

**LA GESTION D'ENTREPRISE ET LA RESPONSABILITÉ DES ADMINISTRATEURS
DANS UN CONTEXTE DE FAILLITE : LA DÉCISION DE LA COUR SUPRÊME DU
CANADA DANS L'ARRÊT PEOPLES C. WISE**

M^e Éric Lalanne
Responsable du secteur litige

Troisième édition *Insight*
Insolvabilité et restructuration
commerciale
19 avril 2005



TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction.....	1
2.	Les faits	2
3.	La responsabilité des Frères Wise sous l'article 122 de la <i>Loi sur les sociétés par actions</i>	4
3.1	Introduction.....	4
	i) Historique des principes de la Common Law	4
	ii) Adoption de la Loi canadienne sur les sociétés par actions (LCSA).....	8
3.2	État du droit avant l'arrêt Peoples	10
	i) L'interprétation de l'article 122(1)a LCSA : Devoir de loyauté	10
	ii) L'interprétation de l'article 122 (1)b LCSA : Devoir de diligence et de compétence	12
3.3	L'analyse de la Cour suprême	14
	i) Devoir de loyauté	14
	ii) Devoir de loyauté : groupement corporatif.....	18
	iii) Devoir de loyauté: créanciers.....	25
	iv) Devoir de diligence et de compétence	34
4.	La responsabilité des Frères Wise sous l'article 100 de la <i>Loi sur la faillite et l'insolvabilité</i> (LFI)	39
4.1	Objectifs de l'article 100 LFI.....	39
4.2	Conspicuously less / manifestement inférieur	40
4.3	Privy.....	41
5.	Conclusion	43

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 auraient failli à leurs devoirs d'administrateurs prévus à l'article 122 de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (LCSA) 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* (LFI)¹. Même s'ils n'ont commis aucun geste malhonnête, aucune fraude et n'ont retiré aucun avantage personnel des décisions contestées par le syndic, 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 LFI.²

En mai 2004, la Cour suprême du Canada a entendu l'appel du Syndic. Son jugement a été rendu le 29 octobre 2004. La Cour suprême n'a pas retenu la définition des devoirs des administrateurs telle proposée par le juge Greenberg.³ Néanmoins, cette décision modernise l'ensemble des règles juridiques qui s'appliquent à chacun de ces devoirs et

¹ *Magasins à Rayons Peoples Inc. (faillite de): Caron Bélanger Ernst & Young Inc., syndic c. Lionel Wise et al*, J.E. 99-318.

² *Magasins à Rayons Peoples Inc. (faillite de): Lionel Wise et al c. Caron Bélanger Ernst & Young Inc.*, [2003] R.J.Q. 796.

³ *Magasins à Rayons Peoples Inc. (syndic de) c. Wise*, [2004] 3 R.C.S. 461.

fournit aux administrateurs des balises, tant attendues, sur comment répondre à ces devoirs.

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 45 000 000 \$ 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 15 000 000 \$ 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.

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

Le Syndic prétendait 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 administrateurs.⁴

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 échouent, pourraient causer la perte de l'entreprise : « *It was a mercantile adventure involving risk, and not a mere trustee investment* ». ⁵

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

⁴ *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.

⁵ *In re : New Mashonaland Explorator Co.*, (1892) 3 Ch 577, page 582.

interests of the company, and not for any collateral purpose. »⁶

Avant l'adoption de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* (« LCSA »)⁷, 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 :

« 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. »⁸

- *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

⁶ *Re Smith & Fawcett, Ltd.*, [1942] Ch. 304, page 306; voir aussi *Shuttleworth v. Cox Brothers & Co.*, [1927] 2 K.B. 9, page 23.

⁷ L.R.C. (1985), ch. C-44.

⁸ *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.

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. »⁹

« It is perhaps only another way of stating the same proposition to say that directors are not liable for mere errors of judgment. »¹⁰

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 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 willful 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 willful 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. »¹¹

Toujours avant l'adoption de la LCSA, 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. »¹²

⁹ *Re Faure Electric Accumulator Company*, (1888) 40 Ch. 141, pages 152 et 153.

¹⁰ *In re City Equitable Fire Insurance Company Limited*, [1925] Ch. 407, page 429.

¹¹ *Ibid.*, page 434, voir aussi page 468.

¹² *Crevier c. Paquin*, [1975] C.S. 260, page 265 (l'honorable juge Charles Gonthier).

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. »¹³

ii) Adoption de la Loi canadienne sur les sociétés par actions (LCSA)

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 LCSA¹⁴.

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 »¹⁵

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

¹³ John L. HOWARD, "Directors and Officers in the Context of the Canada Business Corporations Act", (1975), Meredith Memorial Lectures 282, page 297.

¹⁴ S.C. 1974-75-76, ch. 33.

¹⁵ 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.

« 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 :

« 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. » (caractères gras ajoutés)¹⁶

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 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. »¹⁷

3.2 ÉTAT DU DROIT AVANT L'ARRÊT PEOPLES

i) L'interprétation de l'article 122(1)a) LCSA : Devoir de loyauté

Même si la LCSA a plus de 25 ans, les décisions traitant de l'article 122 étaient à toutes fins pratiques inexistantes. On retrouve des textes similaires à l'article 122

¹⁶ John L. HOWARD, loc. cit., note 10, aux pages 288, 293, 297 et 298.

¹⁷ *Ibid.*, aux pages 302 et 303.

dans certaines dispositions de la LCSA et d'autres textes législatifs. Les précédents analysant ces autres dispositions étaient tout aussi rares mais permettaient quand même d'établir, avant l'arrêt *Peoples*, certains principes.

Dans l'arrêt *Blair*¹⁸, 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 LCSA.

