



DE GRANDPRÉ CHAIT S.E.N.C.R.L. ■ LLF
AVOCATS ■ LAWYERS

**L'INSTITUT CANADIEN : 4^e CONFÉRENCE AVANCÉE SUR LA FAILLITE ET
L'INSOLVABILITÉ
LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS DANS UN CONTEXTE DE FAILLITE :
ANALYSE DES DERNIERS DÉVELOPPEMENTS DEPUIS L'ARRÊT PEOPLES C. WISE**

**Me Éric Lalanne
Directeur, secteur litige**

23 septembre 2004



TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	1
2.	Les faits	2
	2.1 Erreurs manifestes du premier juge	4
3.	La responsabilité des Frères Wise sous l'article 122 de la <i>Loi sur les sociétés par actions</i>	7
	3.1 Introduction	8
	3.2 État du droit	14
	3.3 Application aux faits	17
	3.4 Moyens de défense de l'article 123 (4) L.C.S.A.	35
4.	Ratification des décisions par l'actionnaire unique et protection des intérêts des créanciers	37
5.	La responsabilité des Frères Wise sous l'article 100 de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> (L.F.I.).....	50
	5.1 Objectifs de l'article 100 L.F.I.....	50
	5.2 Conspicuously Less	51
	5.3 Privy	52
	5.4 Exercice d'une discrétion judiciaire	55
6.	Conclusion.....	57

1. INTRODUCTION

Les frères Lionel, Ralph et Harold Wise (« les Frères Wise ») étaient les administrateurs de la compagnie Magasin à Rayons Peoples inc. (« Peoples »), laquelle était contrôlée par un actionnaire unique, les Magasins Wise inc. (« Wise »), une compagnie publique. Le Syndic de la faillite de Peoples (le « Syndic ») a intenté un recours de 31 502 013 \$ contre les Frères Wise, leur reprochant divers gestes qu'ils ont posés à titre d'administrateurs.

En décembre 1998, l'honorable juge Benjamin Greenberg de la Cour supérieure ayant entendu l'affaire a conclu que les Frères Wise n'ont commis aucun geste malhonnête, aucune fraude et n'ont retiré aucun avantage ou bénéfice personnel des décisions sous étude. Cependant, ceux-ci auraient failli à leurs devoirs d'administrateurs prévus à l'article 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (L.C.S.A.) et seraient des personnes ayant eu un intérêt dans des transactions révisables en vertu de l'article 100 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* (L.F.I.). Les administrateurs ont été condamnés à payer au Syndic la somme de 4 437 115 \$.

En février 2003, la Cour d'appel du Québec renverse la décision de première instance. Selon l'honorable juge Pelletier, auteur de la décision unanime de la Cour, les administrateurs auraient tout au plus commis une « *honest error of business judgment* » et ils n'étaient pas des personnes ayant un intérêt au sens de l'article 100 L.F.I.

En mai 2004, la Cour suprême du Canada a entendu l'appel du Syndic. La Cour sera appelée à déterminer si des administrateurs, n'ayant commis aucune fraude et n'ayant pas personnellement tiré bénéfice d'une décision qui ultérieurement s'est avérée financièrement néfaste pour une compagnie, peuvent être tenus responsables des conséquences de celle-ci. Nous attendons toujours sa décision. En attendant, voici un survol des positions débattues devant la Cour suprême. Également, nous aborderons certains précédents judiciaires et textes de doctrine publiés après l'audition du mois de mai 2002 devant la Cour d'appel et qui n'ont pas été considérés par celle-ci.

2. LES FAITS

En 1992, Wise achète de Marks & Spencer toutes les actions de Peoples. Par cette transaction, Wise et Peoples opèrent quelque 125 magasins générant des revenus de 250 000 000 \$.

Après avoir acquis Peoples, Wise assure à ses frais la gestion des opérations de sa nouvelle filiale. La direction de Wise structure les opérations des deux compagnies afin d'augmenter les profits dans Peoples, qui possède d'importantes pertes fiscales accumulées, provoquant ainsi des rendements légèrement déficitaires dans Wise, lesquels sont compensés par des récupérations fiscales. Ces opérations sont tout à fait légitimes.

Par ailleurs, la gestion des deux compagnies par le même personnel entraîne diverses erreurs administratives, lesquelles ont des conséquences néfastes sur les inventaires des deux compagnies du groupe Wise-Peoples. À l'automne 1993, les Frères Wise décident de s'attaquer au problème. Lionel Wise confie à David Clément, bachelier en commerce et vice-président, administration et finance, lequel travaille pour Wise depuis plus de 15 ans, le mandat de concevoir une solution au problème de gestion des inventaires. La solution conçue par Clément, laquelle prévoit notamment confier à Peoples le rôle d'acheter l'essentiel des marchandises requises par l'ensemble du groupe et de transférer à Wise celles destinées à ses magasins, est adoptée par les Frères Wise en novembre 1993 et est bien accueillie par le personnel affecté aux achats. Aucune preuve ne tend à mettre en doute la solvabilité des deux compagnies à cette époque.

Dès décembre 1993, Peoples soumet à ses fournisseurs les premières commandes unifiées du groupe. Cependant, la nouvelle politique d'achats n'est intégrée dans les opérations comptables des compagnies qu'à compter du 1^{er} février 1994, premier jour de leur année fiscale. Les fournisseurs de Peoples, qui étaient également jusqu'à cette époque les fournisseurs de Wise, acceptent les conditions de la nouvelle politique

d'achats en pleine connaissance de cause puisque quelque 45 millions \$ de commandes annuelles de Wise sont prises en charge par Peoples. Certains fournisseurs, par prudence, demanderont à Wise de garantir le paiement des livraisons à Peoples, ce qu'ils obtiendront sans aucune réticence.

Le premier juge conclut que la nouvelle politique a été mise en place sans l'intervention des vérificateurs de l'entreprise. Cependant, ceux-ci en connaissent les détails dès le mois d'avril 1994 et n'émettent aucune réserve aux administrateurs des deux compagnies.

L'année 1994 s'avère particulièrement difficile pour Peoples qui accumule, tout comme à l'époque de Marks & Spencer, d'importantes pertes. Les résultats financiers des deux compagnies sont remis aux administrateurs sur une base mensuelle et semestrielle. Les documents du département comptable font état d'une dette entre les deux compagnies qui fluctue aux alentours de trois millions de dollars et ce jusqu'au mois d'octobre 1994. En octobre, Peoples livre d'importantes quantités de marchandises à Wise pour la période de Noël et, à la fin du mois d'octobre 1994, la dette de Wise à Peoples passe de 3 à 15 millions de dollars. Les résultats financiers du mois d'octobre sont remis aux administrateurs à la toute fin du mois de novembre 1994.

En décembre 1994, au moment où Marks & Spencer obtiendra de la Cour supérieure la nomination d'un séquestre intérimaire afin de contrôler les opérations de Peoples, cette dernière cherche refuge derrière la protection de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*. Wise et Peoples font éventuellement faillite, avec effet rétroactif au 9 décembre 1994. À cette date, les livres comptables des compagnies font état d'une dette de 15 millions de dollars due par Wise à Peoples, ce qui représente une somme inférieure à la quote-part de Wise (selon la valeur des inventaires qui lui ont été transférés) des sommes que Peoples doit à ses propres fournisseurs. Notons que Marks & Spencer, à titre de créancier garanti, a été quasi totalement indemnisée.

2.1 ERREURS MANIFESTES DU PREMIER JUGE

Les Frères Wise ont plaidé que dans son appréciation des faits le premier juge a commis diverses erreurs manifestes lesquelles l'ont inévitablement mené à tirer les mauvaises conclusions en droit.

Account receivable which would be uncollectible

Le premier juge conclut qu'au moment où les Frères Wise décident d'adopter la nouvelle politique d'achats, la situation financière de Wise est telle que « *a reasonably prudent and diligent person would have realized that the new process would strip hard assets (inventory) away from Peoples and it would receive in return an account receivable from Wise which likely would not be collected and would be uncollectible* ». Pour appuyer cette conclusion, le premier juge retient qu'aux états financiers du 29 janvier 1994, Wise complétait son année financière avec une perte d'opération de 1 224 106 \$, utilisait l'essentiel de sa marge de crédit et était sous capitalisée. Toujours selon le premier juge, l'adoption de la nouvelle politique d'achats aura forcé Peoples à « *subsidize and support Wise* ».

Les avocats des administrateurs ont plaidé que ces conclusions sont manifestement erronées pour plusieurs raisons :

- La décision des administrateurs a été prise en octobre-novembre 1993 et non en fonction des résultats financiers de la fin janvier 1994, lesquels n'ont été disponibles qu'en mars 1994. Au contraire, au moment où la décision est prise, la direction prévoit un léger bénéfice pour l'année en cours. Lorsque cette décision est prise, Wise n'est pas en défaut auprès de ses créanciers ni envers la Banque Toronto-Dominion.
- Quant aux résultats attestés aux états financiers du 29 janvier 1994, la perte découle d'un correctif apporté à la valeur des inventaires suite à certaines discussions entre la haute direction et les vérificateurs-comptables au printemps 1994.

- L'endettement de Wise envers de la Banque Toronto-Dominion provient notamment du financement des lettres de crédit irrévocable émises par la Banque Toronto-Dominion pour l'achat des marchandises importées pour le Groupe Wise-Peoples par Wise et la décision de Wise d'absorber au profit de Peoples quelque 6 611 516 \$ en dépenses générales et administratives afin de permettre aux composantes du groupe de bénéficier du meilleur traitement fiscal.
- Du 1^{er} février au 9 décembre 1994, les transferts de Peoples à Wise totalisent 71 543 059 \$. Durant cette période, Wise transféra à Peoples quelque 59 499 749 \$ en marchandises et sommes d'argent.
- L'ensemble de la dette due par Wise à Peoples représente des livraisons de marchandises ayant eu lieu entre le 1^{er} octobre et le 9 décembre 1994, alors que la nouvelle politique a été instaurée le 1^{er} février 1994. Ainsi la dette de Wise couvrait une période de deux mois, alors que Peoples retenait le plus longtemps possible le paiement de ses fournisseurs.
- Au moment de sa faillite, Peoples devait 21 471 865 \$ aux fournisseurs du groupe. Quarante cinq pourcent (45 %) de ces achats sont destinés à Wise, soit 9 162 340 \$ de ce solde. L'endettement de Wise envers Peoples, après le correctif comptable apporté par le premier juge mais avant compensation pour les dépenses générales et administratives, totalise 8 141 973 \$. Malgré sa faillite, Wise avait payé à Peoples plus que sa part des sommes dues aux fournisseurs.
- Du 1^{er} février au 1^{er} octobre 1994, soit les derniers chiffres disponibles, Wise voit ses ventes augmenter de 500 000 \$ par rapport à l'année précédente. Peoples, du 1^{er} février au 29 octobre 1994, voit ses ventes baisser de 11,5 millions de dollars et enregistre des pertes de l'ordre de

7 000 000 \$. Ces résultats n'ont aucun lien avec la nouvelle politique d'achat.

- Peoples a vu ses profits passer de 18 613 972 \$ en janvier 1993 à 4 348 124 \$ en janvier 1994, pour se solder avec une perte de sept millions de dollars en octobre 1994. Les profits artificiels découlant de l'achat de la compagnie en 1992 n'ont pu être réédités. Peoples est retombée d'elle-même dans ses vieilles habitudes de perdre approximativement 10 millions de dollars par année. Quant aux pertes encourues en 1994, 90 % de celles-ci l'ont été entre le 1^{er} août et le 31 octobre. La baisse des marges bénéficiaires provoquée par la guerre des prix suite à l'arrivée du géant américain Wal-Mart, a porté le coup de grâce à Peoples. Ces événements sont extérieurs à la nouvelle politique d'achat et aux sommes dues entre Wise et Peoples.

Tous ces événements auraient difficilement pu être prévus par les Frères Wise agissant de façon diligente plus d'un an auparavant. Le Syndic n'a apporté aucune preuve qui pourrait mettre en doute l'avenir financier de l'une ou l'autre des compagnies en octobre 1993.

En avril 1994 Kenneth Stevenson, vice-président chez Coopers & Lybrand et représentant de Marks & Spencer au conseil d'administration de Wise, était d'avis qu'il n'y avait aucune raison pouvant justifier la faillite de Wise. Malgré ce témoignage, le premier juge conclut qu'en octobre 1993, une personne raisonnable aurait prédit que Wise serait incapable de payer ses dettes, étant insolvable.

Interco continued to grow

Le premier juge conclut que « *the sum due by Wise to Peoples from time to time continued to grow* » et que le poids de cette dette a provoqué la « *slide into bankruptcy by Peoples* ». Aucun élément de preuve n'est mis de l'avant par le

premier juge pour étayer cette conclusion. Nous avons plaidé que les états financiers des deux compagnies contredisent ces conclusions quant au montant de la dette entre Wise et Peoples :

- 30 avril 1994 : 3 982 000 \$
- 30 juillet 1994 : 3 786 000 \$
- 1 octobre 1994 : 3 272 000 \$
- 29 octobre 1994 : 15 911 000 \$

La dette de Wise à Peoples se rapporte aux livraisons effectuées à compter du 1^{er} octobre 1994. Ces livraisons en vue des fêtes de Noël ont augmenté l'endettement inter-corporatif.

Malgré l'importance relative des sommes dues au 29 octobre 1994, il ne faut pas perdre de vue que les relations commerciales entre Wise et Peoples ne se limitaient pas aux seules livraisons de marchandises. Afin de tirer avantage de considérations fiscales, Wise a pris à sa charge et a supporté pour le bénéfice de Peoples quelque 9 913 000 \$ de dépenses administratives et générales, alors que les sommes dues par Wise à Peoples pour les marchandises vendues et livrées à la date de la faillite ne totaliseraient que 4 437 115 \$. Ainsi, en considérant l'ensemble des relations et échanges entre les deux compagnies, il semble bien que Wise a davantage donné financièrement à Peoples qu'elle n'en a reçu.

