l'absence de conflit d'intérêts;
- c) affirment, et le fait est, que les défendeurs ont fait preuve de la diligence, des aptitudes, de la compétence, de la prudence, des connaissances, de l'expérience et du jugement professionnel qui étaient appropriés et exigés dans la conduite de la vérification des états financiers de l'exercice 2009;
- d) affirment, et le fait est, que les états financiers de l'exercice 2009 donnaient, à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière, des résultats des activités et du flux de trésorerie d'Atcon au 31 janvier 2009 pour l'exercice terminé à cette date.

[J'ai souligné.]

[47] Dans les deux exposés de la défense, il est plaidé que l'action est prescrite par application de la *Loi*. Dans leur exposé de la défense conjoint, Grant Thornton LLP et

M. Ostridge plaident l'al. 5(1)a) et font valoir que l'action est prescrite au motif que la Province [TRADUCTION] « avait ou aurait dû avoir la connaissance requise des prétendues réclamations depuis plus de deux ans avant l'introduction de la présente action ».

[48] Plusieurs autres moyens de défense sont soulevés dans les exposés de la défense, mais aucun d'eux n'exige un examen. Cela vient du fait que les avis de motion ne sollicitent pas le rejet de l'action sur le fond. Il se pourrait que ce choix stratégique soit attribuable à des préoccupations au sujet de la production des dossiers afférents à la vérification.

(3) La réplique à la défense fondée sur la prescription

[49] Avec l'autorisation du juge saisi des motions, la Province a déposé une réplique à chaque exposé de la défense. Pour ce qui est de la défense fondée sur la prescription, la Province affirme : (1) que les faits permettant de déterminer s'il y a eu un manquement à la norme de diligence relèvent de la connaissance exclusive de Grant Thornton; (2) que la Province ignorait ces faits avant d'entamer la poursuite; (3) que Grant Thornton dissimulait et continue de dissimuler les faits en question; et (4) que cette dissimulation [TRADUCTION] « interrompt le cours de tout délai de prescription ». Je voudrais dire quelques mots au sujet de la dissimulation.

[50] L'article 16 de la *Loi* prévoit que si le défendeur dissimule délibérément l'existence d'une réclamation, il ne peut opposer en défense la prescription de quinze ans prévue à l'al. 5(1)b). L'article 16 ne s'applique pas à l'al. 5(1)a). La dissimulation délibérée de la part du défendeur pourrait expliquer que le réclamant ait ignoré l'existence de la réclamation, mais la question que soulève l'al. 5(1)a) consiste à déterminer si le réclamant avait appris ou aurait normalement dû apprendre, deux ans avant l'introduction de l'action, qu'il avait une réclamation; la réclamation était découverte ou elle ne l'était pas.

[51] Dans sa réplique, la Province rejette ensuite l'application de l'al. 5(1)a) et son délai de prescription de deux ans. Elle affirme que l'action vise à obtenir le recouvrement de créances de la Couronne et que, de ce fait, elle a été intentée bien avant l'expiration du délai de prescription plus long que prévoit l'art. 27.1, dont le texte était le suivant à l'époque en cause :

27.1 Despite anything else in this Act, if the limitation period that applies to a claim by the Crown for the recovery of money owing to it would, if not for this section, expire after the commencement of this section but before July 1, 2021, that limitation period expires on July 1, 2021.

[Emphasis added.]

27.1 Malgré l'une quelconque des autres dispositions de la présente loi, expire le 1^{er} juillet 2021 tout délai de prescription applicable à une réclamation visant le recouvrement d'une créance de la Couronne qui, n'était le présent article, aurait expiré après l'entrée en vigueur du présent article, mais avant le 1^{er} juillet 2021.

[J'ai souligné.]

Il convient de noter qu'à la date à laquelle la poursuite a été intentée, la date d'expiration du délai de prescription visé à l'art. 27.1 était le 1^{er} mai 2016. Toutefois, la différence est sans conséquence.

[52] Dans la décision rejetant l'action qu'il rendue le 25 février 2019, le juge saisi des motions a conclu que l'art. 27.1 était inapplicable. Il l'a fait pour les motifs suivants :

[TRADUCTION]

L'article 27.1 a préséance sur tout autre délai prescrit par la *Loi* dans toute action intentée par la Province, à condition que l'action s'inscrive dans les paramètres de cet article.

Ces paramètres se résument aux trois éléments constitutifs suivants de cet article :

- a) il s'agit d'une « réclamation » de la Couronne;
- b) la réclamation vise le recouvrement d'une somme d'argent;
- c) la somme d'argent constitue une créance.

Le terme « réclamation » est défini en ces termes au par. 1(1) de la *Loi* :

« réclamation » Réclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d'un acte ou d'une omission. (*claim*)

De toute évidence, la présente action satisfait aux critères de cette définition puisque la Couronne cherche à obtenir réparation de pertes survenues du fait de ce qui, allègue-t-elle, constituait un acte ou une omission, à savoir la négligence des défendeurs.

Il est aussi évident que la réclamation vise le recouvrement d'une somme d'argent.

La question qui se pose donc est de savoir si la réclamation vise le recouvrement d'une somme d'argent qui constitue une « créance ».

Dans l'ouvrage intitulé *The Law of Damages* (S.M. Waddams, Canada Law Book, 2014 (feuillets mobiles révisés n° 25 : novembre 2016)), les auteurs affirment ce qui suit à la rubrique 7.10 :

[TRADUCTION]

7.10 Il existe une distinction importante entre les créances et les dommages-intérêts; dans une action en recouvrement d'une créance, le demandeur réclame une somme d'argent qui constitue une créance pécuniaire. Le droit applicable aux dommages-intérêts vise à évaluer l'indemnisation pécuniaire de transgressions du droit positif – il s'agit de la conversion, pour ainsi dire, de la transgression du droit positif en une somme d'argent. Cependant, dans le cas d'une dette, aucune conversion n'est requise. De dire que la créance est exigible équivaut à dire que le montant de la créance est recouvrable.
[...]

La présente action constitue une réclamation en responsabilité délictuelle fondée sur la négligence. Par l'introduction de cette action, la Province prie la Cour de convertir cette transgression du droit positif – cette négligence – en une somme d'argent qui constitue une créance de la Province. Il s'agit d'une réclamation en

dommages-intérêts, et non d'une réclamation au titre d'une créance ou d'une somme d'argent due à la Couronne. La question de savoir si les défendeurs lui doivent la somme d'argent qu'elle a payée en application des garanties de prêts est, en fait, la question primordiale qu'elle cherche à faire trancher dans le contexte du présent litige. C'est ce qui ressort clairement de l'exposé de la demande.

Je conclus donc que la réclamation de la Province qui est l'objet de la présente action ne satisfait pas au troisième élément constitutif de l'art. 27.1 de la *Loi* parce que la réclamation ne vise pas le recouvrement d'une « créance » de la Couronne.

Je conclus aussi que l'art. 27.1 de la *Loi* ne s'applique pas à la présente action. [Par. 43 à 52]

[53] Grant Thornton appuie l'analyse et l'interprétation de l'art. 27 qu'a faites le juge saisi des motions. Moi aussi. Grant Thornton ajoute que les motifs du juge saisi des motions sont étayés par le fait que le législateur a eu recours au terme « créance » dans la version française pour décrire l'objet de l'art. 27.1. Je suis d'accord.

[54] Bien que je trouve intéressant l'argument selon lequel l'emploi du terme « créance » pourrait indiquer que l'intention du législateur était de limiter l'application de l'art. 27.1 au recouvrement d'une somme d'argent exigible dans le cadre d'une relation débiteur/créancier ou d'une autre relation comparable, il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent appel, de définir avec précision le cadre de l'art. 27.1. Je clos la discussion sur ce point en ajoutant quelques mots au sujet des règles de plaidoirie et du fardeau de la preuve et de la persuasion en ce qui concerne l'al. 5(1)a).

[55] Depuis longtemps, des perceptions différentes quant à l'effet de la règle prétorienne de la possibilité de découvrir le dommage imprègnent le barreau. Pour certains juristes, cette règle est un moyen de cerner le moment précis auquel une cause d'action a pris naissance. Pour d'autres, la règle est une préclusion pour l'application d'un délai prescrit par la loi. Avant l'adoption de l'al. 5(1)a), lorsque le défendeur plaidait l'expiration du délai de prescription et que le demandeur voulait établir que l'application de la règle de

la possibilité de découvrir constituait une préclusion, une réplique énonçant les faits à l'appui de cette thèse était considérée comme judiciaire, sinon essentielle (voir *Goyetche et autres c. International Union of Operating Engineers et autres*, 2019 NBCA 16, [2019] A.N.-B. n° 36 (QL), au par. 44). Dans ce contexte, il incombait au demandeur de prouver les faits qui justifiaient l'application de la règle.

[56] La règle de la possibilité de découvrir le dommage est maintenant codifiée sous la forme d'un délai de prescription à l'al. 5(1)a). Le défendeur qui invoque son expiration comme moyen de défense doit présenter dans son exposé de la défense un exposé concis des faits substantiels sur lesquels il se fonde. De plus, le défendeur doit prouver ces faits. Aux termes de la règle 27.07(2), lorsque le demandeur omet de déposer une réplique, toute allégation déterminante de fait contenue dans l'exposé de la défense est alors réputée être niée. Dans une observation connexe, Grant Thornton souligne la suggestion qui a été faite dans l'ouvrage de Mew, Rolph et Zacks intitulé *The Law of Limitations*, 3^e éd. (Toronto : LexisNexis Canada, 2016), suggestion selon laquelle une fois que le défendeur a présenté une défense fondée sur la prescription, [TRADUCTION] « le demandeur sera tenu de démontrer à quelle date le délai de prescription a commencé à courir » (par. 5.38). C'est peut-être le cas en Ontario, sans doute en raison du libellé particulier de sa *Loi de 2002 sur la prescription des actions*, L.O. 2002, ch. 24, annexe B, et notamment de la présomption voulant que le demandeur ait découvert les faits déterminants sur lesquels repose la cause d'action le jour où ont eu lieu les actes ou les omissions coupables du défendeur. Dans notre province, une telle présomption n'existe pas et il appartient à la partie qui fait cette assertion de la prouver.

E. *Les avis de motion en jugement sommaire*

[57] Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge ont déposé un avis de motion conjoint en jugement sommaire. Grant Thornton International a déposé son propre avis de motion. La même mesure réparatoire était formulée dans les deux avis de motion : [TRADUCTION] « [1]a [Province] a découvert ou aurait normalement dû découvrir qu'elle avait une réclamation contre [tous les défendeurs] le 4 février 2011 au plus tard, lorsque la

[Province] a reçu le rapport de [RSM Richter] qui concluait que les états financiers d'Atcon Holdings Inc. n'avaient pas été dressés conformément aux [principes comptables généralement reconnus] ». Aucun des deux avis de motion n'indiquait que le 18 mars 2010, ou une autre date quelconque antérieure au 4 février 2011, était la date à laquelle le délai de prescription visé à l'al. 5(1)a commençait à courir.

[58] Dans son mémoire préparatoire, Grant Thornton International n'a pas fait valoir que la Province avait découvert qu'elle avait une réclamation le 18 mars 2010. Elle a adopté la position voulant que la Province avait découvert qu'elle avait une réclamation le 4 février 2011, après avoir reçu le projet de rapport de RSM Richter. Cette observation concordait avec les avis de motion.