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 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

¹⁸ *Blair c. Consolidated Enfield Corporation*, [1995] 4 R.C.S. 5.

être refusée que dans les cas de mauvaise foi. Il faut maintenir l'équilibre. » (passage de la version anglaise ajouté) ¹⁹

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.* ». ²⁰

ii) **L'interprétation de l'article 122 (1)b) LCSA : 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) LCSA ²¹ Le juge Robertson procède à une longue analyse de l'article 122 LCSA pour conclure que les dispositions de la LCSA 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

¹⁹ *Ibid.*, page 64.

²⁰ *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.

²¹ (1997) 149 D.L.R. (4th) 297.

upgraded by statute. »²²

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) LCSA :

« ...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.... »²³

Ainsi, avant l'arrêt Peoples, l'analyse du devoir de diligence et de compétence prenait en considération l'expérience et les habiletés des personnes ayant pris la décision attaquée. Il ne s'agissait pas de savoir ce qu'aurait fait une personne raisonnable et compétente. On exigeait des personnes impliquées qu'elles aient agi avec diligence eu égard aux talents et à l'expérience qu'elles possédaient.

De façon concrète, le moyen de défense basé sur la subjectivité du geste imposait une certaine retenue aux tribunaux dans leur analyse du comportement de l'administrateur. Encore une fois, les tribunaux devaient éviter le piège de substituer leurs propres décisions à celles que les administrateurs ont prises de bonne foi.²⁴

Tout comme J. Howard, le professeur Iacobucci considérait que l'article 122(1)(b) n'avait pas modifié la portée réelle du concept du *duty of care* élaboré par la Common Law : « *However, the "gross negligence" standard continues today.* »²⁵

²² *Ibid.*, aux pages 313, 314 et 315.

²³ *Canada (PG) c. McKinnon*, [2001] 2 CF 203.

²⁴ *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.

²⁵ E. M. IACOBUCCI, *Id.*, page 347; voir aussi Maurice et Paul MARTEL, op. cit., note 17, page 23-20.

3.3 L'ANALYSE DE LA COUR SUPRÊME

i) Devoir de loyauté

Le Syndic reprenait les reproches formulés 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*".²⁶

Ces 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.

Le premier juge écartait 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 semblait avoir traité les deux devoirs comme s'il s'agissait d'un seul. En effet, le premier juge formulait plusieurs reproches à l'attention des Frères Wise quant à leur devoir de loyauté, en analysant celui-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.

²⁶ Mémoire du Syndic déposé à la Cour suprême, paragraphes 35 et 36.

La Cour suprême utilise l'expression « obligation fiduciaire » et non celle du « devoir de loyauté » retenue majoritairement par la doctrine au cours des années.

Cette obligation fiduciaire s'explique par la nature du mandat que l'assemblée des actionnaires confie aux administrateurs : la gestion du bien d'autrui. Il s'agit d'une obligation stricte. Il est acquis depuis longtemps qu'en vertu de cette obligation, les administrateurs

- doivent éviter les conflits d'intérêts avec la compagnie.
- ne doivent pas profiter du poste qu'ils occupent pour tirer un avantage personnel.
- doivent préserver la confidentialité des renseignements auxquels ils ont accès, et
- doivent servir la compagnie de manière désintéressée, avec loyauté et intégrité.²⁷

La frontière entre les intérêts de la société et les intérêts personnels des administrateurs est parfois difficile à tracer. Parce qu'ils possèdent souvent des actions de la compagnie ou par la formule de rémunération de leurs services qui est souvent liée aux résultats de l'entreprise, les administrateurs s'enrichissent nécessairement grâce aux activités de la compagnie, ce qui semblerait contraire à la définition classique de l'obligation de fiduciaire développée par la Common law.

Selon la Cour suprême, la *nature particulière* de l'obligation fiduciaire des administrateurs permet à ceux-ci de bénéficier des avantages de leur charge sans nécessairement contrevenir à cette obligation :

« Cependant, il n'est pas obligatoire que les administrateurs et les dirigeants évitent dans tous les cas les gains personnels résultant

²⁷ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 35.

directement ou indirectement de la surveillance ou de la gestion intègre et de bonne foi de la société. Dans bien des cas, les intérêts des administrateurs et des dirigeants coïncident par hasard mais légitimement avec ceux de la société. Si les administrateurs et les dirigeants sont aussi actionnaires, comme c'est souvent le cas, leur situation s'améliorera automatiquement en même temps que la situation financière de la société. Il en sera de même de la rémunération que les sociétés versent à leurs administrateurs et dirigeants. S'il est raisonnable, cet avantage, même s'il est versé par la société, n'entraîne habituellement pas la violation de leur obligation de fiduciaire. »²⁸

Au cours du procès de première instance, le syndic n'a pas cherché à démontrer que l'adoption de la nouvelle politique d'achat avait été motivée par l'appât d'un gain personnel des administrateurs. Par contre, la thèse défendue par le syndic reprochait aux administrateurs d'avoir eu recours à la nouvelle politique d'achat pour subventionner les opérations de Wise. La survie de Wise permettait aux administrateurs de préserver leurs généreux salaire et comptes de dépenses.

D'une façon assez catégorique, la Cour suprême, en parlant des frères Wise, affirme qu'il « est impossible de conclure qu'ils ont manqué à leur obligation fiduciaire »²⁹, à la lumière des constatations factuelles suivantes du premier juge :

- il n'y a eu ni fraude ni malhonnêteté de la part des frères Wise;
- absence d'éléments de preuve de l'existence d'un intérêt personnel, et
- absence d'éléments de preuve d'une fin illégitime justifiant la nouvelle politique d'achat.