3. LA RESPONSABILITÉ DES FRÈRES WISE SOUS L'ARTICLE 122 DE LA LOI SUR LES SOCIÉTÉS PAR ACTIONS

Le Syndic prétend qu'en instaurant la nouvelle politique d'achats, les Frères Wise ont favorisé les intérêts de Wise à ceux de Peoples et qu'ils ont fait preuve de négligence coupable (*reckless disregard*) quant aux conséquences financières néfastes de cette politique sur le patrimoine de Peoples en ne posant pas les gestes requis pour analyser

l'impact de cette décision, ce qui les a empêchés de prédire la déconfiture inévitable de Wise. En agissant ainsi, selon le premier juge, les Frères Wise auraient à la fois manqué à leur devoir de loyauté et à leur devoir de diligence et de compétence envers Peoples.

3.1 INTRODUCTION

i) Historique des principes de la Common Law

Depuis la fin du 19^e siècle, les tribunaux britanniques ont élaboré deux grands critères définissant les devoirs des administrateurs envers les compagnies qu'ils dirigent, à savoir le devoir de loyauté (*fiduciary duty*) et le devoir de diligence et de compétence (*duty of care*).

- *Devoir de loyauté (fiduciary duty)*

Les tribunaux britanniques se sont inspirés du droit s'appliquant au « *trustee* » pour définir les devoirs d'un administrateur. Le *trustee* se voit confier la gestion du bien d'autrui. Sa mission première est de préserver l'actif. Le droit lui impose l'obligation d'avoir recours à des placements sécuritaires qui laissent peu de place au risque. La prudence imposée au *trustee* n'a pas nécessairement sa place dans le monde des affaires. Les tribunaux britanniques ont donc reconnu qu'il fallait adapter les devoirs juridiques applicables au *trustee* à la lumière des responsabilités confiées aux administrateurs¹.

Les actionnaires confient aux administrateurs la destinée de la compagnie. Confrontés à la concurrence, les administrateurs devront prendre des décisions qui permettront de rendre la compagnie plus compétitive et augmenter ses profits. En soi, les administrateurs devront prendre certains risques qui, s'ils fonctionnent, permettront à la compagnie d'atteindre ses objectifs ou, s'ils

¹ *In re: City Equitable Fire Insurance Company Ltd.*, [1925] Ch. 407, page 426.; *In re : Faure Electric Accumulator Company*, (1888) 40 Ch. 141, page 151.

échouent, pourraient causer la perte de l'entreprise : « *It was a mercantile adventure involving risk, and not a mere trustee investment.* »²

Les tribunaux britanniques ont dicté que les administrateurs devaient agir en fonction des meilleurs intérêts de la compagnie. Ce devoir ne se rapporte pas à la qualité de leur gestion (*duty of care*) mais bien à leur comportement personnel, leur loyauté comme gestionnaires du bien d'autrui (*fiduciary duty*). Ainsi, ce devoir de loyauté ne s'attarde pas aux conséquences du geste posé mais s'intéresse plutôt à la motivation des administrateurs et à leurs objectifs.

Devant une situation donnée, il peut exister plus d'une façon d'agir selon les meilleurs intérêts de la compagnie. Somme toute, où reposent les meilleurs intérêts de la compagnie ? Les tribunaux sont-ils équipés et les juges ont-ils l'expérience pour répondre à cette dernière question ? Les tribunaux britanniques ont préféré s'en remettre au jugement des administrateurs en autant que ceux-ci n'étaient pas motivés par des considérations douteuses. Autrement dit, les tribunaux ne doivent pas substituer leurs décisions à celles des administrateurs :

« They [the directors] must exercise their discretion bona fide in what they consider — not what a court may consider — is in the interests of the company, and not for any collateral purpose. »³

Avant l'adoption de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« L.C.S.A. »)⁴, les tribunaux canadiens faisaient écho au test élaboré par les tribunaux britanniques. Les administrateurs, si leurs décisions étaient motivées par des motifs raisonnables, ne doivent pas être tenus responsables de celles-ci s'ils croyaient agir pour le meilleur intérêt de la compagnie :

² *In re : New Mashonaland Explorator Co.*, (1892) 3 Ch 577, page 582.

³ *Re Smith & Fawcett, Ltd.*, [1942] Ch. 304, page 306; voir aussi *Shuttleworth v. Cox Brothers & Co.*, [1927] 2 K.B. 9, page 23.

⁴ L.R.C. (1985), ch. C-44.

« The test is whether the directors honestly believed that they were acting in the best interests of the company, and whether there were reasonable grounds for their belief... Their actions must be viewed in the context of the circumstances that then existed or were thought by them to exist. »⁵

- *Devoir de diligence et de compétence (duty of care)*

Si le *fiduciary duty* s'attarde essentiellement à la motivation derrière le geste posé, le *duty of care* cherche à définir la responsabilité de l'administrateur quant à la qualité de sa décision. Les tribunaux ont reconnu les difficultés inhérentes à l'analyse *a posteriori* des décisions prises par les administrateurs. Incapables de recréer toutes les conditions qui prévalaient au moment de la prise de décision, les tribunaux bénéficient toutefois de l'avantage unique de connaître, après avoir entendu une batterie d'experts, les lacunes de la décision et la cause de son échec. Voulant éviter aux administrateurs l'odieux d'être à la fois gestionnaires et devins, les tribunaux anglais ont élaboré un test reconnaissant aux administrateurs le droit de faillir, de prendre la mauvaise décision :

« Anything like corruption or dishonesty on the part of the directors being out of the question, I am unable to treat them as responsible for the consequences of permitting this transfer. Even if the act was, with the knowledge which they had at the time, a grave error of judgment, that is not a ground upon which the Court could properly hold them liable. »⁶

« It is perhaps only another way of stating the same proposition to say that directors are not liable for mere errors of judgment. »⁷

En fait, seuls les cas de négligence grossière ont convaincu les tribunaux britanniques à intervenir. Voulant cependant établir la ligne entre la simple négligence et la négligence grossière, les tribunaux anglais ont élaboré un test gravitant autour de la subjectivité du geste commis par l'administrateur. Si ce

⁵ *Olson v. Phoenix Industrial Supply Ltd*, (1984) 9 D.L.R. (4th), 451, page 455; voir aussi *Teck Corporation Ltd. v Millar*, (1972) 33 D.L.R. (3d) 288, pages 315 et 316.

⁶ *Re Faure Electric Accumulator Company*, (1888) 40 Ch. 141, pages 152 et 153.

⁷ *In re City Equitable Fire Insurance Company Limited*, [1925] Ch. 407, page 429.

dernier sait qu'il cause un tort à l'entreprise ou qu'il est coupable d'aveuglement volontaire, l'administrateur commet un acte de négligence grossière.

« An act, or an omission to do an act, is wilful where the person of whom we are speaking knows what he is doing and intends to do what he is doing. But if that act or omission amounts to a breach of his duty, and therefore to negligence, is the person guilty of wilful negligence? In my opinion that question must be answered in the negative unless he knows that he is committing, and intends to commit, a breach of his duty, or is recklessly careless in the sense of not caring whether his act or omission is or is not a breach of duty. »⁸

Toujours avant l'adoption de la L.C.S.A., le même critère alors s'applique au Canada :

« Il est inutile de rappeler la responsabilité assez restreinte que les tribunaux ont retenue contre les administrateurs. En effet, ils ne sont personnellement responsables des actes de la compagnie que s'ils commettent une faute grossière. »⁹

Selon John L. Howard, la responsabilité des administrateurs canadiens ne résultait que des cas où ceux-ci se désintéressaient complètement des activités de la compagnie ou s'ils déléguaient sciemment leurs responsabilités à des personnes malhonnêtes ou irresponsables :

« In general, it is unlikely that a Court will hold directors and officers liable for their breach of duty of care except where they have turned their backs to the corporation or have transferred control to dishonest or irresponsible persons. »¹⁰

⁸ *Ibid.*, page 434, voir aussi page 468.

⁹ *Crevier c. Paquin*, [1975] C.S. 260, page 265 (l'honorable juge Charles Gonthier).

¹⁰ John L. HOWARD, "Directors and Officers in the Context of the Canada Business Corporations Act", (1975), Meredith Memorial Lectures 282, page 297.

i) **Adoption de la Loi canadienne sur les sociétés par actions (L.C.S.A.)**

Désirant réviser le régime fédéral des compagnies, le gouvernement canadien mit sur pied la Commission Dickerson. Son rapport est à la source des articles de la L.C.S.A.¹¹.

La Commission décide de préserver le double standard établi par la Common Law et propose de définir ainsi la responsabilité générale des administrateurs :

« **Art. 9.19(1)** Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall

(a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation, and

(b) exercise the care, diligence and skill of a reasonably prudent person. »¹²

Contrairement à sa recommandation, le texte de la loi tel qu'adopté se lit plutôt ainsi :

« **117(1)** [aujourd'hui 122 (1)] Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall

(a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and

(b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person **would exercise in comparable circumstances.** » (caractères gras ajoutés)

Suite aux modifications apportées par le législateur aux recommandations de la Commission, le commissaire John L. Howard, par la suite nommé sous-ministre au *Department of Consumer et Corporate Affairs*, s'exprimait ainsi sur le texte de la loi tel qu'adopté :

¹¹ S.C. 1974-75-76, ch. 33.

¹² Robert W.V. DICKERSON, John L. HOWARD, Leon GETZ, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, Volume II, Draft Canada Business Corporations Act, page 74.

« Subsection 117(1), on the other hand, is a recent innovation in federal corporation law that was adapted from several U.S. state and provincial statutes. In contrast to the other duty provisions it is a formidably difficult concept, partly because it embodies several protean standards, **partly because, contrary to expectations — or fears, as the case may be — it probably adds little to existing law.** (...)

Paragraph (a), the fiduciary standard, is a succinct declaration of the common law standard: a director or officer must act honestly and in good faith, that is, must not accept a bribe or otherwise have any conflict of duty or interest; and he must not act in his own interests but objectively in the best interests of the corporation. (...)

Although not equally clear from an examination of the bare text, viewed in the light of the defences available to directors and officers who allegedly have committed a breach of their duty of care, **paragraph 117(1)(b) also is essentially declaratory of the common law standard.** More specifically, paragraph 117(1)(b) aims at the following objectives. Although it could have declared generally the duty of care – since that duty clearly subsumes skill and diligence, which are only aspects of the duty of care – the provision focuses specifically on diligence and skill because these particular criteria were felt to be sub-standard in Anglo-Canadian law. In general, it is unlikely that a court will hold directors and officers liable for their breach of duty of care except where they have turned their backs to the corporation or have transferred control to dishonest or irresponsible persons. The term diligence was expressly used to abrogate the low standard of English law and to substitute the higher standard of U.S. law, which requires that a director turn his attention to the affairs of the corporation. The term skill was expressly used to legitimate distinctions between inside and outside directors and between business generalists and professionals. Finally the phrase "reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances" was employed to distinguish this standard from the general fiduciary standard that requires the same attention the fiduciary would give to his personal affairs. The standard in paragraph 117(1)(b) thus underlines the distinction between a fiduciary who is employed to preserve assets and a director or officer who is employed to select amongst alternative business risks. »¹³ (caractères gras ajoutés)

Même si l'objectif visé à l'origine par la Commission était d'éliminer la facilité avec laquelle les administrateurs pouvaient éviter toute responsabilité selon le

¹³ John L. HOWARD, loc. cit., note 10, aux pages 288, 293, 297 et 298.

critère purement subjectif de l'arrêt *In re City Equitable Fire Insurance Co*, le texte de la loi tel qu'adopté ne les rend pas responsables pour des erreurs commises en toute honnêteté et au meilleur de leur compétence même si leur décision s'est avérée être un échec :

« The courts have therefore been understandably reluctant to adjudge in retrospect that a policy error, even if it turned out to be an egregious blunder, entitled the affected corporation or its shareholders to seek compensation for the resulting financial loss. By indirection the CBCA continues this policy, expressly declaring duty of care standards but at the same time preserving the common law defences and setting out a number of provisions that go far to relieve directors and officers of the intolerable burden of being accountable for honest errors of business judgment. »¹⁴

3.2 ÉTAT DU DROIT

i) L'interprétation de l'article 122(1)(a) L.C.S.A. : Devoir de loyauté

Même si la L.C.S.A. a plus de 25 ans, les décisions traitant de l'article 122 sont à toutes fins pratiques inexistantes. On retrouve des textes similaires à l'article 122 dans certaines dispositions de la L.C.S.A. et d'autres textes législatifs. Les précédents analysant ces autres dispositions sont tout aussi rares mais permettent quand même d'établir certains principes.

Dans l'arrêt *Blair*¹⁵, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur les dispositions de la loi ontarienne sur les compagnies, lesquelles étaient alors identiques aux articles 122 et 124 L.C.S.A.

Blair était actionnaire et président de Consolidated Enfield Corporation. À l'assemblée annuelle de 1989, Blair, alors qu'il était également le président de l'assemblée, se voit déloger de son poste d'administrateur. Blair contesta la validité du vote l'ayant exclu, et, sur la foi d'opinions juridiques des avocats de la

¹⁴ *Ibid.*, aux pages 302 et 303.

