

# COUR D'APPEL

Canada  
PROVINCE DE QUÉBEC  
GREFFE DE MONTRÉAL

N° : 500-09-007536-980  
(500-11-002695-944)

DATE : 5 février 2003

---

**CORAM: LES HONORABLES J.J. MICHEL ROBERT J.C.Q.  
JOSEPH R. NUSS J.C.A.  
FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.**

---

**DANS L'AFFAIRE DE LA FAILLITE DE  
PEOPLES DEPARTMENT STORES INC./MAGASINS À RAYONS PEOPLES INC.**  
et  
**LIONEL WISE  
RALPH WISE  
HAROLD WISE**  
APPELANTS -INTIMÉS INCIDENTS (intimés)

c.

**CARON, BÉLANGER, ERNST & YOUNG INC.**  
INTIMÉE – APPELANTE INCIDENTE (syndic-requérante)  
et  
**CHUBB INSURANCE COMPANY OF Canada /  
COMPAGNIE D'ASSURANCE CHUBB DU Canada**  
intimée

---

ARRÊT

---

[1] **LA COUR**, statuant sur l'appel d'un jugement rendu le 15 décembre 1998 par la Cour supérieure, district de Montréal (l'honorable Benjamin J. Greenberg), qui a fait droit à la réclamation jusqu'à concurrence de 4 437 115 \$;

[2] Après étude du dossier, audition et délibéré;

- [3] Pour les motifs du juge Pelletier, auxquels souscrivent le juge en chef Robert et le juge Nuss;
- [4] **ACCUEILLE** avec dépens l'appel des appelants Lionel, Ralph et Harold Wise;
- [5] **REJETTE** l'appel incident de Caron, Bélanger, Ernst & Young Inc. ;
- [6] **INFIRME** le jugement de première instance et procédant à rendre le jugement qui aurait dû être rendu;
- [7] **REJETTE** avec dépens la requête amendée de Caron, Bélanger, Ernst & Young Inc.

---

J.J. MICHEL ROBERT J.C.Q.

---

JOSEPH R. NUSS J.C.A.

---

FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.

Me Éric Lalanne  
De Grandpré, Chait  
Avocat des appelants – intimés incidents

Mes Gordon Kugler, Gérald Kandestin et Gordon Levine  
(Kugler Kandestin)  
Avocats de l'intimée – appelante incidente

Dates d'audience : 13 et 14 mai 2002

---

## MOTIFS DU JUGE PELLETIER

---

[8] À la fin de janvier 1995, avec effet rétroactif au 9 décembre 1994, Wise Stores Inc. [Wise] et Peoples Department Stores Inc. [Peoples Inc.] sont contraintes à la faillite sous les pressions de Marks & Spencer Canada Inc. [M. & S.], la filiale canadienne du géant britannique de la vente au détail. Au moment des faillites, Lionel, Ralph et Harold Wise [les frères] sont les administrateurs des deux personnes morales faillies, Wise, la mère, et Peoples Inc., la fille. Ils sont également les actionnaires majoritaires de Wise, laquelle détient la totalité des actions émises et en cours de Peoples Inc.

[9] Le litige qu'il s'agit maintenant de trancher oppose les frères au syndic à la faillite de Peoples Inc. Le second reproche aux premiers d'avoir favorisé indûment Wise au détriment de Peoples Inc. Pour ce motif, il leur réclame près de 28 millions \$, somme qui, d'après lui, correspond à l'avantage indu dont Wise aurait bénéficié.

[10] Au terme d'un jugement élaboré et étoffé, la Cour supérieure a fait droit à la réclamation à concurrence de 4 437 115 \$. De l'avis du premier juge, les frères auraient contrevenu aux obligations que leur impose le paragraphe 122(1) de la *Loi canadienne sur les sociétés par actions* [L.C.S.A.]<sup>1</sup> De façon subsidiaire, il conclut que le geste qui serait à l'origine de l'avantage indu constitue une transaction révisable au sens de l'article 100 de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* [L.F.I.]<sup>2</sup>: D'après lui, les frères sont des personnes qui ont *intérêt à la transaction avec le(a) failli(e)* au sens du paragraphe 2 de l'article 100 L.F.I. ce qui, dans les circonstances de l'espèce, justifierait aussi la condamnation prononcée.

### LES FAITS

[11] Peoples est au départ une chaîne de grands magasins dont l'existence remonte à 1914. Il s'agit d'une division non incorporée de M. & S. qui en est l'exploitante durant la période précédant immédiatement celle qui donne lieu au litige. En 1990, les 80 magasins de la chaîne produisent des revenus de l'ordre de 160 millions \$. L'exploitation est toutefois lourde à supporter en raison de l'accumulation régulière de déficits annuels de l'ordre de 10 millions \$. Par surcroît, M. & S. est aux prises avec des baux de longue durée qui lui occasionnent des obligations accessoires d'une ampleur financière redoutable. Le premier juge les évalue à plus de 100 millions \$.

[12] C'est ainsi que M. & S. décide de se départir de sa division déficitaire, si possible au moyen d'une vente au comptant. Elle crée dans ce but la compagnie Peoples Inc. et lui cède toute la chaîne Peoples. Les faits contemporains au litige commencent au

---

<sup>1</sup> L.R.C. 1985, c. C-44.

<sup>2</sup> L.R.C. 1985, c. B-3.

moment où les actions de la nouvelle compagnie sont à vendre et que Wise s'intéresse à l'achat.

[13] Fondée dans les années trente par l'oncle et le père de Lionel, Ralph et Harold, Wise est en pleine expansion depuis 1980, date à laquelle elle exploite 10 magasins produisant un chiffre d'affaires de plus ou moins 10 millions \$ annuellement. En 1990, avec 50 magasins, Wise voit ses revenus annuels grimper à 100 millions \$. Cette expansion rapide la laisse toutefois en situation de carence au chapitre des liquidités et des capitaux, un handicap sérieux lorsque vient le temps d'envisager l'achat d'une chaîne de l'envergure de Peoples Inc. Voilà, entre autres, pourquoi Wise ne présente pas le profil de l'acheteur idéal que M. & S. recherche pour sa division boîteuse.

[14] En 1992, les parties parviennent tout de même à s'entendre sur un prix de vente de 27 millions \$ dont le paiement se fait par des versements s'échelonnant, à l'égard d'une première tranche de quelque 14 239 000 \$, du 1<sup>er</sup> juin 1993 au 21 juin 1994 et, à l'égard d'une seconde s'élevant à 12 761 000 \$, sur une période ultérieure de 7 ans se terminant en juin 2000.

[15] Wise s'endette pour la totalité du prix, puisque, tel que signalé précédemment, elle ne dispose pas des liquidités requises pour une transaction de cette envergure. C'est ainsi que la Banque TD lui consent un prêt couvrant le versement initial de 5 millions \$ remis lors de la séance de clôture.

[16] Pour faire face à ses engagements ultérieurs envers M. & S, Wise mise sur les profits à être réalisés par les opérations du groupe. Le juge de première instance décrit la vente en utilisant le vocable «*full leverage buy-out*».

[17] Le prix de vente se compose de deux éléments. Le premier, évalué à 11 millions \$, consiste dans la valeur amortie aux états financiers des améliorations locatives, équipements et meubles, et le second, pour le solde de 16 millions \$, dans les marchandises en inventaire. M. & S. a dévalué ces dernières de 30% de façon à permettre à Peoples Inc. d'exploiter à profit pendant la première année. Cette stratégie a, bien sûr, comme conséquence indirecte de rendre plus certain le paiement du versement substantiel que M. & S. compte recevoir en 1994.

[18] Les prévisions de M. & S. quant au caractère profitable des opérations à être faites par l'écoulement de l'inventaire ainsi dévalué se réaliseront la première année sous administration Wise. Le premier juge conclura à ce sujet qu'il s'agit de profits artificiels.

[19] Un trait caractéristique de la transaction réside dans le fait que M. & S. souhaite être payée très rapidement, autant que possible à l'intérieur même du terme négocié. Par le biais de clauses contraignantes, elle entend inciter fortement Wise à rechercher un autre bailleur de fonds pour refinancer le prix d'acquisition. C'est là la cause du caractère insolite de certains aspects de l'entente. Ainsi, Peoples Inc. voit sa faculté d'emprunter diminuer de pair avec la réduction du reliquat de la dette, ce qui, en d'autres circonstances, apparaîtrait illogique. Dans la même veine, Wise ne peut réaliser une fusion avec Peoples Inc. tant que le prix n'est pas entièrement payé. Il

s'agit là d'une contrainte majeure du point de vue de Wise qui compte précisément sur une intégration totale des opérations pour exploiter au maximum les avantages potentiels de l'acquisition.

[20] Force est donc de constater que c'est du bout des lèvres que M. & S. a renoncé à son objectif initial de réaliser une vente au comptant. En réalité, elle limite délibérément la marge de manœuvre de son acheteuse dans le but de la placer dans une situation où elle se verra forcée de se débarrasser d'entraves préjudiciables à la saine conduite des affaires.

[21] À la demande de M. & S., ce n'est pas Wise qui se porte acquéreur de Peoples Inc., mais bien une filiale à part entière, 2790-8832 Canada inc. Wise cautionne toutefois le prix de vente.

[22] En marge de la vente, les frères interviennent auprès des différents bailleurs et apportent leur aide aux représentants de M. & S. tant et si bien que celle-ci parvient à se libérer presque entièrement des obligations considérables contractées du temps où Peoples n'était qu'une de ses divisions administratives. Dans quelques cas, des locateurs insistent pour obtenir des lettres de garantie de M. & S.

[23] Le 31 janvier 1993, 2790-8832 Canada inc. et Peoples Inc. fusionnent pour former une nouvelle entité. Celle-ci conserve néanmoins le nom de Peoples Department Stores Inc. Wise en détient la totalité des actions.

[24] Ce n'est un secret pour personne, Wise projette elle-même de fusionner avec Peoples Inc. dès le prix de vente acquitté. En attendant ce jour, elle intègre graduellement les opérations et les services d'administration de sa nouvelle filiale. Ainsi, dès 1992, il n'y a plus qu'un seul service comptable, un seul service des achats et un seul service des finances. Les deux compagnies sont toutefois exploitées séparément, ce qui a pour effet de doubler la charge de certains employés, notamment celle des acheteurs. En raison de l'existence de budgets et d'inventaires séparés, ceux-ci doivent voir à l'achat de marchandises souvent identiques pour chacune des chaînes. Cette duplication est la source de nombreuses erreurs administratives.