Peoples et Wise étaient confrontés à d'importants problèmes concernant la gestion des inventaires. Les administrateurs ont identifié le problème et 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

²⁸ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 39.

²⁹ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 40.

fardeau de faire la preuve d'un « *improper purpose* » de la part des administrateurs. La nouvelle politique d'achat n'était pas le fruit d'un stratagème complexe pour vider les coffres de Peoples au profit de Wise.

Les conséquences néfastes de la décision des administrateurs et leur incapacité de prévoir celles-ci sont du ressort du devoir de diligence et de compétence et non de l'obligation fiduciaire.

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. Selon le Syndic, la Cour d'appel avait erronément réduit le devoir de loyauté à une évaluation de l'honnêteté des administrateurs:

« 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. »³⁰

Dans son mémoire, le Syndic était d'avis que les tribunaux pouvaient écarter la décision des administrateurs sur la foi d'un manquement à l'obligation fiduciaire, si son échec ou les conséquences néfastes y reliées étaient objectivement prévisibles.

Sans le dire ouvertement, la Cour suprême semble avoir rejeté cette interprétation de l'obligation fiduciaire en introduisant le concept de « meilleure entreprise ». La Cour y fait référence en traitant des éléments factuels retenus par la celle-ci pour conclure en faveur des administrateurs

«...et compte tenu de la preuve d'une volonté de faire de Wise et de Peoples de "meilleures" entreprises, nous concluons que les

³⁰ Mémoire du syndic déposé à la Cour suprême, par.38.

administrateurs n'ont pas manqué à leur obligation fiduciaire énoncée à l'al. 122(1)(a) de la LCSA. »³¹

Quelle est la portée réelle de ce passage? La volonté de faire d'une compagnie une meilleure entreprise est-elle uniquement un moyen de défense à la portée des administrateurs ou s'agit-il d'un devoir complémentaire imposé aux administrateurs ? Autrement dit, agir de bonne foi et au mieux des intérêts de la compagnie implique-t-il, en tout temps, une volonté de faire de la compagnie meilleure entreprise? Cette volonté est-elle compatible avec le statut quo ?

Nous préférons analyser ce passage du jugement de la Cour suprême dans la foulée des arrêts *Olson* et *Teck Corporation Ltd.* qui exigeaient des administrateurs une preuve à l'effet que «the directors honestly believed that they were acting in the best interests of the company... ». Ainsi par la preuve qu'ils ont agi dans l'espoir de faire de leur compagnie une meilleure entreprise, les administrateurs disposent des outils requis pour défendre les attaques dirigées à l'encontre de leurs décisions.

ii) Devoir de loyauté : groupement corporatif

Le premier juge était d'avis que les Frères Wise avaient 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 plaidait que la nouvelle politique d'achats ne pouvait, 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.

Cette conclusion ignorait totalement la réalité des choses et le fait que la faillite de Wise provoquerait également la déconfiture de Peoples. La faillite de Wise

³¹ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 41.

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 finances.³² Sans compter que Wise et Peoples étaient solidairement responsables des créances dues à Marks & Spencer et à la Banque Toronto-Dominion.

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

Avant l'arrêt Peoples, les tribunaux canadiens n'avaient pas répondu à ces questions. Avant d'aborder la solution retenue par la Cour suprême, voici un survol de certains précédents étrangers sur le sujet.

³² Jugement de première instance, page 101.

Commonwealth britannique

Le premier juge citait la doctrine commentant la décision *Charterbridge Corporation Ltd v. Lloyd's Bank Ltd*³³, laquelle imposerait aux dirigeants l'obligation de ne pas sacrifier les intérêts d'une filiale au seul profit des intérêts d'un groupe corporatif.³⁴

L'opinion du juge Pennycuik est toutefois plus nuancée. En voici 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.

« 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 favorable opportunity.

³³ *Charterbridge Corporation Ltd v. Lloyd's Bank Ltd*, [1970] 1 Ch. 62.

³⁴ Jugement de première instance, pages 57 à 59.

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. »³⁵

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.

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 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

³⁵ *Chaterbridge Corporation Ltd. v. Lloyd's Bank Ltd.*, [1970] 1 Ch. 62. page 67.

liquidation of Electronics. »³⁶

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 filiale.³⁷

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; 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

³⁶ *Re Soundcraft Electronics Ltd. exp Nicholas*, (1992), B.C.C. 895, paragraphes 1, 13, 14 et 19.

³⁷ *Nicholson v. Permakraft (N.Z.) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242, à la page 251.

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. »³⁸

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. »³⁹

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.

Canada

La solution américaine quant au devoir de loyauté envers la compagnie-mère a eu ses échos au Canada comme l'enseignaient 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. »⁴⁰

³⁸ *Ibid.*, pages 251 et 253.

³⁹ *Anadarko Petroleum Corporation v. Panhandle Eastern Corporation*, Del. Supr., 545 A.2d. 1171 (1988) page 1174.

⁴⁰ Tom HADDEN, Robert FORBES et Ralph SIMMONDS, *Canadian Business Organisation Law* Toronto, Butterworths, 1984, page 623.

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.* »⁴¹

La Cour d'Appel avait reconnu qu'il était 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.* »⁴²

La Cour suprême n'aborde pas la question uniquement sous l'angle des regroupements corporatifs. Celle-ci aborde la question par le biais de son analyse des intérêts divergents des différents groupes de personnes intéressées par les activités de la compagnie (les soi-disant « stakeholders ») :

« Pour ce qui est de l'expression fiduciaire prévue par la loi, il est évident qu'il ne faut pas interpréter l'expression « au mieux des intérêts de la société » comme si elle signifiait simplement « au mieux des intérêts des actionnaires ». D'un point de vue économique, l'expression « au mieux des intérêts de la société » s'entend de la maximisation de la valeur de l'entreprise...