¹⁵ *Blair c. Consolidated Enfield Corporation*, [1995] 4 R.C.S. 5.

compagnie, se réinstaura dans ses fonctions. Un actionnaire de la compagnie déposa une demande devant les tribunaux pour faire annuler les gestes posés par Blair. La Cour d'appel donna raison à cet actionnaire. Blair, malgré sa défaite, exigea que la compagnie l'indemnise pour ses frais d'avocats. La Cour devait déterminer si Blair, en posant les gestes pour attaquer le vote l'ayant destitué et en contestant la demande judiciaire, avait agi selon les meilleurs intérêts de la compagnie. Le juge Iacobucci, appuyé par ses collègues, émet les directives suivantes se rapportant au principe de l'indemnisation et donc du même coup au devoir d'agir dans les meilleurs intérêts de la compagnie (condition *sine qua non* pour bénéficier de l'indemnité) :

« Permettre à Blair d'être indemnisé est conforme aux objectifs de principe généraux qui sous-tendent les dispositions en matière d'indemnisation; celles-ci permettent le remboursement dans les cas de conduite raisonnable et de bonne foi, décourageant ainsi l'application après coup de normes de perfection (**thereby discouraging the hindsight application of perfection.**). L'indemnisation vise à encourager la conduite responsable, mais laisse tout de même assez de latitude pour attirer des candidats solides aux postes d'administrateurs, et favorise donc l'esprit d'entreprise. C'est pour cette raison que l'indemnisation ne devrait être refusée que dans les cas de mauvaise foi. Il faut maintenir l'équilibre. »¹⁶ (passage de la version anglaise ajouté)

Récemment, la Cour d'appel du Québec a confirmé à nouveau que la décision de choisir ce qui doit être fait dans les meilleurs intérêts de la compagnie revient aux administrateurs et non aux tribunaux sauf s'il s'agissait « *d'actes que les administrateurs devaient savoir impropres et de nature à procurer des avantages aux uns au détriment des autres.*¹⁷ »

¹⁶ *Ibid.*, page 64.

¹⁷ *Alcar Holdings Inc. c. Naimer*, R.E.J.B. 2000-20406 (C.A.Q.), page 10; voir également Maurice et Paul MARTEL, *La compagnie au Québec, les aspects juridiques*, volume 1, Montréal, Wilson et Lafleur, édition à jour au 01/09/03, page 23-20.

ii) **L'interprétation de l'article 122 (1)(b) L.C.S.A : Devoir de diligence et de compétence**

Quel est l'impact de l'article 122(1)(b) sur la portée du devoir de diligence et de compétence. Dans *Re Soper*, la Cour d'appel fédérale devait interpréter l'article 227.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* dont le texte est similaire à l'article 122(1)(b) L.C.S.A.¹⁸. Le juge Robertson procède à une longue analyse de l'article 122 L.C.S.A. pour conclure que les dispositions de la L.C.S.A. ont largement retenu les critères de la subjectivité dans l'appréciation des décisions prises par les administrateurs :

« Put differently, a reasonably prudent person in comparable circumstances may be, for example, an unskilled person. In my view, it is correct to distinguish in this way between a reasonably prudent person and a reasonably skilled person so as to conclude that the subjective element of the common law standard of skill has not been altered by federal statute. (...)

The legislative history of the Ontario *Business Corporations Act*, whose standard of care provisions are virtually identical to those found in the *CBCA*, supports my conclusion that the common law standard of care, while altered slightly, has not been significantly upgraded by statute. »¹⁹

Dans *Canada (P.G.) c. McKinnon*, le juge Evans de la Cour d'appel fédérale émet les commentaires suivants quant à la portée de l'article 122(1)(b) L.C.S.A. :

« ...On s'attend à ce que l'administrateur qui gère une entreprise prenne des risques pour accroître la rentabilité et c'est à cette attente que se mesurent les obligations du soin, de la diligence et de l'habileté.... »²⁰

Ainsi, l'analyse du devoir de diligence et de compétence prend en considération l'expérience et les habiletés des personnes ayant pris la décision attaquée. Il ne s'agit pas de savoir ce qu'aurait fait une personne raisonnable et compétente. On

¹⁸ (1997) 149 D.L.R. (4th) 297.

¹⁹ *Ibid.*, aux pages 313, 314 et 315.

²⁰ *Canada (PG) c. McKinnon*, [2001] 2 CF 203.

exigera cependant des personnes impliquées qu'elles aient agi avec diligence eu égard aux talents et à l'expérience qu'elles possèdent.

De façon concrète, le moyen de défense basé sur la subjectivité du geste impose une certaine retenue aux tribunaux dans leur analyse du comportement de l'administrateur. Encore une fois, les tribunaux doivent éviter le piège de substituer leurs propres décisions à celles que les administrateurs ont prises de bonne foi²¹.

Tout comme J. Howard, le professeur Iacobucci considère que l'article 122(1)(b) n'a pas modifié la portée réelle du concept du *duty of care* élaboré par la Common Law : « *However, the "gross negligence" standard continues today.*²² »

3.3 APPLICATION AUX FAITS

i) Devoir de loyauté

Le Syndic reprend les reproches que formule le premier juge contre les administrateurs. Ainsi, les Frères Wise auraient failli à leur devoir de loyauté parce que :

- « • The New Policy ...would expose Peoples to "*potentially disastrous financial consequences*"... that any reasonable person would have understood and foreseen these consequences;
- "It is clear that, in instituting the new domestic inventory procurement policy the Wise Brothers preferred the interests of Wise over those of Peoples. There was a reckless disregard by them of the negative financial implications to Peoples resulting from that new policy.
- Peoples ... under the New Policy would be used to "*subsidize and support Wise*".²³ »

²¹ *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.*, (1998) 42 O.R. (3d) 177, par. 34; *Alcar Holdings Inc. c. Naimer*, REJB 2000-20406 (C.A.); John L. HOWARD, loc. Cit., note 10, pages 302 et 303; E.M. IACOBUCCI, "A Wise Decision? An analysis of the relationship between corporate ownership structure and directors' and officers' duties", (2002) 36, *Can. Bus. L.J.* 337, pp. 347, 364.

²² E. M. IACOBUCCI, Id., page 347; voir aussi Maurice et Paul MARTEL, op. cit., note 17, page 23-20.

²³ Mémoire du Syndic déposé à la Cour suprême, paragraphes 35 et 36.

Nonobstant les arguments présentés par les Frères Wise quant aux erreurs manifestes du premier juge concernant son appréciation de ces faits, ses reproches formulés à l'encontre de la décision des administrateurs s'attardent essentiellement aux conséquences de celle-ci mais n'attaquent pas les raisons ayant motivé son adoption. Pourtant, en ayant conclu à la bonne foi des administrateurs et affirmé que ceux-ci n'avaient retiré aucun bénéfice personnel de la nouvelle politique d'achat, le premier juge aurait dû plutôt écarter tout reproche pouvant être formulé contre ceux-ci sur la base du *fiduciary duty* :

« By stating that the Wise brothers acted in Wise Stores' interests, not Peoples', when acting as directors of Peoples, it is their fiduciary duty, not the duty of care, that is engaged. However, any claim based on fiduciary duty appears precluded by the following statement by Greenberg J.:

We hasten to add that in the present case, the Wise Broghers derived no personal benefit from the new domestic inventory procuremeont policy, albeit that, as the controlling shareholders of Wise Stores, there was an indirect benefit to them. Moreover, as was conceded by the other parties herein, in deciding to implement the new domestic inventory procurement policy, there was no dishonesty or fraud on their part.²⁴ »

Le premier juge écarte sans explication ses propres constats concernant le désir des Frères Wise de trouver une solution aux problèmes de gestion des inventaires et concernant l'aide financière de Wise à Peoples se rapportant aux dépenses générales et administratives. D'ailleurs, le premier juge semble avoir traité les deux devoirs comme s'il s'agissait d'un seul. En effet, le premier juge condamne la motivation des Frères Wise quant à leur devoir de loyauté, en analysant celle-ci sous l'angle du devoir de diligence et de compétence. Les avocats des administrateurs ont plaidé que le premier juge n'a donc pas appliqué le bon test et la Cour d'appel avait raison d'intervenir.

²⁴ E.M. IACOBUCCI, loc. cit. note 21, page 364.

Les administrateurs de Peoples étaient confrontés à d'importants problèmes concernant la gestion des inventaires. Ils ont élaboré une solution qui, à cet égard, s'est avérée efficace et qui a bien été reçue par les acheteurs de la compagnie. Le Syndic ne s'est pas déchargé de son fardeau de faire la preuve d'un « *improper purpose* » de la part des administrateurs.

La Cour d'appel dans son jugement rappelle avec raison que le devoir de loyauté, qui est à la source de l'obligation de l'administrateur d'agir au meilleur des intérêts de la compagnie, s'intéresse non pas aux conséquences du geste posé mais plutôt à la motivation justifiant celui-ci²⁵, La décision de la Cour d'appel ne remet pas en cause le principe que la motivation des administrateurs doit reposer sur des prémisses raisonnables. Elle constate tout simplement que la décision des Frères Wise visait à corriger un problème réel, soit la gestion des inventaires :

« Voici donc une motivation qui s'inscrit dans la poursuite des intérêts de la société au sens du sous-paragraphe 122(1)(a) L.C.S.A. et qui ne prête pas le flanc à aucun reproche justifié. »²⁶

Selon le premier juge, la motivation (*belief*) des Frères Wise ne reposait pas sur des prémisses raisonnables puisqu'une personne raisonnable aurait prévu les conséquences financières désastreuses de la nouvelle politique d'achats pour Peoples. Cette conclusion se rattache à son analyse des faits concernant le devoir de diligence et de compétence et ne devrait pas servir de fondement pour attaquer la décision en vertu du devoir de loyauté.

Le Syndic ne partage pas l'analyse de la Cour d'appel sur les motifs ayant motivé la décision des administrateurs. Selon le Syndic, la Cour d'appel a erronément réduit le devoir de loyauté à une évaluation de l'honnêteté des administrateurs :

²⁵ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 22.

²⁶ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 84.

« It is insufficient for a director to merely assert that he acted in the good faith belief that his actions were in the best interests of the corporation. There must be reasonable grounds for that belief. In other words, there must be an objective basis to conclude that the directors' actions were in the best interests of the corporation. »²⁷

La proposition du Syndic semble outrepasser la portée des précédents judiciaires cités par les deux parties. Ces précédents exigent des administrateurs qu'ils justifient les raisons qui les ont poussés à agir. La source de leur motivation et les raisons pour lesquelles ils ont agi seront analysées objectivement par les tribunaux. Le Syndic voudrait que les tribunaux puissent écarter la décision des administrateurs si son échec ou les conséquences néfastes y reliées étaient objectivement prévisibles.

Autrement dit, le Syndic invite la Cour suprême à substituer son jugement à celui des administrateurs sur la foi des conséquences néfastes de la décision prise en octobre 1993. Les administrateurs plaident que le Syndic se trompe lorsqu'il avance que les tribunaux doivent vérifier si *a posteriori* la décision s'est avérée être dans les meilleurs intérêts de la compagnie.

- *L'interdépendance entre Wise et Peoples*

Le premier juge est d'avis que les Frères Wise ont manqué à leur devoir de loyauté envers Peoples en permettant à celle-ci d'effectuer les achats pour le groupe et de transférer les marchandises à Wise en contrepartie d'un « *account receivable from Wise which would not be collected and would be uncollectable* ». S'appuyant sur cette conclusion, le Syndic plaide que la nouvelle politique d'achats ne peut, objectivement, avoir été adoptée en vue du meilleur intérêt de la compagnie. Une personne raisonnable aurait prévu la déconfiture financière de Wise et aurait donc refusé de transiger avec celle-ci.

²⁷ Mémoire du syndic déposé à la Cour suprême, par.38.

Cette conclusion ignore totalement la réalité des choses et le fait que la faillite de Wise provoquerait également la déconfiture de Peoples. La faillite de Wise Store signifiait la disparition de la haute direction de Peoples et de la grande majorité des employés effectuant ses achats, sa comptabilité et la gestion de ses finances²⁸. Wise et Peoples étaient solidairement responsables des créances dues à Marks & Spencer et à la Banque Toronto-Dominion.

Si le premier juge avait raison d'affirmer que, dès le mois de novembre 1993, une créance due par Wise est une créance qui ne pouvait être perçue, il faudrait en conclure que Wise était inévitablement vouée à la faillite. À cette date, le devoir de loyauté des Frères Wise les aurait obligés à mettre Wise en faillite et fermer les portes de Peoples, cette dernière ne pouvant continuer ses opérations sans sa synergie avec Wise. En quoi mettre un terme aux opérations de Peoples à l'automne 1993 était-il agir au meilleur intérêt de Peoples ? Au contraire, leur devoir de loyauté envers Wise et Peoples obligeait les Frères Wise à concevoir des solutions visant à améliorer la rentabilité de leurs entreprises dans l'espoir d'en assurer la survie en autant qu'ils transigent de façon honnête avec leurs créanciers. Les administrateurs ont le droit, voire le devoir, de se battre pour assurer cette survie même au prix de décisions risquées. En réalité, quel fournisseur aurait voulu transiger avec Peoples après avoir vu sa compagnie-mère faire faillite et ne pas payer les comptes de ces mêmes fournisseurs. Même Marks & Spencer, qui s'était réservé le droit de résilier la vente, en est venue à la conclusion qu'il était improbable que Peoples puisse continuer ses opérations si Wise déclarait faillite.

- *Devoir de loyauté versus groupement corporatif et moyen de défense de l'article 44 L.C.S.A.*

Comment faut-il interpréter l'expression « agir aux meilleurs intérêts de la compagnie » lorsque celle-ci n'est pas simplement le véhicule retenu pour

²⁸ Jugement de première instance, page 101.

exploiter une entreprise dans un marché donné mais fait également partie d'un groupement de plusieurs compagnies : toile plus complexe tissée par des investisseurs pour tirer avantage des réalités sectorielles, juridiques, géographiques, fiscales, financières et pour gérer les risques auxquels sont exposées leurs diverses entreprises ? Souvent les mêmes personnes sont appelées à siéger au conseil d'administration de plusieurs compagnies faisant partie du même groupe. Comment ces personnes doivent-elles agir pour répondre aux meilleurs intérêts de ces compagnies ?