[59] Cependant, dans leur mémoire préparatoire, Grant Thornton LLP et Kent M. Ostridge ont avancé, sans autorisation de modifier leur avis de motion, que la Province avait découvert ou aurait normalement dû découvrir qu'elle avait une réclamation contre eux le 18 mars 2010, lorsqu'elle a versé 50 millions de dollars à la banque en application des garanties. Le juge saisi des motions n'aurait pas dû connaître de ces arguments étant donné que dans les avis de motion, la date du 18 mars 2010 n'avait pas été plaidée comme étant un point de départ pour l'application de l'al. 5(1)a) (voir la règle 37.03b)). Toutefois, la question n'est pas soulevée en appel et je n'en dirai donc pas plus sur cette question de procédure.

[60] Les motions en jugement sommaire étaient étayées par des affidavits de Kent M. Ostridge, de Norman Victor Raynard (l'associé directeur régional de Grant Thornton LLP pour l'Ouest canadien), de Miranda Joy Munroe (adjointe juridique en matière de litiges au cabinet occupant pour Grant Thornton LLP et M. Ostridge) et de Jonathan Block, de Bethesda, dans le Maryland (avocat principal de Grant Thornton International). Le rapport provisoire d'Ernst & Young relatif à la déclaration au sujet de la base d'emprunt d'Atcon pour le mois de juin 2009 était joint comme pièce à l'appui d'un des affidavits de M. Ostridge.

[61] En opposition aux motions, la Province a déposé un affidavit de M. Adessky, un associé de RSM Richter et l'un des auteurs du projet de rapport et du rapport définitif, affidavit sur lequel elle s'est fondée. La Province a également déposé et invoqué un affidavit de George Kinsman, l'un des auteurs du rapport provisoire d'Ernst & Young et de son rapport du contrôleur dont la nomination est projetée.

F. *Les éléments clés du dossier de la preuve*

(1) Le rapport provisoire d'Ernst & Young et son rapport du contrôleur dont la nomination est projetée

[62] Le rapport provisoire d'Ernst & Young a été admis en preuve malgré l'objection de la Province. Toutefois, il n'a pas été admis pour établir la véracité de son contenu ou la véracité des opinions qui y étaient exprimées.

[63] Le rapport provisoire d'Ernst & Young avait pour objet d'évaluer l'exactitude de la déclaration solennelle remise par Atcon à la banque au sujet de sa base d'emprunt en date du 6 juin 2009. Comme je l'ai indiqué, M^{me} Donovan, une comptable agréée au service d'Atcon, et les auteurs du rapport provisoire d'Ernst & Young n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si Atcon avait traité correctement, dans sa déclaration solennelle, une somme de 18,6 millions de dollars de la base d'emprunt. La Province souligne que la déclaration a été remise des mois après la période couverte par les états financiers vérifiés de l'exercice 2009.

[64] En ce qui concerne le rapport du contrôleur dont la nomination est projetée, il a été produit pour les besoins de la demande que la banque avait présentée sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

(2) Affidavit de George Kinsman

[65] Comme je l'ai indiqué, M. Kinsman est l'un des auteurs du rapport provisoire d'Ernst & Young et du rapport du contrôleur dont la nomination est projetée. Dans son affidavit, M. Kinsman confirme ce qui suit : Ernst & Young n'a pas évalué si la vérification réalisée par Grant Thornton était conforme aux normes; ni le rapport provisoire d'Ernst & Young, ni son rapport du contrôleur dont la nomination est projetée ne traitaient des états financiers vérifiés de l'exercice 2009 ou de la vérification de Grant Thornton; et aucun des deux rapports ne devrait être interprété comme exprimant une opinion quelconque au sujet soit des états financiers vérifiés de l'exercice 2009, soit du travail de Grant Thornton.

(3) Témoignage de John Watt devant le commissaire aux conflits d'intérêts

[66] Comme je l'ai mentionné, M. Watt a témoigné devant le commissaire aux conflits d'intérêts. Voici l'essentiel de sa déposition au sujet du rapport provisoire d'Ernst & Young :

R. Les gens du cabinet [Ernst & Young] ont conclu que, à leur avis, la compagnie avait fait un certain nombre d'erreurs dans son information financière, entre autres par l'inscription de produits à recevoir qui n'auraient pas dû figurer dans la liste des comptes débiteurs mais bien dans les travaux en cours. Ils avaient des réserves quant aux dates des comptes débiteurs et au bien-fondé de l'inclusion de comptes dans la liste des débiteurs. Ils ont soutenu que la compagnie omettait de déclarer des dettes fondées légalement, comme la TVH et les retenues à la source du personnel, choses qui seraient déduites de la base d'emprunt. Donc, dans les faits, selon eux, la compagnie les induisait en erreur relativement à la valeur des sûretés pour la banque. Sans entrer dans les détails des chiffres...

Q. D'accord.

R. ... ils soutiennent essentiellement que la compagnie induisait la banque en erreur.

LE COMMISSAIRE : Était-ce intentionnel ou juste une négligence, de la comptabilité bâclée?

M. WATT : Je... je l'ignore. Les erreurs n'auraient certainement pas dû se produire. Voyez-vous, Katrina Donovan était une comptable agréée. Elle était issue d'un des grands cabinets comptables. Elle aurait dû... cela n'aurait pas dû se produire. En fin de compte, c'était sa responsabilité, alors elle... elle signait les déclarations légales à la banque chaque mois comme quoi l'information était exacte.

LE COMMISSAIRE : À votre avis, les omissions étaient-elles graves quant aux...

M. WATT : Oh, très... très graves.

LE COMMISSAIRE : Oui, bon.

M. WATT : Ce sont... ce sont des erreurs de plusieurs millions de dollars.

[J'ai souligné.]

(4) Le projet de rapport et le rapport définitif de RSM Richter

[67] Dans son projet de rapport de février 2011 et dans son rapport définitif de novembre 2012, RSM Richter exprime, sous réserve de limites et de restrictions bien précises, les opinions voulant qu'Atcon n'avait pas préparé ses états financiers de l'exercice 2009 conformément aux principes comptables généralement reconnus, à tous les égards importants, et que son actif et son bénéfice net faisaient l'objet de surévaluations qui variaient entre 28,3 et 35,4 millions de dollars.

[68] Toutefois, aucun des deux rapports ne renferme une observation ou opinion quelconque au sujet de la qualité de la vérification effectuée par Grant Thornton de l'exercice 2009.

(5) Témoignage d'Andrew Adessky

[69] Andrew Adessky a signé le projet de rapport et le rapport définitif de RSM Richter. Dans son témoignage par affidavit qui n'a pas été contesté, il déclare ce qui suit :

[TRADUCTION]

3. La Province du Nouveau-Brunswick a retenu les services de la société [RSM Richter] pour qu'elle examine et détermine si les états financiers d'Atcon établis au 31 janvier 2009 ont été établis à tous les égards importants conformément aux principes comptables généralement reconnus (PCGR). Nous concluons, sous réserve des limites exprimées dans le rapport de [RSM Richter], que les états financiers n'ont pas été établis conformément aux PCGR à tous les égards importants.

4. Notre mandat et l'enquête à laquelle nous avons procédé pour parvenir à nos conclusions se distinguent d'une enquête visant à déterminer si la vérification effectuée par le vérificateur externe d'Atcon était conforme aux normes de vérification généralement reconnues (NVGR). Notre conclusion selon laquelle les états financiers n'ont pas été établis conformément aux PCGR ne signifie pas que le vérificateur qui a effectué cette vérification ne s'est pas conformé aux NVGR au cours de sa vérification. Les deux enquêtes sont distinctes et on ne saurait les confondre.

5. Pour que [RSM Richter] puisse donner une opinion sur les travaux de Grant Thornton LLP (Grant Thornton) en sa qualité de vérificateur des états financiers d'Atcon, les faits suivants devaient s'avérer :

a) il aurait fallu que [RSM Richter] consulte les documents de travail de Grant Thornton afférents à la vérification d'Atcon et procède à leur examen complet. Il aurait peut-être aussi fallu obtenir des renseignements supplémentaires découlant de l'examen des documents de travail de Grant Thornton afférents à la vérification.

b) L'enquête menée par [RSM Richter] aurait été axée sur la conformité aux NVGR. Un sommaire des principes liés aux NVGR qui se seraient appliqués est joint. [...]

6. [RSM Richter] ne possédait pas les documents de travail de Grant Thornton afférents à la vérification, lesquels auraient compris un plan du vérificateur indiquant l'approche à la vérification, ainsi que les renseignements connus du vérificateur et pris en compte par lui dans sa vérification, et étayant son opinion sur les états financiers établis au 31 janvier 2009.

7. Aucune opinion n'est exprimée dans le rapport de [RSM Richter] sur les travaux de Grant Thornton, le vérificateur d'Atcon, et aucun commentaire exprimé dans ce rapport ne doit être interprété comme une opinion sur ces travaux.

8. Sur la foi des dossiers, des documents et des renseignements que nous avons obtenus, nous n'étions pas en mesure de découvrir si Grant Thornton a effectué sa vérification conformément aux NVGR ni de nous prononcer sur cette question.

9. De plus, [RSM Richter] n'a pas elle-même vérifié les renseignements financiers d'Atcon ni ses systèmes comptables conformément aux NVGR.

[J'ai souligné.]

(6) Témoignage de l'intimé Kent M. Ostridge

[70]

Au cours de son témoignage, on a passé en revue avec M. Ostridge le contenu du projet de rapport et du rapport définitif de RSM Richter. Il a souligné que ces rapports renfermaient des renvois à ce qu'il a appelé des [TRADUCTION] « concepts de vérification ». M. Ostridge s'est dit d'avis que les opinions et conclusions exprimées dans le projet de rapport de RSM Richter [TRADUCTION] « remettraient en cause le fait que le vérificateur a procédé à la vérification en se conformant aux [normes de vérification généralement reconnues] » et [TRADUCTION] « amèneraient une personne raisonnable à mettre en doute les conclusions que Grant Thornton a tirées dans son rapport de

vérification » (j'ai souligné). Cependant, dans sa déposition, M. Ostridge n'a pas déclaré que ces opinions et conclusions amèneraient un vérificateur raisonnable à conclure que la vérification effectuée par Grant Thornton n'avait pas été réalisée conformément à ces normes.

[71] De fait, lors de son contre-interrogatoire, M. Ostridge a admis que sa connaissance de l'insolvabilité d'Atcon et des problèmes recensés dans le rapport provisoire d'Ernst & Young (erreurs et déclarations inexactes dans la déclaration solennelle relative au montant de sa base d'emprunt d'Atcon en date du 6 juin 2009) ne l'avaient pas amené à se demander si Grant Thornton avait respecté la norme de diligence à laquelle elle était tenue dans la conduite de la vérification de l'exercice 2009. M. Ostridge a reconnu les divulgations qu'Atcon avait faites dans la note de bas de page 19 des états financiers de l'exercice 2009, notamment la mise en garde que sa capacité de poursuivre ses activités l'année suivante dépendait de sa capacité de maintenir une base d'emprunt convenable et de respecter les covenants révisés qu'elle avait conclus avec la banque.