Les administrateurs et les dirigeants ont en tout temps leur obligation fiduciaire envers la société. Les intérêts de la société ne doivent pas se confondre avec ceux des actionnaires, avec ceux des créanciers ni avec ceux de toute autre partie intéressée. »⁴³

⁴¹ *Colborne Capital Corporation v. 542775 Alberta Ltd.*, (1999) ABGA 14, paragraphe 208.

⁴² 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.

⁴³ Jugement de la Cour suprême, paragraphes 42 et 43.

En agissant au mieux des intérêts de la compagnie, les administrateurs peuvent prendre une décision qui favorise les intérêts d'un groupe de personnes. La décision ne doit pas être analysée en fonction de ses conséquences sur chacun de ces groupes aux intérêts divergents mais bien en fonction des avantages qu'elle apporte à la compagnie. L'exemple classique : une augmentation de salaire. Elle apporte un gain immédiat aux employés, elle réduit d'autant les dividendes qui peuvent être versés aux actionnaires. Si, conformément au modèle classique, les administrateurs devaient agir uniquement en fonction du mieux des intérêts des actionnaires, on pourrait invoquer un manquement à leur obligation fiduciaire. En limitant cette obligation aux seuls intérêts de la compagnie, les administrateurs peuvent justifier celle-ci par leur désir d'assurer la survie de l'entreprise en évitant une grève, maximiser la productivité grâce à des employés satisfaits de leur traitement, augmenter les profits à moyen terme et ainsi augmenter la valeur des actions.

Il est impossible d'aborder la question des groupes d'intéressés sans s'attarder à la situation des créanciers de la compagnie.

iii) Devoir de loyauté: créanciers

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.* »⁴⁴

Malgré l'absence de décision canadienne, le premier juge avait conclu que les Frères Wise avaient manqué à leur devoir envers les créanciers de Peoples, lequel découlerait de principes sous-jacents à l'article 122 LCSA. Ainsi, les administrateurs, afin d'agir en fonction des meilleurs intérêts de la compagnie,

⁴⁴ Maurice et Paul MARTEL, op. cit., note 17, pp. 23-50 et 23-51.

devaient prendre en considération les meilleurs intérêts des créanciers. Le premier juge affirmait pouvoir s'inspirer de décisions du Commonwealth britannique et avait déclaré que le droit canadien devrait évoluer vers de conclusions similaires. Il reprenait avec approbation l'opinion du juge Cooke dans l'affaire *Nicholson*⁴⁵.

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 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.

Le premier juge s'inspirait 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.*⁴⁶

Les affaires *Kinsella* et *West Mercia Safetywear* sont semblables. Les compagnies impliquées étaient insolvables 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

⁴⁵ *Nicholson c. Permakraft (NZ) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242.

⁴⁶ [1986] 4 N.S.W.L.R. 722, (1988) 4 B.C.C. 30; [1987] 1 All E.R. 114.

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 bénéficiaire 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 bénéficiaire 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 avait conclu que le droit canadien devait évoluer dans le sens de ces décisions. Avec respect, il y était déjà : le droit canadien protège les créanciers contre de telles démarches malhonnêtes.⁴⁷ Nous croyons que l'erreur du juge résidait dans le fait qu'il voyait dans ces décisions, ou à tout le moins dans de courts passages pris hors contexte, un principe général et 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

⁴⁷ 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.

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. »⁴⁸

Également d'Angleterre, le professeur Andrew Keay en conclut que la portée du principe défendu n'était 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 ones, but they acted in good faith, the courts have refrained from holding them liable. »⁴⁹

Malgré les responsabilités accrues des tribunaux au cours des dernières années, la Cour d'appel, en désaccord avec la thèse du premier juge, avait rappelé 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 liberté*. 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

⁴⁸ L.S. SEALY, "Directors Duties – an Unnecessary Gloss", 1988, *C.L.J.* 175, pp. 175, 176 et 177.

⁴⁹ Andrew KEAY, "The directors' duty to take into account the interest of companies' creditors: when is it triggered", [2001] *MULR* 11, pp. 14-15.

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. »⁵⁰

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

« 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. »⁵¹

Par le passé, la Cour suprême avait déjà indiqué que le devoir de loyauté n'existe que dans les cas où l'on retrouve un lien de dépendance ou de

⁵⁰ Jugement de la Cour d'appel, paragraphes 95 et 96.

⁵¹ *Millgate Financial Corporation Limited c. BCED Realty Holdings Limited*, 93-CQ-45025, par. 90.

vulnérabilité.⁵² 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 négociation⁵³. 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 frauduleux.⁵⁴

La Cour suprême ne retient pas l'approche du premier juge qui s'est inspiré de précédents étrangers pour justifier l'existence d'une obligation fiduciaire en faveur des créanciers de la compagnie lorsque celle-ci est insolvable ou est sur le point de le devenir. L'obligation fiduciaire est due à la compagnie. Les intérêts de la compagnie ne doivent pas s'assimiler à ceux de ses créanciers, ni des autres groupes de personnes aux intérêts divergents.⁵⁵

La Cour suprême reconnaît la logique défendue par ceux qui ont soutenu la thèse favorable aux créanciers. Les intérêts de la compagnie, des actionnaires et des créanciers sont au diapason lorsque l'entreprise génère d'importants profits et dispose des liquidités requises pour honorer toutes ses obligations. Lorsque la situation financière se détériore et que la compagnie devient insolvable, leurs intérêts contradictoires s'opposent. La société cherche à passer à travers la tempête et redevenir rentable tout en faisant preuve de transparence. Les actionnaires, qui ont déjà perdu leur investissement, sont prêts à prendre d'importants risques, quitte à jouer le tout pour le tout. Les créanciers préfèrent fermer les portes le plus rapidement possible et ainsi avoir plus d'actifs à liquider en paiement de leur créance.