[25] De plus, à partir du printemps 1993, on décide de regrouper les activités de réception, de livraison et d'entreposage des marchandises. La mise en place de cette décision entraîne de multiples difficultés additionnelles imprévues. Il y a un potentiel d'erreurs à chacune des trop nombreuses étapes à franchir pour qu'un produit passe de l'entrepôt du fournisseur à la tablette du magasin Peoples Inc. ou Wise à laquelle il est destiné. Des marchandises devant servir à une chaîne sont répertoriées par erreur dans l'autre, causant ainsi de fausses écritures dans les registres d'inventaires. La tâche déjà difficile des acheteurs s'en voit alourdie d'autant.

[26] À la recherche d'une solution, les acheteurs demandent aux employés d'entrepôt de faire des décomptes physiques d'inventaire. Si elle tend à amoindrir les risques d'erreurs, cette nouvelle tâche est porteuse de son propre lot d'inconvénients. Elle perturbe en effet les activités régulières de distribution et retarde les livraisons dans les

quelque 125 points de vente. Les acheteurs doivent maintenant procéder à l'aveuglette.

[27] Tous ces bouleversements affectent la stabilité financière du groupe, puisqu'ils engendrent à la fois une diminution du volume des ventes et la création de dettes inutiles par l'achat de produits excédentaires.

[28] Pour faire face aux difficultés grandissantes, Lionel Wise, principal administrateur du groupe Wise et Peoples Inc., s'adresse à David Clément, vice-président affecté à l'administration et aux finances de Wise. Clément, qui est détenteur d'un baccalauréat en commerce, travaille pour le compte de Wise depuis 1980. Il élabore une solution relativement simple, du moins d'un point de vue théorique. Sa proposition consiste à intégrer la gestion des inventaires de Wise et Peoples Inc. dans un seul fichier informatique, comme si les deux entités ne constituaient qu'une seule compagnie exploitant quelque 125 magasins. Il s'agit donc de confier à Peoples Inc. tous les achats requis pour l'exploitation des deux chaînes, du moins en ce qui a trait aux achats dits locaux, en l'occurrence ceux faits en Amérique du Nord. Wise doit payer Peoples Inc. sur réception des marchandises dans ses magasins et se voit, de plus, confier la charge des achats faits à l'étranger pour le compte des deux chaînes puisque, avant l'acquisition, Peoples Inc. ne s'approvisionnait pas à l'extérieur de l'Amérique du Nord. Elle ne possédait donc pas les outils financiers nécessaires à ce type d'opérations.

[29] Vers le mois de décembre 1993, les frères soumettent la teneur de la proposition Clément aux acheteurs. Ceux-ci y voient la solution à leur problème. Forts de cet accueil, les frères l'acceptent sans procéder à une étude des effets indirects qu'elle est susceptible de provoquer. Ils s'en remettent en somme aux compétences de Clément et déterminent que la mise en application se fera à compter de février 1994.

[30] Le 27 avril 1994, lors de la réunion du comité d'audit de Wise, réunion à laquelle participe Kenneth Stevenson, vice-président chez Coopers & Lybrand, Lionel Wise fait état du nouveau système d'approvisionnement commun. Stevenson, qui est mandaté par M. & S., ne s'y oppose pas. De leur côté et après examen, les vérificateurs comptables de la compagnie n'expriment aucune réserve.

[31] Les premières véritables critiques sont le fait de certains fournisseurs qui se disent inquiets. Ils voient dans le nouveau système une tentative d'endetter Peoples Inc. au bénéfice de Wise. Tous continuent cependant à faire affaires avec le groupe et plusieurs d'entre eux décident d'établir leurs factures au nom des deux compagnies.

[32] Parallèlement, vers la fin janvier 1994, le volume des ventes de Peoples Inc. est en deçà des prévisions par une marge de quelque 32 millions \$. Voici donc la compagnie incapable de faire face à la réduction prévue des limites d'emprunt imposées par M. & S. lors de la vente. Wise demande une augmentation de 12 millions \$ de cette limite, ce à quoi M. & S. consent en contrepartie d'une réduction substantielle du terme de la dette, celui-ci passant de 72 à 26 versements mensuels à compter du 24 juillet 1994. De cette façon, M. & S. est en voie de réaliser son objectif d'encaisser rapidement le prix de vente.

[33] Dans l'intervalle, le marché dans lequel Wise et People Inc. évoluent est secoué par un séisme qui résulte de l'arrivée de l'américaine Wal-Mart. La présence de cette nouvelle compétitrice d'une taille gigantesque engendre une féroce guerre des prix.

[34] En juin 1994, les résultats financiers du groupe indiquent un endettement de 18 664 000 \$ de Wise envers Peoples Inc. Ralph Wise, remplaçant son frère Lionel victime d'un malaise cardiaque, s'en inquiète et discute de la situation avec Clément. Celui-ci l'informe que cet endettement résulte en majeure partie (14 millions \$) d'une erreur comptable reliée à l'état réel des inventaires dans chacune des compagnies. L'erreur, souligne Clément, fera l'objet de la correction appropriée dans un proche avenir.

[35] C'est de façon simultanée que M. & S. se voit informée de l'existence de cet endettement entre sociétés liées et de la mise en place depuis février 1994 du nouveau système d'approvisionnement commun. Qualifier de négative la réaction de M. & S. participe de l'euphémisme. Les représentants de M. & S. sont outragés. La nouvelle remet en question l'entente récemment négociée concernant la limite d'endettement de Peoples Inc. Des pourparlers, qu'on peut qualifier de houleux, débouchent sur une nouvelle entente aux termes de laquelle:

- M. & S. autorise une augmentation de 15 millions \$ du droit d'emprunter de Peoples Inc.;
- Elle consent aussi un allongement du terme permettant d'étaler le paiement du reliquat du prix de vente sur 36 versements mensuels à compter de juillet 1995;
- M. & S. accepte enfin la poursuite temporaire, jusqu'à la fin janvier 1995, du système d'approvisionnement commun pour les deux compagnies avec une limite d'endettement intersociétés de 3 millions \$;
- Les frères donnent une garantie personnelle de 1,5 million \$ en faveur de M. & S.

[36] En septembre 1994, les états financiers internes font voir que l'endettement entre sociétés a été réduit à 3 786 000 \$ par suite de la correction de l'erreur comptable. Cependant, Peoples Inc. affiche toujours une baisse de plus de 7 millions \$ du volume de ses ventes de même qu'une perte de 700 000 \$.

[37] L'administration n'est pas au bout de ses peines puisque le groupe éprouve aussi des difficultés à obtenir le financement nécessaire auprès de la Banque TD. Celle-ci annonce même son intention de cesser de faire affaires avec le groupe à la fin de décembre 1994. À contrecœur et après de multiples tergiversations, les frères s'engagent, sous certaines conditions, à fournir une autre garantie personnelle de 1,5 million \$. Cet engagement ne se matérialisera jamais, mais dans l'intervalle, le groupe obtient une prolongation du support financier de la Banque TD jusqu'en juillet 1995.

[38] Pour septembre, octobre et novembre 1994, les résultats financiers déçoivent une fois de plus; ils laissent présager chez Peoples Inc. une baisse de 7 104 000 \$ du

volume des ventes et de 4 millions \$ chez Wise. Les pertes d'opérations du groupe se répartissent à raison de 60% pour Peoples Inc. et de 40% pour Wise.

[39] En décembre 1994, les frères consultent des spécialistes en insolvabilité. De façon contemporaine, M. & S. réagit très mal lorsque les frères lui présentent les résultats financiers du 3<sup>e</sup> trimestre lors d'une rencontre prévue à cette fin. Trois jours plus tard, M. & S. obtient de la Cour supérieure la nomination d'un séquestre intérimaire en vertu de l'article 47 L.F.I. Le groupe réplique en déposant le même jour un avis d'intention de faire une proposition. Tout ce remue-ménage est fatal aux deux compagnies qui déclarent faillite en janvier 1995.

[40] Les biens de Wise et de Peoples Inc. rapportent respectivement 31 447 922 \$ et 37 025 372 \$. La recette permet de payer entièrement la Banque TD (28 609 465 \$ pour Wise et 9 183 773 \$ pour Peoples Inc.), le solde du prix de vente dû à M. & S. (12 761 000 \$) et la presque totalité des réclamations des locateurs découlant des lettres de garanties consenties lors de la vente à Wise (4 952 392 \$ laissant un solde de 300 000 \$).

[41] Par ailleurs, au moment des faillites et suivant l'évaluation retenue par le premier juge, l'endettement de Wise envers Peoples Inc. depuis l'instauration du système d'approvisionnement commun en février 1994 s'élève, après ajustements, à 4 437 115 \$. C'est ce chiffre que retiendra le juge pour établir la mesure de la responsabilité des administrateurs de Peoples Inc.

#### **LE JUGEMENT DONT APPEL**

[42] C'est en application du paragraphe 122(1) L.C.S.A. que, de l'avis du premier juge, les frères sont obligés envers le syndic à la faillite de Peoples Inc. en leur qualité d'anciens administrateurs. Selon lui, ils auraient manqué à leurs devoirs de loyauté et de gestion compétente en adoptant le système d'approvisionnement commun. Ils auraient omis d'envisager les conséquences financières néfastes pour Peoples Inc. de la mise en place du nouveau système. Leur négligence se serait perpétuée jusqu'à la fin puisqu'ils n'auraient jamais contrôlé le degré d'endettement découlant de ce que Peoples Inc. assumait dorénavant le coût de la majorité des achats de Wise.

[43] D'après le juge, l'effet pervers du système d'approvisionnement commun tiendrait essentiellement à la précarité de la situation financière de Wise, un état de fait bien connu des frères. Au moment de la mise en place de ce nouveau système, la société mère aurait été dans l'impossibilité de faire face au paiement de ses achats, dans le cours normal des affaires. Voici quelques extraits qui traduisent sa vision des choses:

The new domestic inventory procurement policy was a major and drastic departure from the prior policy, with potentially disastrous financial consequences for Peoples.

[...]

In fact, the 3 Individual Respondents, when consulting with each other and considering the new domestic inventory procurement policy proposed by



Mr. Clément, at no time directed their minds to the creditworthiness or lack thereof of Wise Stores, or what the financial consequences would be for Peoples. There was also no real, effective consultation with their professional advisors.

Clearly, a reasonably prudent and diligent person would have realised that the new process would strip hard assets (inventory) away from Peoples and it would receive in return an account receivable from Wise Stores which likely would not be collected and would be uncollectible, seeing Wise Stores' cash flow problems as alleged in paragraphs 67 and 68 of the Plea of the Individual Respondents and as well the fact that Wise Stores was seriously under-capitalized.