[72] De plus, M. Ostridge s'est dit d'accord avec la proposition suivante :

[TRADUCTION]

La réponse à la question de savoir si le vérificateur a procédé à une vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues dépend des procédures de vérification qui ont été suivies dans les circonstances, du caractère suffisant et approprié de la preuve en matière de vérification qui a été obtenue par suite de ces procédures et de la pertinence du rapport du vérificateur compte tenu d'une évaluation de cette preuve.

[73] Dans une lettre datée du 27 janvier 2009 qu'elle a adressée à M. Tozer, lettre qui a été admise en preuve au cours du contre-interrogatoire de M. Ostridge, Grant Thornton explique qu'un vérificateur qui procède à une vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues [TRADUCTION] « obtient une assurance raisonnable que dans l'ensemble, les états financiers sont exempts d'inexactitudes importantes, qu'elles soient attribuables à la fraude ou à des erreurs ». La lettre souligne ensuite qu'il [TRADUCTION] « importe de reconnaître qu'il est impossible à un

vérificateur d'obtenir l'assurance absolue que les inexactitudes importantes que renferment les états financiers seront décelées ». La lettre insiste ensuite sur le fait que Grant Thornton [TRADUCTION] « ne peut pas garantir que les fraudes, erreurs et actes illicites susceptibles de s'y trouver seront décelés au moment d'une vérification réalisée conformément aux normes de vérification généralement reconnues du Canada ».

[74] Finalement, M. Ostridge a déclaré que les dossiers afférents à la vérification que détient Grant Thornton comprennent notamment les suivants : son plan de vérification; l'identité des personnes associées à la vérification; les données reçues et invoquées; les vérifications et hypothèses qui ont été faites et les mesures qui ont été prises; les données et assertions émanant d'Atcon; les analyses et les contrôles effectués; les cas dans lesquels un jugement professionnel a été exercé; les éléments de preuve qui ont été jugés convaincants et les motifs à l'appui; et les lettres de confirmation et documents source reçus de tierces parties. M. Ostridge a confirmé le rôle essentiel des dossiers de vérification pour déterminer si celle-ci avait été réalisée conformément aux normes de vérification généralement reconnues et il a réitéré qu'une vérification ne garantissait pas que les états financiers ne renfermaient aucune inexactitude importante.

G. *Règle 31 et production des documents*

[75] La règle 31.02(2) est libellée ainsi :

31.02(2) Every document which relates to a matter in issue in an action and which is in the possession or control of a party to the action, shall be produced for inspection if requested, as provided in this rule, unless privilege is claimed in respect of that document.	31.02(2) Tout document qui a trait à une question en litige dans une action et dont une partie a la possession ou le contrôle doit, sur demande, être produit pour examen conformément à la présente règle, à moins qu'il n'y ait revendication de privilège à son égard.
---	---

La Province a demandé la production des dossiers de Grant Thornton afférents à la vérification, notamment tous ses documents de travail liés à la vérification ainsi que la documentation déposée à l'appui des observations qu'elle avait faites à l'Institut des

comptables agréés du Nouveau-Brunswick, observations selon lesquelles la plainte de la Province était vexatoire et frivole. Grant Thornton n'a pas revendiqué de privilège relativement à ces documents.

[76] La règle 31.03(2) prévoit ce qui suit :

31.03(2) Within 10 days after receipt of a Notice Requiring Affidavit of Documents a party shall file and serve on every other party an Affidavit of Documents (Form 31B).	31.03(2) La partie qui reçoit un avis de production d'un affidavit des documents doit, dans les 10 jours, déposer et signifier à chaque autre partie un affidavit des documents (formule 31B).
--	--

Si Grant Thornton s'était acquittée des obligations que lui imposait la règle 31.03(2), elle aurait énuméré à l'annexe A de son affidavit des documents les documents qui se trouvaient dans ses dossiers afférents à la vérification et elle aurait dû produire ces documents pour examen. Comme je l'ai indiqué, Grant Thornton n'a réclamé aucun privilège à l'égard de ces documents.

H. *L'essentiel des décisions portées en appel*

(1) Décision préliminaire datée du 15 mars 2015 (2018 NBBR 63)

[77] La décision préliminaire du juge porte sur toute une série de questions de procédure. Ses éléments saillants méritent d'être reproduits à des fins de mise en contexte :

[TRADUCTION]

Le 2 mars 2018, la Province a déposé une motion en ajournement ou en rejet des motions en jugement sommaire dans l'attente de la fin de la communication des documents.

De façon subsidiaire, elle sollicite l'ajournement ou le rejet des motions jusqu'à ce que les défendeurs produisent les documents suivants :

[TRADUCTION]

- a) tous les documents de travail et les dossiers de vérification afférents à la vérification mentionnés

dans la lettre d'opinion du [19] mai 2009 adressée [à John Watt];

- b) toutes les observations écrites présentées par [Grant Thornton] LLP et [Kent] Ostridge à l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick en réponse à une plainte déposée contre eux par la Province et dans lesquelles les défendeurs affirment que les éléments matériels présentés à l'appui de la plainte ne sont pas suffisants pour justifier le renvoi de la plainte à un comité de discipline (les principaux documents).

Dans sa motion, la Province demande aussi la permission de contre-interroger Kent Ostridge, Norman Victor Raynard et Jonathan Block (les déposants) sur les principaux documents ainsi que sur leurs affidavits déposés à l'appui des motions en jugement sommaire.

Elle a aussi demandé la permission de déposer des répliques aux deux exposés de la défense.

Avant l'audience, la Province a informé les défendeurs et la Cour de son intention de s'opposer à l'admission de certains paragraphes des affidavits de MM. Ostridge, Raynard et Block et de M^{me} Munroe déposés à l'appui des motions, ainsi que de certaines pièces jointes à ces affidavits. [Comme on le verra, l'avis d'appel s'élève contre le fait que le juge a rejeté l'objection de la Province à l'admissibilité de certains paragraphes et de certaines pièces qui font partie de la preuve par affidavit de M. Ostridge et de M^{me} Munroe.]

[...]

Les défendeurs s'opposaient à la motion de la Province visant le dépôt de répliques, essentiellement en raison du long retard puisqu'ils avaient convenu en novembre 2014 que les plaidoiries étaient closes. Toutefois, l'autorisation a été accordée à la fin des débats aux motifs, entre autres, que bien que les plaidoiries soient closes depuis longtemps, l'instance n'avait pas progressé à un point tel que le dépôt tardif des répliques puisse causer un préjudice aux défendeurs. Ces répliques ont maintenant été déposées.

[...]

À mon avis, les circonstances particulières qui justifient une ordonnance de contre-interrogatoire en l'espèce sont la complexité de l'instance et le caractère possiblement définitif de ce type de motion. Sur le fondement de ces facteurs auxquels s'ajoute le différend au sujet de l'effet du rapport de [RSM Richter] qui est décrit à la fois dans les affidavits de MM. Ostridge et Raynard et dans le rapport d'[Ernst & Young] dans l'affidavit d'Ostridge et le fait qu'il est possible de contre-interroger les déposants, je vais exercer mon pouvoir discrétionnaire et ordonner que Kent Ostridge et Norman Victor Raynard comparaissent tous deux devant la Cour pour être contre-interrogés et réinterrogés sur leurs affidavits.

La seule limite que j'imposerai au contre-interrogatoire sur des questions soulevées dans leurs affidavits vise la procédure qui s'est déroulée devant [l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick]. Je ne suis pas convaincu que la position que les défendeurs ont adoptée dans cette procédure que la Province avait entamée en décembre 2012 soit pertinente pour ce qui est de la question de savoir si la Province savait ou aurait dû savoir ou non qu'elle avait une cause d'action contre les défendeurs avant le 23 juin 2012, ce que les auteurs des motions doivent prouver pour obtenir gain de cause dans les motions. Par conséquent, je limiterai le contre-interrogatoire au sujet de la procédure qui s'est déroulée devant [l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick] uniquement à la question de savoir quels sont les autres documents qui ont été divulgués aux défendeurs dans le cadre de cette procédure.

La Province n'ayant donné absolument aucune raison pour contre-interroger Jonathan Block au sujet de la motion de [Grant Thornton International], sa demande d'autorisation à ce sujet est rejetée. [par. 9 à 13, 16 et 28 à 30]

[78] Certaines des décisions en matière de preuve du juge sont contestées dans l'avis d'appel et les motifs pour lesquels la Province s'est élevée contre ces décisions sont décrits plus loin dans les présents motifs, par souci de rigueur. Toutefois, il n'en a été question ni dans le mémoire de la Province ni lors de l'audition de l'appel. Compte tenu des motifs pour lesquels j'ai annulé le jugement sommaire, il ne serait d'aucune utilité d'aborder ces moyens sauf pour mentionner qu'ils figuraient dans l'avis d'appel.

(2) La décision du 25 février 2019 sur la motion en jugement sommaire (2019 NBBR 36)

[79] Les extraits suivants se rapportent particulièrement aux questions qui consistent à déterminer si la Province avait découvert que Grant Thornton n'avait pas réalisé sa vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues et à quand remontait cette découverte :

[TRADUCTION]

Il reste la question de connaître le moment éventuel où la Province a appris ou aurait dû apprendre que les défendeurs avaient manqué à la norme de diligence. Dans l'exposé de sa demande, la Province soulève les allégations suivantes au par. 32 :

[TRADUCTION]

32. Grant Thornton, de façon négligente et en violation de ses obligations envers la Province, a commis les actes et les omissions suivants :

- a) elle n'a pas effectué la vérification pour l'exercice 2009 conformément aux NVGR;
- b) elle n'a pas agi avec le soin, la diligence et la compétence dont aurait fait preuve un vérificateur d'une prudence et d'une compétence raisonnables;
- c) elle n'a pas agi avec le soin, la diligence et la compétence dont aurait fait preuve un vérificateur possédant des connaissances spécialisées et des compétences particulières concernant les activités commerciales consolidées d'Atcon (que Grant Thornton prétendait posséder);
- d) elle a donné une opinion sans réserve sur les états financiers vérifiés de 2009 d'Atcon alors que ces états financiers ne donnaient pas une image fidèle, à tous les égards importants, de la situation financière d'Atcon au 31 janvier 2009 ainsi que des

résultats de ses activités et des changements survenus dans sa situation financière pour l'exercice terminé à cette date conformément aux PCGR;

e) elle a agi dans une situation de conflit d'intérêts.

a) *La conclusion du juge saisi des motions selon laquelle le délai de prescription a commencé à courir le 18 mars 2010*

[TRADUCTION]

La connaissance de l'une quelconque de ces allégations correspondrait à la connaissance que les défendeurs avaient manqué à la norme de diligence. Je conclus que la Province, sachant ce qu'elle savait le 18 mars 2010, aurait dû être en mesure de déduire que les défendeurs étaient les auteurs de la plupart, voire de la totalité, des manquements à la norme de diligence. Elle ne possédait peut-être pas tous les renseignements dont elle avait besoin pour établir chacun de ces manquements; toutefois, je conclus que, compte tenu des autres renseignements qu'elle avait appris ou qu'elle aurait dû apprendre à cette date, elle ne pouvait que conclure au manquement de la norme de diligence par les défendeurs.

Je conclus donc aussi que, le 18 mars 2010, la Province avait découvert l'existence d'une réclamation éventuelle en négligence contre les défendeurs.

