

**Domgroup Ltd. Appellant**

v.

**Crystalline Investments Ltd. and Burnac Leaseholds Ltd. Respondents****INDEXED AS: CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. v. DOMGROUP LTD.****Neutral citation: 2004 SCC 3.**

File No.: 29196.

2003: November 7; 2004: January 29.

Present: McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Bankruptcy — Proposals — Disclaimer of commercial leases — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether repudiation of leases under s. 65.2 relieved first tenant of its obligations as original lessee — Whether post-disclaimer, assignors and guarantors must be treated in same manner with respect to liability — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.*

*Landlord and tenant — Commercial leases — Assignment clause — Insolvent commercial tenant — Tenant validly assigning leases and assignee subsequently becoming insolvent — Assignee giving landlords notice of intention to repudiate leases pursuant to s. 65.2 of Bankruptcy and Insolvency Act — Whether rights between landlords and original tenant affected by proceedings under s. 65.2 — Bankruptcy and Insolvency Act, R.S.C. 1985, c. B-3, s. 65.2.*

The appellant was the respondents' original tenant. Ultimately, F held the validly assigned leases. F later became insolvent and attempted reorganization under the *Bankruptcy and Insolvency Act*. F, through its trustee, repudiated the leases. Pursuant to s. 65.2(3) of the Act, the respondents received compensation payments equivalent to six months rent upon approval of the proposal. The respondents informed the appellant that F had repudiated

**Domgroup Ltd. Appelante**

c.

**Crystalline Investments Ltd. et Burnac Leaseholds Ltd. Intimées****RÉPERTORIÉ : CRYSTALLINE INVESTMENTS LTD. c. DOMGROUP LTD.****Référence neutre : 2004 CSC 3.**

N° du greffe : 29196.

2003 : 7 novembre; 2004 : 29 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

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

*Faillite — Propositions — Résiliation de baux commerciaux — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquentement insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 a-t-elle libéré le premier locataire de ses obligations en tant que cessionnaire initial? — Après la résiliation d'un bail, les cédants et les garants devraient-ils être assujettis à la même responsabilité? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.*

*Locataires et locateurs — Baux commerciaux — Clause de cession — Locataire commercial insolvable — Baux cédés validement par le locataire à un cessionnaire devenu subséquentement insolvable — Avis du cessionnaire aux locataires les informant de son intention de résilier les baux conformément à l'art. 65.2 de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité — Les droits des locateurs et du locataire initial ont-ils été touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2? — Loi sur la faillite et l'insolvabilité, L.R.C. 1985, ch. B-3, art. 65.2.*

L'appelante était le locataire initial des intimées. Au moment pertinent, F était titulaire des baux, qui lui avaient été cédés validement. Devenue insolvable après la cession, F a tenté une réorganisation en vertu de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Par l'intermédiaire de son syndic, F a résilié les baux. Par suite de l'approbation de la proposition, les intimées ont reçu, conformément au par. 65.2(3) de la Loi, des indemnités équivalant à six

the leases and asserted their right to be paid the outstanding rent under the assignment clause in the leases. The appellant declined to pay. The respondents filed suit and the appellant applied for summary judgment in both cases. Holding that the notices of repudiation given under s. 65.2 terminated the leases for all purposes, the motions judge granted summary judgment and dismissed the respondents' claims. The Court of Appeal reversed the judgment, finding that the rights between the respondents and the appellant were unaffected by proceedings under s. 65.2.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The repudiation of the leases under s. 65.2 of the Act did not affect the appellant's obligations as the original lessee. Section 65.2 should be read narrowly. The plain purposes of the section are to free an insolvent from obligations under a commercial lease that have become too onerous, to compensate the landlord for the early determination of the lease, and to allow the insolvent to resume viable operations as best it can. Repudiation benefits only the insolvent. Nothing in the Act protects third parties, including assignors, from the consequences of an insolvent's repudiation of a commercial lease. From the time a lease is completed, the original tenant is bound by all the conditions of the lease, including the term. The covenant is fully enforceable even if it has been assigned. Explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. So long as the doctrine of paramountcy is not triggered, federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights.

The mere possibility that the original tenant may have a right of indemnity against his insolvent assignee and is able to make a claim to participate in the proposal proceedings as an unsecured creditor is not inconsistent with the Act. On the contrary, it is consistent with the circumstances applicable to other alternative debtors, and does not affect or alter the nature of the original tenant's contractual relationship and obligations. More importantly, it does not require that the original tenant be discharged from liability.

In distinguishing between a guarantor and an assignor post-disclaimer, *Cummer-Yonge Investments Ltd. v.*

mois de loyer. Les intimées ont avisé l'appelante que F avait résilié les baux et elles ont fait valoir leur droit aux loyers impayés conformément à la clause de cession figurant dans les baux. L'appelante a refusé de payer. Les intimées ont chacune poursuivi cette dernière, qui a demandé et obtenu un jugement sommaire dans les deux instances. Concluant que les avis de résiliation donnés en vertu de l'art. 65.2 avaient mis fin aux baux à tous égards, le juge des motions a prononcé les jugements sommaires demandés et rejeté les actions des intimées. La Cour d'appel a infirmé la décision du juge de première instance et conclu que les droits des locataires et du locataire initial n'étaient pas touchés par les procédures engagées en vertu de l'art. 65.2.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

La résiliation des baux effectuée en vertu de l'art. 65.2 de la Loi n'a eu aucune incidence sur les obligations incombant à l'appelante en tant que locataire initial. L'article 65.2 doit être interprété restrictivement et les objectifs manifestes de cet article sont de libérer une personne insolvable des obligations découlant d'un bail commercial qui sont devenues trop lourdes, d'indemniser le locateur pour la fin prématurée du bail et de permettre à la personne insolvable de reprendre autant que possible des activités viables. La résiliation ne bénéficie qu'à la personne insolvable. La Loi ne protège pas les tiers, notamment les cédants, des conséquences de la résiliation d'un bail commercial par une personne insolvable. À compter du moment où un bail est formé, le locataire initial est lié par toutes ses conditions, y compris sa durée. La convention en question est pleinement exécutoire, même si elle a fait l'objet d'une cession. Il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. Tant que la doctrine de la primauté des lois fédérales n'entre pas en jeu, on ne saurait utiliser des procédures en matière de faillite et d'insolvabilité régies par le droit fédéral pour écarter des droits de propriété et autres droits civils régis par le droit provincial.

La simple possibilité que le locataire initial dispose d'un droit d'indemnisation opposable à son cessionnaire insolvable et qu'il puisse présenter une réclamation afin de participer aux procédures de proposition en tant que créancier non garanti n'est pas incompatible avec le régime établi par la Loi. Au contraire, cette possibilité demeure pertinente dans les circonstances applicables aux autres débiteurs subsidiaires et ne modifie en rien la nature des obligations et relations contractuelles du locataire initial. Facteur plus important, elle ne commande pas que le locataire initial soit libéré de ses obligations.

L'affaire *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, a engendré de l'incertitude dans

*Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, has created uncertainty in leasing and bankruptcy and should be overruled. Post-disclaimer, assignors and guarantors ought to be treated the same with respect to liability.