[...]

To conclude on this issue, it is clear that, in instituting the new domestic inventory procurement policy, the Wise Brothers preferred the interests of Wise Stores over those of Peoples. There was a reckless disregard by them of the negative financial implications to Peoples resulting from that new policy.

[Référence omise]

[44] Or, c'est la dette entre les sociétés liées qui, d'après le juge de première instance, serait la cause profonde de la déconfiture de Peoples Inc.:

On the basis of all the evidence, we find that it was that interco, almost totally the result of the new domestic inventory procurement policy, which caused the demise of Peoples.

[45] Fait à souligner, la totalité de la dette de Wise envers Peoples Inc. au moment de la faillite découle des achats faits en prévision des ventes de la période des fêtes, soit ceux effectués après le mois de septembre 1994. Bien qu'il les note, le juge met de côté les explications fournies par les administrateurs. Ceux-ci soutenaient qu'une fois ces achats faits, il s'imposait que Peoples Inc. cède à Wise les marchandises dont cette dernière avait besoin pour les opérations normales du temps des fêtes. Autrement, Wise n'aurait pas eu assez d'inventaire pour faire face à la demande pendant que Peoples Inc. se serait retrouvée avec un surplus impossible à écouler. Le juge s'explique ainsi:

That explanation is seductive at first blush, but does not resist analysis. It is correct to argue that, once Peoples had purchased more than it needed for itself, it had no choice but to make the transfers to Wise Stores. However, the flaw in that "logic" is that Peoples should never have purchased for Wise Stores in the first place. Therein lies the fault and negligence of the Wise Brothers.

[46] En somme, en ne tenant pas compte des conséquences néfastes de la mise en place du nouveau système sur la santé financière de Peoples Inc. et en ne consultant pas leurs conseillers juridiques avant son implantation, les administrateurs auraient protégé les intérêts de Wise plutôt que ceux de Peoples Inc. Leur insouciance coupable envers cette dernière aurait aussi porté préjudice aux différents créanciers de Peoples Inc. De l'avis du juge, ceux-ci sont des «stakeholders» de la société ou,

autrement dit, des personnes intéressées par les décisions des administrateurs. C'est ce qui expliquerait pourquoi les administrateurs auraient envers eux des devoirs dont la violation entraînerait une responsabilité personnelle.

[47] Sous ces différents rapports, le juge cite plusieurs jugements du Royaume-Uni, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, pour conclure que le droit canadien des sociétés par actions devrait évoluer dans la direction que ces autorités préconisent selon lui.

[48] Le juge rejette enfin le moyen de défense fondé sur le paragraphe 44(2) L.C.S.A., estimant qu'un acte n'est pas nécessairement posé avec compétence et diligence parce qu'il est autorisé en théorie par la loi. Ce paragraphe, en vigueur à l'époque qui nous concerne<sup>3</sup>, prévoyait spécifiquement qu'une filiale à part entière pouvait prêter une assistance financière à sa société mère. En l'espèce, bien qu'ils n'aient retiré aucun profit personnel direct, les frères auraient, selon le premier juge, bénéficié indirectement d'avantages en leurs qualités d'actionnaires de Wise.

[49] Il exprime enfin l'avis que, lorsque les intérêts d'une filiale entrent en conflit direct avec ceux de la société mère, les administrateurs ont l'obligation de donner priorité aux intérêts de la filiale.

[50] Conscient du caractère novateur de ses énoncés en matière de droit des sociétés par actions, et, par conséquent, de leur fragilité relative, le juge estime opportun d'étudier la réclamation du syndic sous l'angle de la L.F.I.

[51] Selon lui, les paragraphes 100(1) et 100(2) L.F.I. confèrent au juge un double pouvoir discrétionnaire. Le premier porte sur la faculté d'accueillir la demande d'enquête du syndic en application du paragraphe 100(1) et le second, sous l'autorité du paragraphe 100(2) L.F.I., sur celle de faire droit aux conclusions recherchées contre toute personne poursuivie dont la preuve révèle l'existence d'un «*intérêt à la transaction*» faisant l'objet de la demande de révision. Au regard de ces conclusions, le juge prend appui sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Standard Trust Co. Ltd. c. Standard Trust Company*<sup>4</sup>.

[52] S'appliquant à exercer ce double pouvoir discrétionnaire, le juge affirme d'entrée de jeu que la transaction révisable, en l'occurrence le système d'approvisionnement commun, aurait été faite dans les 12 mois précédant la faillite, c'est-à-dire à l'intérieur de la période couverte par les effets de l'article 100 L.F.I. Il se reporte ici au 1<sup>er</sup> février 1994, date de mise en application de cette nouvelle politique. À son avis, les seules inscriptions «comptes à payer» et «comptes à recevoir» dans les livres de chacune des sociétés ne constituent pas une contrepartie donnée ou reçue au sens de l'article 100 L.F.I., d'autant que Wise n'aurait jamais payé à Peoples Inc. les marchandises que cette dernière a achetées pour elle. De là sa conclusion qu'il y a en l'espèce une

---

<sup>3</sup> L'article 44 L.C.S.A. a été abrogé par la *Loi modifiant la Loi canadienne sur les sociétés par actions et la Loi canadienne sur les coopératives ainsi que d'autres dispositions en conséquence*, L.C. 2001, c. 14, art. 26.

<sup>4</sup> (1995), 36 C.B.R. (3<sup>d</sup>) 1, aux p. 24 et 25 (Ont. C.A.).

contrepartie «*manifestement inférieure*» à la juste valeur marchande des biens visés par la transaction. Peoples Inc. en subirait un préjudice que le juge de première instance relie aux frères, des personnes intéressées aux fins de l'application du paragraphe 100(2) L.F.I. Usant du pouvoir discrétionnaire que lui confère cette disposition, il estime qu'il y a matière à condamnation en faveur du syndic.

[53] Relativement à la détermination de la somme due, le premier juge fonde en bonne partie ses calculs sur le rapport du comptable Philip Friedman, un expert entendu pour le compte du syndic. Celui-ci estime à 16 210 661 \$ la hauteur de la dette de Wise envers Peoples Inc. à la date de la faillite.

[54] Le juge est cependant d'avis qu'il y a lieu d'apporter de nombreux ajustements à cette évaluation pour parvenir à déterminer, d'une façon plus précise, l'état réel de la dette de Wise envers Peoples Inc. La presque totalité de ces ajustements réduit le montant de la dette en fonction des apports de Wise envers Peoples Inc. durant les 12 mois qui ont précédé la faillite. À cet égard, on retrouve à la page 126 du jugement de première instance un tableau schématique des éléments dont le premier juge a tenu compte pour parvenir finalement à la somme de 4 437 115 \$. En voici la teneur:

	Debit	Credit	Balance
Mr. Friedman's balance owing to Peoples by Wise Stores as at December 9, 1994			\$16,210,661
Deduction of opening balance as at January 29, 1994	\$1,354,818		\$14,855,843
Adjustment based on conversion ratio of 51.7% instead of 55.5%	\$4,323,979		\$10,531,864
Deduction based on Mr. Frank Di Palma's lump sum adjustment re imports	\$2,754,035		\$7,777,829
Re-allocation of general and administrative expenses for the period of 12 months preceding the bankruptcy	\$3,873,858		\$3,903,971
Adjustment re volume incentive rebates and advertising allowances for the period from February 1, 1994 to the end of November 1994		\$370,144	\$4,274,115
Interest paid by Peoples to T.D. on behalf of Wise Stores		\$163,000 <sup>[5]</sup>	\$4,437,115

[55] Le montant final de la créance de Wise envers Peoples Inc. à la date de la faillite sert d'étalon au premier juge pour mesurer la responsabilité des frères. Leur insouciance coupable (reckless disregard) et le manquement à leur devoir de loyauté

<sup>5</sup> Dans le jugement de première instance, une coquille fait en sorte que la somme de 163 000 \$ figure par erreur dans la colonne des débits.

envers Peoples Inc. seraient à l'origine de cette dette, celle-là même qui, selon lui, serait la cause profonde de la faillite de Peoples Inc.

[56] Tous se pourvoient.

[57] Dans le dossier 500-09-007536-980, les frères recherchent l'infirmité du jugement de première instance en proposant que le premier juge a eu tort de les tenir responsables.

[58] De son côté, tout en vantant les grands mérites du jugement de première instance, le syndic se pourvoit par appel incident et recherche une augmentation de la condamnation. À l'instar du premier juge, le syndic préconise l'apport d'ajustements aux estimations du comptable Friedman, mais ceux qu'ils identifient sont tous à la hausse et ont pour effet de porter à 27 967 995 \$ le montant de la dette, une somme à laquelle il faudrait de plus ajouter les intérêts et l'indemnité additionnelle.

[59] Par ailleurs, dans un dossier connexe portant le n° 500-09-007557-986, la Compagnie d'assurance Chubb du Canada, assureur des frères, plaide l'absence de couverture à l'égard de toute condamnation qui trouverait son fondement dans l'article 100 L.F.I. Elle soutient en effet que les gestes fautifs, si tant est qu'ils existent, auraient été commis par les frères à titre d'actionnaires et non à titre d'administrateurs. Or, selon la définition qu'on retrouve à la police, la garantie de la police ne porte que sur les actes posés par les seconds.

#### **ANALYSE**

[60] Le jugement entrepris est, à l'évidence, le fruit d'une réflexion sérieuse et d'un travail considérable et soigné. Je le souligne d'entrée de jeu car, on pourra le constater au fil des pages qui suivent, mon opinion sur de nombreuses questions soulevées par les pourvois diffère de celle exprimée par le premier juge et je ne voudrais en aucun cas qu'on y voit l'expression d'une critique désobligeante.

[61] Cela dit et avant d'entreprendre l'analyse au fond des deux volets que comporte cette affaire, je crois nécessaire d'insister sur le fait que la Cour supérieure, tout comme le syndic, reconnaît la bonne foi des frères dans l'adoption et la mise en place du nouveau système d'approvisionnement commun. Le premier juge s'exprime comme suit:

We hasten to add that in the present case, the Wise Brothers derived no direct personal benefit from the new domestic inventory procurement 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.

[62] Ce caractère de bonne foi, qui marque la transaction attaquée, revêt en l'espèce une grande importance dans le choix du dispositif que je propose.