Bien que cette conclusion règle les présentes motions, j'estime qu'il m'incombe de tirer des conclusions provisoires sur les faits ultérieurs au cas où elle serait infirmée.

b) *La conclusion du juge saisi des motions selon laquelle, subsidiairement, le délai de prescription a commencé à courir le 4 février 2011*

[TRADUCTION]

À ce point-ci, il est utile de reproduire un extrait du sommaire du rapport de [RSM Richter]. Après avoir souligné qu'elle a fait preuve de prudence dans son évaluation quantitative des comptes et qu'elle n'a pas employé d'hypothèses qui l'auraient amenée à surestimer

des inexactitudes contenues dans les états financiers de 2009, [RSM Richter] affirme ce qui suit :

[TRADUCTION]

[...] Malgré cette approche, nous sommes d'avis que ces états financiers n'ont pas été établis conformément aux PCGR à tous les égards importants. Nous estimons que l'actif et le bénéfice net d'Atcon pour l'exercice 2009 ont fait l'objet de surévaluations qui varient entre 28,3 millions de dollars et 35,4 millions de dollars.

Il s'agit là d'une opinion très arrêtée étant donné que [RSM Richter] ne savait aucunement quelle connaissance avait la haute direction et que l'opinion repose sur peu d'hypothèses. Bien qu'elle ne commente pas l'opinion de LLP, elle la contredit directement, vraisemblablement en se fondant dans une large mesure sur les estimations alarmantes formulées par [RSM Richter] de la surévaluation par Atcon de son actif et son bénéfice nets.

L'élément de preuve qui révèle peut-être le plus l'étendue de la connaissance de la Province découlant du rapport de [RSM Richter] est une lettre que le sous-ministre du Développement économique, Bill Levesque, adressait à l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick le 21 décembre 2012 et dans laquelle il affirme que le gouvernement du Nouveau-Brunswick procède au dépôt d'une plainte officielle contre Grant Thornton LLP. Pour étayer cette plainte, il joint une copie d'un seul document, le rapport de RSM Richter Inc., dont il ne fait ressortir que la conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « la surévaluation de l'actif et du bénéfice nets d'Atcon pour l'exercice 2009 variait entre 28,3 millions de dollars et 35,4 millions de dollars (sommaire – p. 6) ». Je conclus que le simple fait que M. Levesque s'est servi de ce rapport pour fonder la plainte suffit à établir que la Province savait qu'elle pouvait avoir une réclamation contre [Grant Thornton] LLP.

En outre, si telle était l'étendue de la connaissance qu'avait la Province lorsqu'elle a déposé la plainte, telle était-elle au mois de février 2011 lorsqu'elle a reçu le projet de ce rapport.

Bien que le dépôt d'une plainte de la Province contre [Grant Thornton] LLP ne signifie pas nécessairement que la

Province avait une cause d'action contre [Grant Thornton] LLP, il s'agit à mon avis d'une preuve convaincante qu'au mois de février 2011, après réception du rapport de Richter, elle avait appris ou aurait dû apprendre qu'elle avait des moyens suffisants à première vue pour déduire que [Grant Thornton] LLP avait manqué à la norme de diligence en établissant la vérification sans réserve et qu'un acte ou une omission du fait de [Grant Thornton] LLP avait causé entièrement ou en partie les pertes qu'elle avait subies, surtout lorsqu'on associe cette connaissance à celle qu'elle avait le 18 mars 2010.

c) *La conclusion finale du juge saisi des motions*

[TRADUCTION]

Je conclus donc que la Province, si elle n'avait pas déjà découvert les faits ayant donné naissance à sa réclamation au mois de mars 2010, avait appris ou aurait dû apprendre, après réception du rapport de [RSM Richter] au mois de février 2011, qu'elle avait des moyens suffisants à première vue pour déduire l'existence d'une cause d'action éventuelle contre les défendeurs. Elle ne se fiait à aucune autre partie pour protéger ses intérêts lorsqu'elle a signé les garanties. Par conséquent, compte tenu de la connaissance qu'elle avait à ce moment-là, je conclus que l'existence de sa réclamation a été découverte et le délai de prescription a commencé à courir.

En définitive, je conclus que, le 18 mars 2010, la Province avait appris ou aurait dû apprendre, à la fois :

- a) que des pertes étaient survenues;
- b) que les pertes étaient causées entièrement ou en partie par un acte ou une omission;
- c) que l'acte ou l'omission était le fait des défendeurs.

Étant donné que la présente action n'a pas été introduite avant le 23 juin 2014, je conclus aussi qu'elle ne l'a pas été dans le délai de prescription applicable de deux ans énoncé à l'al. 5(1)a) de la *Loi sur la prescription*, qu'il ait commencé à courir au mois de mars 2010 ou de février 2011, et que la réclamation de la Province contre les défendeurs est donc prescrite par la loi. [par. 89 à 92 et 103 à 110]

[J'ai souligné partout.]

I. *Les moyens d'appel*

[80] Dans son avis d'appel, la Province affirme que le juge saisi des motions a commis des erreurs de droit dans sa décision préliminaire du 15 mars 2018 :

- [1] en admettant en preuve les paragraphes 13 à 16, 22 à 23 et 26 et les pièces G, I, N, O et S de l'affidavit de Kent Ostridge daté du 29 septembre 2017 et le paragraphe 3 et la pièce A de l'affidavit de Miranda Joy Monroe alors que ces éléments de preuve et ces pièces n'ont aucune pertinence, constituent du oui-dire et expriment les opinions de personnes qui n'ont pas qualité d'expert et/ou créent une certaine iniquité par une divulgation sélective;
- [2] en se fondant sur le contenu de la pièce G jointe à l'affidavit de M. Ostridge susmentionné, qui correspond au rapport sur la base d'emprunt d'Ernst & Young daté du 4 août 2009 (le rapport EY), malgré la décision sur la preuve selon laquelle le rapport EY n'est pas admissible en ce qui concerne la véracité de son contenu;
- [3] en rejetant la demande de l'appelant visant à contre-interroger les déposants des intimés relativement à la documentation qu'ils ont communiquée à l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick [...]

[81] Compte tenu de ma conclusion selon laquelle une infirmation est justifiée au motif que le juge saisi des motions a appliqué le mauvais critère juridique pour l'application de l'al. 5(1)a) et qu'il a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la Province avait la connaissance requise du fait que Grant Thornton avait manqué à la norme de diligence applicable à la vérification plus de deux ans avant d'intenter l'action, j'évite de me pencher sur les moyens énoncés au paragraphe précédent. Il va sans dire que cela ne signifie pas pour autant que ces moyens sont sans fondement.

[82] Dans son avis d'appel, la Province reproche également au juge saisi des motions d'avoir commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision du 25 février 2019 dans laquelle il a rejeté l'action au motif qu'elle était prescrite :

[TRADUCTION]

- [1] en interprétant [...] la définition du terme « réclamation » au paragraphe 1(1) de la [Loi] d'une manière stricte et incompatible avec la méthode moderne d'interprétation des lois;
- [2] en interprétant erronément le libellé des paragraphes 5(1) et 5(2) de la [Loi] et/ou en omettant de l'appliquer;
- [3] en appliquant un critère applicable à la détermination du moment où le préjudice aurait dû être découvert fondé sur des déductions ([TRADUCTION] « moyens suffisants à première vue pour déduire ») plutôt qu'une connaissance des faits déterminants;
- [4] en concluant qu'il n'existe pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès en ce qui concerne le moment où le préjudice aurait dû être découvert [...];
- [5] en concluant que les réclamations de la [Province] contre les intimés Grant Thornton LLP et Kent Ostridge avaient été découvertes alors que la preuve indique que la [Province] n'a pas appris et ne pouvait normalement avoir appris l'existence d'un acte ou d'une omission [de la part de Grant Thornton] qui avait causé sa perte ou y avait contribué;
- [6] en concluant que la réclamation de la [Province] contre l'intimée Grant Thornton International Ltd. avait été découverte alors qu'il n'existe au dossier absolument aucune preuve établissant que la [Province] l'avait découverte;
- [7] en décidant que pour arriver à la conclusion d'[Ernst & Young] selon laquelle la base d'emprunt d'Atcon en date du 6 juin 2009 avait fait l'objet de surévaluations de plusieurs millions de dollars, il fallait déduire que [Grant Thornton] avait manqué à la norme de diligence dans sa vérification [des états financiers de l'exercice terminé le] 31 janvier 2009, alors que la Cour disposait d'une preuve accablante, dont le témoignage incontesté de l'un des auteurs du rapport d'[Ernst & Young], selon laquelle ces deux éléments n'avaient rien à voir l'un avec l'autre;

- [8] en fondant ses conclusions provisoires sur un [projet de rapport] de 2011 de [RSM Richter] en dépit du témoignage incontesté d'un de ses auteurs selon lequel le rapport de [RSM Richter] ne renfermait aucune opinion au sujet de la vérification de [Grant Thornton] et du fait qu'une telle opinion ne pouvait [...] pouvait avoir été donnée puisque les faits substantiels qui permettaient de le faire se trouvaient dans le dossier de vérification de [Grant Thornton] auquel [RSM Richter] n'avait pas accès;
- [9] en accordant un jugement sommaire à [Grant Thornton] alors qu'elle avait refusé de remettre son affidavit des documents et les documents énumérés à l'annexe A, et que des faits substantiels clés concernant la détermination du moment où le préjudice aurait dû être découvert et/ou la dissimulation sont sous le contrôle exclusif de [Grant Thornton] et n'ont pas été divulgués;
- [10] en concluant que la [Province] avait accès à l'ensemble des documents de [Grant Thornton] qui avaient été remis dans le cadre de l'instance tenue devant l'ICANB alors qu'un tel fait est incompatible avec la preuve figurant au dossier et que la Cour avait rejeté les demandes dans lesquelles la [Province] sollicitait l'autorisation de contester ce point par voie de contre-interrogatoire.

[83] Je me concentrerai sur les moyens énoncés au paragraphe précédent, mais seulement dans la mesure où ils se rapportent à la détermination du bon critère juridique pour l'application de l'al. 5(1)a) et de l'erreur manifeste et dominante associée à la conclusion selon laquelle la Province a découvert que la vérification réalisée par Grant Thornton ne satisfaisait pas aux normes plus de deux ans avant la date à laquelle elle a entamé l'action sous-jacente. Bien entendu, cette démarche ne devrait pas être interprétée comme proposant que les moyens dont je ne traite pas sont sans fondement.

J. *La réparation sollicitée en appel*

[84] En plus de solliciter les dépens devant toutes les cours, la Province nous demande d'infirmier le jugement sommaire et d'ordonner à Grant Thornton de se conformer aux obligations en matière de communication des documents que lui impose la règle 31. Elle ne demande aucune réparation en vertu des règles 22.05(1) et (2), dont voici le texte :

22.05 If a Trial is Necessary

(1) If summary judgment is refused, or is granted in part only, and a trial is necessary, the court may order that the action be set down for trial in the normal course or within a specified time and may specify the material facts which are not in dispute and may define the remaining issues where they are not sufficiently defined in the pleadings.

(2) If it is ordered that an action proceed to trial in whole or in part, the court may impose the terms and conditions as are just, including directions

(a) for payment into court of the whole or part of the claim and, in addition to or in lieu of payment into court of the whole or part of the claim, for provision of security for costs, and

(b) that the scope of examinations for discovery be limited to matters not covered by the affidavits filed on the motion and the cross-examinations on the motions, and that the affidavits and cross-examinations be used in addition to or instead of examinations for discovery.