Commonwealth britannique

Le premier juge cite la doctrine commentant la décision *Charterbridge Corporation Ltd v. Lloyd's Bank Ltd*²⁹, laquelle imposerait aux dirigeants l'obligation de ne pas sacrifier les intérêts d'une filiale au seul profit des intérêts d'un groupe corporatif³⁰.

L'opinion du juge Pennycuik est toutefois plus nuancée. Rappelons les faits : Alex Pomeroy contrôle à la fois une compagnie de développement immobilier (« Pomeroy ») et une compagnie propriétaire d'un terrain (« Castleford »). Pomeroy étant en situation financière délicate, Castleford cautionne celle-ci et consent une hypothèque au banquier de Pomeroy. En agissant ainsi, les administrateurs espéraient pourvoir à la survie du groupe corporatif. Les administrateurs ne se sont pas arrêtés aux intérêts particuliers de Castleford, ni n'ont-ils soupesé ceux-ci. Malgré ces omissions, le juge Pennycuik conclut que la responsabilité des administrateurs doit être écartée si un administrateur, en abordant objectivement la question du point de vue de la filiale, pouvait y déceler un avantage ou un bénéfice pour la filiale.

²⁹ *Charterbridge Corporation Ltd v. Lloyd's Bank Ltd*, [1970] 1 Ch. 62.

³⁰ Jugement de première instance, pages 57 à 59.

« The proper test, I think, in the absence of actual separate consideration, must be whether an intelligent and honest man in the position of a director of the company concerned, could, in the whole of the existing circumstances, have reasonably believed that the transactions were for the benefit of the company. If that is the proper test, I am satisfied that the answer here is in the affirmative.

This being the position, the collapse of Pomeroy would have been a disaster for Castleford. It is true that Castleford would probably have remained solvent and it could no doubt have realized the site. But Castleford would almost certainly have been much worse off than if the site had been properly developed and realized at the most favourable opportunity.

I am satisfied that a director of Castleford, taking an objective view in the exclusive interest of Castleford at the date of the guarantee, could reasonably have concluded that the transaction was for the benefit of that company. »³¹

Le test n'est donc pas de savoir s'il s'agissait du meilleur scénario pour la filiale mais plutôt de savoir si un bénéfice en découlait pour la filiale de la décision. Peoples a évidemment bénéficié des avantages liés à la disparition des problèmes de gestion d'inventaire.

Plus récemment, la Cour d'appel d'Angleterre a semblé s'éloigner de cette vision restreinte des groupements corporatifs. Dans l'affaire *Re Soundcraft Electronics Ltd.*, la compagnie-mère distribuait à l'étranger les produits manufacturés par sa filiale. La compagnie-mère, qui traversait de sérieuses difficultés financières, retarda le versement de sommes qu'elle devait à sa filiale. Celle-ci, privée de ses fonds, s'est également retrouvée en mauvaise posture financière. En rejetant les revendications d'un actionnaire minoritaire de la filiale dirigées contre la compagnie-mère, la Cour reconnaît la primauté des intérêts du groupe corporatif :

« If Electronics could not hold off its creditors, it is difficult to see how the company could avoid disaster. Electronics would collapse and bring the company down with it. An immediate consequence

³¹ *Chaterbridge Corporation Ltd. v. Lloyd's Bank Ltd.*, [1970] 1 Ch. 62. page 67.

would be that the company would be called upon to pay off its overdraft which, as the judge said, it could not do. It could have proved in the liquidation of Electronics for its own debt, but there was unlikely to be much of a dividend. Further, the company would have lost the benefit of Electronics' foreign sales organization...

It seems to me that Electronics in a desperate financial situation was using what assets it could lay its hands on to keep the group afloat. To attempt to do so by withholding the debts was not, I think, unfair. It was in the interest of the company that Electronics should not go into liquidation. The company had to pay a price to help secure that. It is a fact that the price – withholding of debts – left the company critically short of money. But the attempt to keep the group afloat by recourse to the assets of both companies was a reasonable commercial judgment in the circumstances which existed, and was not unfair. It no doubt caused harm to the company, but worse harm would probably have followed from a liquidation of Electronics. »³²

De Nouvelle-Zélande, l'arrêt *Nicholson v. Permakraft (N.Z.) Ltd.*, réitère le principe qu'en cas de bonne foi, les tribunaux doivent s'abstenir d'ingérence dans les décisions des conseils d'administration. Selon la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande, il est légitime que les administrateurs prennent en considération les intérêts du groupe même si une telle décision peut s'avérer préjudiciable pour la filiale³³.

Dans cette affaire, Permakraft vend tous ses actifs immobiliers à une compagnie affiliée. Le prix de vente est distribué en dividendes aux actionnaires de Permakraft. Pour continuer d'utiliser les actifs, Permakraft verse dorénavant un loyer à la compagnie affiliée, un fardeau financier additionnel pour celle-là. La Cour refuse de condamner la décision des administrateurs :

« In the first place, taking literally the finding that the interests of the manufacturing company were not considered is contrary to the evidence. Mr. Neighton acknowledged in cross-examination that he did not act solely in the interest of the manufacturing company;

³² *Re Soundcraft Electronics Ltd. exp Nicholas*, (1992), B.C.C. 895, paragraphes 1, 13, 14 et 19.

³³ *Nicholson v. Permakraft (N.Z.) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242, à la page 251.

but I think that any view of the law which insisted on such cloistered an approach, and ignoring of the interest of the group as a whole and the shareholders as individuals, should be put aside as out of touch with reasonable commercial practice.

It is important to remember that directors have legitimate spheres of discretion. Given good faith in a decision which could reasonably be regarded as in the interest of the company as a whole and not likely to cause loss to the creditors, the matter was one for the directors, not the court.

The course that was in fact taken, while removing the land and building from the company's ownership, at least kept them within the group and helped to make further loan funds available to the group as a whole. I would not be prepared to dismiss that as an unreasonably course or as one which the directors ought to have foreseen as likely to cause loss to creditors. The directors were entitled to consider the long term position. The subsequent down turn in trading fortunes makes it easy to criticize the directors. Hindsight, though, can lead to a subconscious applying of too severe a standard. »³⁴

États-Unis

La solution retenue aux États-Unis est simple : agir dans les meilleurs intérêts de la compagnie lorsque celle-ci est contrôlée à 100 %, signifie agir dans les meilleurs intérêts de la compagnie-mère :

« However, in a parent and wholly owned subsidiary context, the directors of the subsidiary are obligated only to manage the affairs of the subsidiary in the best interest of the parent and its shareholders. »³⁵

Cette solution est logique et s'explique d'elle-même. Lorsque contrôlée à 100 %, la filiale n'est finalement que l'extension de la volonté de la compagnie-mère. Ses profits sont distribués à un seul bénéficiaire et le principal devoir des administrateurs est vis-à-vis cet unique actionnaire.

³⁴ *Ibid.*, pages 251 et 253.

³⁵ *Anadarko Petroleum Corporation v. Panhandle Eastern Corporation*, Del. Supr., 545 A.2d. 1171 (1988) page 1174.

Canada

La solution américaine quant au devoir de loyauté envers la compagnie-mère a eu ses échos au Canada comme l'enseignent Hadden, Forbes et Simmonds :

« No doubt, where a subsidiary is wholly-owned, the interest of the group as a whole may legitimately be preferred to those of the individual company. But where there are minority shareholders, the conflict of interest cannot be avoided. »³⁶

Dans l'arrêt *Colborne Capital Corporation* la Cour d'appel d'Alberta a examiné la responsabilité de l'administrateur d'une filiale détenue à 100 %. Dans cette affaire, la Cour confirme la condamnation de l'administrateur car celui-ci avait agi de mauvaise foi. Cependant, cet arrêt précise ainsi le devoir de l'administrateur à l'égard de l'actionnaire unique : « *Where there is but one shareholder, the best interest of the corporation will accord with the best interest of the shareholder.* »³⁷

Le Syndic invite cette Cour à suivre l'approche du premier juge laquelle met en opposition les intérêts de la filiale à ceux de la compagnie-mère et refuse de reconnaître aux dirigeants le droit d'agir selon les meilleurs intérêts du groupe même si la survie de Peoples était intimement liée à la survie de Wise. Le premier juge constate que les filiales sont des entités juridiques distinctes, ce qui est évident, et conclut en imposant aux administrateurs l'obligation d'agir en fonction des seuls intérêts de la filiale³⁸.

Le premier juge s'inspire de décisions où les tribunaux ont annulé certains gestes posés par des filiales qui, sous l'autorité de leurs actionnaires majoritaires, avaient délibérément agi pour étouffer ou nier les intérêts des actionnaires minoritaires. Ces décisions réitèrent le principe voulant que les

³⁶ Tom HADDEN, Robert FORBES et Ralph SIMMONDS, *Canadian Business Organisation Law*, Toronto, Butterworths, 1984, page 623.

³⁷ *Colborne Capital Corporation v. 542775 Alberta Ltd.*, (1999) ABGA 14, paragraphe 208.

³⁸ Jugement de première instance, pages 58 et 59.

administrateurs doivent agir dans l'intérêt de tous les actionnaires de la compagnie sans se limiter à l'actionnaire majoritaire, surtout si ce dernier agit de mauvaise foi ou tente de s'appropriier, au détriment des autres actionnaires, certains actifs de la filiale. Tout le droit corporatif en matière d'abus (le fameux recours en oppression) repose sur ce concept. Le premier juge en conclut qu'il faut extrapoler les principes visant la protection des actionnaires minoritaires pour les appliquer à la protection des intérêts de la filiale³⁹. Dans la même mesure où les actionnaires minoritaires sont parfois victimes du contrôle majoritaire exercé par le principal actionnaire, la filiale serait également « victime » du contrôle exercé par son actionnaire unique. Ainsi, les administrateurs de la filiale devraient s'opposer à la volonté de l'actionnaire unique parce qu'ils auraient à l'égard de la filiale les mêmes obligations que celles dues aux actionnaires minoritaires.

S'il fallait retenir ce test, on imposerait aux administrateurs l'obligation d'agir en fonction des seuls intérêts de la filiale. Les intérêts du groupe ne pourraient être pris en considération que dans la mesure où ils coïncideraient avec les intérêts de la filiale. Nous croyons qu'un tel test mènerait à des situations intenable. Si le groupe demande à l'une de ses composantes d'aider financièrement sa compagnie-mère au point de ne plus répondre au test de solvabilité mais dans l'espoir d'assurer la croissance ou la survie du groupe, et donc la sienne, les administrateurs devraient refuser de s'engager dans cette voie et devraient au contraire favoriser un schisme à l'intérieur du groupe. Les groupes corporatifs ne pourraient plus exister, seules l'émancipation et l'autonomie de la filiale seraient le guide et le moteur des décisions des administrateurs.

Les décisions *Charterbridge Corporation Ltd.* et *Nicholson*, citées avec approbation par le premier juge, n'ont jamais proposé un test aussi rigoureux. Dans chacune de ces affaires, les décisions des administrateurs avaient

³⁹ Jugement de première instance, pages 60, 61 et 63.

financièrement affaibli les filiales et exposé celles-ci à de grands risques financiers. Leur sacrifice se justifiait toutefois par les avantages qu'en tiraient les membres du groupe et les espoirs qu'entretenaient les administrateurs que la position financière du groupe et sa survie en seraient assurées. La suite des événements n'a pas donné raison aux administrateurs et malgré tout, ceux-ci ont été exonérés de toute responsabilité puisque le test n'est pas de savoir si la décision apportera à la filiale le meilleur bénéfice possible mais plutôt de savoir si la filiale y trouvera un bénéfice.

La Cour d'appel reconnaît qu'il est légitime de prendre en considération les intérêts du groupe corporatif en retenant le critère de la coïncidence des intérêts entre la filiale et sa compagnie-mère : « *En tenant pour acquis que les actionnaires recherchent l'atteinte des objectifs de la société, on peut conclure à une coïncidence habituelle entre la volonté des actionnaires et les intérêts de la société.* »⁴⁰

Moyen de défense de l'article 44 (2) L.C.S.A.

En assimilant la filiale à l'actionnaire minoritaire, le premier juge, dont les conclusions sont reprises par le Syndic, refuse de reconnaître que le devoir de loyauté des administrateurs d'une filiale diffère selon que la filiale soit contrôlée à 100% ou non. Le devoir des administrateurs serait toujours le même faisant ainsi abstraction de l'exception prévue à l'article 44(2) L.C.S.A.

L'article 44 (2) L.C.S.A. (lequel a depuis été abrogé, ainsi que toutes les autres sections de l'article 44)⁴¹ fait partie des amendements introduits par le législateur au texte de loi préparé par Dickerson et son équipe :

⁴⁰ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 68. Voir aussi L. LALONDE, "Directors liability under the CBCA: Finally some relief?", 15 *Comm. Insol. R.* 37, page 43.

⁴¹ *Loi modifiant la L.C.S.A.*, L.C. 2001, c.14, art. 26.

« **44 (2)** A corporation may give financial assistance by means of a loan, guarantee or otherwise...

(c) to a holding body corporate if the incorporation is a wholly-owned subsidiary of the holding body corporate. »

Cet article est important puisqu'il exclut l'aide financière fournie par la filiale contrôlée à 100 % à sa compagnie-mère des tests de solvabilité autrefois imposés aux autres compagnies affiliées. Cet article est un exemple de l'application des relations privilégiées et particulières qui lient une filiale contrôlée à 100 % à sa compagnie-mère. Le législateur a exceptionnellement permis au regroupement corporatif, sans avoir à répondre au test de solvabilité, de tirer profit de tous ses actifs pour assurer sa survie et tout particulièrement celle de la compagnie-mère.

La règle d'interprétation « *specialia generalibus derogant* » devrait favoriser une lecture de la loi selon laquelle les administrateurs qui ont permis qu'une forme d'assistance financière soit fournie par la filiale à sa compagnie-mère, lorsque cette dernière en contrôle 100 % des actions, ne contreviennent pas au principe général de l'article 122 (1) (a) L.C.S.A. Il s'agissait d'une exception législative formelle qui permet certes d'apprécier la justesse de la décision des administrateurs en tenant compte du bénéfice global pour le groupe puisque cette règle hors du commun visait à atteindre cette fin.