⁵² *Lac Minerals c. International Corona Resources*, [1989] 2 R.C.S. 575, pages 599 et 600.

⁵³ *Cadbury Schwepps Inc. c. FBI Foods Ltd*, [1999] 1 R.C.S. 142, par. 30.

⁵⁴ *Lac Minerals c. International Corona Resources*, [1989] 2 R.C.S.575, pages 606 et 607.

⁵⁵ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 43.

La compagnie étant insolvable, seuls les créanciers ont un intérêt réel et direct dans sa destinée. Il n'y a plus assez d'actifs pour permettre aux actionnaires de récupérer leur investissement, seules les créances des différents fournisseurs restent à risque. Plus la compagnie opère à perte, moins ils pourront récupérer.

La faille avec ce modèle c'est qu'il place les administrateurs dans une situation intenable. Si l'on accepte que l'obligation fiduciaire est redevable à un groupe d'intéressés plutôt qu'un autre en fonction des circonstances économiques qui prévalent à un moment donné, l'on doit également conclure que tous les groupes d'intéressés disposent du même droit et que les circonstances du moment englobent toutes les situations auxquelles l'entreprise est confrontée, qu'elles soient économiques ou non.

La Cour suprême clôt ce débat en limitant l'obligation fiduciaire aux seuls intérêts de la compagnie, tout en reconnaissant qu'il y aura toujours, en cas de succès, convergence de ces intérêts autrement opposés :

« L'obligation fiduciaire des administrateurs reste la même lorsqu'une compagnie se trouve dans la situation que décrit l'expression nébuleuse « au bord de l'insolvabilité ». Cette expression n'est pas définie; elle ne peut être définie et n'a aucune signification en soi. Elle vise manifestement à illustrer une détérioration de la stabilité financière de la société. Dans l'évaluation des mesures prises par les administrateurs, il est évident que toute tentative faite avec intégrité et de bonne foi pour redresser la situation financière de la société aura, si elle réussit, conservé une valeur pour les actionnaires tout en améliorant la situation des créanciers. En cas d'échec, on ne pourra y voir un manquement à l'obligation fiduciaire prévue par la loi. »⁵⁶

Le message lancé par la Cour suprême aux administrateurs de compagnies insolubles est assez limpide : agissez au mieux des intérêts de la compagnie et n'abusez pas des droits de vos créanciers :

⁵⁶ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 46.

« Pour concilier ces intérêts opposés, il incombe aux administrateurs d'agir avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. En utilisant leurs compétences au profit de la société lorsqu'elle a des difficultés financières, les administrateurs doivent essayer d'agir au mieux des intérêts de la société en créant une « meilleure » société, et éviter de favoriser les intérêts d'un groupe d'intéressés en particulier. »⁵⁷

C'était l'une des incongruités du jugement de première instance. Sans faire référence aux dispositions de l'article 241 LCSA en matière d'abus (communément appelé le recours en oppression) et toute la jurisprudence qui définissait les droits et recours des créanciers à l'encontre de tels abus de la part des administrateurs, le premier juge avait créé de toute pièce un nouveau régime de responsabilité des administrateurs en faveur des créanciers. À première vue ce nouveau régime était plus généreux et plus facilement accessible que le régime relié aux cas d'abus, alors que seul ce dernier est spécifiquement prévu par la loi :

« L'article 241 de la LCSA prévoit un mécanisme qui permet aux créanciers d'obtenir la protection de leurs intérêts en cas de conduite préjudiciable des administrateurs. À notre avis, l'existence d'un recours aussi général en cas d'abus de droit remet en cause l'utilité apparente d'étendre aux créanciers l'obligation fiduciaire imposée aux administrateurs par l'al. 122(1)a) de la LCSA. »⁵⁸

D'ailleurs, un auteur commentait ainsi cette cohabitation entre le devoir envers les créanciers et le recours pour abus/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.

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

⁵⁷ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 47.

⁵⁸ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 51.

conduct by directors that is prejudicial to, or that disregards, their interest.»⁵⁹

Quant au recours en cas d'abus/oppression, voici un bref survol des critères développés par les tribunaux lorsque le créancier recherche la condamnation personnelle des administrateurs. 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.»⁶⁰

Toujours en matière de recours pour abus/oppression, 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. Scotia McLeod 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

The decided cases in which employees and officers of companies have been found personally liable for

⁵⁹ D. THOMSON: "Directors, Creditors and Insolvency: A Fiduciary Duty or a Duty not to Oppress?", (2000) 50 *U.T.L.R.* 1, p. 51.

⁶⁰ *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.

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. »⁶¹

iv) **Devoir de diligence et de compétence**

La Cour d'appel avait conclu que l'adoption de la nouvelle politique d'achats constituait tout au plus une « *honest error of business judgment* ». ⁶² Le Syndic avait attaqué cette conclusion puisque selon ce dernier l'utilisation par la Cour du mot « *honest* » dans l'expression « *honest error of business judgment* » signifiait que la seule bonne foi de l'administrateur suffirait pour l'exonérer.

La Cour d'appel avait 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 in the reasonable person language*) et sur une base subjective (*inherent in individual considerations like "skills" and the idea of "comparable circumstances"*)⁶³. La Cour d'appel avait appliqué ce test et 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,

⁶¹ *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.

⁶² Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 83.

⁶³ *Re Soper and the Queen*, supra, note 18.