**I. La responsabilité en vertu des sous-paragraphes 122(1)a) et b) de la Loi canadienne sur les sociétés par actions**

[63] L'examen de cette affaire commande un rappel de certains principes de base en matière de droit des sociétés.

[64] Au plan constitutionnel, selon les objets poursuivis, le fédéral et les provinces ont compétence pour légiférer en matière de sociétés par actions<sup>6</sup>.

[65] Les sociétés incorporées en vertu de lois fédérales, comme c'est le cas en l'espèce, sont bien sûr sujettes aux lois fédérales, mais aussi aux lois provinciales qui sont d'application générale<sup>7</sup>. De plus, au Québec, le Code civil joue un rôle supplétif à l'égard du fonctionnement des sociétés par actions créées en vertu des lois fédérales<sup>8</sup>.

[66] Les sociétés par actions jouissent d'une personnalité juridique qui leur est propre, c'est-à-dire distincte de celle des personnes physiques qui les font agir<sup>9</sup>. Il s'agit d'un élément fondamental d'où découle une foule de corollaires. C'est ainsi que, sauf exceptions, les administrateurs ne sont pas personnellement responsables envers les tiers qui contractent avec une telle société. Il s'ensuit, aussi, que la responsabilité personnelle que les législateurs imposent aux administrateurs bénéficie, en principe et au tout premier chef, à la société elle-même et non aux tiers. C'est donc dans cette perspective qu'il faut lire le paragraphe 122(1) L.C.S.A. sur lequel repose le jugement entrepris:

122(1) Les administrateurs et les dirigeants doivent, dans l'exercice de leurs fonctions, agir:

- a) avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;
- b) avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, en pareilles circonstances, une personne prudente.

---

<sup>6</sup> M. et P. Martel, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson et Lafleur Martel, 2002 aux p. 3-1 et s.

<sup>7</sup> *Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Canadian Indemnity Co. c. A.-G. of British Columbia*, [1977] 2 R.C.S. 504.

<sup>8</sup> Art. 300 C.c.Q.; *Nadeau c. Nadeau*, [1988] R.J.Q. 2058 (C.A.) à la p. 2065; *Westburne inc. c. American Home Assurance Co.*, [2000] R.R.A. 380 (C.S.) aux p. 386 et 387; G. Bertrand, «La responsabilité des administrateurs», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1994)*, Montréal, Service de la formation permanente, Barreau du Québec, aux p. 901 à 903; C. Pratte, «Essai sur le rapport entre la société par actions et ses dirigeants dans le cadre du *Code civil du Québec*», (1994) 39 *R.D. McGill* 1 aux p. 20 à 22.

<sup>9</sup> Art. 298 et 309 C.c.Q.; L.C.S.A., par. 15(1); *Salomon c. Salomon & Co*, [1897] A.C. 22; M. et P. Martel, *La compagnie au Québec – Les aspects juridiques*, Montréal, Wilson & Lafleur Martel, 2002 aux p. 1-3 à 1-6 et 1-24 à 1-25; A. Morisset et J. Turgeon, *Droit corporatif canadien et québécois*, Brossard, Les Publications CCH/FM, 1991 aux p. 509 et s.

[67] Cet article consacre l'obligation des administrateurs d'agir au mieux des intérêts de la société<sup>10</sup>. À défaut d'une définition plus précise de ce que sont les « *intérêts de la société* », c'est l'atteinte des objets pour lesquels la société a été formée qui délimite le mieux les contours de cette notion. Or, de façon générale, les intérêts de la société rejoignent ceux de l'ensemble des actionnaires, parce que l'atteinte des objets de la société constitue, en principe, la raison d'être de la mise en commun des sommes investies.

[68] En tenant pour acquis que les actionnaires recherchent l'atteinte des objets de la société, on peut conclure à une coïncidence habituelle entre la volonté des actionnaires et les intérêts de la société.

[69] Règle générale, ce n'est donc pas une erreur d'effectuer un rapprochement entre la volonté de l'ensemble des actionnaires et l'intérêt de la société. Ainsi, lorsque la société se réclame du paragraphe 122(1) L.C.S.A. pour attaquer des gestes posés par les administrateurs, anciens ou actuels, c'est la protection des intérêts légitimes de l'ensemble des actionnaires dans la perspective de l'atteinte des objets de la société qui est habituellement l'objectif recherché.

[70] Les devoirs généraux que prévoit le paragraphe 122(1) sont de deux ordres: celui de loyauté (*fiduciary duty*) (sous-paragraphe a) et celui de gestion compétente (*duty of care*) (sous-paragraphe b).

[71] D'entrée de jeu et comme les appelants, j'estime que le jugement entrepris a confondu en un seul les deux devoirs consacrés par les sous-paragraphe 122(1)a) et b). Cette confusion n'a pas ici de réelle importance, car elle n'emporte aucune conséquence sur les conclusions auxquelles je parviens.

[72] Le « *devoir de loyauté* » ou « *fiduciary duty* » ne se rapporte pas à la qualité de la gestion des administrateurs, mais plutôt à leur comportement personnel. La loi leur impose d'être loyaux envers ceux qui leur ont confié la mission de gérer les actifs mis en commun. Ce genre de devoir s'intéresse davantage à la motivation des administrateurs plutôt qu'aux conséquences de leurs gestes. Autrement dit, l'intégrité et la bonne foi s'analysent en fonction des raisons qui poussent les administrateurs à agir et non à la lumière des résultats concrets de leurs actions.

[73] Le sous-paragraphe 122(1)b) définit pour sa part la responsabilité des administrateurs à la lumière de la qualité de leurs décisions. La doctrine et la jurisprudence désignent souvent l'obligation que le législateur y consacre sous le vocable de « *devoir de gestion compétente* » ou « *duty of care* ».

[74] Dans l'application des règles qui en découlent, les tribunaux ont traditionnellement reconnu les difficultés que pose l'analyse *a posteriori* des décisions

---

<sup>10</sup> *Cogeco câble inc. c. C.F.C.F. inc.*, [1996] R.J.Q. 1360 (C.S.) à la p. 1378, appel rejeté sur requête (C.A.M. 500-09-002619-963); P. Martel, «Le fonctionnement interne d'une compagnie ou d'une société», dans Collection de droit 2001-02, École du Barreau du Québec, vol. 9, *Droit des affaires, faillite et insolvabilité*, Cowansville, Yvon Blais, aux p. 208 à 211; J. A. VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations*, Toronto, Irwin Law, 1997 à la p. 217.

prises par les administrateurs dans le feu de l'action. C'est ainsi qu'on leur a reconnu le droit de se tromper. Le juge Gonthier, alors qu'il était à la Cour supérieure, a résumé ainsi l'état de la jurisprudence élaborée sous l'empire de la *Loi sur les corporations canadiennes*<sup>11</sup>, soit celle qui précédait la L.C.S.A.<sup>12</sup>:

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. Il est acquis que les administrateurs doivent apporter une diligence juste et raisonnable à la gestion de la compagnie et agir honnêtement sans plus et il a été décidé qu'ils n'ont pas à avoir de connaissances particulières.

[75] Dans la foulée des recommandations d'un groupe de travail dirigé par Me Robert W. V. Dickerson, le législateur fédéral a adopté la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*<sup>13</sup>, qui deviendra un peu plus tard la L.C.S.A. Dans son rapport, la Commission préconisait le resserrement de la responsabilité des administrateurs pour éviter que ceux-ci puissent facilement échapper à toute responsabilité dans l'application d'un critère purement subjectif de la nature de celui établi dans l'arrêt britannique *In re: City Equitable Fire Insurance Company Ltd.*<sup>14</sup>. C'est ainsi qu'à l'égard du devoir de gestion compétente, la Commission proposait l'adoption d'un texte rédigé comme suit<sup>15</sup>:

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

[...]

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

[76] Le législateur n'a pas retenu la recommandation du rapport Dickerson dans sa totalité. Il y est allé d'une façon un peu plus timide en adoptant le texte suivant:

117.1(1) [aujourd'hui 122(1)] Every director and officer of a corporation in exercising his powers and discharging his duties shall

[...]

(b) exercise the care, diligence and skill that reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

[77] Commentant le texte adopté par le législateur, l'un des commissaires, John L. Howard, écrit en 1975<sup>16</sup>:

<sup>11</sup> S.R. 1970, c. C-32.

<sup>12</sup> *Crevier c. Paquin*, [1975] C.S. 260 à la p. 265.

<sup>13</sup> S.C. 1974-75-76, c. 33.

<sup>14</sup> [1925] 1 Ch. 407.

<sup>15</sup> R. W. V. Dickerson, J. L. Howard and L. Getz, *Proposals for a New Business Corporations Law for Canada*, vol. II, Ottawa, Information Canada, 1971 à la p. 74.

<sup>16</sup> John L. Howard, «Directors and Officers in the context of the Canada Business Corporations Act», dans *Meredith Memorial Lectures, Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, Toronto, Richard De Boo, 1975, p. 282 à la p. 303.

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.

[Mon soulignement]

[78] En somme, selon lui, la nouvelle loi n'a pas véritablement modifié l'étendue du devoir de gestion compétente des administrateurs. C'est aussi l'avis exprimé par le juge Robertson de la Cour d'appel fédérale dans *Soper c. Canada*<sup>17</sup>. L'extrait suivant de ses motifs concernant la portée d'un texte de la *Loi de l'impôt sur le revenu* presque identique à celui du sous-paragraphe 122(1)b) L.C.S.A., soit celui du paragraphe 227.1(3) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, me semble délimiter parfaitement les contours de ce devoir de gestion compétente<sup>18</sup>:

The standard of care set out in subsection 227.1(3) of the Act is, therefore, not purely objective. Nor is it purely subjective. It is not enough for a director to say he or she did his or her best, for that is an invocation of the purely subjective standard. Equally clear is that honesty is not enough. However, the standard is not a professional one. Nor is it the negligence law standard that governs these cases. Rather, the Act contains both objective elements – embodied in the reasonable person language – and subjective elements – inherent in individual considerations like "skill" and the idea of "comparable circumstances". Accordingly, the standard can be properly described as "objective subjective".

[79] Voilà donc pour la responsabilité générale que la L.C.S.A. impose aux administrateurs personnellement.

[80] Il ne s'ensuit pas de façon absolue que les administrateurs ne se voient imposer de devoirs personnels qu'envers la société. Il arrive en effet que la loi les rende responsables de l'exécution par leur société de certaines catégories d'obligations. C'est notamment le cas des salaires dus aux employés<sup>19</sup>, et des taxes dues à l'État<sup>20</sup>. De plus, au Québec, le Code civil impose aux administrateurs une responsabilité personnelle et générale envers les tiers dans quatre catégories de situations que le professeur Martel a fort bien décrites dans un article paru dans la *Revue du Barreau*<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> 149 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 297 (F.C.A.).