### Cases Cited

**Overruled:** *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, aff'd [1965] 2 O.R. 157n; **referred to:** *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423; *McNeil v. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385; *Francini v. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321; *Transco Mills Ltd. v. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359; *Warnford Investments Ltd. v. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517; *Peterborough Hydraulic Power Co. v. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145; *Stacey v. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660; *Hindcastle Ltd. v. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737; *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91.

### Statutes and Regulations Cited

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3, Part III, ss. 62(3), 65.2 [ad. 1992, c. 27, s. 30], 179.  
*Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (U.K.), 1995, c. 30.  
*Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 20.04(2).

### Authors Cited

Goldfarb, Clifford S. "The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease". In H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2002, 157.  
 Lem, Jeffrey W., and Stefan T. Proniuk. "Goodbye 'Cummer-Yonge': A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants" (1993), 1 *D.R.P.L.* 419.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (2002), 58 O.R. (3d) 549, 210 D.L.R. (4th) 659, 156 O.A.C. 392, 27 B.L.R. (3d) 102, 49 R.P.R. (3d) 171, 31 C.B.R. (4th) 225, [2002] O.J. No. 883 (QL), reversing a judgment of the Superior Court of Justice (2001), 39 R.P.R. (3d) 49, 31

le domaine de la location et de la faillite du fait que le tribunal a considéré qu'il existe, après la résiliation, une distinction entre les garants d'une part et l'auteur d'une cession d'autre part. Cette décision doit être écartée. Après la résiliation, cédants et garants devraient être assujettis à la même responsabilité.

### Jurisprudence

**Arrêt renversé :** *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152, conf. par [1965] 2 O.R. 157n; **arrêts mentionnés :** *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423; *McNeil c. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon c. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385; *Francini c. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321; *Transco Mills Ltd. c. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359; *Warnford Investments Ltd. c. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517; *Peterborough Hydraulic Power Co. c. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145; *Stacey c. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660; *Hindcastle Ltd. c. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737; *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

### Lois et règlements cités

*Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 30.  
*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3, Partie III, art. 62(3), 65.2 [aj. 1992, ch. 27, art. 30], 179.  
*Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, r. 20.04(2).

### Doctrine citée

Goldfarb, Clifford S. « The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease ». In H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease*. Aurora, Ont. : Canada Law Book, 2002, 157.  
 Lem, Jeffrey W., and Stefan T. Proniuk. « Goodbye "Cummer-Yonge" : A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants » (1993), 1 *D.R.P.L.* 419.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (2002), 58 O.R. (3d) 549, 210 D.L.R. (4th) 659, 156 O.A.C. 392, 27 B.L.R. (3d) 102, 49 R.P.R. (3d) 171, 31 C.B.R. (4th) 225, [2002] O.J. No. 883 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure de justice (2001), 39 R.P.R. (3d) 49, 31

C.B.R. (4th) 216, [2001] O.J. No. 736 (QL). Appeal dismissed.

*Fred D. Cass, Lawrence J. Crozier and David Stevens*, for the appellant.

*Peter-Paul E. DuVernet*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

MAJOR J. —

### I. Introduction

This appeal arises from a motion for summary judgment. The facts are undisputed. The respondents, Crystalline Investments Limited (“Crystalline”) and Burnac Leaseholds Limited (“Burnac”), while owners of different properties, are referred to collectively as the “landlords”.

Dominion Stores Limited was the original tenant of the landlords. It is not clear from the record nor is it relevant whether Dominion Stores Limited became Domgroup Limited (“Domgroup”) by reorganization or by a change of name. For purposes of this appeal, the appellant Domgroup can be viewed as the original tenant.

Domgroup assigned the leases to Coastal Foods Limited (“Coastal Foods”), a wholly owned subsidiary. The consent of the landlords was not required under the leases for the assignments. Domgroup subsequently sold Coastal Foods which amalgamated to form Food Group Inc. (“Food Group”). Food Group later became insolvent and attempted a reorganization under the *Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3 (the “Act”), as amended to 1994.

The question is whether the terms of the reorganization by the insolvent assignee through its trustee where it purported to repudiate the leases under s. 65.2 of the Act affect the obligations between the landlords and the original tenant.

C.B.R. (4th) 216, [2001] O.J. No. 736 (QL). Pourvoi rejeté.

*Fred D. Cass, Lawrence J. Crozier et David Stevens*, pour l’appelante.

*Peter-Paul E. DuVernet*, pour les intimées.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MAJOR —

### I. Introduction

Le présent pourvoi découle d’une motion sollicitant un jugement sommaire. Les faits ne sont pas contestés. Bien qu’elles soient propriétaires de biens différents, les intimées, Crystalline Investments Limited (« Crystalline ») et Burnac Leaseholds Limited (« Burnac »), sont appelées collectivement ci-après les « locateurs ».

Dominion Stores Limited était le locataire initial des locateurs. Le dossier n’indique pas clairement — information qui n’est d’ailleurs pas pertinente — si Dominion Stores Limited est devenue Domgroup Limited (« Domgroup ») à la suite d’une réorganisation ou d’un changement de dénomination. Pour les besoins du présent pourvoi, l’appelante Domgroup peut être considérée comme le locataire initial.

Domgroup a cédé les baux à Coastal Foods Limited (« Coastal Foods »), une filiale en propriété exclusive. Cette cession pouvait intervenir sans le consentement des locateurs. Domgroup a par la suite vendu Coastal Foods, qui s’est fusionnée pour former Food Group Inc. (« Food Group »). La société Food Group est plus tard devenue insolvable et a tenté une réorganisation en vertu de la *Loi sur la faillite et l’insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3 (la « Loi »), dans sa version en vigueur en 1994.

Il s’agit de décider si les conditions de la réorganisation qu’a effectuée la cessionnaire insolvable par l’intermédiaire de son syndic et au moyen de laquelle elle entendait résilier les baux en vertu de l’art. 65.2 de la Loi ont une incidence sur les obligations convenues entre les locateurs et le locataire initial.

1

2

3

4

5 The procedure for granting summary judgment in Ontario was set out in rule 20.04(2) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194. That rule provided as follows at the time:

**20.04 . . .**

(2) Where the court is satisfied that there is no genuine issue for trial with respect to a claim or defence, the court shall grant summary judgment accordingly.

6 In *Guarantee Co. of North America v. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 S.C.R. 423, at para. 27, Iacobucci and Bastarache JJ. discussed the legal principles that govern a motion for summary judgment:

The appropriate test to be applied on a motion for summary judgment is satisfied when the applicant has shown that there is no genuine issue of material fact requiring trial, and therefore summary judgment is a proper question for consideration by the court. See *Hercules Managements Ltd. v. Ernst & Young*, [1997] 2 S.C.R. 165, at para. 15; *Dawson v. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (Ont. C.A.), at pp. 267-68; *Irving Ungerman Ltd. v. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), at pp. 550-51. Once the moving party has made this showing, the respondent must then “establish his claim as being one with a real chance of success” (*Hercules, supra*, at para. 15).