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. »⁶⁴

Avant l'arrêt Peoples, il semblait plutôt acquis que le devoir de compétence et de diligence devait répondre à des normes objectives et subjectives. De façon concrète, les tribunaux devaient donc analyser la décision attaquée sur la foi d'un manquement au devoir de compétence et de diligence en fonction de l'individu concerné, des compétences qui lui sont propres et en tenant compte de circonstances telles qu'elles existaient au moment de la décision.

Finalement, personne ne s'y retrouvait vraiment et plusieurs auteurs ont favorisé la thèse selon laquelle seule la grossière négligence et l'aveuglement volontaire provoquaient finalement la responsabilité des administrateurs.⁶⁵

La Cour suprême retient une interprétation du devoir de compétence et de diligence qui s'enlignait avec les objectifs de la Commission Dickerson. Il s'agit d'un devoir qui s'évalue sur une base objective puisqu'il est dans l'intérêt collectif d'imposer plus de rigueur dans la gestion des compagnies :

« Nous préférons la décrire comme une norme objective...

L'apparition de normes plus strictes force les sociétés à améliorer la qualité des décisions des conseils d'administration. L'établissement de règles de régie d'entreprise devrait servir de bouclier protégeant les administrateurs contre les allégations de manquement à leur obligation de diligence. Toutefois, même en présence de règles de régie d'entreprise, les décisions des administrateurs peuvent parfois prêter le flanc aux critiques de tiers. »⁶⁶

⁶⁴ Jugement de la Cour d'appel, paragraphe 86.

⁶⁵ Voir les notes 10 et 22 ci-avant.

⁶⁶ Jugement de la Cour suprême, paragraphes 63 et 64.

Quant à l'intervention du législateur qui avait modifié le texte de l'article 122(1)b) que lui suggérait la Commission Dickerson⁶⁷, celle-ci n'aurait qu'une conséquence toute limitée :

« Ainsi, il devient évident que dans le cas de l'obligation de diligence prévue à l'al. 122(1)b), ce sont les éléments factuels du contexte dans lequel agissent l'administrateur ou le dirigeant qui sont importants, plutôt que les motifs subjectifs de ces derniers, qui sont l'objet essentiel de l'obligation fiduciaire prévue à l'al. 122(1)a) de la LCSA...

La méthode contextuelle dictée par l'article 122(1)b) de la LCSA fait ressortir non seulement les faits primaires mais elle permet aussi qu'il soit tenu compte des conditions socio-économiques existantes. »⁶⁸

Malgré le fait qu'elle attribue au devoir de compétence et de diligence un critère objectif, la Cour suprême se rallie aux nombreux précédents imposant un important devoir de réserve aux tribunaux:

« En ce qui concerne les mesures prises pour assurer le respect de l'obligation de diligence, les tribunaux canadiens, tout comme ceux des États-unis, du Royaume-Uni, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, ont eu tendance à tenir compte du fait que les administrateurs et les dirigeants ont souvent, en matière commerciale, des connaissances que ne connaissent pas les tribunaux. »⁶⁹

La Cour suprême reconnaît et donne ses lettres de noblesse au *business judgment rule*, un moyen de défense qui s'est développé aux États-unis pour protéger les administrateurs contre les incursions des tribunaux dans le processus décisionnel d'une entreprise :

« De nombreuses décisions prises dans le cours des activités d'une entreprise sont raisonnables et justifiables au moment où elles sont prises, même si elles ont éventuellement conduit à un échec. Des décisions d'affaires doivent parfois être prises dans un

⁶⁷ Voir pages 8 et 9 ci-avant.

⁶⁸ Jugement de la Cour suprême, paragraphes 63 et 64.

⁶⁹ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 64.

contexte où les renseignements sont incomplets, les enjeux sont élevés, et la situation est pressante. On pourrait être tenté de considérer à la lumière de renseignements qui deviennent disponibles ultérieurement que des décisions d'affaires qui n'ont pas abouti étaient déraisonnables ou imprudentes. En raison de ce risque d'examen a posteriori, les tribunaux canadiens ont élaboré à l'égard des décisions d'affaires une règle de retenue appelée, selon la terminologie employée aux États-Unis, la « règle de l'appréciation commerciale ».⁷⁰

La Cour suprême adopte la définition suivante du *judgment business rule*, telle que revue par les tribunaux canadiens :

« Le tribunal examine si les administrateurs ont pris une décision *raisonnable* et non pas la *meilleure* décision. Dès lors que la décision prise conserve un caractère raisonnable, le tribunal ne devrait pas substituer son avis à celui du conseil, même si les événements ultérieurs peuvent avoir jeté le doute sur la décision du conseil. Dans la mesure où les administrateurs ont choisi l'une des diverses solutions raisonnables qui s'offraient, la retenue est de mise à l'égard de la décision du conseil. Cette retenue à l'égard de la décision du conseil est ce qu'on appelle la « règle de l'appréciation commerciale ». Il importe peu que les administrateurs aient écarté d'autres transactions, sauf si on peut démontrer que l'une de ces autres transactions pouvait effectivement être réalisée et était manifestement plus avantageuse pour l'entreprise que celle qui lui a été choisie. »⁷¹

Ainsi, ultimement, les tribunaux n'exigent pas des administrateurs la démonstration qu'ils ont pris la meilleure décision. Il devront cependant établir le caractère raisonnable de leur décision sans avoir à répondre des conséquences de celle-ci.

La décision de la Cour suprême ne permet pas de saisir l'un des enjeux importants du *business judgment rule*. Les tribunaux américains ont imposé aux administrateurs l'obligation de prouver qu'ils ont pris une décision éclairée. Autrement dit, les administrateurs doivent s'assurer qu'ils disposent des informations pertinentes reliées au problème qu'ils doivent résoudre, ou au moins

⁷⁰ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 64.