<sup>18</sup> 149 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 297 aux p. 317 et 318 (F.C.A.).

<sup>19</sup> L.C.S.A., art. 119.

<sup>20</sup> *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. 1985 (5<sup>e</sup> supp.), c. 1, par. 227.1(1).

<sup>21</sup> P. Martel, «Le "voile corporatif" – l'attitude des tribunaux face à l'article 317 du Code civil du Québec», (1998) 58 *R. du B.* 95 aux p. 135 et 136.



Ses propos sont cités avec approbation par notre collègue Forget dans *Lanoue c. Brasserie Labatt Ltée*<sup>22</sup>:

La responsabilité personnelle d'un individu qui est actionnaire majoritaire et administrateur d'une compagnie peut être retenue dans les circonstances suivantes:

- Il s'est porté caution d'une obligation contractuelle de la compagnie;
- Il a lui-même commis une faute entraînant sa responsabilité extracontractuelle, par exemple en faisant de fausses représentations ou en remettant des documents falsifiés;
- Il a activement participé à une faute extracontractuelle de la compagnie (ce qui se présume s'il est administrateur unique);
- Il a utilisé la compagnie qu'il contrôle comme écran, comme paravent pour tenter de camoufler le fait qu'il a commis une fraude ou un abus de droit ou qu'il a contrevenu à une règle intéressant l'ordre public; en d'autres termes, l'acte apparemment légitime de la compagnie revêt, parce que c'est lui qui la contrôle et bénéficie de cet acte, un caractère frauduleux, abusif ou contraire à l'ordre public.

[81] En l'espèce, cependant, pour retenir la responsabilité des frères, le premier juge n'invoque aucune de ces situations ni l'existence de quelque obligation personnelle résultant d'un texte spécifique de la L.C.S.A. Il s'en remet plutôt aux devoirs généraux de *loyauté* et de *gestion compétente* et tient pour acquis que le syndic est en droit de s'en réclamer. Il accepte en cela la prémisse du syndic qui propose que les droits que consacre le paragraphe 122(1) L.C.S.A. appartiennent à la société et que, en l'occurrence, lui, le syndic, est cessionnaire de ces droits depuis le prononcé de l'ordonnance de séquestre.

[82] Pour les fins de la discussion je veux bien reconnaître au syndic le statut de cessionnaire des droits dont il s'agit.

[83] Si on envisage la question dans une perspective traditionnelle qui tend à faire coïncider l'intérêt de la société avec celui de l'ensemble des actionnaires dans la poursuite des objets pour lesquels la société a été formée, il faut cependant conclure que les frères n'ont pas encouru de responsabilité en vertu du sous-paragraphe 122(1)b) et que l'adoption du nouveau système d'approvisionnement commun constitue tout au plus une «*honest error of business judgment*»<sup>23</sup>.

[84] À l'égard du devoir de loyauté, je rappelle que les frères n'étaient animés que du désir de solutionner le problème de gestion des inventaires qui affectait tout autant les opérations de Peoples Inc. que celles de Wise. Voilà donc une motivation qui s'inscrit

---

<sup>22</sup> (13 avril 1999), C.A. 500-09-001693-951 et 500-09-001739-952, J.E. 99-857 à la p. 9.

<sup>23</sup> John L. Howard, «Directors and Officers in the context of the Canada Business Corporations Act», dans *Meredith Memorial Lectures, Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, Toronto, Richard De Boo, 1975, p. 282 à la p. 303.

dans la poursuite des intérêts de la société au sens du sous-paragraphe 122(1)a L.C.S.A. et qui ne prête le flanc à aucun reproche justifié.

[85] En ce qui concerne le devoir de gestion compétente, et cela dit avec beaucoup d'égards, l'analyse *a posteriori* qui donne lieu aux reproches que le premier juge et le syndic leur adressent ne tient pas compte du contexte factuel dans lequel s'est inscrite l'adoption du nouveau système. 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.

[86] 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 satisfaisait aux normes à la fois objectives et subjectives de gestion compétente telles que définies dans l'arrêt *Soper*<sup>24</sup>.

[87] Selon moi, les frères ont agi dans ce que, de bonne foi, ils croyaient être la poursuite des objets de la société et ils n'ont pas fait preuve d'incompétence coupable.

[88] Par surcroît, je suis d'avis qu'ils pouvaient, à bon droit, se retrancher derrière le moyen de défense que prévoit le sous-paragraphe 123(4)b) L.C.S.A.:

123. [...]

(4) N'est pas engagée, en vertu des articles 118,119 ou 122, la responsabilité de l'administrateur qui s'appuie de bonne foi sur:

[...]

b) les rapports des personnes dont la profession permet d'accorder foi à leurs déclarations, notamment les avocats, comptables, ingénieurs ou estimateurs.

[89] Les frères ont en effet pris conseil auprès de Clément, leur homme de confiance. C'est lui qui a conçu le système et qui en a recommandé l'adoption. À mon avis, la preuve supporte sans équivoque la conclusion que les frères se sont appuyés de bonne foi sur le rapport de Clément, dont le baccalauréat en commerce et les états de service dans le domaine de l'administration et de la finance pendant près de 15 ans permettaient d'accorder foi à ses déclarations.

[90] Toujours dans cette perspective traditionnelle, on peut difficilement faire abstraction du fait que l'actionnaire unique, en l'occurrence Wise, n'a jamais considéré qu'il avait pu y avoir manquements aux devoirs que le paragraphe 122(1) L.C.S.A. impose aux administrateurs. La prémisse du syndic présuppose en réalité l'existence d'une situation d'exception, puisque la société qui se réclame du paragraphe 122(1)

---

<sup>24</sup> *Soper c. Canada*, 149 D.L.R. (4<sup>th</sup>) 297 (F.C.A.).

L.C.S.A. ne le fait pas pour protéger l'intérêt légitime de son unique actionnaire dans la perspective de l'atteinte des objets de la société. Ici, par la voix du syndic, la société le fait essentiellement pour la protection des intérêts de ses créanciers à qui, pour les besoins de la cause, le premier juge attribue la qualité de partie prenante (stakeholder) dans la gestion de la société. Cette proposition pourrait s'articuler ainsi: *constraints aux devoirs que leur impose la paragraphe 122(1) L.C.S.A., les frères n'ont pas agi au mieux des intérêts des créanciers de Peoples inc., ce qui équivaut à ne pas agir au mieux des intérêts de Peoples inc.*

[91] Selon le juge, le droit canadien des sociétés devrait évoluer dans ce sens, qui serait d'ailleurs avalisé dans plusieurs pays comme en attesterait l'opinion suivante exprimée par le juge Cooke de la Cour d'appel de Nouvelle-Zélande<sup>25</sup>:

The duties of directors are owed to the company. On the facts of particular cases this may require the directors to consider inter alia the interests of creditors. For instance creditors are entitled to consideration, in my opinion, if the company is insolvent, or near-insolvent, or of doubtful solvency, or if a contemplated payment or other course of action would jeopardise its solvency.

[92] Il convient d'abord de noter que l'opinion dont il s'agit constitue un *obiter* que ses deux collègues de la formation n'ont pas cautionné.

[93] En second lieu et avec égards, 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.

[94] En 1978, la loi canadienne a fait l'objet d'une refonte complète sans que le législateur n'accepte expressément le principe d'une responsabilité générale des administrateurs envers les tiers. Je dis apparemment, parce qu'un tel virage par rapport à la pensée traditionnelle aurait, selon moi, exigé un texte explicite et clair. On ne retrouve rien de tel dans la loi qui a été votée par le parlement<sup>26</sup>.

[95] 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.

---

<sup>25</sup> *Nicholson c. Permakraft (N.Z.) Ltd.*, [1985] 1 N.Z.L.R. 242 à la p. 249 (N.Z.C.A.).

<sup>26</sup> *Loi modifiant la Loi sur les corporations commerciales canadiennes*, S.C. 1978-1979, c. 9.

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

[97] Devant notre Cour, le syndic a soutenu une proposition un peu plus restrictive en faisant valoir le contexte de l'imminence de la faillite pour justifier la naissance d'un intérêt des créanciers dans la gestion de la société. À ce stade, je crois utile de reproduire l'extrait d'un jugement du Royaume-Uni, évoqué par le juge de première instance, et sur lequel repose cette thèse<sup>27</sup>:

But where a company is insolvent the interests of the creditors intrude. They become prospectively entitled, through the mechanism of liquidation, to displace the power of the shareholders and directors to deal with the company's assets. It is in a practical sense their assets and not the shareholders' assets that, through the medium of the company, are under the management of the directors pending either liquidation, return to solvency, or the imposition of some alternative administration.

[98] J'éprouve de grandes réticences à associer les droits des créanciers à ceux des actionnaires, même dans l'imminence d'une faillite. Je note au passage que les biens de la société ne sont pas ceux des actionnaires, même au plan pratique, et je vois difficilement pourquoi ils deviendraient davantage ceux des créanciers du seul fait de la perspective d'une banqueroute. L'affirmation contenue dans cet extrait m'apparaît donc, à première vue, avoir une portée excessive en droit canadien et ce, bien que je puisse concevoir que l'intérêt des créanciers dans la façon dont les administrateurs gèrent la société puisse grandir avec l'imminence d'une faillite.

[99] Les propos du juge Major, parlant au nom de la Cour suprême unanime dans *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*<sup>28</sup>, ne me semblent pas laisser beaucoup de place à l'établissement en droit canadien de la thèse de l'intérêt des créanciers dans les actes de gestion d'une société. Dans cette affaire, l'actionnaire unique et seul administrateur d'une société, un certain M. Lakusta, avait détourné des fonds destinés à sa société au profit d'une autre, du nom de Legacy. Se posait alors la légitimité de son geste en l'espèce au regard de la participation de la banque à ce qui, de l'avis du séquestre, constituait une fraude. Le juge Major<sup>29</sup>:

En l'espèce, le détournement des fonds de 373409 au bénéfice de Legacy peut fort bien avoir été préjudiciable aux créanciers de la société. Cependant, M. Lakusta n'a pas commis de fraude vis-à-vis de la société elle-même. Comme il a ordonné le dépôt des fonds au compte de Legacy, avec la pleine autorisation de l'unique actionnaire et administrateur de 373409, c'est-à-dire lui-même, cette mesure ne constituait pas une fraude à l'égard de 373409.