The parties do not dispute the test for summary judgment.

7 The motions judge held that notices of repudiation given under s. 65.2 terminated the leases for all purposes. Relying on *Cummer-Yonge Investments Ltd. v. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152 (H.C.), he found that, since the leases no longer existed, the liabilities that would have been owed by the original tenant to the landlords also disappeared. He granted summary judgment dismissing the claims of the landlords who sought damages from the original tenant. The Ontario Court of Appeal reversed the trial judge and held that the rights between the landlords and the original tenant were unaffected by proceedings under s. 65.2. The appeal was allowed and the summary judgments set aside.

En Ontario, jugement sommaire est rendu dans les cas prévus par la règle 20.04(2) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, qui est rédigée ainsi :

**20.04 . . .**

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

Dans l’arrêt *Guarantee Co. of North America c. Gordon Capital Corp.*, [1999] 3 R.C.S. 423, par. 27, les juges Iacobucci et Bastarache ont examiné les principes juridiques régissant les motions sollicitant un jugement sommaire :

Le critère qu’il convient d’appliquer à une motion visant à obtenir un jugement sommaire est respecté lorsque le requérant démontre qu’il n’y a aucune véritable question de fait importante qui requiert la tenue d’un procès et qu’il est donc opportun que le tribunal examine s’il y a lieu d’accorder un jugement sommaire. Voir *Hercules Managements Ltd. c. Ernst & Young*, [1997] 2 R.C.S. 165, au par. 15; *Dawson c. Rexcraft Storage and Warehouse Inc.* (1998), 164 D.L.R. (4th) 257 (C.A. Ont.), aux pp. 267 et 268; *Irving Ungerman Ltd. c. Galanis* (1991), 4 O.R. (3d) 545 (C.A.), aux pp. 550 et 551. Une fois que l’auteur de la motion a fait cette démonstration, il incombe ensuite à la partie intimée « d’établir que son action a vraiment des chances de réussir » (*Hercules*, précité, au par. 15).

Les parties ne contestent pas ce critère.

Le juge des motions a conclu que les préavis de résiliation donnés en vertu de l’art. 65.2 ont eu pour effet de résilier les baux à tous égards. S’appuyant sur l’affaire *Cummer-Yonge Investments Ltd. c. Fagot*, [1965] 2 O.R. 152 (H.C.), le juge a conclu que, puisque les baux n’existaient plus, les obligations du locataire initial envers les locataires avaient également disparu. Le juge a prononcé des jugements sommaires rejetant les demandes des locataires, qui réclamaient des dommages-intérêts du locataire initial. La Cour d’appel de l’Ontario a infirmé la décision du juge de première instance et conclu que les droits des locataires et du locataire initial n’étaient pas touchés par les procédures engagées en vertu de l’art. 65.2. L’appel a été accueilli et les jugements sommaires ont été annulés.

For the reasons that follow, I agree with the Ontario Court of Appeal that the insolvency of the assignee and the order made pursuant to the Act do not affect the landlords who can continue to look to the original tenant for enforcement of the leases. The order affects the insolvent assignee and its creditors, including the original tenant and assignor of the leases, but does not reach to the landlords. I would dismiss the appeal.

In this appeal, the appellant sought to rely on certain common law remedies and, in particular, advanced the defence of surrender which was neither pleaded nor raised before the motions judge or the Court of Appeal. Surrender must be pleaded. See *McNeil v. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon v. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.), at p. 562. In these circumstances the court refused to consider the question.

This appeal is limited to confirming that Food Group's repudiation of the leases assigned to it by Domgroup did not, by virtue of s. 65.2 alone, terminate Domgroup's rights and obligations under the leases. Section 65.2 relates to the repudiation of leases by insolvent commercial tenants. It is not concerned with the effects of that repudiation on third parties, such as assignors and guarantors. Whether the leases were terminated by surrender, as Domgroup argues for the first time in the Court, or by the application of some other principle of common law, is a question best left for trial.

## II. Background

On April 30, 1979, Domgroup leased premises from Crystalline. On April 24, 1980, Domgroup leased a different location from Burnac. Both premises were located in New Brunswick. The leases had 25-year terms and contained the following assignment clause:

Notwithstanding any assignment or sublease the Lessee shall remain fully liable under this lease and shall

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis, tout comme la Cour d'appel de l'Ontario, que l'insolvabilité du cessionnaire et l'ordonnance rendue en application de la Loi ne touchent pas les locataires, qui peuvent continuer d'exiger du locataire initial le respect des baux. L'ordonnance produit ses effets à l'égard du cessionnaire insolvable et de ses créanciers, y compris le locataire initial qui a cédé les baux, mais non à l'égard des locataires. Je rejeterais le pourvoi.

En l'espèce, l'appelante a voulu invoquer certains moyens de défense prévus par la common law et elle a notamment fait valoir la défense d'abandon qui n'avait été ni plaidée par écrit ni soulevée devant le juge des motions ou devant la Cour d'appel. L'abandon est un moyen qui doit être plaidé. Voir *McNeil c. Train* (1848), 5 U.C.Q.B. 91; *Wotherspoon c. Canadian Pacific Ltd.* (1979), 22 O.R. (2d) 385 (H.C.), p. 562. Dans ces circonstances, les tribunaux ont refusé d'examiner cette question.

Le présent pourvoi confirme uniquement que la résiliation par Food Group des baux que lui avait cédés Domgroup n'a pas, par la seule application de l'art. 65.2, éteint les droits et obligations de Domgroup découlant des baux. L'article 65.2 porte sur la résiliation de baux par des locataires commerciaux insolubles. Il ne traite pas des effets de cette résiliation sur les tierces parties, par exemple les cédants et les garants. La question de savoir s'il a été mis fin aux baux soit par abandon, comme l'invoque pour la première fois Domgroup devant notre Cour, soit par application d'un autre principe de common law est un problème qui devrait être débattu en première instance.

## II. Contexte

Le 30 avril 1979, Domgroup a loué des locaux de Crystalline. Le 24 avril 1980, Domgroup a loué un autre local de Burnac. Tous ces locaux étaient situés au Nouveau-Brunswick. Les baux, d'une durée de 25 ans, comportaient la clause de cession suivante :

[TRADUCTION] Nonobstant toute cession ou sous-location, le locataire demeure entièrement responsable du

8

9

10

11

not be released from performing any of its covenants, obligations or agreements in this lease and shall continue to be bound by this lease.

12 On May 25, 1985, Domgroup assigned both leases to Coastal Foods which later became Food Group.

13 Food Group encountered financial difficulty and attempted a reorganization. In February of 1994, Food Group filed a notice of intention to make a proposal pursuant to Part III of the Act.

14 Food Group then prepared and filed its proposal, stating that it believed the proposal would be “of benefit to its creditors and employees, and will enable the Food Group to continue in business, albeit on a much reduced scale”. Part of the proposal was that Food Group’s leases with Burnac and Crystalline be terminated pursuant to s. 65.2.