La Cour d'appel précise l'équilibre à maintenir entre les articles 44 et 122, sans toutefois renier l'autorisation spécifique donnée aux administrateurs par le législateur :

« En somme, il faut, je crois, présumer que le législateur est cohérent avec lui-même lorsqu'il élabore une loi telle la L.C.S.A. et qu'il ne considère pas comme un manquement aux devoirs généraux qu'il impose aux administrateurs le fait de faire poser à une société un acte qu'il autorise par ailleurs expressément. Même dans la mesure où l'on accepte la prémisse qu'un avantage financier résultait de la mise en place du système d'approvisionnement commun, j'estime que les frères n'ont pas

manqué à ces devoirs alors qu'ils ont ainsi fait agir Peoples Inc. de bonne foi et sans intention malhonnête ou malicieuse. »⁴²

ii) Devoir de diligence et de compétence

La Cour d'appel conclut que l'adoption de la nouvelle politique d'achats constituerait tout au plus une « *honest error of business judgment* »⁴³. Or, selon le Syndic, l'utilisation par la Cour du mot « *honest* » dans l'expression « *honest error of business judgment* » signifierait dorénavant que la seule bonne foi de l'administrateur suffirait pour l'exonérer. Il est vrai que l'erreur doit avoir été commise de bonne foi et non pour des motifs douteux mais il n'en demeure pas moins que la véritable règle de droit ajoute aussi que l'erreur doit être appréciée en fonction de l'individu en cause et des compétences qui lui sont propres et en tenant compte des circonstances, ce qui fut fait en l'espèce par la Cour d'appel. En effet, la Cour d'appel a cité avec approbation la décision du juge Robertson dans l'affaire *Re Soper*, où le devoir de gestion compétente est défini comme étant à la fois évalué sur une base objective (*embodied and the reasonable person language*) et sur une base subjective (*inherent in individual considerations like "skills" and the idea of "comparable circumstances"*)⁴⁴. La Cour d'appel a appliqué ce test et a correctement conclu :

« À mon avis, en tenant pour les fins de la discussion qu'un examen *a posteriori* a démontré que ce nouveau système ne constituait pas une solution valable aux difficultés éprouvées, j'estime que son adoption à l'époque satisfait aux normes à la fois objectives et subjectives de gestion compétente telles que définies dans l'arrêt *Soper*. »⁴⁵

Le premier juge, refusant d'appliquer le critère de la négligence grossière conclut que les Frères Wise ont failli à leur devoir de diligence et de compétence envers Peoples : i) en décidant d'adopter la nouvelle politique d'achats car ils auraient

⁴² Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 114.

⁴³ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 83.

⁴⁴ *Re Soper and the Queen*, supra, note 18.

⁴⁵ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 86.

omis de prévoir que celle-ci causerait la déchéance de Peoples, ii) en n'ayant effectué qu'une étude superficielle de son mérite et omettant de consulter leurs comptables ou autres professionnels, et iii) en n'ayant pas supervisé l'évolution de l'endettement inter-corporatif⁴⁶.

Le premier juge, tout comme le Syndic, reproche aux Frères Wise de ne pas avoir suffisamment porté attention à la position financière de Wise lorsqu'ils ont étudié la recommandation de Clément visant l'adoption d'une nouvelle politique d'achats et de gestion des inventaires. S'ils s'y étaient arrêtés, ils auraient déduit que Wise était incapable de payer pour les marchandises transférées et que Peoples serait tôt ou tard vidée au profit de Wise. Mais Peoples pouvait-elle vraiment s'élever contre la situation financière de Wise, alors qu'elle était la principale bénéficiaire des dépenses assumés par Wise au niveau des dépenses générales et administratives ?

Si les Frères Wise ne se sont pas arrêtés au « *credit worthiness* » de Wise à l'automne 1993, c'est parce que les budgets d'opération, budget d'achat, projections financières de la compagnie et la situation générale de l'entreprise ne leur permettaient pas d'envisager la déconfiture de la compagnie. Ces informations étant déjà à la connaissance des administrateurs, devaient-ils alors faire des études additionnelles pour confirmer à nouveau celles-ci ?

Le premier juge conclut que les Frères Wise n'auraient consulté leurs comptables que de façon marginale avant de prendre leur décision alors qu'ils auraient dû aller chercher (*seek out*) l'avis de professionnels⁴⁷. Cependant, le premier juge passe sous silence qu'en avril 1994 les comptables ont analysé la nouvelle politique d'achats et présenté un rapport intitulé « *Follow-up report of weaknesses in internal control and recommendations in respect thereto* ».

⁴⁶ Jugement de première instance, page 25.

⁴⁷ Jugement de première instance, page 53.

WISE INC.'S RESPONSE	AUDITORS' COMMENTS
As of January 30, 1994, only one merchandising system is in place for both companies thereby greatly reducing any backlog in processing	To be followed up and evaluated concurrently with year-end audit

Ainsi l'absence de consultation auprès des vérificateurs-comptables lors de l'adoption de la nouvelle politique d'achats n'eut aucun impact étant donné leur recommandation du printemps 1994. De plus, cette recommandation appuie nos prétentions à l'effet que le premier juge a commis une erreur manifeste lorsqu'il conclut qu'une personne raisonnable aurait nécessairement prévu les conséquences financières désastreuses associées à la nouvelle politique et anticipé que Wise serait incapable de payer Peoples pour les marchandises. Si les vérificateurs-comptables en ont été incapables en avril 1994, comment une personne raisonnable l'aurait été en novembre 1993 ?

Le premier juge reproche également aux administrateurs de ne pas avoir supervisé l'évolution du niveau de l'endettement inter-corporatif. Pourtant, à la fin de chaque mois, les Frères Wise recevaient les états financiers des deux compagnies. Les bilans dénonçaient l'état de l'endettement inter-corporatif. Ces bilans ont toujours été révisés et discutés par les Frères Wise. Jusqu'au 1^{er} octobre 1994, le niveau de l'endettement inter-corporatif était à l'intérieur de paramètres acceptables et conformes aux ententes intervenues avec M & S. Ce n'est qu'au bilan du 29 octobre 1994, dont les Frères Wise ont eu copie en début de décembre 1994, que l'endettement inter-corporatif a atteint son niveau record de 15 900 000 \$, conséquence des achats importants effectués pour la période de Noël. Également, les Frères Wise révisaient hebdomadairement le niveau des endettements des deux compagnies à l'égard des fournisseurs et à la Banque Toronto-Dominion. Les Frères Wise supervisaient toutes les facettes des opérations de 125 magasins répartis entre deux chaînes générant des ventes

annuelles de 250 000 000 \$. Exiger une supervision plus accrue des administrateurs de l'évolution de l'endettement inter-corporatif semble placer la barre à un très haut niveau.

Le premier juge refuse la défense des Frères Wise basée sur le concept américain du « *business judgment rule* ». Au contraire, s'inspirant de celle-ci, il conclut que les administrateurs devaient procéder à des analyses complexes avant de retenir la solution proposée par Clément⁴⁸. Les autorités qu'il cite se rapportent à des matières aussi complexes et exceptionnelles que des « *take-over bids* ». Il va de soi qu'avant de recommander aux actionnaires d'accepter une telle offre, le conseil d'administration doit évaluer ou faire évaluer toutes les facettes de l'offre, quantifier la valeur intrinsèque de la compagnie et identifier les avantages qu'en tireront les actionnaires. Dans la même mesure, ont été refusées des défenses basées sur le « *business judgment rule* » lorsque des administrateurs, sans s'interroger sur le mérite d'une résolution, ont voté en sa faveur simplement parce que celle-ci était présentée ou appuyée par le représentant de l'actionnaire majoritaire de la compagnie. Bref, on a reproché à ces administrateurs de ne pas avoir fait leurs devoirs avant de décider.

Or, la situation à laquelle étaient confrontés les Frères Wise est bien différente : la gestion des inventaires est un problème éminemment pratique et quotidien. Les administrateurs devaient-ils colliger des informations qu'ils possédaient déjà sur la position financière de Wise et l'état de ses relations avec ses fournisseurs ? Wise allait dorénavant transiger avec un seul point d'achat : Peoples. Les mêmes personnes allaient continuer de gérer ces achats pour le groupe, les mêmes budgets allaient être utilisés, les mêmes projections financières s'appliquaient. On ne modifiait pas la nature des opérations des entreprises, on ne changeait que le procédé administratif par lequel les achats s'effectuaient. Exiger plus des administrateurs contreviendrait à l'article 122

⁴⁸ Jugement de première instance, pages 48 à 51.

(1)(b) L.C.S.A. qui, selon Howard, n'impose aux administrateurs que l'obligation d'être « *sufficiently aware of its business to be capable of making rational policy decisions* »⁴⁹.

Le Syndic en décrivant les Frères Wise comme des « *hands-on managers* » ne peut, paradoxalement, leur reprocher de ne pas avoir été suffisamment informés sur les opérations de l'entreprise⁵⁰. Toutes les conclusions du premier juge sur les difficultés administratives dont était victime Peoples avant la nouvelle politique d'achat et de gestion des inventaires confirment que les administrateurs avaient bien analysé la situation. La solution proposée permettait, et de fait a permis, de régler les problèmes de gestion des inventaires⁵¹.

La Cour d'appel semble avoir correctement appliqué le droit concernant le devoir de gestion compétente en affirmant que l'analyse du premier juge avait fait abstraction d'importants éléments factuels identifiés dans son jugement :

« Cette analyse fait notamment abstraction des difficultés réelles auxquelles les deux sociétés faisaient face, de la nécessité relativement pressante de trouver une solution, de l'apparente logique de celle qui a été retenue, du fait qu'elle a été proposée par une personne dont les qualifications et les compétences étaient déjà éprouvées, et du fait que sa mise en place a reçu un accueil positif de la part des acheteurs, c'est-à-dire des membres du personnel les plus affectés par le problème qu'on cherchait à régler. »⁵²

Selon le professeur Iacobucci, le comportement des Frères Wise était conforme aux exigences de la loi :

« The brothers did appear informed, both through their own considerations and through their vice-president, and any grounds

⁴⁹ John C. HOWARD, loc. cit., note 10, page 297.

⁵⁰ Mémoire du Syndic devant la Cour suprême, paragraphe 11.

⁵¹ Jugement de première instance, pages 20 à 22.

⁵² Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 85.

for finding negligence seem to run counter to the established standard of care. »⁵³

3.4 MOYENS DE DÉFENSE DE L'ARTICLE 123 (4) L.C.S.A.

Les administrateurs sont faillibles et doivent être protégés de leurs erreurs commises de bonne foi. Ce principe est notamment confirmé par l'article 123 (4) L.C.S.A. :

« **123.(4)** [Reliance on statements] A director is not liable under section 118, 119 or 122 if he relies in good faith on:

- (a) financial statements of the corporation represented to him by an officer of the corporation or in a written report of the auditor of the corporation fairly to reflect the financial condition of the corporation; or
- (b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by him. »

(tel que l'article se lisait lors du procès de première instance).

Les administrateurs, selon 123 (4)(b) L.C.S.A, seront dégagés de toute responsabilité sous 122 L.C.S.A. s'ils se sont fiés à un rapport d'une personne crédible, lequel rapport contrairement aux dispositions de l'article 123 (4)(a) L.C.S.A. n'a pas besoin d'être écrit. La Cour suprême a déjà confirmé le caractère généreusement disculpatoire de cette disposition et a rappelé l'application toujours actuelle de l'arrêt *Re City Equitable Fire* qui disculpe tout administrateur qui s'en remet au travail d'un représentant de la société si ce travail lui a été confié à juste titre⁵⁴.

La Cour fédérale d'appel confirme que les administrateurs peuvent se fier à des personnes compétentes exerçant leurs fonctions à l'intérieur même de

⁵³ E.M. IACOBUCCI, loc. cit., note 21, page 366.

⁵⁴ *Blair c. Consolidated Enfield Corporation*, [1995] 4 R.C.S. 5, pages 36 à 38; *In re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.*, [1925] Ch. 407 pp. 429-430.

l'entreprise et qu'il n'est pas requis d'obtenir des opinions indépendantes externes⁵⁵.

La nouvelle politique d'achat a été conçue par Clément, vice-président, administration et finance de la compagnie, après recherches et consultations. Le premier juge ne remet pas en cause le travail de ce dernier⁵⁶. En se basant sur le rapport verbal de Clément présentant la meilleure solution pour résoudre les problèmes rencontrés par les compagnies quant à la gestion de leur inventaire et de leurs achats, les Frères Wise accomplissaient les devoirs que leur imposaient les articles 122 et 123 L.C.S.A. Le premier juge ne conclut pas que les Frères Wise ne devaient pas se fier à Clément.

L'article 123 (4) L.C.S.A. stipule que les administrateurs peuvent s'en remettre à des rapports de professionnels. Ils n'ont pas à solliciter des avis complémentaires après avoir reçu le rapport d'un officier de la compagnie dont la profession permet de porter foi à ses déclarations ou encore, pour paraphraser le juge Iacobucci dans *Blair* : « *dont les conseils étaient manifestement crédibles pour une personne (non professionnelle) placée dans la situation des Frères Wise* ».

La Cour d'appel a correctement qualifié les faits et appliqué le droit en retenant que Clément était une personne qualifiée pour émettre la suggestion de gestion commune des inventaires et que les Frères Wise avaient le droit de s'appuyer sur cette suggestion⁵⁷.

⁵⁵ *Re Soper c. The Queen*, (1997) 149 DLR (4th) 297, p. 311; *Smith c. R.*, (2001) CAF 84, paragraphe 11.

⁵⁶ Jugement de première instance, page 21.