<sup>27</sup> *Liquidator of West Mercia Safetywear Ltd c. Dodd & Anor*, (1988) 4 B.C.C. 30 à la p. 33 (C.A.).

<sup>28</sup> 2002 CSC 81.

<sup>29</sup> *373409 Alberta Ltd. (Séquestre de) c. Banque de Montréal*, 2002 CSC 81, par. 22.

[100] Comme c'est le cas ici pour le syndic, le séquestre entendait faire valoir des droits appartenant à la société. Or, la Cour suprême a conclu que, même en présence d'un acte apparemment frauduleux à l'endroit des créanciers, la société ne pouvait adresser quelque reproche que ce soit à son administrateur parce qu'il n'y avait pas de fraude à l'endroit de l'unique actionnaire. Le rejet des prétentions du séquestre s'en est suivi.

[101] Je crois qu'une solution identique s'impose en l'espèce.

[102] Pour attaquer le geste posé par les frères, le syndic avait à sa disposition les recours spécifiques que lui octroie la L.F.I., notamment celui prévu à l'article 100 L.F.I.

[103] En se réclamant du recours prévu par le paragraphe 122(1) L.C.S.A., le syndic a choisi d'exercer un recours appartenant à la faillie, c'est-à-dire à Peoples Inc. elle-même. Or, cette dernière ne peut à mon avis désavouer l'adoption du système d'approvisionnement commun après l'avoir accepté en toute connaissance de cause. Une telle acceptation s'infère de la conduite de Wise, la détentrice de la totalité du capital-actions de Peoples Inc.

[104] Par-delà ces considérations, le caractère théorique de la proposition du syndic me convainc de la mettre de côté dans le cas à l'étude. Les gestes qui auraient été posés au détriment des créanciers consistent en effet dans l'adoption et la mise en place du système d'approvisionnement commun. Or, l'adoption remonte à novembre 1993 et la mise en place à février 1994, deux périodes au cours desquelles la perspective d'une faillite n'était envisagée par personne. En bref, la théorie du déplacement de l'intérêt des actionnaires vers les créanciers en raison de l'imminence d'une faillite ne trouve aucun écho réel dans les faits qui donnent lieu au litige qu'il s'agit de trancher.

[105] Pour conclure sur le tout, je ne peux me rallier à la thèse générale proposée dans le jugement de la Cour supérieure et je rejette celle préconisée par le syndic parce qu'elle est non pertinente aux faits de l'espèce.

[106] Parvenu à la conclusion que le syndic a invoqué à tort les droits que consacre le paragraphe 122(1) L.C.S.A., je n'aurais pas, à strictement parler, à me prononcer sur l'analyse que le premier juge fait de l'étendue des obligations des administrateurs envers la société Peoples Inc., telle qu'il la conçoit comme entité juridique. Je tiens cependant à exprimer les importantes réserves que m'inspirent certaines des inférences qu'il a tirées des autorités citées à l'appui de son propos, lesquelles tendent à dissocier, de façon générale, l'intérêt de la société de celui des actionnaires considérés globalement et dans la perspective de l'atteinte des objets de la société.

[107] Certaines de ces réserves portent sur l'intérêt que le premier juge reconnaît aux créanciers dans la conduite des affaires des sociétés par actions, un sujet que je viens de traiter.

[108] D'autres découlent de ce que le premier juge me semble avoir minimisé, voire mis de côté, le fait que tout le capital-actions de Peoples Inc. était détenu par Wise. Un

tel contexte élimine la possibilité de voix discordantes parmi les détenteurs d'actions. Ainsi, toutes les autorités traitant du rôle des administrateurs de sociétés au capital-actions non monolithique ne trouvent pas d'emblée application en l'espèce dans la mesure où elles mettent l'accent sur des manquements à l'obligation des administrateurs de prendre en compte l'intérêt de tous les actionnaires ou groupes d'actionnaires.

[109] Dans la même veine, je note enfin que le jugement de première instance tend à assimiler le recours découlant du paragraphe 122(1) L.C.S.A. à celui que prévoit l'article 241 L.C.S.A., mieux connu sous le nom de recours en oppression. Le premier juge effectue notamment ce rapprochement dans le cadre de ses commentaires au sujet de l'affaire *Westfair Foods Ltd. c. Watt*.<sup>30</sup> J'estime, avec égards, que la comparaison est inappropriée, le recours en oppression en étant un qui fait appel à la notion d'équité, laquelle couvre un éventail de situations beaucoup plus large que la notion de loyauté et de gestion compétente dont traite le paragraphe 122(1) L.C.S.A.

[110] En dernier lieu, je souligne que le premier juge a mis de côté la réserve que, à l'époque pertinente, la L.C.S.A. prévoyait spécifiquement pour légitimer l'aide financière qu'une filiale à part entière pouvait apporter à sa société mère:

44.(1) Sauf dans les limites prévues au paragraphe (2), il est interdit à la société ou aux sociétés de son groupe de fournir une aide financière même indirecte, notamment sous forme de prêt ou de caution:

[...]

(2) La société peut accorder une aide financière, notamment sous forme de prêt ou de caution:

[...]

c) à sa société mère, si elle lui appartient en toute propriété;

[...]

[111] Il s'appuie en cela sur le jugement rendu dans l'affaire *Primex Investments Ltd. c. Northwest Sports Enterprises Ltd.*<sup>31</sup>, dans le cadre duquel le juge Tysoe écrivait<sup>32</sup>:

The fact that the transaction complied with Policy Statement 9.1 of the Ontario Securities Commission is of little moment. The Policy Statement is directed at matters of securities law, not transfers of assets by a company. Compliance by the directors with securities law does not necessarily mean that they have complied with all of their duties.

[112] Le juge extrapole en ces termes:

<sup>30</sup> (1990) 73 Alta. L.R. (2d) 326 (Q.B.).

<sup>31</sup> (1995) 13 B.C.L.R. (3d) 300 (S.C.).

<sup>32</sup> (1995) 13 B.C.L.R. (3d) 300 à la p. 323 (S.C.).

We can easily substitute "Section 44(2)(c) C.B.C.A." for "Policy Statement 9.1 of the Ontario Securities Commission". Hence, compliance by the directors with Section 44(2)(c), or more correctly, acting as permitted therein, does not necessarily mean that they have complied with all their duties. Here they did not.

[113] En tout respect pour l'opinion contraire, j'estime que cette extrapolation n'est pas fondée. On conçoit aisément que le simple fait de satisfaire les exigences d'une loi étrangère à la L.C.S.A. émanant, de plus, d'un autre ordre de gouvernement, ici le législateur provincial de l'Ontario, n'emporte pas comme conséquence nécessaire que les administrateurs ont aussi satisfait aux devoirs généraux que leur impose la L.C.S.A. Mais, dans le cas à l'étude, c'est la L.C.S.A. elle-même qui légitime l'aide financière que Peoples Inc. aurait apportée à Wise Stores, laquelle fait précisément l'objet des reproches que le syndic adresse aux anciens administrateurs.

[114] En somme, il faut, je crois, présumer que le législateur est cohérent avec lui-même lorsqu'il élabore une loi telle que 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 la 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.

[115] Sur le tout, je suis donc d'avis que c'est à tort que la Cour supérieure a conclu à la responsabilité des frères envers le syndic à la faillite de Peoples Inc. en vertu du paragraphe 122(1) L.C.S.A. Cette conclusion me conduit donc à étudier l'analyse faite sous l'angle de la L.F.I.

## **II. La responsabilité en vertu des paragraphes 100(1) et (2) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité**

[116] Y-a-t-il matière à une condamnation personnelle des frères en application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*? C'est l'avis du premier juge qui, de façon subsidiaire, se prononce sur cette question.

[117] D'entrée de jeu, toutes les parties conviennent que les frères, Wise et Peoples Inc. sont des personnes liées entre elles. Au centre de la controverse, se retrouve le système d'approvisionnement commun dont l'adoption, la mise en place et l'application constitueraient, suivant la Cour supérieure, une transaction révisable au sens des paragraphes 3(1), 4(1) et 4(2) L.F.I. Le premier juge écrit:

Hence, they are presumed not to be dealing among themselves at arm's length and, accordingly, the understanding to put into effect the new domestic inventory procurement policy as at the start of the January 1995 fiscal year and maintaining it in operation until the effective date of the bankruptcy of Peoples and Wise Stores is a reviewable transaction. Also, it all occurred within 12 months of the date of the bankruptcy of Peoples. That being the case, it follows that Section 100 has its full application in the case at bar.

[118] Je rappelle qu'à l'égard de tout le processus, la bonne foi des frères n'est pas remise en question.

[119] Le sort du litige repose ici sur l'application des paragraphes 100(1) et 100(2) L.F.I. qu'il convient de citer:

100.(1) Le tribunal peut, sur demande du syndic, enquêter pour déterminer si le failli qui a vendu, acheté, loué, engagé, fourni ou reçu des biens ou services au moyen d'une transaction révisable, au cours de la période allant du premier jour de l'année précédant l'ouverture de la faillite jusqu'à la date de la faillite inclusivement, a donné ou reçu, selon le cas, une juste valeur du marché en contrepartie des biens ou services.

(2) Lorsque le tribunal, dans des instances en vertu du présent article, constate que la contrepartie donnée ou reçue par le failli dans la transaction révisable était manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché des biens ou services sur lesquels portait la transaction, il peut accorder au syndic un jugement contre l'autre partie à la transaction ou contre toute autre personne ayant intérêt à la transaction avec le failli ou contre toutes ces personnes, pour la différence entre la contrepartie réellement donnée ou reçue par le failli et la juste valeur du marché, telle qu'elle est déterminée par le tribunal, des biens ou services sur lesquels porte la transaction.

[120] Pour toutes les parties, l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Standard Trust Co. Ltd.*<sup>33</sup> résume adéquatement la portée qu'il convient de donner à ces paragraphes. Il en ressort que le juge saisi de la réclamation du syndic possède un double pouvoir discrétionnaire. Le premier, en vertu du paragraphe 100(1), lui permet d'examiner les transactions faites par le failli dans les 12 mois précédant la date de sa faillite. L'objet de cette enquête est de déterminer si le failli, ici Peoples Inc., a reçu une juste valeur marchande pour les biens et services qu'il a vendus à Wise.