15 On February 18, 1994, the insolvent Food Group, through its trustee, gave the original landlords, Burnac and Crystalline, notice of its intention to repudiate the leases. Neither Burnac nor Crystalline applied to the court to challenge the repudiation of the lease although entitled to do so under the Act. At no time did Food Group advise Domgroup of the proceedings.

16 On March 18, 1994, the proposal was approved by the Court of Queen’s Bench for New Brunswick in Bankruptcy. On March 24, 1994, Burnac and Crystalline received compensation payments of \$173,704.39 and \$131,154.54, respectively, being the equivalent of six months rent under the leases pursuant to s. 65.2(3) of the Act. The repudiation was declared to be effective as of March 31, 1994.

17 Food Group vacated Crystalline’s premises in March of 1994. It had previously vacated Burnac’s premises one year earlier, but had continued to pay rent.

18 Burnac, one of the original landlords, entered into short-term leases with a bingo operation and started modifications to the premises to accommodate another tenant. Similarly, the other landlord,

présent bail, il n’est pas libéré des engagements ou autres obligations énoncés dans ce bail et il continue d’être lié par celui-ci.

Le 25 mai 1985, Domgroup a cédé les deux baux à Coastal Foods, devenue par la suite Food Group.

Éprouvant des difficultés financières, Food Group a tenté une réorganisation. En février 1994, Food Group a déposé un avis d’intention de faire une proposition selon la partie III de la Loi.

Food Group a ensuite rédigé et déposé sa proposition, où elle affirmait croire que celle-ci serait [TRADUCTION] « avantageuse pour ses créanciers et ses employés et permettrait à Food Group de poursuivre ses activités, mais à une échelle plus modeste ». La proposition prévoyait notamment la résiliation, conformément à l’art. 65.2, des baux de Food Group avec Burnac et Crystalline.

Le 18 février 1994, Food Group — qui était alors insolvable — a, par l’intermédiaire de son syndic, donné préavis de son intention de résilier les baux aux locataires initiaux, Burnac et Crystalline. Même si la Loi les autorisait à le faire, ni Burnac ni Crystalline n’ont contesté la résiliation des baux devant le tribunal. Food Group n’a à aucun moment avisé Domgroup de ces procédures.

Le 18 mars 1994, la proposition a été approuvée par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick siégeant en matière de faillite. Le 24 mars 1994, Burnac et Crystalline ont reçu, conformément au par. 65.2(3) de la Loi, des indemnités respectives de 173 704,39 \$ et de 131 154,54 \$, soit l’équivalent de six mois de loyer selon les conditions des baux. Le tribunal a déclaré que la résiliation prenait effet le 31 mars 1994.

Food Group a quitté les locaux de Crystalline en mars 1994. Elle avait laissé ceux de Burnac un an auparavant, mais continué à payer le loyer.

Burnac, l’un des locataires initiaux, a conclu des baux de courte durée avec un exploitant de salle de bingo et entrepris des modifications aux locaux pour répondre aux besoins d’un autre locataire. De

Crystalline, licensed its premises to kiosk-based vendors.

On January 20, 1995, Burnac and Crystalline informed the original tenant, Domgroup, by mail that the insolvent, Food Group, had repudiated the leases. At the same time, they asserted their rights to be paid outstanding rent pursuant to the assignment clause in the leases. The letters did not acknowledge the termination of the leases as of March 31, 1994.

Domgroup declined to pay. Burnac and Crystalline both sued in Ontario Superior Court. Domgroup, on application, was granted summary judgment in both cases. Both were later reversed by the Ontario Court of Appeal.

### III. Relevant Statutory Provisions

*Bankruptcy and Insolvency Act*, R.S.C. 1985, c. B-3

**65.2** (1) At any time between the filing of a notice of intention and the filing of a proposal, or on the filing of a proposal, in respect of an insolvent person who is a commercial tenant under a lease of real property, the insolvent person may repudiate the lease on giving thirty days notice to the landlord in the prescribed manner, subject to subsection (2).

(2) Within fifteen days after being given notice of the repudiation of a lease under subsection (1), the landlord may apply to the court for a declaration that subsection (1) does not apply in respect of that lease, and the court, on notice to such parties as it may direct, shall make such a declaration unless the insolvent person satisfies the court that the insolvent person would not be able to make a viable proposal, or that the proposal the insolvent person has made would not be viable, without the repudiation of that lease and all other leases that the tenant has repudiated under subsection (1).

(3) Where a lease is repudiated pursuant to subsection (1), a proposal filed by the insolvent person must provide for payment to the landlord, immediately after court approval of the proposal, of compensation equal to the lesser of

(a) an amount equal to six months rent under the lease, and

son côté, Crystalline, l'autre locateur, a autorisé l'occupation de ses locaux par des vendeurs en kiosques.

Le 20 janvier 1995, Burnac et Crystalline ont avisé par courrier Domgroup, le locataire initial, que Food Group, qui était alors insolvable, avait résilié les baux. Les locateurs ont par la même occasion fait valoir leur droit aux loyers impayés conformément à la clause de cession figurant dans les baux. Les lettres ne contenaient aucune mention reconnaissant la résiliation des baux survenue le 31 mars 1994.

Domgroup a refusé de payer. Burnac et Crystalline ont chacune poursuivi cette entreprise en Cour supérieure de l'Ontario. Domgroup a demandé et obtenu un jugement sommaire dans les deux instances. Ces jugements ont par la suite été infirmés par la Cour d'appel de l'Ontario.

### III. Dispositions législatives pertinentes

*Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3

**65.2** (1) Entre le dépôt d'un avis d'intention et celui d'une proposition relative à une personne insolvable qui est un locataire commercial en vertu d'un bail immobilier, ou lors du dépôt d'une telle proposition, cette personne peut, sous réserve du paragraphe (2), résilier son bail sur préavis de trente jours donné de la manière prescrite.

(2) Le locateur peut, dans les quinze jours suivant le jour où préavis lui a été donné aux termes du paragraphe (1), demander au tribunal de déclarer ce paragraphe inapplicable au bail en question; le tribunal est tenu, sur avis donné aux parties qu'il ordonne d'aviser, de rendre l'ordonnance souhaitée, sauf si la personne insolvable le convainc que, sans la résiliation du bail en question et de tout autre bail résilié par le locataire aux termes du paragraphe (1), elle ne serait pas en mesure de faire une proposition viable ou que la proposition déjà faite ne serait pas viable.

(3) En cas de résiliation du bail, la proposition déposée par la personne insolvable doit prévoir le paiement au locateur, dès que le tribunal approuve la proposition, d'une indemnité égale au moindre des deux montants suivants :

a) une somme égale à six mois de loyer, selon les termes du bail;

19

20

21



(b) the rent for the remainder of the lease, from the date on which the repudiation takes effect.

(4) For the purpose of voting on any question relating to a proposal referred to in subsection (3), the landlord does not have any claim in respect of accelerated rent, damages arising out of the repudiation, or the compensation referred to in subsection (3).

(5) Nothing in subsections (1) to (4) affects the operation of section 146 in the event of bankruptcy.