⁵⁷ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 89.

4. RATIFICATION DES DÉCISIONS PAR L'ACTIONNAIRE UNIQUE ET PROTECTION DES INTÉRÊTS DES CRÉANCIERS

La Cour d'appel, dans un obiter sans conséquence sur son appréciation du comportement des administrateurs à la lumière des dispositions des articles 44, 122 et 123 L.C.S.A., s'interroge sur l'intérêt du Syndic de poursuivre les administrateurs de Peoples lorsque leurs faits et gestes ont reçu l'approbation favorable de l'actionnaire unique de Peoples, à savoir Wise. Le Syndic conteste cette partie du jugement de la Cour d'appel. Il cite diverses décisions étrangères qui, ayant conclu à la responsabilité des administrateurs envers les intérêts des créanciers d'une compagnie insolvable, refusent d'exonérer les administrateurs sur la foi de la ratification de leurs décisions par les actionnaires de la compagnie⁵⁸. Pour déterminer si l'obiter de la Cour d'appel est exact ou non, il faut établir si la responsabilité des administrateurs de la compagnie s'étend aux intérêts des créanciers. Si un tel devoir existe, il semble acquis que l'actionnaire unique ne peut priver un tiers de ce recours en ratifiant la décision des administrateurs.

Il ne fait aucun doute que la décision de première instance a retenu autant l'attention parce qu'elle reconnaît l'existence d'un devoir des administrateurs envers les créanciers de l'entreprise.

Le Syndic plaide que ce devoir doit être reconnu afin de lui permettre, en sa qualité de représentant des créanciers, de pouvoir intenter un recours en responsabilité contre les administrateurs ayant failli à leurs devoirs sous l'article 122, même dans les cas où l'actionnaire unique a ratifié la décision préjudiciable aux intérêts de la filiale :

⁵⁸ *Re Horsley & Weight Ltd.*, [1982] 3 All E.R. 1045 (English Court of Appeal); *Rolled Steel Products Ltd. v. British Steel Corp.*, [1982] 3 All E.R. 1057 (Chancery Division); *Kinsela v. Rossel Kinsela PTY Ltd.*, [1986] 4 NSWLR 722.

« The consideration of Peoples' creditors as its stakeholders is precisely why shareholder approval of the New Policy does not sanction the Wise Brothers' wrongful behaviour or bar Appellant's claim against the Wise Brothers. It is **only** for this reason that Appellant invites this Honorable Court to recognize that, as the New Policy was adopted, implemented and continued, Peoples' creditors were stakeholders of Peoples, having an interest and how the Wise Brothers governed that corporation. »⁵⁹

Malgré cette réserve, le Syndic, plus loin dans son mémoire, défend l'hypothèse que le devoir d'agir au mieux des intérêts d'une compagnie insolvable ou d'une solvabilité précaire équivaut au devoir d'agir au mieux des intérêts des créanciers :

« Appellant submits that it is appropriate for this Honorable Court to recognize the principle that creditors can be stakeholders of a near insolvent or insolvent corporation **solely** for the purpose for allowing a bankruptcy trustee's claim against directors for wrongful behaviour, despite shareholder approval. There are several sound reasons to support such recognition:

First, as discussed above, when a corporation is on the verge of insolvency, it is unable to meet its liabilities. As such, there is little if any remaining value to be distributed to the shareholders. In this situation, the shareholders have little interest worth protecting and creditors have a greatest stake in how the corporation is governed.

Second, in a closely held corporation, such as Wise and Peoples, the directors themselves may be in a position where they have nothing to lose. In these circumstances, directors may be more likely to engage in risky behaviour, which may benefit them if it succeeds, but may harm creditors if it fails. In this sense, if the corporation is already troubled, the creditors are required to bear the risk of actions taken to attempt to restore shareholder value.

Third, creditors are often at the disadvantage, lacking any information about the financial stability of the corporation. They then may continue to advance credit to the corporation with little knowledge or expectation that it may never be repaid. Directors, on the other hand, have knowledge of the financial situation of the corporation and are in the best position to

⁵⁹ Mémoire du Syndic déposé à la Cour suprême, paragraphe 90.

remedy the situation. They should be given an incentive to do so.

The consideration of creditors as stakeholders of a near insolvent or solvent corporation is advanced by Appellant for the limited purpose of denying shareholders the right to approve or ratify wrongful directors' behaviour. It is not a radical departure from our law but is really a reformulation of existing legal principles. To recognize creditors' interests would no open the floodgates of litigation against directors. The test will always be whether a reasonable person in a director's position, making an informed and diligent decision, would consider that the rights of creditors are at stake. If so, the directors should avoid decisions harmful the creditors or make decisions in a manner which affords reasonable protection to the creditors. »⁶⁰

Avant la décision du premier juge, il ne faisait aucun doute que les administrateurs n'étaient redevables d'aucun devoir envers les créanciers de la compagnie : « *Les devoirs « fiduciaires » des administrateurs s'adressent à la compagnie et non à ses créanciers. Ceux-ci n'ont pas de recours contre les administrateurs en cas de violation de ces devoirs.* »⁶¹

Malgré l'absence de décision canadienne, le premier juge conclut que les Frères Wise auraient manqué à leur devoir envers les créanciers de Peoples, lequel découlerait de principes sous-jacents à l'article 122 L.C.S.A. Ainsi, les administrateurs, afin d'agir en fonction des meilleurs intérêts de la compagnie, devront prendre en considération les meilleurs intérêts des créanciers. Le premier juge affirme pouvoir s'inspirer de décisions du Commonwealth britannique et déclare que le droit canadien devrait évoluer vers des conclusions similaires. Il reprend avec approbation l'opinion du juge Cooke dans l'affaire *Nicholson*⁶².

Dans cette affaire, une filiale avait vendu à une autre compagnie du groupe tous ses actifs immobiliers pour ensuite les louer de l'acquéreur. Entre-temps, le prix

⁶⁰ Mémoire du syndic déposé à la Cour suprême, paragraphes 104 et 105.

⁶¹ Maurice et Paul MARTEL, op. cit., note 17, pp. 23-50 et 23-51.

⁶² *Nicholson c. Permakraft (NZ) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242.

de vente a été versé en dividendes aux actionnaires. Plus tard, la filiale déclare faillite. Le Syndic intente une action contre les administrateurs contestant les transactions effectuées et demandant des dommages équivalents aux dividendes. La Cour d'appel de Nouvelle-Zélande ne retient pas leur responsabilité jugeant qu'ils avaient été guidés, quoique de façon trop optimiste, par des motifs d'affaires raisonnables. Malgré ces conclusions unanimes, le juge Cooke dans un obiter minoritaire, a évoqué la possibilité d'un devoir envers les créanciers que le premier juge a repris.

Est-il approprié dans le présent dossier de décréter un principe général reconnaissant un devoir des administrateurs envers les créanciers sur la seule base de la mise en place et l'application de la nouvelle politique d'achat, sachant que les fournisseurs de Peoples n'ont pas été gardés dans l'ignorance. Lorsque 45 millions de dollars de commandes disparaissent d'une compagnie pour se retrouver dans une autre compagnie, les fournisseurs réagissent. Certains ont facturé les deux compagnies, d'autres ont posé des questions ou encore obtenu la caution de Wise.

Les réponses apportées aux questions des fournisseurs et les cautions octroyées par Wise confirment que les Frères Wise n'ont jamais tenté d'utiliser la nouvelle politique d'achat dans l'espoir de sacrifier Peoples, qui aurait accumulé toutes les dettes, au profit de l'unique survie de Wise. Dans la même mesure où Peoples ne pouvait se remettre de la faillite de Wise, la faillite de Peoples signifiait la faillite de Wise. La faillite de Peoples aurait été catastrophique pour Wise puisque celle-ci aurait eu à répondre aux réclamations de Marks & Spencer pour les 12 millions de dollars représentant le solde du prix de vente, de la Banque Toronto-Dominion pour la caution des prêts de Peoples et des fournisseurs, détenteurs de caution.

Le premier juge s'inspire également des décisions rendues dans les affaires *Kinsella c. Russel Kinsella ETY Ltd., Liquidator of West Mercia Safetywear Ltd. c. Dodd & Arnor*, et *Winkworth c. Edward Baron Development Co. Ltd*⁶³.

Les affaires *Kinsella* et *West Mercia Safetywear* sont semblables. Les compagnies impliquées étaient insolvable et leur faillite imminente. Les administrateurs étaient au courant de cet état. Ils ont transféré les actifs des compagnies vers d'autres patrimoines dans le seul but de mettre ces actifs à l'abri de leurs créanciers.

Dans l'affaire *Winkworth*, un couple achète les actions d'une compagnie. Le prix de vente est payé à même les fonds de la compagnie. Par la suite, la compagnie, qui a plusieurs dettes, utilise le reste de ses fonds pour acheter une résidence qui sera occupée sans frais par le couple, ainsi qu'une automobile et des bijoux pour leur bénéfice personnel. La Cour s'offusque du comportement général du couple qui a vidé les coffres de la compagnie pour s'enrichir personnellement. L'affaire *Winkworth* ressemble donc aux deux autres décisions retenues par le premier juge : si les administrateurs détournent pour leur bénéfice personnel les actifs de la compagnie alors qu'elle est insolvable, ils seront responsables de leurs gestes envers les créanciers de la compagnie.

Le premier juge a conclu que le droit canadien devait évoluer dans le sens de ces décisions. Avec respect, il y est déjà : le droit canadien protège déjà (et amplement) les créanciers contre de telles démarches malhonnêtes⁶⁴. Nous croyons que l'erreur du juge réside dans le fait qu'il voit dans ces décisions, ou à tout le moins dans de courts passages pris hors contexte, un principe général et

⁶³ [1986] 4 N.S.W.L.R. 722, (1988) 4 B.C.C. 30; [1987] 1 All E.R. 114.

⁶⁴ Paul MARTEL, L'insolvabilité de la compagnie et la responsabilité des administrateurs: l'émergence d'un "insolvent trading" judiciaire?, *Développements récents en droit commercial* (1998), Vol. 112, page 92.

universel imposant aux administrateurs le devoir de gérer les compagnies dans le meilleur intérêt de leurs créanciers.

Le professeur Sealy de l'Université Cambridge a d'ailleurs formulé d'importantes réserves sur la portée réelle de ces décisions du Commonwealth britannique quant à l'existence d'un devoir, qu'il soit direct ou indirect, de prendre en considération les intérêts des créanciers :

« If these judicial occurrences are examined in their context, it will be seen that in most cases they are nothing more than extraneous words of censor directed at conduct which anyway comes within some well established rule of law, such as the law imposing liability for misfeasance, the expropriation of corporate assets or fraudulent preference...

Another risk is that, taken out of context, all this talk of "duty" will be regarded as laying down rules which are legal rules in their own right, based independently of company law, and independently sanctioned...

The law as it stands gives the courts ample scope to deal with all potential abuses of trust by company directors, without the need to invent any new cause of action based on phoney jurisprudential antecedents... Against this background, well meant but ill-focused dicta about directors "duties" to creditors can be seen as both unnecessary and potentially pernicious. »⁶⁵

Également d'Angleterre, le professeur Andrew Keay en conclut que la portée du principe défendu n'est finalement pas aussi élargie qu'on voudrait bien le croire :

« In fact, a perusal of the cases in Australia, New Zealand and the United Kingdom suggests that courts have erred on the side of the magnanimity when confronted with evidence of alleged breaches of directors duties. Arguably, the only occasion on which courts have found directors liable in Australia, New Zealand and the United Kingdom are when the directors have done something either commercially improper or verging on the improper. Where directors have made decisions that have turned out to be bad

⁶⁵ L.S. SEALY, "Directors Duties – an Unnecessary Gloss", 1988, *C.L.J.* 175, pp. 175, 176 et 177.

ones, but they acted in good faith, the courts have refrained from holding them liable.»⁶⁶

Au cours des 20 dernières années, les lois sur la faillite de Grande-Bretagne, Australie et Nouvelle-Zélande ont été amendées afin d'y ajouter des sections traitant de la responsabilité des administrateurs en cas de « *wrongful trading* » ou encore de « *reckless trading* »⁶⁷. Ces textes définissent la responsabilité des administrateurs lorsque la compagnie continue de fonctionner à crédit malgré son insolvabilité. Pour que la responsabilité des administrateurs soit enclenchée, il faut que ceux-ci aient su ou auraient dû conclure qu'il y avait « *no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation* ». Par ailleurs, si la Cour en conclut que « *that person took every step with a view to minimizing the potential loss of the company's creditors* », elle devra écarter la responsabilité des administrateurs.

Lorsque le législateur a codifié les « *fiduciary duty* » et « *duty of care* » par l'adoption de la L.C.S.A. en 1975, aucun régime de responsabilité envers les créanciers des compagnies ne s'y rattachait. Si le législateur avait voulu créer une responsabilité supplémentaire, il l'aurait prévu spécifiquement. Nous croyons que la Cour d'appel a raison sur ce point :

« En second lieu et avec égard, j'estime qu'en prônant l'extension de cette théorie en droit canadien, le premier juge envahit le champ d'intervention du législateur en ce qu'il établit un régime général de responsabilité des administrateurs au profit des tiers qui se verraient lésés par les actes de gestion des administrateurs. Je ne suis pas disposé à le suivre dans cette démarche. »⁶⁸

⁶⁶ Andrew KEAY, "The directors' duty to take into account the interest of companies' creditors: when is it triggered", [2001] *MULR* 11, pp. 14-15.

⁶⁷ En Angleterre: *Insolvency Act 1986* (1986, c. 45), s 214; en Australie: *Corporations Act 1989*, (1989, c.109), s 592; en Nouvelle-Zélande *Companies Act 1993*, (1993, c. 105), s 135.

⁶⁸ Jugement de la Cour d'appel, par. 93.