[121] L'entrée en jeu du second pouvoir discrétionnaire est tributaire du résultat de l'enquête tenue en vertu du paragraphe 100(1). Lorsqu'il s'avère que la valeur de la contrepartie donnée ou reçue par le failli est manifestement supérieure ou inférieure à la juste valeur du marché, le tribunal peut, en vertu du paragraphe 100(2), condamner l'autre partie à la transaction, ou toute personne y ayant un intérêt, à payer au syndic la différence qui sépare ces deux valeurs.

[122] Je le dis dès maintenant et avec beaucoup d'égards, je ne suis pas d'accord avec la façon dont le premier juge a appliqué le droit aux faits de l'affaire. J'estime qu'il a artificiellement isolé certains éléments de la transaction qu'il a jugée révisable, ce qui a eu pour effet de fausser à la base son appréciation de la valeur des contreparties reçues par Peoples Inc., et donc de l'écart réel entre ces contreparties et la juste valeur du marché. Autrement exprimé, le premier juge n'a pas pris en compte la totalité des échanges auxquels Peoples inc. et Wise se sont livrées en application du nouveau

---

<sup>33</sup> (1995) 36 C.B.R. (3d) 1 (Ont. C.A.).



système d'approvisionnement commun. À tort, à mon avis, il n'a tenu compte que des achats faits à l'automne 1994 et pour lesquels Peoples n'a pas reçu paiement.

[123] J'estime enfin, en tout respect pour son opinion, que le juge n'a pas correctement interprété ni appliqué le paragraphe 100(2) lorsque est venu le moment de décider s'il y avait matière à condamnation «*contre toute autre personne ayant intérêt à la transaction avec le failli*».

a) L'identification des contreparties fournies de part et d'autre en application du nouveau système d'approvisionnement commun

[124] Comme le souligne avec justesse l'appelante Chubb, le système en lui-même n'entraîne pas de déboursement ou de prestation de service. Il ne sert que de cadre à d'autres transactions qui, elles, sont appelées à engendrer une obligation de fournir, d'une part, et de payer, d'autre part. De plus, il intervient dans un contexte d'intégration des opérations entre mère et fille, alors que des problèmes réels doivent être solutionnés et que Wise fournit à Peoples Inc. l'ensemble des services d'administration et de gestion. Essentiellement, le système prévoit:

- qu'à compter de février 1994 et pour l'ensemble des deux sociétés, Peoples Inc. fera la totalité des achats dits domestiques;
- que Wise en fera autant en ce qui concerne les achats sur les marchés dits extérieurs;
- que chaque société remboursera au prix coûtant les achats que l'autre aura faits pour elle.

[125] Parce qu'uniquement génératrice d'obligations de faire qui ont été respectées de part et d'autre, Chubb propose que cette entente ne donnerait pas ouverture à la révision. Je ne partage pas cette opinion et préfère celle exprimée par l'avocat des frères selon laquelle tous les échanges régis par cette même politique étant intervenus dans le cadre de la continuité des opérations, la considération reçue devait s'apprécier globalement. C'est pourquoi, entre autres choses, le premier juge n'aurait pas dû concentrer toute son attention sur les transactions pour lesquelles Peoples Inc. n'a reçu aucune contrepartie et oublier la globalité des prestations fournies de part et d'autre. Ainsi, il écrit:

The account receivable by Peoples from Wise Stores was neither collected nor collectible and it was the cumulative total of those receivables which comprised the interco and which constituted the prejudice suffered by Peoples as a direct consequence of the new domestic inventory procurement process.

[126] Contrairement à ce que l'on pourrait comprendre de cet extrait, le premier juge ne tient pas compte, dans les faits, du total des comptes recevables et des contreparties reçues. En effet, nulle part dans le jugement de première instance ne fait-on état de ce que si, dans le cadre de l'application du système d'approvisionnement commun, Peoples Inc. a transmis des biens d'une valeur de 71 543 059 \$, elle a aussi reçu de Wise 59 499 749 \$ en biens ou en argent. Ainsi, lorsque Wise a cessé ses

paiements, parce que contrainte à la faillite, elle avait déjà fourni une contrepartie représentant plus de 83% de la valeur des biens que lui avait transférés Peoples Inc. Voilà pourquoi l'affirmation que les comptes recevables par Peoples Inc. de Wise «*were neither collected nor collectible*» n'est pas fondée. Sous ce rapport, le jugement entrepris m'apparaît entaché d'une erreur manifeste et dominante<sup>34</sup>.

[127] Dans les faits, la totalité du reliquat de la dette de Wise envers Peoples Inc. s'explique par le volume important des achats faits après septembre 1994, à l'approche de la période d'effervescence commerciale culminée par l'arrivée de la Fête de Noël et de celle du Nouvel An. Il ne fait pas de doute que ces achats furent faits dans la perspective de la continuité des opérations de chacune des sociétés. C'est la faillite provoquée par M. & S. qui est la cause première de l'arrêt des paiements à un moment où les inventaires élevés acquis par Wise n'avaient pas encore été écoulés ni payés.

[128] Pour évaluer le véritable écart entre les prestations fournies de part et d'autre, il faut se livrer aux ajustements auxquels le premier juge a procédé, lesquels font ressortir l'existence d'un reliquat de 4 437 115 \$ dû par Wise.

[129] Une dette de cette ampleur entre personnes liées justifiait la Cour supérieure d'enquêter à la demande du syndic conformément aux pouvoirs que lui confère le paragraphe 100(1) L.F.I. J'estime, de plus, que le premier juge a eu raison de conclure que Peoples Inc. n'avait pas perçu la juste valeur du marché lors de la survenance de la faillite.

[130] Je ne crois cependant pas que les faits de l'espèce supportent la conclusion que Peoples Inc. n'a reçu aucune considération et que, en conséquence, «*the requirement of Section 100 B.I.A. that the consideration received by Peoples in the reviewable transaction be "conspicuously less" than the fair market value of the property and/or services concerned in the transaction, is more than met, [...]*». Encore une fois, la preuve révèle que Peoples Inc. a reçu plus de 59 millions \$ sur des ventes en totalisant 71, et que, après des ajustements qui tiennent notamment compte des intérêts payés par Peoples Inc. au bénéfice de Wise, la dette ne s'élevait qu'à 4,4 millions \$ au moment de la faillite.

[131] Toujours dans cette même perspective, un écart d'un peu plus de 6 % entre la juste valeur du marché et la contrepartie reçue ne me semble pas répondre au qualificatif de *manifestement inférieure (conspicuously less)* utilisé par le législateur au paragraphe 100(2) L.F.I. Sur cette question, je fais mienne l'interprétation proposée par le juge Jacques, alors à la Cour supérieure, dans *Re Pacific Mobile Corporation*<sup>35</sup>:

Le mot "manifestement", ou en anglais "conspicuously", signifie dans le contexte "de façon criante ou flagrante" ou encore "striking" ou "notable".

<sup>34</sup> Voir *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33.

<sup>35</sup> *Re Pacific Mobile Corporation; Robitaille c. Les Industries l'Islet Inc. et Banque canadienne nationale*, (1980) 32 C.B.R. 209 à la p. 235 (C.S. Qué.).

[132] Ainsi, à mon avis, les faits que révèle la preuve ne justifiaient pas la Cour supérieure d'exercer le pouvoir conféré par le paragraphe 100(2) L.F.I. d'accorder au syndic un jugement pour «*la différence entre la contrepartie reçue [...] et la juste valeur du marché*».

[133] Mais, même en supposant que la valeur des contreparties fournies par Wise en vertu de la transaction attaquée ait été manifestement inférieure à la juste valeur du marché, y avait-il ici matière à une condamnation personnelle des frères? Avec égards, je ne le crois pas non plus.

b) L'interprétation et l'application du paragraphe 100(2) L.F.I.

[134] Il importe de bien garder en mémoire que c'est Wise qui, à titre de cocontractante de Peoples Inc., serait, au premier degré, sujette à une condamnation en vertu du paragraphe 100(2) L.F.I. La responsabilité personnelle des personnes autres que le cocontractant, en l'occurrence les frères, est tributaire d'une analyse additionnelle qui, à mon avis, doit permettre d'apporter une réponse affirmative à deux questions:

- Les personnes autres que le cocontractant ont-elles un intérêt à la transaction?
- Le prononcé d'une condamnation au remboursement de la différence entre la contrepartie reçue par le failli et la juste valeur marchande de celle fournie par le failli se justifie-t-il en équité?

[135] Dans les circonstances de l'espèce, je crois qu'à chacune de ces questions s'impose une réponse négative.

[136] En premier lieu, il est loin d'être évident que les frères ont un intérêt dans cette transaction au sens du paragraphe 100(2) L.F.I. Le législateur me semble avoir voulu prévoir le cas où c'est une personne autre que le cocontractant du failli qui, en réalité, encaisse tout ou partie du bénéfice résultant de l'absence d'équivalence entre les contreparties respectives. Pareille interprétation rejoint celle retenue par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *Clarkson Co. Ltd. c. White*<sup>36</sup>. Elle est aussi en harmonie avec les vues exprimées par le juge Doherty, dissident, mais à l'égard de questions différentes, dans *Standard Trust Co. Ltd.*<sup>37</sup>:

[...] it [art. 100 L.F.I.] is designed to "balance the books" as between the bankrupt, who suffered the loss, and the other party or parties, who received the benefit.

[137] Le juge de première instance attribue aux mêmes termes une signification plus large qui englobe toute personne ayant connaissance de la transaction ou y ayant participé. Il s'appuie en cela sur un des sens qui peuvent découler de la version anglaise du texte, laquelle utilise les mots «*any other person being privy to the transaction with the bankrupt*».

<sup>36</sup> (1979) 32 C.B.R. 25 (C.A.N.E.).

<sup>37</sup> (1995) 36 C.B.R. (3d) 1 à la p. 12 (Ont. C.A.).

[138] Le mot «*privy*» est susceptible de la signification retenue par le premier juge, mais il peut aussi signifier «*a person having a part or interest in any action, matter, or thing*»<sup>38</sup>.

[139] J'estime que la concordance des versions anglaise et française commande qu'on privilégie ce dernier sens et donc qu'on restreigne la portée de la disposition aux seules personnes qui retirent un avantage de la transaction attaquée.

[140] En l'espèce, les frères n'ont rien transigé personnellement et n'ont reçu aucun avantage direct. L'avantage indirect relié à leur qualité d'actionnaires de Wise est ici nettement trop éloigné pour entrer en ligne de compte.

[141] Il m'apparaît donc que les frères ne répondent pas à la définition de personne «*ayant intérêt à la transaction avec le failli*» au sens du paragraphe 100(2) L.F.I. En toute logique, pareil constat les met à l'abri d'une condamnation sous l'autorité de cette disposition.