(6) Where an insolvent person who has made a proposal referred to in subsection (3) becomes bankrupt

(a) after court approval of the proposal and before the proposal is fully performed, and

(b) after compensation referred to in subsection (3) has been paid,

the landlord has no claim against the estate of the bankrupt for accelerated rent.

#### IV. Judicial History

A. *Ontario Superior Court of Justice* (2001), 39 R.P.R. (3d) 49

22

The motions for summary judgment by Domgroup were heard by Trafford J. on March 1, 2001, and by consent, the legal issue was stated as follows:

Is a landlord, following the Court-approved termination of a commercial lease under s. 65.2 of the 1992 Act and following acceptance of the compensation provided for by the statutory code, entitled to arrears of rent, or for damages, in respect of the unexpired term of the terminated lease as against the pre-proposal assignor of the lease?

23

The motions judge held that the court-approved termination of the leases ended all obligations of the parties and rendered the assignment clause inoperative. The compensation paid to the landlords under s. 65.2 constituted the total compensation for all damages to which they were entitled under the leases. Since the entire lease, including the assignment clause, was terminated by the court order, there was no basis in law for the claims made against the

b) le loyer pour la partie du bail non écoulée à la date de prise d'effet de la résiliation.

(4) En ce qui a trait au vote sur toute question relative à la proposition visée au paragraphe (3), le locateur n'a aucune réclamation à faire valoir à l'égard soit du loyer perçu par anticipation, soit des dommages-intérêts découlant de la résiliation, soit de l'indemnité prévue à ce paragraphe.

(5) Les paragraphes (1) à (4) n'ont pas pour effet de porter atteinte, en cas de faillite, à l'application de l'article 146.

(6) Dans le cas où la personne insolvable qui a fait une proposition visée au paragraphe (3) devient un failli après l'approbation de la proposition par le tribunal, mais avant l'exécution intégrale de celle-ci, et après le paiement de l'indemnité prévue à ce paragraphe, le locateur n'a aucune réclamation à faire valoir contre l'actif du failli à l'égard du loyer perçu par anticipation.

#### IV. Historique des procédures judiciaires

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario* (2001), 39 R.P.R. (3d) 49

Les motions de Domgroup sollicitant un jugement sommaire ont été entendues par le juge Trafford le 1<sup>er</sup> mars 2001 et, par consentement, la question de droit en litige a été formulée comme suit :

[TRADUCTION] Une fois la résiliation d'un bail commercial approuvée par le tribunal en application de l'article 65.2 de la Loi qui était en vigueur en 1992 et une fois acceptée l'indemnité prévue par le code législatif, un locateur a-t-il droit d'obtenir de celui qui a cédé le bail avant la proposition les loyers impayés, ou des dommages-intérêts, pour la période du bail résilié qui reste à courir?

Le juge des motions a estimé que la résiliation des baux approuvée par le tribunal avait éteint toutes les obligations des parties et rendu inopérante la clause de cession. Les sommes versées aux locateurs en application de l'art. 65.2 constituaient l'indemnité totale à laquelle ils avaient droit en vertu des baux au titre des dommages-intérêts. Étant donné que le bail au complet, y compris la clause de cession, avait été résilié par l'ordonnance du

original tenant, Domgroup. He granted summary judgment in both cases.

B. *Ontario Court of Appeal* (2002), 58 O.R. (3d) 549

The Ontario Court of Appeal rejected the conclusion of the motions judge that the provisions of s. 65.2 terminated the leases for all purposes. In the view of Carthy J.A., the rights between the landlords and the original tenant were unaffected by the insolvency proceedings. He found no change in this result was warranted by the 1997 amendment to the English version of s. 65.2 from the term “repudiate” to “disclaim”.

The Court of Appeal held that the consequences of repudiation should be restricted to those provided for in s. 65.2 having regard to the purposes of insolvency proceedings as a whole. While the insolvency proceedings permitted Food Group as the insolvent to shed its obligations, the rights and liabilities of Domgroup to the landlords under the leases remained intact.

## V. Analysis

### A. *The Construction of Section 65.2*

The dispute is whether the Act has relieved the appellant Domgroup of its obligations by the assignment of the leases ultimately to the insolvent. More precisely, should s. 65.2 be interpreted to bring all the obligations between the appellant and respondents to an end when the leases were repudiated by the insolvent, Food Group?

While the drafting of s. 65.2 focusses on bilateral relationships, such as a simple lease between a landlord and a tenant, the effect of the repudiation does not change in circumstances such as the present ones, involving a tripartite arrangement resulting from the assignment of a lease. In both situations, the repudiation must be construed as benefiting only the insolvent.

tribunal, les réclamations présentées contre Domgroup, le locataire initial, n'étaient pas fondées en droit. Le juge des requêtes a rendu le jugement sommaire demandé dans les deux affaires.

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (2002), 58 O.R. (3d) 549

La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté la conclusion du juge des motions selon laquelle les dispositions de l'art. 65.2 avaient eu pour effet de résilier les baux à tous égards. Suivant le juge Carthy, les procédures en matière d'insolvabilité n'ont eu aucune incidence sur les droits des locataires et du locataire initial. Il a estimé que la modification apportée en 1997 à la version anglaise de l'art. 65.2, qui a substitué le mot « *disclaim* » au mot « *repudiate* », ne commandait pas un résultat différent.

La Cour d'appel a jugé que les conséquences de la résiliation devaient se limiter à celles prévues à l'art. 65.2, compte tenu de l'objectif de l'ensemble des procédures en matière d'insolvabilité. Bien que ces procédures aient permis à Food Group, la société insolvable, de se libérer de ses obligations, les droits et obligations de Domgroup envers les locataires aux termes des baux sont demeurés intacts.

## V. Analyse

### A. *L'interprétation de l'art. 65.2*

Il s'agit de décider si, du fait de la cession des baux à la société insolvable, l'appelante Domgroup est libérée par la Loi de ses obligations. Plus précisément, l'art. 65.2 a-t-il eu pour effet d'éteindre toutes les obligations liant l'appelante et les intimées lorsque les baux ont été résiliés par Food Group, la société insolvable?

Bien que le texte de l'art. 65.2 vise principalement des relations bilatérales, par exemple un simple bail entre un locateur et un locataire, l'effet de la résiliation n'est pas différent dans une situation comme la présente, où il y a un arrangement tripartite résultant de la cession d'un bail. Dans l'un et l'autre cas, il faut considérer que la résiliation ne bénéficie qu'à la personne insolvable.

24

25

26

27

28

I, thus, agree with the Court of Appeal that s. 65.2 should be read narrowly. The plain purposes of the section are to free an insolvent from the obligations under a commercial lease that have become too onerous, to compensate the landlord for the early determination of the lease, and to allow the insolvent to resume viable operations as best it can. Nothing in s. 65.2, or any part of the Act, protects third parties (i.e., guarantors, assignors or others) from the consequences of an insolvent's repudiation of a commercial lease. That is to say that they remain liable when the party on whose behalf they acted becomes insolvent.