22.05 Nécessité d'un procès

(1) Lorsque le jugement sommaire est refusé ou qu'il n'est accordé qu'en partie et que la tenue d'un procès s'avère nécessaire, la cour peut ordonner la mise au rôle de l'action dans son cours normal ou dans un délai déterminé, préciser les faits déterminants qui ne sont pas contestés et définir les questions qui restent en litige, si celles-ci ne sont pas suffisamment définies dans les plaidoiries.

(2) En ordonnant l'instruction entière ou partielle d'une action, la cour peut imposer les modalités et les conditions qu'elle estime justes, y compris des directives concernant à la fois :

a) la consignation à la cour de tout ou partie du montant demandé ou le versement d'une sûreté en garantie des dépens, ou les deux;

b) la limite de la portée des interrogatoires préalables à des questions qui n'ont pas été traitées dans les affidavits déposés à l'appui de la motion ou dans les contre-interrogatoires subséquents ainsi que l'utilisation de ces affidavits et de ces contre-interrogatoires en plus des interrogatoires préalables ou à leur place.

III. Analyse et décision

[85] Aucune des parties ne conteste l'interprétation que le juge saisi des motions a faite de la règle 22, qui reflète les principes qui sont énoncés dans les arrêts *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, et *O'Toole c. Peterson*, 2018 NBCA 8, [2018] A.N.-B. n° 58 (QL). Par conséquent, je commence par reproduire les dispositions clés de la *Loi* :

Definitions and interpretation

Définitions et interprétation

1(1) The following definitions apply in this Act.

1(1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“claim” means a claim to remedy the injury, loss or damage that occurred as a result of an act or omission. (*réclamation*)

« défendeur » Personne contre qui un réclamant a une réclamation, qu'elle ait été présentée ou non. (*defendant*)

“claimant” means a person who has a claim, whether or not the claim has been brought. (*réclamant*)

« réclamant » Personne qui a une réclamation, qu'elle ait été présentée ou non. (*claimant*)

“defendant” means a person against whom a claimant has a claim, whether or not the claim has been brought. (*défendeur*)

« réclamation » Réclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d'un acte ou d'une omission. (*claim*)

1(2) For the purposes of this Act, a claim is brought

1(2) Pour l'application de la présente loi, une réclamation est présentée :

(a) when a proceeding in respect of the claim is commenced [...]

a) lorsqu'est introduite une instance y relative [...]

General limitation periods

Délais de prescription ordinaires

5(1) Unless otherwise provided in this Act, no claim shall be brought after the earlier of

5(1) Sauf disposition contraire de la présente loi, toute réclamation se prescrit par celui des délais ci-dessous qui expire le premier :

(a) two years from the day on which the claim is discovered, and

a) deux ans à compter du jour où sont découverts les faits y ayant donné naissance;

(b) fifteen years from the day on which the act or omission on which the claim is based occurred.	b) quinze ans à compter du jour où a eu lieu l'acte ou l'omission sur lequel elle est fondée.
5(2) A claim is discovered on the day on which the claimant first knew or ought reasonably to have known	5(2) Les faits ayant donné naissance à la réclamation sont découverts le jour où le réclamant a appris ou aurait dû normalement apprendre :
(a) that the injury, loss or damage had occurred,	a) que sont survenus les préjudices, les pertes ou les dommages;
(b) that the injury, loss or damage was caused by or contributed to by an act or omission, and	b) que les préjudices, les pertes ou les dommages ont été causés entièrement ou en partie par un acte ou une omission;
(c) that the act or omission was that of the defendant.	c) que l'acte ou l'omission était le fait du défendeur.

[86] Le juge saisi des motions a décrit l'élément essentiel pour déterminer la date à laquelle le délai de prescription visé à l'al. 5(1)a) commence à courir comme étant la connaissance d'une réclamation éventuelle contre les défendeurs (par. 88, 91 et 105 de la décision relative à la motion en jugement sommaire). Il a ensuite conclu que la Province savait qu'elle avait une réclamation éventuelle contre Grant Thornton le 18 mars 2010, lorsqu'elle a versé les 50 millions de dollars en application des garanties ou, au plus tard, le 4 février 2011, lorsqu'elle a reçu le projet de rapport de RSM Richter. Cela s'expliquait par le fait qu'à l'une ou l'autre de ces deux dates, la Province « avait appris ou aurait dû apprendre [...] qu'elle avait des moyens suffisants à première vue pour déduire l'existence d'une cause d'action éventuelle contre les défendeurs » : par. 108 (j'ai souligné).

[87] La norme de contrôle applicable en appel d'un jugement sommaire est celle qui s'applique en cas d'appel d'une décision rendue à l'issue d'un procès traditionnel (voir *Goyetche*, au par. 35, et *Robson c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 3339*, 2019 NBCA 55, [2019] A.N.-B. n° 189 (QL), au par. 11, motifs de la juge d'appel Baird s'exprimant au nom de la Cour). Les appels fondés sur une allégation d'erreur de droit sont examinés selon la norme de la décision correcte. Les conclusions de

fait ou les conclusions mixtes de fait et de droit sont assujetties à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante.

[88] La décision du juge saisi des motions de rejeter l'action est fondée sur sa compréhension que la découverte d'une réclamation « éventuelle » est suffisante pour que le délai de prescription de deux ans fixé par l'al. 5(1)a) de la *Loi* commence à courir. Pour que le jugement sommaire soit confirmé, il faut que cette interprétation de l'al. 5(1)a) soit correcte. Comme je l'ai indiqué, je suis respectueusement d'avis que le juge saisi des motions a commis une erreur de droit en concluant que la connaissance d'une réclamation éventuelle est suffisante. Je conclus également que sa décision voulant que la Province ait découvert soit le 18 mars 2010 soit le 4 février 2011 que la vérification réalisée par Grant Thornton ne satisfaisait pas aux normes de vérification généralement reconnues est le produit d'une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation du dossier de preuve.

A. *Le cadre d'interprétation approprié et son application*

[89] L'appel soulève la question de savoir si, dans les actions en négligence, le délai de prescription fondé sur la découverte que prescrit l'al. 5(1)a) de la *Loi* commence à courir le lendemain du jour où le réclamant a appris ou aurait normalement dû apprendre qu'il avait « une réclamation éventuelle », ou le lendemain du jour où le réclamant a appris ou aurait normalement dû apprendre l'existence de faits substantiels, notamment le manquement à la norme de diligence de la part du défendeur, par suite de quoi il a une réclamation. La réponse à cette question nécessite une interprétation de l'al. 5(1)a) en conformité avec les directives formulées par la Cour suprême du Canada.

[90] Le sens et la portée de l'al. 5(1)a) doivent être déterminés en interprétant cette disposition conformément à la méthode contextuelle qui a été adoptée dans l'arrêt *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, [1998] A.C.S. n° 2 (QL). Dans cette affaire, la Cour a reconnu qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » (par. 21). La méthode d'interprétation requise s'inspire

également de la *Loi d'interprétation*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-13, notamment l'art. 17, qui prévoit ce qui suit :

<p>17 Every Act and regulation and every provision thereof shall be deemed remedial, and shall receive such fair, large and liberal construction and interpretation as best ensures the attainment of the object of the Act, regulation or provision.</p>	<p>17 Toute loi, tout règlement et toute disposition de ceux-ci sont réputés réparateurs et doivent faire l'objet de l'interprétation large, juste et libérale, la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets.</p>
--	---

[91] De plus, advenant que cette méthode d'analyse raisonnée donne des résultats raisonnables divergents, les tribunaux doivent trancher en faveur de celle qui permet la poursuite de la réclamation (voir *Succession Ordon c. Grail*, [1998] 3 R.C.S. 437, [1998] A.C.S. n° 84 (QL); *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*, 2010 CSC 19, [2010] 1 R.C.S. 649, au par. 47; *Saint John Port Authority et al. C. Kenmont Management* 2002 NBCA 11, 248 R.N.-B. (2^e) 1, au par. 105). De plus, l'interprétation de l'al. 5(1a) doit mettre en jeu les deux versions, anglaise et française. Comme on le verra, la version française complète la version anglaise en précisant clairement que l'al. 5(1a) a pour objet de codifier, quoique sous la forme d'un délai de prescription, la règle de la possibilité de découvrir qui a été énoncée dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*. Finalement, un texte législatif non ambigu est nécessaire pour écarter complètement l'application de cette règle : *Pioneer Corp. c. Godfrey*, 2019 CSC 42, [2019] A.C.S. n° 42 (QL), au par. 32, motifs du juge Brown s'exprimant au nom de la majorité. En ce qui concerne ce dernier point, je voudrais souligner que rien dans les versions tant anglaise que française de l'al. 5(1a) ne donne à penser que la règle de la possibilité de découvrir le dommage énoncée dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse* a été modifiée sauf, bien entendu, dans la mesure où elle codifie la règle sous forme de délai de prescription.

[92] Après application de la méthode d'interprétation prescrite, je ne décèle aucune ambiguïté à l'al. 5(1a). Cette disposition, qui est formulée de façon générique afin de s'appliquer à un large éventail de réclamations, codifie sous forme de délai de prescription, sans la modifier, la règle prétorienne préexistante de la possibilité de

découvrir le dommage : *Pioneer Corp. c. Godfrey*, au par. 32. À cet égard, je voudrais mettre en lumière les éléments suivants des par. 1(1), 5(1) et (2).

[93] Premièrement, l'al. 5(1)a) s'applique à une « réclamation », terme défini au par. 1(1) comme une « [r]éclamation pour obtenir réparation de préjudices, de pertes ou de dommages survenus par suite d'un acte ou d'une omission ». Dans *Johnson c. Studley*, 2014 ONSC 1732, [2014] O.J. No. 1232 (QL), le juge Perell a observé qu'une [TRADUCTION] « définition moins circulaire et plus utile du terme "réclamation" serait de dire qu'une "réclamation" est une cause d'action, soit le fait ou les faits qui donnent à une personne le droit d'obtenir une réparation judiciaire ou une mesure de redressement contre une autre personne » (par. 54). Il cite la jurisprudence suivante à l'appui de cette interprétation du terme « réclamation » : *Lawless c. Anderson*, 2011 ONCA 102, [2011] O.J. No. 519 (QL), au par. 22, motifs du juge d'appel Rouleau s'exprimant au nom de la Cour; et *Aguonie c. Galion Solid Waste Material Inc.*, [1998] O.J. No. 459 (C.A.) (QL), au par. 24. Je souscris à cette interprétation et à l'équation sous-jacente entre une réclamation et une cause d'action, que le juge Perell définit, correctement selon moi, comme une situation de fait qui donne à une personne le droit à un recours en justice contre une autre personne. La règle de la possibilité de découvrir vise les causes d'action et non les causes d'action « éventuelles » ou possibles. De la même façon, l'al. 5(1)a) s'applique aux réclamations et non aux réclamations « éventuelles » ou possibles.

[94] Deuxièmement, la personne qui allègue qu'elle a une « réclamation » n'est pas pour autant, en soi, un « réclamant » pour l'application de l'al. 5(1)a). Cette personne doit avoir une réclamation pour avoir qualité de « réclamant ». La connaissance de faits substantiels suffisants pour [TRADUCTION] « faire une réclamation » n'équivaut pas à une connaissance, réelle ou imputée, des faits substantiels au titre desquels le réclamant a une réclamation. Il n'est pas rare que des plaintes en justice soient faites sur le fondement de simples soupçons, conjectures ou croyances, sans avoir connaissance des faits substantiels qui sont essentiels à l'existence d'un recours exécutoire en droit.