⁷¹ *Maple Leaf Foods Inc. c. Schneider Corp.* (1998), 42 O.R. (3d) 177, page 192.

démontrer qu'ils ont obtenu ce qu'ils pouvaient obtenir dans les circonstances, à défaut de quoi on leur refusera la protection de ce moyen de défense.⁷²

Cette importance que voue le *business judgment rule* au devoir d'information explique un peu mieux le passage suivant de la Cour suprême :

« On ne considérera pas que les administrateurs et les dirigeants ont manqué à leur obligation de diligence énoncée à l'al. 122(1)b) de la LCSA s'ils ont agi avec prudence et en s'appuyant sur les renseignements dont ils disposaient. Les dispositions prises doivent constituer des décisions d'affaires raisonnables compte tenu de ce qu'ils savaient ou auraient dû savoir. »⁷³

Finalement, la Cour suprême résout ainsi l'éternelle confusion découlant de la cohabitation de principes, a priori incompatibles, tels que la norme objective du devoir de compétence et de diligence, le devoir de réserve des tribunaux et le moyen de défense basé sur le *business judgment rule* :

« Lorsqu'il s'agit de déterminer si les administrateurs ont manqué à leur obligation de diligence, il convient de répéter que l'on n'exige pas d'eux la perfection. Les tribunaux ne doivent pas substituer leur opinion à celle des administrateurs qui ont utilisé leur expertise commerciale pour évaluer les considérations qui entrent dans la prise de décision des sociétés. Ils sont toutefois en mesure d'établir, à partir des faits de chaque cas, si l'on a exercé le degré de prudence et de diligence nécessaires pour en arriver à ce qu'on prétend être une décision d'affaire raisonnable au moment où elle a été prise. »⁷⁴

Autrement dit, l'analyse que feront les tribunaux d'une décision des administrateurs lorsque contestée en vertu du devoir de compétence et de diligence, devra se concentrer non pas sur les résultantes associées à la décision elle-même ni sur la décision qu'auraient autrement prise les tribunaux ou leurs experts à la lumière de leurs appréciations *ex post facto*, mais plutôt sur

⁷² R.K. Bean, "Corporate Director Liability" (1988) 65 Denver O.L. Rev. 59 et 60 et Delzer, "Trends in Corporate Director Liability, (1972) 17 S. Dakota L. Rev., 468.

⁷³ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 67.

⁷⁴ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 67.

le processus décisionnel suivi par les administrateurs de sorte que celui-ci devra convaincre les tribunaux que les administrateurs ont bel et bien exercé le soin, la diligence et la compétence dont aurait fait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

4. LA RESPONSABILITÉ DES FRÈRES WISE SOUS L'ARTICLE 100 DE LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ (LFI)

4.1 OBJECTIFS DE L'ARTICLE 100 LFI

Réduit à sa plus simple expression, l'article 100 LFI 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 LFI ne le stipule pas, l'application pratique de celui-ci par les tribunaux s'est surtout 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. »⁷⁵

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

⁷⁵ 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,.

the good faith of the parties, their intention, and whether fair value has been given for the property. »⁷⁶

L'intention et la bonne foi des parties sont les principaux facteurs à considérer lors de l'exercice de cette discrétion.⁷⁷

La Cour suprême partage l'opinion de la Cour d'appel de l'Ontario quant aux critères devant guider les tribunaux dans l'exercice de leur discrétion judiciaire :

« Les principes d'équité encadrent l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire. Nous souscrivons à cette décision. »⁷⁸

4.2 CONSPICUOUSLY LESS / MANIFESTEMENT INFÉRIEUR

La Cour supérieure et la Cour d'appel ont abordé différemment leur analyse des échanges commerciaux entre Wise et Peoples.

Selon le premier juge, Wise, n'ayant pas payé les marchandises livrées au cours des semaines précédant sa faillite, est évidemment coupable d'avoir payé une contrepartie manifestement inférieure à la juste valeur marchande de ses marchandises.

De son côté, la Cour d'appel, en constatant que durant la période d'application de la nouvelle politique, Wise ne devait qu'un solde de 4 444 000 \$ à Peoples, alors que la valeur totale des marchandises reçues était de 71 500 000 \$, a jugé que cet écart ne représentait pas un solde manifestement inférieur à la juste valeur marchande des marchandises. La Cour d'appel n'a pas partagé la conclusion du premier juge à l'effet que les comptes recevables de Peoples n'ont pas été recouverts et n'étaient pas recouvrables.

⁷⁶ *Standard Trustco v. Standard Trust Co.*, (1995) 36 C.B.R. (3d) 1, page 25.

⁷⁷ *Ibid.* et *Re Mendenhall*, (1999) 12 C.B.R. (4th) 271, page 278, par. 28.

⁷⁸ Décision de la Cour suprême, paragraphe 81, en faisant référence à la décision *Standard Trustco Ltd. (Trustee of) c. Standard Trust Co.*, (1995) 26 O.R. (3d) 1.

La Cour suprême est d'accord avec la Cour d'appel à l'effet que le premier juge a commis une erreur manifeste et dominante quant à son appréciation des faits.

Mais ce qu'il faut vraiment retenir de l'intervention de la Cour suprême, celle-ci propose une façon d'interpréter la nature des échanges entre deux parties liées :

« Selon l'arrêt *Skalbania (Trustee of) c. Wedgewood Village Estates Ltd.* (1989), 37 B.C.L.R. (2d) 88 (C.A.), le critère permettant de déterminer si la différence entre la contrepartie et sa juste valeur marchande est « manifestement supérieure ou inférieure » n'est pas de savoir si la différence est manifeste pour les parties au moment de la transaction, mais plutôt si elle l'est pour le tribunal eu égard à tous les facteurs pertinents. Il s'agit d'une méthode judicieuse...