29

When a lease is finalized, the landlord and tenant then have privity of contract and privity of estate. See *Francini v. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321 (C.A.), at pp. 322-23. When the lease is assigned, the landlord's privity of estate with the original tenant comes to an end, but the privity of contract continues and the original tenant remains liable upon its covenant. The estate or interest in the tenancy is transferred to the assignee, who, by being entitled to possession, is obliged to make payment of rent, but, subject to the terms of the lease and the agreement of the parties, the original tenant remains liable should his assignee not pay the rent. See C. S. Goldfarb, "The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease", in H. M. Haber, ed., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease* (2002), 157.

30

Both the British Columbia Court of Appeal in *Transco Mills Ltd. v. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359, at p. 366, and Carthy J.A., here, at para. 16, quoted from Vice-Chancellor Megarry in *Warnford Investments Ltd. v. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517 (Ch. D.), at p. 526, where the position of an original tenant in bankruptcy proceedings is discussed. It is worth repeating:

The original lessee is a person who as principal, undertook towards the lessor, the obligations of the lease for

En conséquence, je partage l'avis de la Cour d'appel que l'art. 65.2 doit recevoir une interprétation restrictive. Les objectifs manifestes de cet article sont de libérer une personne insolvable des obligations découlant d'un bail commercial qui sont devenues trop lourdes, d'indemniser le locateur pour la fin prématurée du bail et de permettre à la personne insolvable de reprendre autant que possible des activités viables. Ni l'article 65.2 ni quelque autre partie de la Loi ne protègent les tiers (c'est-à-dire les garants, cédants ou autres) des conséquences de la résiliation d'un bail commercial par une personne insolvable. C'est donc dire que les tiers demeurent responsables lorsque la partie au nom de laquelle ils ont agi devient insolvable.

Lorsqu'un bail a été conclu, il s'établit alors entre le locataire et le locateur un lien contractuel et une connexité de domaine. Voir *Francini c. Canuck Properties Ltd.* (1982), 35 O.R. (2d) 321 (C.A.), p. 322-323. En cas de cession du bail, la connexité de domaine entre le locateur et le locataire initial cesse d'exister, mais le lien contractuel survit et le locataire initial demeure tenu par son engagement. Le domaine ou l'intérêt dans la location est transféré au cessionnaire, qui, du fait de son droit à la possession, doit payer le loyer. Toutefois, sous réserve des conditions du bail et de l'entente entre les parties, le locataire initial demeure responsable du paiement du loyer si le cessionnaire fait défaut de le payer. Voir C. S. Goldfarb, « The Rights and Obligations of the Original Tenant and Subsequent Tenants after an Assignment of Lease », dans H. M. Haber, dir., *Assignment, Subletting and Change of Control in a Commercial Lease* (2002), 157.

Tant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *Transco Mills Ltd. c. Percan Enterprises Ltd.* (1993), 100 D.L.R. (4th) 359, p. 366, que le juge Carthy au par. 16 de l'arrêt visé par le présent pourvoi ont cité les propos du vice-chancelier Megarry dans l'affaire *Warnford Investments Ltd. c. Duckworth*, [1978] 2 All E.R. 517 (Ch. D.), p. 526, qui examinait la situation du locataire initial dans le cadre de procédures de faillite. Il vaut la peine de reproduire le passage en question :

[TRADUCTION] Le locataire initial est la personne qui, à titre de débiteur principal, assume envers le locateur

the whole term; and there is nothing in the process of assignment which replaced this liability by the mere collateral liability of a surety who must pay the rent only if the assignee does not. The bankruptcy of the assignee has for the time being destroyed the original lessee's right against the assignee to require him to discharge the obligations of the lease, and it has impaired the lessee's right of indemnity against him when he has to discharge the obligations himself; but it has not affected his primary liability towards the lessor, which continues unaffected. At no time does an original lessee become a mere guarantor to the lessor of the liability of any assignee of the lease. [Emphasis added.]

From the time a lease is completed, the original tenant is bound by all the conditions, including the term. Despite the hardship that may later develop, the covenant is fully enforceable even if it has been assigned. In England, however, public concern over the continuing liability of original tenants in post-assignment bankruptcy situations resulted in the enactment of the *Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (U.K.), 1995, c. 30. As a result, when a tenant in England lawfully assigns a lease, that tenant will have no further obligations with respect to the covenant. To effect the same result in Canada, similar legislation is needed.

*B. Does the Common Law Indemnification Right Frustrate the Act?*

If the liabilities remain enforceable by the landlord against the original tenant, then presumably the original tenant can exercise its common law indemnification rights against its assignee as an unsecured creditor. See *Peterborough Hydraulic Power Co. v. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145 (C.A.), at p. 151. The original tenant could therefore prove a claim in insolvency against that assignee under this right of indemnity. As a result, the insolvent assignee could face an additional claim on the lease in excess of the preferred payment required to be paid to the landlord under s. 65.2.

les obligations du bail pour toute la durée de celui-ci; de plus, le processus de cession n'a pas pour effet de substituer à cette obligation la simple obligation subsidiaire qu'a la caution de payer le loyer uniquement en cas de défaut du cessionnaire. La faillite du cessionnaire a éteint pour le moment le droit du locataire initial d'exiger du cessionnaire l'exécution des obligations prévues par le bail et a affaibli le droit du locataire d'être indemnisé par ce dernier lorsqu'il doit les exécuter lui-même; mais la faillite du cessionnaire n'a pas eu d'incidence sur l'obligation fondamentale du locataire initial envers le locateur, obligation qui, elle, reste intacte. En aucune circonstance le locataire initial ne devient simple garant envers le locateur des obligations du cessionnaire du bail. [Je souligne.]

À compter du moment où un bail est formé, le locataire initial est lié par toutes ses conditions, y compris sa durée. Quelles que soient les difficultés qui pourraient surgir ultérieurement, la convention en question est pleinement exécutoire même si elle a fait l'objet d'une cession. En Angleterre toutefois, les inquiétudes exprimées par la population au sujet du maintien de la responsabilité des locataires initiaux en cas de faillites postérieures à une cession ont entraîné l'adoption de la *Landlord and Tenant (Covenants) Act 1995* (R.-U.), 1995, ch. 30. Conséquemment, en Angleterre, le locataire qui cède légalement son bail n'est plus tenu aux obligations découlant de celui-ci. Une loi similaire serait nécessaire pour produire le même résultat au Canada.

*B. Le droit à indemnisation en common law fait-il obstacle à l'application de la Loi?*

Si les obligations demeurent opposables au locataire initial par le locateur, on peut alors supposer que le locataire initial peut, à titre de créancier non garanti, exercer contre son cessionnaire le droit à indemnisation que lui accorde la common law. Voir *Peterborough Hydraulic Power Co. c. McAllister* (1908), 17 O.L.R. 145 (C.A.), p. 151. Le locataire initial pourrait donc, en vertu de ce droit, établir l'existence d'une réclamation contre ce cessionnaire en contexte d'insolvabilité. En conséquence, en plus du paiement qui doit être fait en priorité au locateur conformément à l'art. 65.2, le cessionnaire insolvable pourrait être exposé à une réclamation additionnelle fondée sur le bail.

31

32

33 The appellant submits this result would frustrate the objectives of the Act and is the reason that a repudiation under s. 65.2 should terminate a lease for all purposes. I disagree for two reasons.