[95] Troisièmement, et corrélativement, un défendeur pour l'application de l'al. 5(1)a) et du par. 5(2) est une « [p]ersonne contre qui un réclamant a une réclamation » (j'ai souligné). Le fait qu'une réclamation a été déposée par une personne contre une autre personne ne fait pas de cette dernière un « défendeur » pour l'application de l'al. 5(1)a). La première doit avoir une réclamation, ce qui signifie, dans les actions en responsabilité délictuelle, que le défendeur doit être [TRADUCTION] « l'auteur d'un délit ».

[96] Les termes de l'al. 5(1)a) et du par. 5(2), notamment ceux qui sont définis au par. 1(1), reflètent l'exigence fondamentale de la règle prétorienne de la possibilité de découvrir, à savoir que le demandeur sache « qui [...] est l'auteur [du délit] » : *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, [1997] A.C.S. n° 31 (QL), au par. 18. Il ne peut pas y avoir [TRADUCTION] « d'auteur du délit » sans qu'il existe un délit légalement reconnu. Ainsi, en exigeant que [TRADUCTION] « l'auteur du délit » soit identifié, la règle de la possibilité de découvrir exigeait une connaissance, réelle ou réputée, du délit qui servait de fondement à la cause d'action ou à la réclamation, ce qui implique nécessairement, dans les actions pour négligence, la connaissance que le défendeur a manqué à la norme de diligence applicable.

[97] Les dispositions législatives qui font entrer en jeu la règle de la possibilité de découvrir ne doivent pas faire l'objet d'une interprétation qui fait en sorte « que les personnes qui ne connaissent pas l'existence de leur cause d'action seraient [...] empêchées d'intenter une action en justice » (j'ai souligné) : *Peixeiro c. Haberman*, au par. 39. Dans l'affaire *Pioneer Corp. c. Godfrey*, le juge Brown a cité ce passage à l'appui de la proposition voulant que « le principe de la possibilité de découvrir s'applique de manière à garantir que le demandeur avait connaissance des droits que la loi lui confère avant qu'ils expirent » (par. 34) (j'ai souligné). Selon ma compréhension, cette proposition n'est pas axée sur la connaissance de l'existence d'un délai de prescription, mais plutôt sur la connaissance des « droits que la loi [...] confère » et dont la cause d'action permet de se prévaloir. Cette interprétation concorde avec la définition classique d'une « cause d'action », à savoir une [TRADUCTION] « situation de fait dont l'existence donne à une personne le droit d'obtenir réparation contre une autre devant les tribunaux » : *Letang c.*

Cooper, [1965] 1 Q.B. 232, aux p. 242 et 243. Une cause d'action est plus qu'une cause défendable ou une situation de fait qui pourrait possiblement ou éventuellement donner droit à un recours en justice. Il est établi en droit que la connaissance d'une réclamation éventuelle ou possible est très loin d'équivaloir à la connaissance de faits qui donnent au réclamant le droit d'obtenir réparation devant les tribunaux.

[98] Dans les actions pour négligence, les « droits que la loi [...] confère » auxquels le juge Brown a fait référence dans *Pioneer Corp. c. Godfrey* ne peuvent pas naître en l'absence d'un manquement à la norme de diligence de la part du défendeur. Et ces droits que la loi confère ne peuvent être découverts, pour l'application de l'al. 5(1)a), que si le demandeur avait appris ou aurait dû normalement apprendre que la conduite du défendeur n'était pas conforme à la norme.

[99] Dans une action en dommages-intérêts, la faute, le cas échéant, est une question de fait : art. 4 de la *Loi sur la négligence contributive*, L.R.N.-B. 2011, ch. 131. Dans les actions pour négligence, pour que le demandeur ait une réclamation, il faut que le défendeur ait un devoir de diligence envers le demandeur, que le défendeur ait manqué à la norme de diligence applicable et que le demandeur ait subi des dommages par suite de ce manquement. Ces éléments constitutifs d'une cause d'action ou d'une réclamation en négligence se retrouvent dans le libellé certes général des critères énoncés aux al. 5(2)a), b) et c) de la *Loi*. La version française qualifie ces critères de « faits ayant donné naissance à la réclamation », ce qui nous ramène au critère formulé dans *Central Trust Co. c. Rafuse*. Pour que l'al. 5(1)a) entre en jeu, il faut que le défendeur établisse que le demandeur avait appris ou aurait dû normalement apprendre les faits qui ont donné lieu ou « donné naissance » à la cause d'action ou à la réclamation plus de deux ans avant l'introduction de l'action. Cela comprend la découverte par le réclamant, plus de deux ans avant que l'action ne soit intentée, que le défendeur avait manqué à la norme de diligence. Le juge saisi des motions a formulé en ces termes le critère, selon la compréhension qu'il en avait :

[TRADUCTION]

La demande de la Province est fondée sur la négligence; elle doit donc établir ce qui suit : les défendeurs avaient une obligation de diligence envers elle; ils ont manqué à

l'obligation de diligence; elle a subi un préjudice; et le préjudice a été causé, dans les faits et selon le droit, par les défendeurs; voir *Mustapha c. Culligan du Canada Ltée*, 2008 CSC 27, au par. 3. Ce sont ces trois éléments constitutifs de la négligence que la Province doit découvrir avant que le délai de prescription ne commence à courir. [par. 74]

Toutefois, le critère qu'il a fini par appliquer postulait qu'il suffisait que la Province ait appris ou ait dû normalement apprendre qu'elle avait une réclamation éventuelle ou possible. Comme il a été mentionné, il va de soi que la connaissance factuelle exigée pour une réclamation éventuelle est bien moins élevée que celle qui est requise dans le cadre d'une réclamation qui s'est cristallisée, ce qui se produit lorsque le réclamant a droit à un recours judiciaire exécutoire.

[100] Dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, la Cour suprême du Canada a décidé qu'en règle générale, une cause d'action prend naissance, pour le calcul du délai de prescription, « lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable [...] » (p. 224). La Cour n'a pas expressément défini ce qu'elle entendait par la phrase « lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts », mais les gestes sont plus éloquents que la parole. En appliquant ce critère dans le paragraphe même où elle l'a formulé, la Cour s'est concentrée sur la date à laquelle le demandeur avait initialement découvert ou aurait dû découvrir la négligence du défendeur en faisant preuve de diligence raisonnable. Voici le nœud de la décision rendue dans l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse* :

Je suis donc d'avis que le jugement de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kamloops* pose une règle générale selon laquelle une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable; j'estime en outre qu'on doit suivre cette règle et l'appliquer à la cause d'action délictuelle que possède l'appelante contre les intimés, en vertu de *The Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967,

chap. 168. Il n'y a, selon moi, aucune raison de principe de faire une distinction à cet égard entre une action pour dommages causés à un bien et une action en indemnisation pour le préjudice purement financier causé par la négligence professionnelle, comme on a proposé de le faire dans la décision *Forster c. Outred*, précitée, [[1982] 2 All E.R.] aux pp. 765 et 766. Puisque les intimés ont remis à Nova Scotia Trust Company le 17 janvier 1969 un certificat portant que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant la propriété de Stonehouse, donnant ainsi à entendre qu'il s'agissait d'une hypothèque valide, on pourrait prétendre que ce n'est qu'en avril ou en mai 1977, au moment où la validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion, que l'appelante a découvert la négligence des intimés ou aurait dû la découvrir si elle avait fait preuve de diligence raisonnable. En conséquence, la cause d'action délictuelle de l'appelante n'a pas pris naissance avant cette date et son action pour négligence contre les intimés n'est pas prescrite. [p. 224]

[101] En définitive, l'analyse que commande l'al. 5(1)a reste fidèle à l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*. Un demandeur découvre un fait important ou substantiel lorsqu'il apprend ou aurait dû apprendre l'existence de ce fait en faisant preuve d'une diligence raisonnable. Les perceptions ou les suppositions fondées sur des soupçons, des hypothèses, des conjectures ou tout autre moyen que la connaissance, réelle ou présumée, sont insuffisantes pour déclencher le délai de prescription de deux ans. Ce qui est nécessaire, c'est la connaissance, réelle ou présumée, des faits qui confèrent au réclamant le droit d'exercer un recours en justice en raison de l'acte ou de l'omission du défendeur qui est à l'origine de la perte. À moins que la Province n'ait découvert, plus de deux ans avant l'introduction de l'action, que les confirmations/assertions clés afférentes à la vérification que Grant Thornton a faites n'étaient pas seulement erronées, mais également le produit d'une vérification inférieure à la norme, l'al. 5(1)a n'est pas en jeu.

B. *La norme de diligence à laquelle Grant Thornton était tenue*

[102] La norme de diligence à laquelle un vérificateur est tenu est fonction de sa mission et de ce qu'aurait fait un vérificateur raisonnablement habile et prudent. De façon

générale, cette dernière détermination dépend des normes de la profession qui étaient en vigueur à l'époque de la vérification (voir Ronald Foerster, *Accountants' Liability in Canada* (Toronto : Thomson Reuters, 2017) par. 5.3 aux p. 5-5 et 5-6). Bien que les normes de vérification généralement reconnues aient été remplacées par les normes canadiennes d'audit depuis 2011, les anciennes normes s'appliquaient à l'époque où Grant Thornton a réalisé la vérification de l'exercice 2009, et l'affaire a été instruite sur le fondement que la norme de diligence à laquelle Grant Thornton était tenue lui imposait l'obligation de se conformer aux normes de vérification généralement reconnues. La question de savoir si la vérification réalisée par Grant Thornton était conforme aux normes est au cœur de l'analyse relative à sa responsabilité en matière délictuelle.

[103] Avant tout, en l'absence d'une mission qui prévoit le contraire, un vérificateur ne garantit pas que les états financiers qu'il a vérifiés reflètent avec exactitude la situation financière de l'entreprise en cause. La découverte, postérieurement à la vérification, qu'il existe dans les états financiers une inexactitude importante, qu'elle soit attribuable à la fraude ou à une erreur, ne prouve pas, en soi, que la vérification n'a pas été réalisée conformément aux normes de vérification généralement reconnues.

[104] Une vérification réalisée selon les règles de l'art peut donner lieu à une évaluation erronée. Comme Grant Thornton le déclare dans son rapport sans réserve du vérificateur, la vérification consiste à examiner, au moyen de sondages, les données comptables sur lesquelles s'appuient les montants et les informations à fournir dans les états financiers, à évaluer les principes comptables qui ont été utilisés ainsi que les estimations importantes faites par la direction et à évaluer la présentation d'ensemble des états financiers. En application des normes de vérification généralement reconnues, le vérificateur doit faire en sorte que la vérification [TRADUCTION] « soit planifiée et effectuée de manière à fournir l'assurance raisonnable que les états financiers sont exempts d'inexactitudes importantes » (j'ai souligné).