Pour ce qui est des autres facteurs qui seraient pertinents à cette décision, le tribunal peut examiner notamment les facteurs suivants : la preuve de la marge d'erreur dans l'évaluation du type de biens en cause; les évaluations qui ont été faites des biens en cause et la preuve de la croyance sincère des parties en ce qui a trait à la valeur de ces biens; les autres éléments présentés en preuve par les parties pour expliquer la différence entre la contrepartie obtenue et la juste valeur du marché : voir L.W. Houlden et G. B. Morawetz, *Bankruptcy and Insolvency Law of Canada* (3^e éd. (feuilles mobiles)), vol. 2, p. 4-114-1. »⁷⁹

4.3 PRIVY

Pour condamner une personne qui n'était pas directement impliquée dans une transaction sous étude, les tribunaux, en vertu des dispositions de l'article 100 LFI, doivent conclure que cette personne était « une personne ayant intérêt à la transaction » ou encore en vertu de la version anglaise de l'article une « *person privy* ».

Le syndic favorisait une interprétation libérale de l'expression « *privy* » et prétendait qu'une telle interprétation serait conforme à l'intention du législateur.

⁷⁹ Jugement de la Cour suprême, paragraphes 85 et 86.

Les Frères Wise ayant été des « *partakers* » dans la transaction, cela suffirait pour en faire des « *persons privy* ». ⁸⁰

Les Frères Wise défendaient l'hypothèse en vertu de laquelle les précédents judiciaires avaient défini autrement l'intention du législateur : l'article 100 LFI vise essentiellement des cessions simulées ou frauduleuses entre des proches ou des tiers dans le but de soustraire des biens de la faillite.

La Cour suprême, malgré ses conclusions à l'effet que les transactions n'avaient pas été effectuées pour une considération manifestement inférieure (ce qui disposait de cet aspect du litige), décide néanmoins d'aborder la question reliée à l'interprétation de l'expression « personne ayant intérêt/*person privy* ».

Après avoir constaté les approches incompatibles retenues par la Cour supérieure et la Cour d'appel, la Cour suprême adopte une interprétation qui s'accorde avec celle du premier juge :

« L'article 100 de la *LFI* a principalement pour objet d'annuler les effets d'une transaction qui a diminué la valeur des actifs d'un failli. Il est logique d'adopter une conception plus large des termes « ayant intérêt » pour éviter qu'une personne qui pourrait tirer un avantage indirect au détriment des créanciers du failli puissent contrecarrer l'objet réparateur de cette disposition. Il convient de donner aux termes « ayant intérêt » un sens large afin qu'ils s'appliquent aux personnes qui tirent un avantage direct ou indirect d'une transaction tout en sachant que la contrepartie est inférieure à la juste valeur du marché. À notre avis, ce raisonnement est particulièrement pertinent lorsque les personnes qui touchent un avantage sont les instigatrices de la transaction. » ⁸¹

La Cour suprême considère qu'il est approprié de favoriser une interprétation libérale de l'expression « personne ayant intérêt/*person privy* » étant donné que

⁸⁰ Jugement de première instance, page 79.I

⁸¹ Jugement de la Cour suprême, paragraphe 91.

la portée générale de cette expression est aussitôt restreinte par le pouvoir discrétionnaire consenti aux tribunaux par l'article 100 LFI:

« Conclure qu'une personne a « intérêt » à la transaction révisable ne signifie évidemment pas que le tribunal exercera son pouvoir discrétionnaire pour rendre une ordonnance réparatrice contre cette personne. Pour conclure à la responsabilité de cette personne, il doit être démontré que la transaction est effectuée a) au cours de l'année précédente, b) en échange d'une contrepartie manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché, c) au su de la personne en cause, et d) d'une manière qui a permis à la personne de tirer un avantage direct ou indirect. De plus, après avoir examiné le contexte et tous les facteurs ci-dessus, le juge doit conclure qu'il y a lieu dans ce cas d'imposer une responsabilité à la personne. Compte tenu de ces conditions et du pouvoir discrétionnaire exercé par le juge, nous concluons qu'une interprétation large des termes « ayant intérêt » s'impose.⁸²

Ainsi, par cette interprétation de l'expression « personne ayant intérêt/*person privy* », les objectifs visés par l'article 100 LFI, soit la récupération d'actifs au bénéfice de la masse des créanciers, sont assurés tout en permettant aux tribunaux d'écarter les situations où les administrateurs ont agi de bonne foi.

5. CONCLUSION

Finalement, est-ce que l'affaire Peoples n'aura été qu'un feu de paille?

Les spécialistes de l'insolvabilité, lesquels demeurent convaincus que les créanciers des entreprises insolubles méritaient mieux, vous diront que oui et que la décision de la Cour suprême est donc sans intérêt.

Mais pour les avocats spécialisés en matière corporative ou encore en droit des affaires, la décision de la Cour suprême tombe à point.

Les scandales reliés aux faillites des compagnies américaines Enron et World Com, pour ne nommer que celles-là, nous ont rapidement permis de constater que les devoirs

⁸² Jugement de la Cour suprême, paragraphe 92.

des administrateurs n'étaient pas au cœur des préoccupations de la communauté des affaires.

Ces faillites qui ont retenu l'attention de tous, combinées à la décision de la Cour suprême dans l'affaire Peoples, permettent aujourd'hui aux administrateurs de mieux saisir les enjeux associés aux fonctions qu'ils occupent. Maintenant les administrateurs ont tous les outils voulus pour comprendre les devoirs auxquels ils doivent répondre.