L'évolution du droit corporatif dans certaines juridictions étrangères ne correspond pas nécessairement à la volonté du législateur canadien puisqu'il n'a pas jugé bon de réglementer cet aspect lors des réformes législatives⁶⁹.

Malgré les responsabilités accrues des tribunaux au cours des dernières années, la Cour d'appel rappelle que c'est par exception que les tribunaux créent un droit nouveau :

« Il est vrai que le rôle des tribunaux a évolué au cours des dernières décennies et que les juges se voient parfois conférer un rôle qui avoisine celui que notre système démocratique a traditionnellement confié aux élus. Il en va ainsi dans le domaine des droits fondamentaux consacrés par la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il convient cependant de bien garder en mémoire que c'est par exception que les tribunaux sont appelés à moduler les règles du droit, voire à les créer, puisque leur rôle fondamental consiste plutôt à les appliquer et à sanctionner la volonté qui s'exprime dans la loi.

En l'espèce, j'estime donc qu'il n'appartient pas aux tribunaux de décider de l'opportunité de décider d'une évolution du droit des sociétés que le législateur n'a pas cru bon de mettre en place lors de sa réforme. »⁷⁰

En somme, c'est au législateur de créer, s'il le juge à propos, le devoir de protéger les intérêts des créanciers.

Cette opinion n'est pas isolée : dans *Millgate Financial Corporation Limited*, le juge Cullity de la Cour supérieure d'Ontario, considère également qu'il serait préférable que le législateur intervienne pour clarifier la situation de la responsabilité des administrateurs quant à la protection des droits et intérêts des créanciers :

⁶⁹ *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. ch. 27, *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, ch. 12 et *Loi modifiant la Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1978-1979, c.9.

⁷⁰ Jugement de la Cour d'appel, paragraphes 95 et 96.

« The unsuitability of applying the strict rules of equity that apply to a trustee's conflict of interest to the duties owed by directors of a modern business corporation to the corporation would be even more evident if they were held to govern enforceable fiduciary duties of directors to creditors whose consent would be required if such duties were to be waived or their breach ratified. As I have indicated, the view of the Quebec Court of Appeal in *Peoples Department Stores* was that legislation rather than judicial law creation would be preferable if the law is to recognize the existence of such duties. Legislation would be more appropriate if what is required is to prescribe and define the ambit of the duties and the manner in which they may be discharged by reflecting an appropriate compromise between general principles of equity and commercial realities, and the desirability that the applicable rules can be understood and observed by business people and their advisers with an acceptable degree of certainty and predictability by business people and their advisers. Legislation would also permit new rules to operate prospectively, and not retrospectively so as to affect transactions already implemented. »⁷¹

Comme si la situation n'était pas déjà suffisamment complexe, le juge Cullity, toujours dans l'affaire *Millgate*, cite une décision prononcée en l'an 2000 par la High Court of Australia qui donne une nouvelle interprétation des décisions prononcées en Océanie concernant les devoirs des administrateurs envers les créanciers :

« Hence the view that it is "extremely doubtful" whether Mason J. "intended to suggest that directors owe an independent duty directly to creditors"...

In *Re New World Alliance Pty Ltd. v. Syotex Pty Ltd v. Aseler, Gummow J.* pointed out :

"It is clear that the duty to take into account the interests of creditors is merely a restriction on the right of shareholders to ratify breaches of the duty owed to the company. The restriction is similar to that found in cases involving fraud on the minority. Where a company is insolvent or nearing insolvency, the creditors are to be seen as having a direct interest in the company and that interest cannot be overridden by the shareholders. This restriction does not, in the absence of any conferral of such a right by statute, confer upon creditors any general right against former directors of the

⁷¹ *Millgate Financial Corporation Limited c. BCED Realty Holdings Limited*, 93-CQ-45025, par. 90.

company to recover losses suffered by those creditors... The result is that there is a duty of imperfect obligation owed to creditors, one which the creditors cannot enforce save to the extent that the company acts on its own motion or through a liquidator."

In so far as remarks in [a South Australian case] suggest that the directors owe an independent duty to, and enforceable by, the creditors by reason of their position as directors they are contrary to principle and later authority and do not correctly state the law." »⁷²

De ceci, le juge Cullity en conclut :

« It would obviously be a mistake to infer from the reasoning at first instance in *Peoples Department Stores*, and in the Canadian cases that have referred to it, that the authorities in Australia and in the United Kingdom unanimously support the view that directors will owe fiduciary duties to creditors directly when the company is in financial difficulties. The comments in *Spies* appear to make it highly unlikely that this view will be accepted in Australia and, as the following statement of Toulson J. in *Youkong Line Ltd v. Rensberg Investments Corporation* (No. 2), [1998] 1 W.L.R. 289 (Q.B.D.), at page 312 illustrates, despite the much discussed and analysed dicta of Lord Templeman in *Winkworth*, the prevailing view in England may be no different to that in Australia:

"Where a director, or person having management, of an insolvent company acts in breach of his duty to the company by causing assets of the company to be transferred in disregard of the interests of its creditor or creditors, under English law he is answerable through the scheme which Parliament has provided. In my judgment he does not owe a direct fiduciary duty towards an individual creditor, nor is an individual creditor entitled to sue for breach of the fiduciary duty owed by the director to the company." »⁷³

Il semble maintenant acquis qu'il n'existe aucun devoir de loyauté des administrateurs en faveur des créanciers. Malgré tout, la Cour suprême devra nous indiquer si l'exercice du devoir de loyauté, à savoir agir en fonction des

⁷² *R v Spies* (2000), 173 A.L.R. 529, aux pages 554 et 555, prendre note cependant qu'il s'agit d'un obiter prononcé par la majorité de la Cour.

⁷³ *Millgate Financial Corporation Limited c. BCED Realty Holdings Limited*, 93-CQ-45025, par. 87.

meilleurs intérêts de la compagnie, signifie, alors que la compagnie est insolvable, agir en fonction des intérêts des créanciers parce qu'il y aurait alors une coïncidence des intérêts entre la compagnie insolvable et ses créanciers.

Par le passé, la Cour suprême a déjà indiqué que le devoir de loyauté n'existe que dans les cas où l'on retrouve un lien de dépendance ou de vulnérabilité⁷⁴. Les obligations fiduciaires seraient rarement présentes dans les transactions entre personnes d'affaires puisque leur vulnérabilité, s'il en est, peut être compensée par l'exercice prudent de leur pouvoir de négociation⁷⁵. Le devoir de loyauté a malheureusement été utilisé à toutes les sauces pour justifier des responsabilités qui n'en étaient pas. Le bris du devoir de loyauté aurait par sa nature un caractère frauduleux⁷⁶.

Finalement, le Syndic fait un parallèle entre les droits des créanciers dans le contexte de recours dérivé ou de recours en oppression et les devoirs qui devraient leur être reconnus par le biais de l'article 122 lorsque la compagnie est insolvable ou lorsque les administrateurs prennent une décision qui la rendrait insolvable. Il prétend qu'il ne devrait pas être pénalisé parce qu'il n'a pas intenté de tels recours pour et au nom des créanciers.

Le premier juge ouvre un champ de nouveaux recours contre les administrateurs. Il n'a rattaché à ce principe innovateur aucune des restrictions propres au recours en oppression des créanciers en vertu de l'article 241 L.C.S.A. Un auteur commente cette cohabitation entre le devoir envers les créanciers et le recours en oppression :

« The danger of the Peoples' approach is that every subsequent debt action might routinely be converted into a claim of breach of fiduciary duty – an outcome that is surely undesirable.

⁷⁴ *Lac Minerals c. International Corona Resources*, [1989] 2 R.C.S. 575, pages 599 et 600.

⁷⁵ *Cadbury Schwepps Inc. c. FBI Foods Ltd.*, [1999] 1 R.C.S. 142, par. 30.

⁷⁶ *Lac Minerals c. International Corona Resources*, [1989] 2 R.C.S.575, pages 606 et 607.

Although Peoples marks an interesting development in the doctrine of fiduciary duty, the practical effect of this development seems redundant. The Courts already allow creditors to access the oppression remedy in order to protect themselves from conduct by directors that is prejudicial to, or that disregards, their interest.»⁷⁷

En fait, nous croyons que le Syndic n'aurait pu procéder par un recours en oppression parce qu'il ne rencontrait pas les critères développés par les tribunaux. Ces critères exigent comme conditions préalables que les administrateurs aient agi de mauvaise foi ou encore qu'ils aient personnellement bénéficié de la transaction sous étude :

« The Plaintiff's expectation relating to the solvency of the company and its ability to obtain financing (even if they are reasonable ones for a creditor to have) are not sufficient to base a claim for oppression without some evidence that establishes the directors obtaining a personal benefit from their inability to pay Van-Neck. Even if the directors actively misled Van-Neck as to their company's ability to pay, or made personal guarantees to pay, or were less than truthful about their ability to make payments according to a payment schedule, such conduct is not the basis for the application of the oppression remedy in absence of transactions which personally benefited the directors. »⁷⁸

Permettre à la compagnie d'acheter à crédit alors qu'elle est insolvable ne suffit pas pour engendrer la responsabilité personnelle des administrateurs envers les créanciers.

« The Plaintiff does not allege fraud or misrepresentation. Its complaint is that Beaver ordered services when it was insolvent and knew that it would most likely be unable to pay for them.

The Ontario Court of Appeal has spoken clearly on this issue in *Montreal Trust Co. of Canada v. ScotiaMcLeod Inc.* (1995), 26 O.R. (3d) 481 (Ont. C.A.), where Finlayson J.A., speaking for the court (Filayson, Galligan and Doherty JJA) says at pp 490 & 491

⁷⁷ D. THOMSON: "Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty not to Oppress?", (2000) 50 *U.T.L.R.* 1, p. 51, onglet 42.

⁷⁸ *Leon Van Neck and son ltd. v. McGorman*, (1998) Carswell Ont. 4509. par. 165 (confirmée en appel: 2000 Carswell Ont. 2401); *Stoody c. Kennedy* (2003-11-05) ONSC C-591/02, par. 165.

The decided cases in which employees and officers of companies have been found personally liable for actions ostensibly carried out under a corporate name are fact-specific. In the absence of findings of fraud, deceit, dishonesty or want of authority on the part of employees or officers that are also rare.

Considering that a corporation is an inanimate piece of legal machinery incapable of thought or action, the court can only determine its legal liability by assessing the conduct of those who caused the company to act in the way that it did. This does not mean, however, that if the actions of the directing minds are found wanting, that personal liability will flow through the corporation to those who caused it to act as it did. To hold the directors of Peoples' personally liable, there must be some activity on their part that takes them out of the role of directing minds of the corporation. In this case there are no such allegations. »⁷⁹

Les Frères Wise n'ayant pas bénéficié personnellement de la transaction et ayant agi de bonne foi, un recours en oppression aurait été rejeté. Là réside peut-être la faiblesse du premier jugement. Si ce dernier devait être confirmé, les créanciers, par le biais du Syndic, obtiendraient gain de cause sur la base d'un devoir non prévu dans la loi (i.e. la protection de leur intérêt) et ce sans qu'aucune condition d'exercice ne s'y rattache. Le premier juge a créé une source de responsabilité des administrateurs plus généreuse que celle visée par la loi.

En vertu du devoir de loyauté envers la compagnie, nous soumettons que l'appréciation de ce devoir devrait toujours mettre l'emphase sur la réhabilitation financière de la compagnie et sa survie, ce qui fut le cas en l'espèce, et non sur la protection des intérêts des créanciers. Si ces derniers ont été victimes de fraude ou de fausses représentations, ils pourront alors exercer les recours que

⁷⁹ *USF Red Star Inc. c. 12103 Canada Ltée*, (2001) 13 B.C.R. (3d) 195 (Ont. Sup. Ct.), paragraphes 20 à 23; voir aussi *Winstar Global Products Inc. c. Distribution Pasadena International Inc.*, J.E. 99-1749 (C.S.), pages 6 à 9.

la loi leur accorde déjà. Sauf en cas de fraude, personne ne devrait être garant du succès financier des autres.

5. LA RESPONSABILITÉ DES FRÈRES WISE SOUS L'ARTICLE 100 DE LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ (L.F.I.)

5.1 OBJECTIFS DE L'ARTICLE 100 L.F.I.

Réduit à sa plus simple expression, l'article 100 L.F.I. prévoit que le tribunal peut condamner toute personne, partie contractante à une transaction révisable avec le failli, à payer au Syndic la différence entre la valeur des biens fournis et la considération reçue si cette considération était manifestement inférieure à la juste valeur marchande des biens. Exceptionnellement, le tribunal peut également condamner toute personne ayant eu intérêt avec le failli à cette transaction. Même si le texte de l'article 100 L.F.I. ne le stipule pas, l'application pratique de celui-ci par les tribunaux s'est limitée aux cas de transferts frauduleux :

« One final thought on this subject. The classic case of an application under s. 100 B.I.A. involves intimately connected transferor and transferee who participate in a scheme calculated to deprive the estate of an asset or the full value of an asset through one form of camouflage or another. »⁸⁰

D'ailleurs le législateur a confié aux tribunaux la discrétion de juger si les faits propres à chaque dossier justifient une condamnation en dommages.

« In deciding whether to exercise its discretion to grant judgment to the trustee it would then be appropriate for the court to consider the good faith of the parties, their intention, and whether fair value has been given for the property. »⁸¹

⁸⁰ *Sghaier (Syndic de)*, J.E. 98-44 (C.S.), p. 10; voir aussi *In Re Lavigne, Delorme c. Lavigne*, J.E. 79-358 (C.S.), pp. 7 et 8 et *9022-8818 Québec inc. (Syndic de)*, REJB 2002-28151 (C.S.), paragraphe 138,.

⁸¹ *Standard Trustco v. Standard Trust Co.*, (1995) 36 C.B.R. (3d) 1, page 25.

L'intention et la bonne foi des parties sont les principaux facteurs à considérer lors de l'exercice de cette discrétion⁸².