[105] De plus, comme Grant Thornton l'a expliqué dans sa lettre du 27 janvier 2009 à M. Tozer, le vérificateur qui procède à une vérification en se conformant aux normes de vérification généralement reconnues [TRADUCTION] « obtient une

assurance raisonnable que dans l'ensemble, les états financiers sont exempts d'inexactitudes importantes, qu'elles soient attribuables à la fraude ou à des erreurs », et il est impossible pour un vérificateur [TRADUCTION] « d'obtenir l'assurance absolue que les inexactitudes importantes que renferment les états financiers seront détectées ». Grant Thornton a précisé par ailleurs qu'elle [TRADUCTION] « ne [pouvait] pas garantir que les fraudes, erreurs et actes illicites susceptibles de s'y trouver ser[ai]ent détectés au moment d'une vérification conforme aux [normes de vérification généralement reconnues]. »

C. *Application de l'al. 5(1)a) à la présente instance*

[106] L'action vise des dommages qui sont attribuables à la négligence dont Grant Thornton aurait fait preuve dans sa vérification des états financiers de l'exercice 2009 d'Atcon. Les allégations clés qui se trouvent dans l'exposé de la demande modifié peuvent être résumées de la façon suivante. Avant la signature des garanties, Grant Thornton a affirmé à la Province qu'elle avait vérifié les états financiers consolidés d'Atcon pour le dernier exercice (du 1^{er} février 2008 au 31 janvier 2009) conformément aux normes de vérification généralement reconnues et que, de ce fait, elle était d'avis que ces états financiers avaient été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus et donnaient une image fidèle, à tous les égards importants, de la situation financière d'Atcon en date du 31 janvier 2009. En réalité, les états financiers n'avaient pas été dressés par Atcon conformément aux principes comptables généralement reconnus et ne donnaient pas une image fidèle, à tous les égards importants, de la situation financière d'Atcon en date du 31 janvier 2009. La Province allègue que l'assertion erronée à l'effet contraire de Grant Thornton est attribuable à son omission de vérifier les états financiers d'Atcon en conformité avec les normes de vérification généralement reconnues. Corrélativement, la Province allègue que cette omission équivaut à de la négligence dont Grant Thornton doit être tenue responsable en droit.

[107] Dans les exposés de la défense, Grant Thornton nie les allégations de négligence de la Province et affirme que le fait est que sa vérification a été réalisée

conformément aux normes de vérification généralement reconnues. Grant Thornton a maintenu cette position dans toutes les instances qui se sont déroulées devant la Cour du Banc de la Reine et en appel.

[108] Fondamentalement, Grant Thornton a réussi à obtenir un jugement sommaire rejetant l'action de la Province au motif qu'elle était prescrite en faisant valoir que la Province avait appris ou aurait dû normalement apprendre un état de fait – la vérification n'avait pas été réalisée conformément aux normes de vérification généralement reconnues – état de fait dont Grant Thornton non seulement nie l'existence, mais qualifie de non factuel. Certains ressorts ont adopté des variantes de la règle prétorienne de la possibilité de découvrir selon lesquelles le point de départ du délai est le jour où le demandeur a appris ou aurait dû apprendre, entre autres, que le préjudice, en supposant que le défendeur en soit responsable, justifiait l'introduction d'une poursuite (voir *Yugraneft Corp. c. Rexx Management Corp.*). Notre *Loi* ne prévoit aucune hypothèse de ce genre.

[109] Le juge saisi des motions a conclu que la Province avait appris ou aurait dû normalement apprendre le 18 mars 2010, lorsqu'elle a versé la somme de 50 millions de dollars à la banque, que la vérification effectuée par Grant Thornton ne respectait pas les normes. Il a tiré cette conclusion en s'appuyant sur deux motifs.

[110] Premièrement, au plus tard le 18 mars 2010, la Province avait connaissance des affidavits de M. Fabiano ainsi que du rapport provisoire d'Ernst & Young daté du mois d'août 2009, dans lequel il était mentionné que la déclaration solennelle que M^{me} Donovan avait remise à la banque renfermait des erreurs (totalisant 2,8 millions de dollars) qui faisaient passer la base d'emprunt d'Atcon de 26,2 millions de dollars à 23,5 millions de dollars en date du 6 juin 2009. Le rapport faisait également état de certains éléments totalisant 18,6 millions de dollars qui étaient possiblement non conformes à la convention de crédit passée entre la banque et Atcon et qui pourraient ou non avoir été correctement traités par la direction d'Atcon dans son calcul de la base d'emprunt en date du 6 juin 2009. Les auteurs reconnaissaient que de l'avis de la comptable agréée d'Atcon, aucun rajustement n'était nécessaire relativement à ces éléments. La Province avait également

connaissance du rapport du contrôleur dont la nomination est projetée établi par Ernst & Young et daté du 25 février 2010 qui avait été déposé dans le cadre de la procédure introduite sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

[111] Deuxièmement, moins de neuf mois après s'être fondée sur la vérification de Grant Thornton pour signer les garanties, la Province [TRADUCTION] « a subi une perte totale aux termes de ces garanties ». Pour citer le juge, [TRADUCTION] « quelque chose [avait] terriblement mal tourné pour que des pertes aussi catastrophiques surviennent presque du jour au lendemain » (par. 87).

[112] En toute déférence, quelque interprétation raisonnable que l'on fasse de leur signification, individuelle ou collective, ces motifs ne prouvent aucunement que la Province avait appris ou aurait dû normalement apprendre, le 18 mars 2010, que la vérification réalisée par Grant Thornton n'avait pas été effectuée conformément aux normes de vérification généralement reconnues. Les affidavits de M. Fabiano ne donnent aucune information à cet égard. De plus, ni le rapport provisoire d'août 2009 d'Ernst & Young, ni son rapport du contrôleur dont la nomination est projetée de février 2010 ne traitent de la vérification réalisée par Grant Thornton ou de son respect de ces normes. Le témoignage de M. Kinsman, l'un des auteurs du rapport provisoire d'Ernst & Young et de son rapport du contrôleur dont la nomination est projetée, est sans équivoque :

[TRADUCTION]

9. Aux termes de la convention de crédit passée entre la Banque de Nouvelle-Écosse et Atcon, Atcon était tenue de remettre à la Banque de Nouvelle-Écosse un rapport mensuel calculant la base d'emprunt d'Atcon, selon la définition de ce terme dans la convention de crédit. Le rapport concernant la base d'emprunt renfermait en annexe une copie du calcul de la base d'emprunt en date du 6 juin 2009, calcul effectué par la direction d'Atcon.

10. Dans le rapport relatif à la base d'emprunt, [Ernst & Young] a décelé des erreurs dans le calcul de la base d'emprunt effectué par la direction en date du 6 juin 2009. [Ernst & Young] a également cerné des éléments que la

direction avait inclus dans son calcul de la base d'emprunt en date du 6 juin 2009, éléments qui pouvaient ou non être conformes aux conditions strictes de la convention de crédit passée entre la Banque de Nouvelle-Écosse et Atcon. Dans son rapport sur la base d'emprunt, [Ernst & Young] n'avait pas l'intention d'exprimer, et ne devrait pas être considérée comme ayant exprimé, un avis ou une conclusion quelconque quant à la présence d'erreurs ou à l'inclusion d'éléments non conformes dans tout document, sauf le calcul de la base d'emprunt par la direction en date du 6 juin 2009.

11. Les services d'[Ernst & Young] n'ont, à aucun moment (dans le cadre du rapport sur la base d'emprunt ou autrement), été retenus pour la vérification, et [Ernst & Young] n'a, à aucun moment, procédé à la vérification des états financiers consolidés d'Atcon Holdings pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009. Dans son rapport sur la base d'emprunt, [Ernst & Young] n'avait pas l'intention d'exprimer, et ne devrait pas être considérée comme ayant exprimé, une opinion quelconque sur les états financiers consolidés pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si les états financiers pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009 donnaient, à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière de la compagnie conformément aux principes comptables généralement reconnus du Canada.

12. Les services d'[Ernst & Young] n'ont, à aucun moment (dans le cadre du rapport sur la base d'emprunt ou autrement), été retenus pour l'évaluation, et [Ernst & Young] n'a, à aucun moment, procédé à l'évaluation du travail effectué par Grant Thornton LLP dans le cadre de sa vérification des états financiers consolidés d'Atcon pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009. [Ernst & Young] n'a pas demandé et n'a, à aucun moment, obtenu l'accès aux documents de travail de vérification de Grant Thornton. Dans son rapport relatif à la base d'emprunt, [Ernst & Young] n'avait pas l'intention d'exprimer, et ne devrait pas être considérée comme ayant exprimé, une opinion ou un avis quelconque sur le travail que Grant Thornton LLP a effectué dans le cadre de sa vérification des états financiers consolidés d'Atcon pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009.

[...]

13. [Ernst & Young] a préparé un rapport intitulé Rapport du contrôleur dont la nomination est projetée daté du 25 février 2010 qui a été présenté à la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans le cadre de la procédure introduite par [La Banque de Nouvelle-Écosse] sous le régime de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*.

14. J'ai participé à la préparation de ce rapport du contrôleur dont la nomination est projetée, et je suis au courant de sa teneur et des fins pour lesquelles il a été préparé.

[...]

16. Les services d'[Ernst & Young] n'ont, à aucun moment (dans le cadre du rapport du contrôleur dont la nomination est projetée ou autrement), été retenus pour la vérification, et [Ernst & Young] n'a, à aucun moment, procédé à la vérification des états financiers consolidés d'Atcon Holdings pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009. Dans le rapport du contrôleur dont la nomination est projetée, [Ernst & Young] n'avait pas l'intention d'exprimer, et ne devrait pas être considérée comme ayant exprimé, une opinion quelconque sur les états financiers consolidés pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009, en particulier en ce qui concerne la question de savoir si les états financiers consolidés pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009 donnaient, à tous les égards importants, une image fidèle de la situation financière de la compagnie conformément aux principes comptables généralement reconnus du Canada.

17. Les services d'[Ernst & Young] n'ont, à aucun moment (dans le cadre du rapport du contrôleur dont la nomination est projetée ou autrement), été retenus pour l'évaluation, et [Ernst & Young] n'a, à aucun moment, procédé à l'évaluation du travail effectué par Grant Thornton LLP dans le cadre de sa vérification des états financiers consolidés d'Atcon pour l'exercice terminé le 31 janvier 2009. [Ernst & Young] n'a pas demandé et n'a, à aucun moment, obtenu l'accès aux documents de travail de vérification de Grant Thornton LLP. Dans le rapport du contrôleur dont la nomination est projetée, [Ernst & Young] n'avait pas l'intention d'exprimer, et ne devrait pas être considérée comme ayant exprimé, une opinion ou un avis

quelconque sur le travail que Grant Thornton LLP a effectué dans le cadre de sa vérification des états financiers consolidés d'Atcon pour l'exercice terminé.

[J'ai souligné.]

[113] Aucun élément de preuve ne contredit les passages soulignés. Il importe de relever que M. Ostridge a témoigné que le rapport provisoire d'Ernst & Young ne l'avait pas amené à se demander si Grant Thornton avait respecté la norme de diligence dans la vérification de l'exercice 2009.

[114] De plus, bien que la Province se soit fiée à Grant Thornton pour signer les garanties le 30 juin 2009 et qu'elle ait subi une perte totale le 18 mars 2010, ces faits n'établissent aucunement que la vérification effectuée par Grant Thornton n'était pas conforme aux normes. Tous conviennent que Grant Thornton n'a pas garanti la solvabilité d'Atcon ou le fait que les états financiers vérifiés de l'exercice 2009 seraient exempts d'inexactitudes. De fait, la note de bas de page 19 renfermait une mise en garde au sujet de ce que l'on pourrait qualifier de précarité relative de l'avenir financier d'Atcon.