34 First, an assignor is no different from other alternative debtors, none of which is excused under the Act. For example, s. 179 states:

**179.** An order of discharge does not release a person who at the date of the bankruptcy was a partner or co-trustee with the bankrupt or was jointly bound or had made a joint contract with him, or a person who was surety or in the nature of a surety for him.

While s. 62(3) provides:

**62.** . . .

(3) The acceptance of a proposal by a creditor does not release any person who would not be released under this Act by the discharge of the debtor.

Parliament therefore saw fit to conserve the liabilities of alternative debtors, yet chose not to extinguish their common law rights of indemnity.

35 Second, where an original tenant seeks indemnification on a contingent claim, provided the claim is provable and not disallowed, it would fall into the insolvency to be dealt with in accordance with the scheme of the Act. The assignor simply joins the other unsecured creditors in the proceedings. If such a claim is approved, it cannot satisfy and at the same time frustrate the Act.

36 Simply stated, the mere possibility that the original tenant may have a right of indemnity against his insolvent assignee and is able to make a claim to participate in the proposal proceedings as an unsecured creditor is not inconsistent with the statutory scheme. On the contrary, it is consistent with the circumstances applicable to other alternative covenants, and does not affect or alter the nature of the original tenant's contractual relationship and

L'appelante fait valoir que ce résultat ferait obstacle à la réalisation des objectifs de la Loi et constitue la raison pour laquelle la résiliation prévue par l'art. 65.2 doit mettre fin au bail à tous égards. Je ne suis pas de cet avis, et ce pour deux raisons.

Premièrement, un cédant ne diffère pas des autres débiteurs subsidiaires, dont aucun n'est exempté de l'application de la Loi. À titre d'exemple, l'art. 179 dispose ainsi :

**179.** Une ordonnance de libération ne libère pas une personne qui, au moment de la faillite, était un associé du failli ou coadministrateur avec le failli, ou était conjointement liée ou avait passé un contrat en commun avec lui, ou une personne qui était caution ou semblait être une caution pour lui.

Le paragraphe 62(3) prévoit ceci :

**62.** . . .

(3) L'acceptation d'une proposition par un créancier ne libère aucune personne qui ne le serait pas aux termes de la présente loi par la libération du débiteur.

Le législateur a donc jugé bon de maintenir les obligations des débiteurs « subsidiaires », mais il a choisi de ne pas éteindre leur droit à indemnisation en common law.

Deuxièmement, lorsqu'un locataire initial demande l'indemnisation d'une réclamation éventuelle, sa réclamation — pourvu qu'elle soit prouvable et qu'elle ne soit pas rejetée — est traitée conformément au régime établi par la Loi en matière d'insolvabilité. Le cédant joint simplement les rangs des autres créanciers non garantis participant aux procédures pertinentes. Si une telle réclamation est approuvée, elle ne saurait à la fois répondre aux exigences de la Loi et faire obstacle à la réalisation des objectifs de celle-ci.

En somme, la simple possibilité que le locataire initial dispose d'un droit d'indemnisation opposable à son cessionnaire insolvable et qu'il puisse présenter une réclamation afin de participer aux procédures de proposition en tant que créancier non garanti n'est pas incompatible avec le régime établi par la Loi. Au contraire, cette possibilité demeure pertinente dans les circonstances applicables aux autres contractants subsidiaires et ne modifie en rien la

obligations. More importantly, it does not require that the original tenant be discharged from liability.

I also question whether there is any justification for distinguishing between a guarantor and an assignor post-disclaimer. In *Cummer-Yonge, supra*, the landlord brought an action against guarantors of a bankrupt tenant for the unpaid rent accruing after the tenant's bankruptcy but prior to the reletting of the leased premises. The trustee in bankruptcy had disclaimed the lease in accordance with the trustees' rights under the then applicable federal bankruptcy and provincial landlord and tenancy legislation. The guarantee provision contained in the disclaimed lease provided as follows:

The Guarantors if one is a party hereto join for the first five (5) years of the term hereby granted for valuable consideration and for the purpose of guaranteeing the due performance by the Lessee of all its covenants in this lease including the covenant to pay rent on the part of the Lessee to be performed.

Gale C.J.H.C. applied the reasoning of the English Court of Appeal in *Stacey v. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660. He read the guarantee clause strictly as a pure surety provision and found that when the lease was disclaimed by a trustee in bankruptcy, the bankrupt's covenants to perform were dissolved. Since the guarantors' obligation is to assure performance of those covenants, their obligations disappeared with the covenants. The Ontario Court of Appeal affirmed the decision without reasons ([1965] 2 O.R. 157n).

*Cummer-Yonge* has created uncertainty in leasing and bankruptcy. Not only have drafters of leases attempted to circumvent the holding in *Cummer-Yonge* by playing upon the primary and secondary obligation distinction, but courts have also performed what has been called "tortuous distinctions" in order to reimpose liability on guarantors. See J. W. Lem and S. T. Proniuk, "Goodbye '*Cummer-Yonge*': A Review of Modern Developments in

nature des obligations et relations contractuelles du locataire initial. Facteur plus important, cette possibilité ne commande pas que le locataire initial soit libéré de ses obligations.

Je me demande également s'il existe quelque raison justifiant d'établir une distinction, après la résiliation, entre un garant d'une part et l'auteur d'une cession d'autre part. Dans l'affaire *Cummer-Yonge*, précitée, le locateur a intenté une action contre les garants d'un locataire failli pour le loyer qui avait été impayé après la faillite du locataire mais avant le relouage des lieux. Le syndic de la faillite avait résilié le bail conformément aux droits reconnus aux syndics par les mesures législatives alors applicables, à savoir la loi fédérale sur la faillite et la loi provinciale régissant les rapports entre propriétaires et locataires. La clause de garantie qui figurait dans le bail résilié était rédigée ainsi :

[TRADUCTION] Les garants parties aux présentes, s'il en est, s'engagent, pour les cinq (5) premières années du bail qui est accordé par les présentes moyennant juste contrepartie, à garantir l'exécution par le locataire de toutes ses obligations découlant du présent bail, notamment son engagement de payer le loyer.

Le juge en chef Gale de la Haute Cour de l'Ontario a appliqué le raisonnement qu'avait suivi la Cour d'appel de l'Angleterre dans l'arrêt *Stacey c. Hill*, [1901] 1 Q.B. 660. Il a interprété la clause de garantie comme un simple cautionnement et il a conclu que, au moment où le syndic de faillite avait résilié le bail, les engagements du failli avaient été éteints. Comme l'obligation des garants consiste à assurer l'exécution de ces engagements, leurs obligations s'étaient éteintes en même temps que ces engagements. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision sans donner de motifs ([1965] 2 O.R. 157n).

L'arrêt *Cummer-Yonge* a engendré de l'incertitude dans le domaine de la location et de la faillite. Non seulement les rédacteurs de baux ont-ils tenté de contourner la conclusion de l'arrêt *Cummer-Yonge* en jouant sur la distinction entre obligation principale et obligation secondaire, mais les tribunaux ont eux aussi établi ce qu'on a décrit comme des [TRADUCTION] « distinctions tortueuses » pour rétablir la responsabilité des garants. Voir J. W. Lem

37

38

39

the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants” (1993), 1 *D.R.P.L.* 419, at p. 436.