5.2 CONSPICUOUSLY LESS

Le premier juge et la Cour d'appel s'entendent sur l'interprétation de l'expression « conspicuously less » de l'article 100. Ils s'entendent également sur les données financières en cause. Leurs différends reposent sur l'étendue de la transaction révisable sous étude.

Le Syndic plaide qu'à cet égard la Cour d'appel est intervenue de façon inappropriée en réformant l'appréciation des faits par le premier juge.

Nous croyons que la Cour d'appel ne remet pas en cause l'appréciation des faits par le premier juge. Elle précise cependant que dans le cadre des échanges entre Wise et Peoples suite à l'introduction de la nouvelle politique d'achat, Peoples a transmis à Wise des biens d'une valeur de 71 543 059 \$ et Peoples a reçu de Wise 59 499 749 \$ en biens ou en argent. De plus, la Cour d'appel retient, comme le constate le premier juge, que les marchandises impayées sont celles livrées après le mois de septembre 1994, donc à l'intérieur d'une période de deux mois et neuf jours avant la faillite, celles représentant les achats pour la période de Noël.

En choisissant d'analyser les sommes dues par Wise Store et Peoples en fonction de l'écart entre les marchandises et services échangés dans le cadre de la continuité des opérations, plutôt que de s'arrêter aux seules livraisons impayées, la Cour d'appel concentre son analyse sur le principal reproche formulé par le Syndic, soit la mise en place et le maintien de la nouvelle politique d'achat. Le premier juge entreprend l'analyse de toutes les transactions entre Wise et Peoples effectuées au cours des 12 derniers mois précédant la faillite

⁸² *Ibid.* et *Re Mendenhall*, (1999) 12 C.B.R. (4th) 271, page 278, par. 28.

pour fixer la valeur de la différence entre la contrepartie réellement reçue par le failli et la juste valeur du marché des biens sur lesquelles porte la transaction, confirmant ainsi que la transaction sous étude se veut l'ensemble des échanges entre les parties durant cette même période et non seulement la livraison des marchandises impayées.

La Cour d'appel a reconnu que le premier jugement était entaché à cet égard d'une erreur manifeste et dominante. Elle a donc appliqué le test dicté par la Cour suprême dans l'affaire *Housen*⁸³ et est intervenue pour corriger cette erreur.

Finalement, le Syndic ne conteste pas que l'écart de 6 % entre la dette de Wise à Peoples et la valeur totale des marchandises livrées par Peoples et Wise, n'est pas une contrepartie manifestement inférieure au sens de l'article 100 L.F.I.⁸⁴

5.3 PRIVY

Selon le Syndic, la qualification d'une personne à titre de « *personne ayant intérêt à la transaction avec le failli* » ou encore de « *person privy* », conformément à la version anglaise de l'article 100 L.F.I., ferait partie de la discrétion judiciaire que cet article confère au juge. Cette proposition du Syndic nous apparaît erronée.

Premièrement, la définition de l'expression « *personne ayant intérêt à la transaction/person privy* » est une question de droit. Deuxièmement, la qualification d'une personne à titre de « *personne ayant intérêt à la transaction* » est une question de fait. Troisièmement, la discrétion judiciaire qu'exerce le juge en vertu de l'article de l'article 100(2) L.F.I. se limite à accorder ou non au Syndic la différence entre la contrepartie réellement reçue par le failli et la juste valeur du marché pour les biens sur lesquels portait la transaction.

⁸³ *Housen c. Nikolaisen*, (2002) CSC 33.

⁸⁴ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 131.

Le Syndic favorise une interprétation libérale de l'expression « *privy* » et prétend qu'une telle interprétation serait conforme à l'intention du législateur. Les Frères Wise ayant été des « *partakers* » dans la transaction, cela suffirait pour en faire des « *persons privy* »⁸⁵.

Pourtant, les précédents judiciaires ont défini autrement l'intention du législateur : l'article 100 L.F.I. vise essentiellement des cessions simulées ou frauduleuses entre des proches ou des tiers dans le but de soustraire des biens de la faillite.

Le Syndic voit dans l'affaire dans *Re : Claubert Products Corp. Ltd.*⁸⁶, la confirmation qu'un administrateur peut être condamné en vertu de l'article 100 L.F.I. lorsque seule sa connaissance est en cause. Pourtant, contrairement aux prétentions du Syndic, l'administratrice de cette compagnie avait permis le détournement des fonds de l'entreprise au profit de son frère et de son père. Il s'agissait encore une fois d'un cas de fraude.

Il n'existe généralement pas en droit de situation où une personne ayant eu simplement connaissance d'une transaction, est condamnée à payer une contrepartie quelconque reliée à celle-ci, sauf s'il y a eu fraude, autre intention douteuse ou bénéfice personnel. L'article 100 L.F.I. permettant au syndic de réclamer la différence à toute personne qui aurait été « *privy* » à la transaction, cette portée élargie confirmerait l'intention du législateur de limiter l'application de l'article aux seuls cas de fraude ou de détournement à des fins personnelles.

L'interprétation de la Cour d'appel est conforme aux deux versions du texte de loi. « *Privy* » veut également dire « *a person having a part or interest in any action, matter or thing* », tel que cité par la Cour d'appel⁸⁷. Cette définition

⁸⁵ Jugement de première instance, page 79.

⁸⁶ *Re: Claubert Products Corp. Ltd.* (1983) 51 CBR (n.s.). 38.

⁸⁷ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 138; voir aussi *Clarkson Co. Ltd. v. White*, (1979) 32 C.B.R. (NS) 25.

s'apparente mot pour mot à l'expression de la version française de l'article 100 L.F.I..

Le Syndic propose diverses définitions du mot « *intérêt* » afin d'attaquer l'interprétation de la Cour d'appel :

« The French version of s. 100(2) uses, in place of "privy", the words "ayant intérêt" or "having an interest". The definitions of "interêt" or "interest" are very broad and include:

- "Importance donnée à quelque chose...**attention**". [emphasis added]
- "**desservir**. Épouser les intérêts d'une personne, d'un groupe – **cause**". [emphasis added]
- "Something which a person has in a thing when that person has advantages, **duties, liabilities**, losses or rights connected with it". [emphasis added]
- "A person is said to have an interest in a thing when he has rights, advantages, **duties, liabilities**, losses or the like connected with it..."⁸⁸ ».

Nous croyons que les deux définitions françaises sont sans intérêt. Quant aux deux définitions anglaises (*a person is said to have an interest in a thing when he has rights, advantages, duties, liabilities, losses or the like connected with it...*). Nous croyons que le Syndic se trompe. Les « *duties* » et « *liabilities* » des administrateurs sont envers la compagnie qu'ils dirigent et ne se rapportent pas à la transaction intervenue entre la compagnie et un tiers. Sauf en cas de fraude, l'administrateur ne sera pas responsable (*liabilities*) ni n'a-t-il le devoir (*duties*) par rapport à une transaction contractée par la compagnie envers le tiers⁸⁹.

L'interprétation de l'expression « *personne ayant intérêt* » par la Cour d'appel est conforme avec la définition du mot « *intérêt* », soit « *recherche de son avantage*

⁸⁸ Mémoire du syndic, paragraphe 127.

⁸⁹ *Scotia McLeod Inc. v. Peoples Jewellers Ltd.*, (1995) 26 O.R. (3d) 48, page 7.

personnel »⁹⁰. Les Frères Wise n'étant pas des personnes ayant eu intérêt à la transaction avec le failli, n'ayant pas reçu de bénéfice ou autre avantage de la transaction, le recours du Syndic en vertu de l'article 100 L.F.I. devrait être purement et simplement rejeté contre eux.

5.4 EXERCICE D'UNE DISCRÉTION JUDICIAIRE

Même si le Syndic réussit à prouver tous les éléments prévus à l'article 100 L.F.I., le tribunal conserve la discrétion de ne pas octroyer un jugement en sa faveur. Cette discrétion ne doit être appliquée que dans des cas de fraude et de malhonnêteté économique. Selon la Cour d'appel d'Ontario, la bonne foi des personnes impliquées, leur intention et la remise d'une juste valeur sont tous des éléments à considérer dans l'exercice de cette discrétion⁹¹.

Nous croyons que le premier juge n'a pas correctement motivé l'exercice de sa discrétion judiciaire. Celui-ci conclut simplement qu'il y avait absence de juste valeur marchande sans égard à ses constats concernant la bonne foi des Frères Wise et l'absence de bénéfice personnel. En agissant ainsi, le premier juge a refusé d'exercer sa discrétion judiciaire. Il a appliqué l'article 100 L.F.I. comme si seule sa conclusion portant sur la considération était pertinente.

Une cour d'appel peut intervenir et exercer un pouvoir de révision d'une décision discrétionnaire d'un jugement de première instance. Comme l'enseigne la Cour suprême, les décisions discrétionnaires ne sont pas entièrement à l'abri de tout contrôle⁹².

La Cour d'appel n'a pas réformé l'appréciation des faits du premier juge. Son intervention se limite à identifier de nombreuses conclusions factuelles du

⁹⁰ Le Nouveau Petit Robert, éd. revue et amplifiée de 1994.z

⁹¹ *Standard Trustco v. Standard Trust Co.*, (1995) 36 C.B.R. (3d) 2, page 25.

⁹² *R c. Regan* [2002] 1 R.C.S. 297, par. 118 et *Colombie-Britannique (Ministre des forêts) c. Bande indienne Okanagan*, (2003) C.S.C. 71, par. 43-44.

premier juge qui ont simplement été omises ou écartées par celui-ci dans l'exercice de sa discrétion judiciaire malgré leur importance. La Cour d'appel décrit minutieusement les éléments de preuve qui contribuent à l'erreur manifeste du premier juge dans les inférences qu'il tire des éléments de preuve⁹³. En refusant d'évaluer l'importance de plusieurs éléments factuels, le premier juge se serait trompé sur les considérations nécessaires à l'exercice de sa discrétion judiciaire.

Finalement, nous croyons qu'un facteur important ignoré par le premier juge devrait convaincre la Cour suprême de ne pas intervenir. Dans son évaluation des sommes que devrait Wise à Peoples en raison de la nouvelle politique d'achat, le premier juge conclut qu'il doit procéder à un ajustement en faveur de Wise afin de compenser celle-ci pour l'aide financière qu'elle apportait à Peoples. Si Wise recevait des marchandises de Peoples, dont certaines demeuraient impayées au moment de la faillite, Wise du même souffle, octroyait une importante aide financière à Peoples en assumant une partie des dépenses générales et administratives de cette dernière. Nous croyons que le premier juge a erronément limité son analyse de cette considération reçue par Peoples à une période de 12 mois précédant la faillite⁹⁴.

En effet, ayant conclu que l'aide financière que Wise octroyait à Peoples à l'égard des dépenses générales et administratives faisait partie de la considération réelle que Wise payait à Peoples pour les marchandise qui lui étaient transférées, le premier juge devait fixer la valeur de cette considération en fonction de l'aide financière fournie par Wise depuis l'acquisition de Peoples et ne pas restreindre celle-ci aux 12 mois précédant la faillite. S'il avait agi ainsi, le premier juge aurait été forcé de conclure, en utilisant les chiffres qu'il a

⁹³ Jugement de la Cour d'appel, paragraphes 148 à 155.

⁹⁴ *A.E.M. Video Only Inc. (Trustee of) v. Video Only Inc.*, (1999) Carswell B.C. 335, par. 55 et 59, (B.C. Sup. Ct.) et *Godin(Syndic de)*, J.E. 2000-1969 (C.S.), pp. 9 et 10.

reconnus comme valables, que Peoples avait reçu une considération supplémentaire de 6 038 650 \$ et que cette considération supplémentaire annulait complètement la valeur résiduelle de l'endettement inter-corporatif qui, selon les calculs du premier juge, totalisait 4 437 115 \$ au moment de la faillite.

Autrement dit, le premier juge a exercé sa discrétion judiciaire afin de condamner personnellement les administrateurs de Peoples pour une prétendue dette impayée par Wise alors que dans les faits, lorsqu'on analyse l'ensemble des transactions commerciales entre les deux compagnies depuis la date d'acquisition, mais nous croyons qu'il faut inévitablement conclure que c'est Peoples qui était réellement endettée envers Wise. En soi, le jugement de première instance constituerait une injustice contraire aux objectifs de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et équivaldrait à sanctionner un enrichissement sans cause.

6. CONCLUSION

Il va sans dire que la communauté des affaires attend avec grand intérêt la décision qui sera rendue sous peu par la Cour suprême. Si celle-ci tranche en faveur des Frères Wise, les administrateurs de compagnie pourront mieux comprendre l'étendue réelle de leurs devoirs envers ces sociétés qu'ils dirigent. Dans un tel environnement, les administrateurs pourront décider seuls où résident les meilleurs intérêts des compagnies qu'ils dirigent, à l'intérieur de balises bien définies.

Si le Syndic a gain de cause, le sujet de la responsabilité des administrateurs sera discuté, étudié et débattu fréquemment au cours des prochaines années. Comme le disait Me Harry Underwood cité dans le *National Post* quelques jours avant l'audition devant la Cour suprême, les administrateurs, advenant une victoire du Syndic, ne voudront pas s'aventurer dans les eaux troubles de l'insolvabilité corporative sans l'intervention régulière de leurs conseillers juridiques :

« But the bigger concern is that in difficult times, directors will be confronted with the dilemma of having to choose between the interests they are ordinarily supposed to be looking after – the interest of the company – and the interest of third party creditors. They may well conflict, and how do you serve both interests?

What it means is that in bad times, directors might have to keep a lawyer in their board room to advise them in the increasingly complicated duties, the way they do now in the case of take-over bids. »

Également, les décisions des administrateurs pourront beaucoup plus facilement faire l'objet de révision judiciaire. Une situation qui, du point de vue de la stabilité des transactions commerciales, n'est pas probablement pas souhaitable.