[115] À mon humble avis, le juge saisi des motions a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la Province avait appris ou aurait dû normalement apprendre, le 18 mars 2010, que la vérification réalisée par Grant Thornton n'était pas conforme aux normes de vérification généralement reconnues. Je passe maintenant à la décision [TRADUCTION] « provisoire » du juge selon laquelle la Province avait appris ou aurait dû normalement apprendre ce « fait » le 4 février 2011.

[116] Je rappelle qu'en juin 2010, la Province a retenu les services du cabinet RSM Richter pour passer en revue les états financiers d'Atcon pour l'exercice 2009 et que le 4 février 2011, RSM Richter a remis à la Province un projet de rapport dans lequel elle émettait les opinions qu'Atcon n'avait pas préparé ces états financiers conformément aux principes comptables généralement reconnus et que ces états financiers surévaluaient l'actif et le bénéfice net d'Atcon d'un montant pouvant atteindre 35,4 millions de dollars.

[117] Les motifs sur lesquels le juge s'est fondé pour conclure que la Province avait appris ou aurait dû normalement apprendre, le 4 février 2011, qu'elle avait contre Grant Thornton une réclamation « éventuelle » fondée sur la négligence sont les suivants. Le projet de rapport du 4 février 2011 de RSM Richter renfermait les opinions suivantes : (1) Atcon n'avait pas préparé les états financiers de l'exercice 2009 conformément aux principes comptables généralement reconnus, ce qui contredisait l'avis contraire que Grant Thornton avait exprimé dans son rapport du 19 mai 2009 à la Province; et (2) les états financiers de l'exercice 2009 surévaluaient l'actif et le bénéfice net d'Atcon d'un montant pouvant atteindre 35,4 millions de dollars. Ces opinions devaient être examinées à la lumière des événements sous-tendant la principale conclusion du juge selon laquelle le délai de prescription avait commencé à courir le 18 mars 2010. Selon le juge, sa conclusion quant à l'existence d'un point de départ subsidiaire (le 4 février 2011) était étayée en outre par la lettre du 21 décembre 2012 que la Province avait envoyée à l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick à laquelle était joint le rapport définitif de RSM Richter et dans laquelle elle soulignait la conclusion [de RSM Richter] selon laquelle les états financiers de l'exercice 2009 surévaluaient l'actif et le bénéfice net d'Atcon de 28,3 à 35,4 millions de dollars.

[118] Encore une fois, quelque interprétation raisonnable que l'on donne à leur signification, individuelle ou cumulative, ces motifs ne prouvent d'aucune façon que la Province avait appris ou aurait du normalement apprendre, à la date du 4 février 2011, que la vérification réalisée par Grant Thornton n'était pas conforme aux normes de vérification généralement reconnues. Il y a un monde entre la découverte que Grant Thornton avait commis une erreur en confirmant que les états financiers de l'exercice 2009 avaient été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus et la découverte que cette confirmation était erronée parce que Grant Thornton n'avait pas réalisé sa vérification en conformité avec les normes de vérification généralement reconnues.

[119] Dans son projet de rapport et dans son rapport définitif, RSM Richter informait la Province de son opinion selon laquelle les états financiers d'Atcon pour l'exercice 2009 n'avaient pas été dressés conformément aux principes comptables généralement reconnus. Ces rapports n'informaient pas la Province que le travail de

vérification de Grant Thornton n'avait pas été réalisé conformément aux normes de vérification généralement reconnues. Le projet de rapport et le rapport définitif de RSM Richter ne contiennent tout simplement pas d'opinion à cet effet.

[120] De plus, ces rapports ne font aucun lien entre toute surévaluation de l'actif et du bénéfice net dans les états financiers vérifiés de l'exercice 2009 et l'omission alléguée de Grant Thornton de se conformer aux normes de vérification généralement reconnues. Dans son témoignage par affidavit, M. Adessky confirme la conclusion que renferment le projet de rapport et le rapport définitif de RSM Richter selon laquelle le fait qu'Atcon n'a pas préparé les états financiers de l'exercice 2009 conformément aux principes comptables généralement reconnus ne signifie pas que Grant Thornton n'a pas réalisé sa vérification conformément aux normes de vérification généralement reconnues.

[121] Par conséquent, la lettre du 12 décembre 2012 adressée à l'Institut des comptables agréés du Nouveau-Brunswick à laquelle était joint le rapport définitif de RSM Richter se contente de révéler que la Province avait été informée des opinions de ses auteurs selon lesquelles les états financiers de l'exercice 2009 préparés par Atcon n'étaient pas conformes aux principes et surévaluaient son actif et son bénéfice net d'un montant pouvant atteindre 35,4 millions de dollars, et non que la vérification effectuée par Grant Thornton n'était pas conforme aux normes. Par ailleurs, la lettre adressée à l'Institut, qui, il faut le noter, a été envoyée moins de deux ans avant que la Province n'introduise son action, précise que la teneur du rapport définitif de RSM Richter constitue le seul et unique fondement de sa plainte. Il n'est pas allégué dans la lettre que la Province avait connaissance d'une information quelconque établissant que la vérification effectuée par Grant Thornton ne satisfaisait pas aux normes. Corrélativement, il convient de rappeler que Grant Thornton a bénéficié, à toutes les époques pertinentes, d'un accès exclusif à ses dossiers afférents à la vérification et qu'elle s'est opposée à la plainte de la Province en la qualifiant de frivole et de vexatoire. Cette objection ne cadre aucunement avec l'opinion selon laquelle la Province aurait dû déduire du rapport définitif de RSM Richter ou, d'ailleurs, de son projet de rapport, qu'elle avait une réclamation contre Grant Thornton.

[122] En outre, et c'est le plus important, si la Province avait demandé à RSM Richter ou, d'ailleurs, à n'importe quel autre vérificateur d'exprimer une opinion sur la qualité du travail de vérification de Grant Thornton, la réponse aurait été que cela était impossible faute d'avoir accès aux dossiers de Grant Thornton afférents à la vérification pour les examiner. Il s'ensuit que l'on ne saurait accuser la Province d'avoir omis de faire preuve de diligence raisonnable en s'informant sur ce point.

[123] Nous ne disposons d'aucune preuve d'expert pour établir que Grant Thornton ne s'est pas conformée aux normes de vérification généralement reconnues en réalisant sa vérification. Selon le témoignage incontesté de M. Adessky, l'un des auteurs du projet de rapport et du rapport définitif de RSM Richter, il était impossible pour RSM Richter de formuler une telle opinion sans avoir accès aux dossiers afférents à la vérification de Grant Thornton. Compte tenu de son importance capitale, son témoignage sur ce point mérite d'être répété :

[TRADUCTION]

5. Pour que [RSM Richter] puisse donner une opinion sur les travaux de Grant Thornton LLP (Grant Thornton) en sa qualité de vérificateur des états financiers d'Atcon, les faits suivants devaient s'avérer :

a) il aurait fallu que [RSM Richter] consulte les documents de travail de Grant Thornton afférents à la vérification d'Atcon et procède à leur examen complet. Il aurait peut-être aussi fallu obtenir des renseignements supplémentaires découlant de l'examen des documents de travail de Grant Thornton afférents à la vérification. [...]

6. [RSM Richter] ne possédait pas les documents de travail de Grant Thornton afférents à la vérification, lesquels auraient compris un plan du vérificateur indiquant l'approche à la vérification, ainsi que les renseignements connus du vérificateur et pris en compte par lui dans sa vérification, et étayant son opinion sur les états financiers établis au 31 janvier 2009.

7. Aucune opinion n'est exprimée dans le rapport de [RSM Richter] sur les travaux de Grant Thornton, le vérificateur d'Atcon, et aucun commentaire exprimé dans ce rapport ne doit être interprété comme une opinion sur ces travaux.

8. Sur la foi des dossiers, des documents et des renseignements que nous avons obtenus, nous n'étions pas en mesure de découvrir si Grant Thornton a effectué sa vérification conformément aux NVGR ni de nous prononcer sur cette question.

9. De plus, [RSM Richter] n'a pas elle-même vérifié les renseignements financiers d'Atcon ni ses systèmes comptables conformément aux NVGR.

[J'ai souligné.]

[124] Toutes les données sur lesquelles le juge saisi des motions s'est fondé pour arriver à la conclusion que la Province avait découvert qu'elle avait une réclamation [TRADUCTION] « éventuelle » font partie « des dossiers, des documents et des renseignements » sur lesquels M. Adessky s'est penché. Comme il l'indique au paragraphe 8 de son affidavit, ces données ne permettaient pas à RSM Richter d'être en mesure de [TRADUCTION] « découvrir si Grant Thornton a effectué sa vérification conformément aux [normes de vérification généralement reconnues] ni de [se] prononcer sur cette question ».

[125] Je suis respectueusement d'avis que le juge a commis une erreur justifiant l'infirmité de sa décision en imputant à la Province une connaissance que des évaluateurs indépendants n'auraient pu acquérir en faisant preuve de diligence raisonnable. Cette attribution de connaissance est déraisonnable compte tenu de l'impossibilité d'obtenir l'accès aux dossiers de Grant Thornton afférents à la vérification, et elle constitue une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation du dossier de la preuve.

[126] Il incombait à Grant Thornton, en sa qualité de partie sollicitant le rejet de l'action, d'établir qu'il n'existait pas de véritable question en litige nécessitant la tenue d'un procès : *Canada (Procureur général) c. Lameman*, 2008 CSC 14, [2008] 1 R.C.S. 372, et *O'Toole c. Peterson*. Elle ne s'est pas acquittée de ce fardeau, et le juge saisi des

motions a donc commis une erreur justifiant l'infirmation de sa décision en concluant le contraire.

IV. Conclusion et dispositif

[127] En accordant un jugement sommaire dans lequel il a rejeté l'action de la Province sur le fondement de l'al. 5(1)a) de la *Loi sur la prescription*, le juge saisi des motions a appliqué le mauvais critère juridique et a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que la Province avait découvert qu'elle avait une réclamation plus de deux ans avant l'introduction de l'instance.

[128] J'accueillerais l'appel et j'annulerais le jugement sommaire, le rejet de la motion de la Province en production de documents et l'ordonnance d'adjudication des dépens rendue en première instance. Accessoirement, j'ordonnerais aux intimés de s'acquitter immédiatement des obligations en matière de production de documents que leur imposent les *Règles de procédure*, y compris la production de leurs affidavits des documents respectifs. Les *Règles* ouvrent la porte à l'imposition de sanctions draconiennes à une partie qui omet de s'acquitter de ses obligations en matière de communication des documents (voir la règle 31.08, notamment la règle 31.08(2)b)).

[129] Les audiences se sont déroulées au cours de plusieurs journées devant la Cour du Banc de la Reine et en appel. La Province a déposé deux mémoires préparatoires et a dû opposer une défense à six mémoires préparatoires présentés par les intimés. Comme tous les mémoires en appel, ces mémoires préparatoires étaient exhaustifs et d'excellente qualité. Le dossier est volumineux, et les questions en litige sont nombreuses et complexes. Compte tenu de ces circonstances, de l'importance des enjeux et du succès total que la Province a remporté en appel, je condamnerais chacun des groupes d'intimés qui est représenté par un avocat différent à verser des dépens de 15 000 \$ en Cour du Banc de la Reine et de 10 000 \$ en appel.