40 Despite the division over *Cummer-Yonge*, the distinction between guarantors as having secondary obligations that disappear when a lease is disclaimed by a trustee in bankruptcy, and assignors as having primary obligations that survive a disclaimer, thrives in Canadian case law.

41 Not surprisingly, *Stacey v. Hill*, *supra*, led to a similar situation in England. In *Hindcastle Ltd. v. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737 (H.L.), Lord Nicholls, faced with facts involving a guarantor of an assignor of a lease, gave a convincing illustration of the absurdity of maintaining this distinction, at p. 754:

This would make no sort of legal or commercial sense. This would mean that directors who guarantee their company’s obligations would *not* be liable if their *own* company became insolvent whilst tenant, but they *would* be liable if an *assignee* from their company encountered financial difficulties whilst tenant. Mr. Whitten, as guarantor of CIT’s obligations, remains liable to the landlord. According to *Stacey v. Hill*, had he been a guarantor of Prest’s liabilities [the assignee who became bankrupt], the disclaimer would have released him. What sort of a law would this be? [Emphasis in original.]

42 The House of Lords went on to overrule *Stacey v. Hill*. In my opinion, *Cummer-Yonge* should meet the same fate. Post-disclaimer, assignors and guarantors ought to be treated the same with respect to liability. The disclaimer alone should not relieve either from their contractual obligations.

43 The appellant submits that the English bankruptcy statute that was applied in *Hindcastle* clearly stated that disclaimer will not “affect the rights or liabilities of any other person”, and that s. 65.2 of the Act has no similar wording. I agree with

et S. T. Proniuk, « Goodbye “Cummer-Yonge” : A Review of Modern Developments in the Law Relating to the Liability of Guarantors of Bankrupt Tenants » (1993), 1 *D.R.P.L.* 419, p. 436.

Malgré les désaccords qui sont survenus à propos de l’arrêt *Cummer-Yonge*, demeure toujours bien vivante dans la jurisprudence canadienne la distinction voulant que les garants soient tenus à une obligation secondaire qui disparaît en cas de résiliation du bail par le syndic de faillite et que les cédants soient tenus à une obligation principale qui survit à cette résiliation.

Il n’est pas étonnant que l’arrêt *Stacey c. Hill*, précité, ait conduit à une situation similaire en Angleterre. Dans l’affaire *Hindcastle Ltd. c. Barbara Attenborough Associates Ltd.*, [1996] 1 All E.R. 737 (H.L.), p. 754, en présence d’un litige concernant la caution du cédant d’un bail, lord Nicholls a illustré de manière convaincante l’absurdité du maintien de cette distinction :

[TRADUCTION] Un tel résultat n’aurait absolument aucun sens, ni sur le plan juridique ni sur le plan commercial. Il impliquerait que les administrateurs qui se portent garants des obligations de leur société *ne* seraient *pas* responsables si leur *propre* société devenait insolvable pendant qu’elle est locataire, mais qu’ils *seraient* responsables si un cessionnaire de leur société éprouvait des difficultés financières pendant qu’il est locataire. À titre de garant des obligations de CIT, M. Whitten demeure responsable envers le locateur. Suivant l’arrêt *Stacey c. Hill*, s’il avait été garant des obligations de Prest [le cessionnaire en faillite], la résiliation l’aurait libéré. Quelle sorte de règle de droit serait-ce donc? [En italique dans l’original.]

La Chambre des lords a par la suite infirmé l’arrêt *Stacey c. Hill*. À mon avis, l’arrêt *Cummer-Yonge* devrait subir le même sort. Après la résiliation d’un bail, cédants et garants devraient être assujettis à la même responsabilité. Le seul fait de la résiliation ne devrait libérer ni les uns ni les autres de leurs obligations contractuelles.

L’appelante a plaidé que la loi anglaise sur la faillite appliquée dans l’arrêt *Hindcastle* énonçait clairement que la résiliation [TRADUCTION] « n’a aucune incidence sur les droits ou obligations de toute autre personne », puis elle a ajouté que

the respondents' rebuttal to this argument that the English wording affirms the ordinary construction of the statute. In other words, explicit statutory language is required to divest persons of rights they otherwise enjoy at law. As Carthy J.A. observed in the Court of Appeal, at paras. 11-12, the lease may have real value to the original tenant and, on the wording of s. 65.2, cannot be eliminated in the absence of the original tenant's agreement. In any event, so long as the doctrine of paramountcy is not triggered, federally regulated bankruptcy and insolvency proceedings cannot be used to subvert provincially regulated property and civil rights. See *Husky Oil Operations Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1995] 3 S.C.R. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 91.

As previously noted, the appellant sought to argue surrender in this Court despite not having pleaded surrender in either action as a defence, and not raising the issue before the motions judge or the Court of Appeal. Like the other defences, surrender represents an issue for trial. The decision whether to allow amendments to the pleadings, and on what terms if any, should be left to the trial judge.

#### VI. Disposition

I would dismiss the appeal and award the respondents their costs in this Court and below.

*Appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Aird & Berlis, Toronto.*

*Solicitors for the respondents: Glaholt & Associates, Toronto.*

l'art. 65.2 ne comporte pas ces mots. Je suis d'accord avec la réponse des intimées à cet argument, à savoir que ce passage du texte de loi anglais exprime l'interprétation normale de cette loi. En d'autres mots, il faut une disposition législative explicite pour priver une personne de droits dont elle jouit par ailleurs en droit. Comme l'a fait observer le juge Carthy de la Cour d'appel, aux par. 11 et 12, le bail peut avoir une valeur réelle pour le locataire initial et le libellé de l'art. 65.2 ne permet pas d'éliminer le bail sans son accord. Quoiqu'il en soit, tant que la doctrine de la primauté des lois fédérales n'entre pas en jeu, on ne saurait utiliser des procédures en matière de faillite et d'insolvabilité régies par le droit fédéral pour écarter des droits de propriété et autres droits civils régis par le droit provincial. Voir *Husky Oil Operations Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1995] 3 R.C.S. 453; *Giffen (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 91.

Comme il a été dit précédemment, l'appelante a voulu invoquer devant la Cour la défense d'abandon, bien qu'elle n'ait pas plaidé ce moyen dans ses actes de procédure dans l'une ou l'autre action ni soulevé cette question devant le juge des motions ou la Cour d'appel. Comme les autres moyens de défense, l'abandon est une question qui doit être débattue en première instance. La décision d'autoriser ou non la modification des actes de procédure et, dans l'affirmative, de dire à quelles conditions cela doit être fait, devrait être laissée au juge de première instance.

#### VI. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et d'accorder aux intimées leurs dépens tant devant notre Cour que devant les juridictions inférieures.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs de l'appelante : Aird & Berlis, Toronto.*

*Procureurs des intimées : Glaholt & Associates, Toronto.*

44

45