[142] Mais, en serait-il autrement qu'il n'y aurait pas lieu non plus de les condamner, au terme du simple exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au Tribunal par le même paragraphe. Parlant au nom de la majorité et au sujet des paramètres de l'exercice judiciaire de la discrétion dont il s'agit, le juge Weiler de la Cour d'appel de l'Ontario exprime des vues avec lesquelles je m'accorde entièrement<sup>39</sup>:

When a contextual approach is adopted it is apparent that although the conditions of the section have been satisfied the court is not obliged to grant judgment. The court has a residual discretion to exercise. The contextual approach indicates that the good faith of the parties, the intention with which the transaction took place, and whether fair value was given and received in the transaction are important considerations as to whether that discretion should be exercised.

[Mon soulignement]

[143] Pour exercer correctement le pouvoir discrétionnaire prévu au paragraphe 100(2) L.F.I., il faut donc replacer la transaction attaquée dans son contexte, évaluer l'exécution qui s'en est faite et scruter avec soin les gestes et les intentions des divers participants à l'affaire.

[144] En l'espèce, la base de la condamnation discrétionnaire paraît ténue et ne tient certainement pas compte de l'ensemble des facteurs dégagés par le juge Weiler dans *Standard Trustco*<sup>40</sup>. Les motifs du premier juge logent en résumé dans les paragraphes suivants:

Taking into account, among the other considerations described in the Standard Trustco Case, that here there was no "fair value" given or received, we have

<sup>38</sup> *The Concise Oxford Dictionary of Current English*, 9<sup>e</sup> éd., s.v. «*privy*».

<sup>39</sup> *Standard Trustco c. Standard Trust Co.*, (1995) 36 C.B.R. (3d) 1 à la p. 24 (Ont. C.A.).

<sup>40</sup> *Standard Trustco c. Standard Trust Co.*, (1995) 36 C.B.R. (3d) 1 à la p. 24 (Ont. C.A.).

determined that we should exercise our discretion, both under Section 100(1) and Section 100(2).

Again, the three Wise Brothers being the only directors of Peoples and having made the decision to institute as of February 1, 1994 and then to pursue and continue the new domestic inventory procurement policy right up to the day of the Bankruptcy of Peoples, renders each of them privy to the transaction.

The Court, again taking into account those same considerations described in the Standard Trusco case, has decided that it should exercise its discretion under Section 100(2) B.I.A. insofar as the Individual Respondents, each of whom was privy to the transaction in question.

[145] Comme on le voit, le juge invoque tout d'abord qu'il n'y aurait pas eu de «*fair value*» reçue par Peoples Inc. Il se réfère ici à son constat antérieur d'absence totale de contrepartie, celui au sujet duquel j'ai déjà exprimé l'avis qu'il était entaché d'une erreur manifeste et dominante. La preuve non équivoque révèle que, pour les éléments d'inventaire qu'elle a achetés pour le compte de Wise de février à décembre 1994, Peoples Inc. a reçu des contreparties dont la valeur totale avoisine la juste valeur du marché.

[146] En second lieu, le premier juge ne fait que réitérer que les frères ont adopté et maintenu en vigueur jusqu'à la faillite une politique dont il a déjà dit qu'elle était la cause profonde de la faillite:

On the basis of all the evidence, we find that it was the interco, almost totally the result of the new domestic inventory procurement policy, which caused the demise of Peoples.

[147] À ce stade, on ne peut manquer de s'interroger sur la justesse de cette affirmation. Bien que n'ayant pas d'effet direct sur le sort du litige, à première vue, cette perception de la cause profonde de la faillite de Peoples Inc., a, je crois, influencé l'ensemble de la démarche qui a conduit le premier juge au prononcé de la condamnation.

[148] En tout respect, j'estime que cette perception ne colle pas à la réalité que dévoile la preuve. L'analyse au terme de laquelle le premier juge attribue la cause de la faillite à la mise en place du nouveau système laisse de côté, en effet, nombre de facteurs déterminants, pourtant identifiés çà et là dans le jugement. En voici les principaux:

- Peoples Inc. est une entreprise qui, sous administration M. & S., enregistre des pertes annuelles de 10 millions \$;
- L'acheteuse, Wise, qui va désormais présider à la destinée de Peoples Inc., est une entreprise sous-capitalisée;
- La vente contient des clauses financières très contraignantes pour l'administration Wise. Celles-ci, destinées à forcer Wise à faire appel à de nouvelles sources de financement, limitent considérablement la marge de manœuvre des deux sociétés tant que la créance de M. & S. n'est pas payée;

- L'intégration des opérations de Peoples Inc. suscite des problèmes sérieux de gestion d'inventaire;
- Peoples Inc. continue d'exploiter à perte sous administration Wise, les profits de la première année étant complètement artificiels;
- À un moment particulièrement inopportun pour elles, Peoples Inc. et Wise se voient entraînées à leur corps défendant dans une féroce guerre commerciale avec la géante Wal Mart;
- Le chiffre d'affaires des deux sociétés périlite constamment.

[149] La donne de départ se présentait sous un angle tel que, pour éviter de graves difficultés financières, Wise devait faire passer les opérations de Peoples Inc. de déficitaires à profitables dans un délai très court après l'acquisition. Dit autrement, Wise n'avait pas les reins suffisamment solides pour supporter longtemps un canard boiteux du genre de Peoples Inc. Des déficits annuels d'une pareille envergure, 10 millions \$, pouvaient peut-être se fondre à l'intérieur des opérations globales de M. & S., dont le chiffre d'affaires, 20 milliards \$ annuellement, lui permettait d'absorber le contrecoup sans trop de casse. Wise, avec son chiffre d'affaires proportionnellement modeste de 100 millions \$, sa sous-capitalisation et ses carences en liquidités, ne pouvait à l'évidence jouir d'une même marge de manœuvre.

[150] Aussi, et cela dit en tout respect, je ne vois pas comment le premier juge pouvait affirmer avec justesse que, suivant l'ensemble de la preuve, la dette entre sociétés s'était révélée la cause profonde de la faillite.

[151] Au 9 décembre 1994, Wise ne devait que 4,4 millions \$, suivant l'évaluation du premier juge, et cette dette n'avait encore aucune influence sur l'état des liquidités de Peoples Inc., puisque celle-ci jouissait encore de délais pour acquitter les comptes des fournisseurs.

[152] D'autre part, tant Peoples Inc. que Wise exploitaient à perte et voyaient leur chiffre d'affaires fondre. Dans un contexte de guerre commerciale, l'avenir à court terme ne laissait guère espérer un redressement de la situation.

[153] En réalité, c'est la présence de cette conjoncture financière particulièrement défavorable aux deux sociétés qui a provoqué leur chute et c'est M. & S. qui, pour la protection de ses intérêts propres, a sonné la charge en décembre, jugeant à tort ou à raison que la situation de Peoples Inc. ne pouvait qu'empirer avec le temps. Il saute aux yeux que la faillite est survenue au moment le plus propice aux intérêts de M. & S., lorsque les inventaires étaient élevés et les fournisseurs impayés. M. & S. a d'ailleurs récupéré la totalité du reliquat dû sur le prix de vente de même que la presque totalité de ses autres créances.

[154] Pareille conclusion quant à la cause réelle de la faillite me semble beaucoup plus appuyée par la preuve que ne l'est celle tirée par la Cour supérieure. Elle place dans une autre perspective la faute que constituerait l'adoption du nouveau système d'approvisionnement commun, objet des reproches que le premier juge adresse aux frères.

[155] Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de prononcer une condamnation, le premier juge ne tient pas compte du fait que les frères n'ont retiré aucun avantage direct de la transaction attaquée, qu'ils étaient de bonne foi et que leur intention véritable consistait à rechercher une solution au sérieux problème de gestion d'inventaire auquel chacune des deux sociétés était confrontée. En raison d'une erreur d'appréciation, il ignore aussi que Peoples Inc. a reçu une contrepartie importante pour les biens qu'elle a livrés à Wise. Je note enfin que le geste à l'origine de la condamnation, en l'occurrence, l'adoption du nouveau système d'approvisionnement commun, n'a pas le caractère de gravité que lui attribue le premier juge et que, contrairement à la perception qu'il exprime, ce geste n'a pas non plus été la véritable cause de la faillite de Peoples Inc.

[156] Dans un pareil contexte, et avec les plus grands égards pour les avis exprimés par le juge de première instance, je crois que l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le paragraphe 100(2) L.F.I. ne milite pas en faveur du prononcé d'une condamnation personnelle contre les frères, même si on tient compte de l'intérêt, en l'espèce purement indirect, qui découle du seul fait de leur qualité d'actionnaires majoritaires de Wise.

[157] Vu les conclusions auxquelles j'arrive, il n'est pas nécessaire de m'attarder davantage aux questions qui concernent l'ampleur des ajustements auxquels le premier juge a procédé et qui lui ont permis de dégager le montant de la dette de Wise envers Peoples Inc. à la date de la faillite. J'indiquerai simplement à cet égard que le syndic ne m'a pas convaincu de la présence d'erreurs manifestes et dominantes du premier juge qui aurait pu m'inciter à revoir les conclusions tirées à ce sujet.

[158] Il n'est pas nécessaire non plus d'examiner les moyens d'appel qui sont spécifiques à Chubb.

[159] Je tiens, en terminant, à souligner la qualité du travail de tous les avocats au dossier. Leurs prestations respectives se sont révélées à la mesure de l'ampleur du litige et du jugement soigné rendu par la Cour supérieure.

[160] En ce qui a trait aux dépens, les appelants ne soulèvent aucun moyen qui m'inciterait à m'écarter de la règle prévue à 197(3) L.F.I., d'autant que les procédures ont été autorisées par les inspecteurs et qu'un juge les a estimées suffisamment sérieuses pour y faire droit. Dans ces circonstances, j'estime qu'il n'y a pas lieu de condamner le syndic personnellement aux dépens.

[161] Je propose, en conclusion, d'accueillir le pourvoi des frères Lionel, Harold et Ralph Wise de même que celui de Chubb Insurance Company of Canada, de rejeter les appels incidents de Caron Bélanger Ernst & Young Inc., le tout avec dépens, d'infirmer le jugement de première instance et de rejeter, avec dépens, la requête amendée du syndic en recouvrement des fonds dont aurait été privée la faillie Peoples Department Stores Inc.

---

FRANÇOIS PELLETIER J.C.A.